

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
Sede Universitaria Rodrigo Facio

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

“El incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense”

PAULA IRENE ZÚÑIGA GARITA

A87162

Mayo, 2017



02 de mayo de 2017
FD-833-2017

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: Paula Irene Zúñiga Garita, carné A87162 denominado: "El incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense" 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 HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Hubert Fernández Argüello
Presidente	Dr. Álvaro Meza Lazarus
Secretario	Dr. Álvaro Mora Espinoza
Miembro	MSc. Ronald Hidalgo Cuadra
Miembro	MSc. José Roberto Garita Navarro

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 24 de mayo del 2017, a las 6:00 p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv
Cc: arch. Expediente



17 de abril del 2017

**Señor
Ricardo Salas Porras
Dirección del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica**

Estimado señor,

Quien suscribe, MSc. Hubert Fernández Argüello, en mi condición de Director del Comité Asesor de la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, denominada "El incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense", elaborada por la estudiante Paula Irene Zúñiga Garita, en este acto, otorgo mi **aprobación** a dicha tesis, la cual cumple a cabalidad con los requisitos de fondo y forma para su respectiva defensa pública o réplica ante el Tribunal Examinador.

Agradeciendo el espacio brindado, se despide,



**MSc. Hubert Fernández Argüello
Director del Comité Asesor**

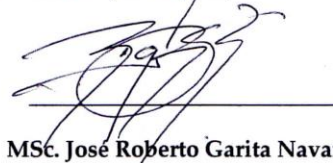
17 de abril del 2017

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

Estimado señor,

Quien suscribe, MSc. José Roberto Garita Navarro, en mi condición de Lector de la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, denominada "El incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense", elaborada por la estudiante Paula Irene Zúñiga Garita, en este acto, otorgo mi **aprobación** a dicha tesis, la cual cumple a cabalidad con los requisitos de fondo y forma para su respectiva defensa pública o réplica ante el Tribunal Examinador.

Agradeciendo el espacio brindado, se despide,



MSc. José Roberto Garita Navarro

Lector

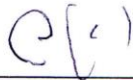
25 de abril del 2017

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

Estimado señor,

Quien suscribe, MSc. Ronald Hidalgo Cuadra, en mi condición de Lector de la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, denominada "El incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense", elaborada por la estudiante Paula Irene Zúñiga Garita, en este acto, otorgo mi **aprobación** a dicha tesis, la cual cumple a cabalidad con los requisitos de fondo y forma para su respectiva defensa pública o réplica ante el Tribunal Examinador.

Agradeciendo el espacio brindado, se despide,



MSc. Ronald Hidalgo Cuadra
Lector

San José, 17 de abril del 2017

Señor
Ricardo Salas Porras
Dirección del Área de Investigación
Universidad de Costa Rica

Estimado señor,

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, denominada "El incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense", elaborada por la estudiante Paula Irene Zúñiga Garita. Puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,



Carlos Manuel Barrantes Ramírez
Filólogo

Carné del Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes

Núm. 16308

Cédula 1-0312-0358

Celular 8397-1348

Dedicatoria

A mi madre, Flory Garita Duarte, y a mi novio, David Víquez Araya, por el gran apoyo que me brindaron todos estos años, por no dejarme caer y por siempre creer en mí; sin ellos esto no hubiera sido posible.

Paula

Agradecimientos

A los profesores Hubert Fernández Argüello, José Roberto Garita Navarro y Ronald Hidalgo Cuadra, por su brillante aporte y guía para la culminación de la presente investigación.

A mi jefe, Daniel Rojas Pochet, por su constante apoyo.

Paula

Índice General

INTRODUCCIÓN	1
Justificación	1
Antecedentes	1
Marco Teórico	4
Problema	5
Hipótesis.....	9
Objetivos	9
Objetivo General	9
Objetivos Específicos.....	9
Metodología.....	10
Estructura.....	12
TÍTULO I: GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	14
CAPÍTULO I: CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	14
CAPÍTULO II: ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	21
SECCIÓN I: SUJETOS.....	21
SECCIÓN II: EL CONSENTIMIENTO	27
SECCIÓN III: EL OBJETO	28
SECCIÓN IV: LA CAUSA	28
SECCIÓN V: LA FINALIDAD	29
SECCIÓN VI: LA FORMA	29
CAPÍTULO III: CARACTERES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	30
CAPÍTULO IV: RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	34
CAPÍTULO V: CLASIFICACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	42
SECCIÓN I: CONTRATOS DE ATRIBUCIÓN Y COLABORACIÓN.....	42
SECCIÓN II: CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS	43
SECCIÓN III: CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS	43
CAPÍTULO VI: DISTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO CON EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO.....	43
SECCIÓN I: CRITERIO SUBJETIVO	44
SECCIÓN II: CRITERIO DE LA JURISDICCIÓN APLICABLE.....	44

SECCIÓN III: CRITERIO FORMAL.....	45
SECCIÓN IV: EL SERVICIO PÚBLICO Y LA UTILIDAD PÚBLICA COMO CRITERIOS DETERMINANTES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN RAZÓN DE SU OBJETO	45
SECCIÓN V: CRITERIO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES	46
CAPÍTULO VII: APLICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	49
TÍTULO II: GENERALIDADES DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DEL CONTRATISTA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.....	51
CAPÍTULO I: EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR PARTE DEL CONTRATISTA.....	51
SECCIÓN I: DEBER DE CUMPLIR CON LO PACTADO.....	51
SECCIÓN II: INICIO DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	55
SECCIÓN III: CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.....	56
CAPÍTULO II: CONCEPTO DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR PARTE DEL CONTRATISTA.....	61
CAPÍTULO III: MODALIDADES DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR PARTE DEL CONTRATISTA.....	63
CAPÍTULO IV: EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR PARTE DEL CONTRATISTA.....	65
SECCIÓN I: LA EJECUCIÓN FORZADA O EJECUCIÓN IN NATURA	65
SECCIÓN II: LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO.....	77
SECCIÓN III: LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.....	142
CAPÍTULO V: LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	165
TÍTULO III: LAS SANCIONES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	172
CAPÍTULO I: MODALIDADES DE SANCIONES EN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	172
CAPÍTULO II: LAS SANCIONES CONTRACTUALES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	176
SECCIÓN I: SANCIONES COERCITIVAS O SUSTITUTIVAS	180
SECCIÓN II: SANCIONES RESCISORIAS	181
SECCIÓN III: SANCIONES PECUNIARIAS.....	208
CAPÍTULO III: LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS POR INCUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	246
SECCIÓN I: PRINCIPIOS APLICABLES EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS	247

SECCIÓN II: TIPOS DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	255
SECCIÓN III: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS	263
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	273
BIBLIOGRAFÍA.....	282

Índice de Abreviaturas

CGR:	Contraloría General de la República.
LCA:	Ley de Contratación Administrativa.
LGAP:	Ley General de la Administración Pública.
PGR:	Procuraduría General de la República.
RLCA:	Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Resumen

En Costa Rica, una gran cantidad de casos de incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista han revelado la existencia de deficiencias y carencias en el régimen costarricense de contratación administrativa, las cuales se han expuesto, tanto a nivel jurisprudencial como en trabajos académicos. Esta revelación hace pensar que se podría no estar garantizando la efectiva satisfacción del interés general ni el uso eficiente de los recursos estatales.

Se manifiesta así el interés de estudiar a fondo y analizar el ordenamiento jurídico costarricense actual en relación con el tema, con el objeto de determinar dichas deficiencias y vacíos. Asimismo, emerge la necesidad de proponer soluciones concretas que pretendan mejorar la figura del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista en el ordenamiento jurídico costarricense, siempre en búsqueda de la satisfacción del interés general.

Por lo anterior, surgió la **hipótesis** de que las carencias y deficiencias presentes en el ordenamiento jurídico costarricense, relacionadas con las implicaciones del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista, han generado -y podrían seguir generando- una desnaturalización de dicha figura lo que pone en riesgo, a su vez, la satisfacción del interés público. Ergo, resulta necesario un replanteamiento de la figura en estudio en el ordenamiento jurídico costarricense. Para tal efecto, es preciso realizar una propuesta de reforma normativa que permita resguardar el interés público sin que los principios constitucionales y los derechos fundamentales se vean menoscabados.

En aras de demostrar lo anterior, se estableció como **objetivo general** de la presente investigación, el de elaborar un diagnóstico del ordenamiento jurídico costarricense relativo a la figura de incumplimiento del contratista y sus implicaciones, el cual permita identificar y analizar las faltas y deficiencias para así, finalmente, elaborar un conjunto de lineamientos y propuestas que orienten las necesidades de reformas normativas o de otras soluciones alternativas.

En igual sentido, para comprobar la hipótesis y cumplir con el objetivo general, se utilizó, tanto el **método descriptivo** como el **analítico**. De esta forma, se procedió a descomponer cada uno de los elementos que forman parte del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista, facilitando así el estudio profundo y análisis de cada una de sus partes y las relaciones de éstas con la figura como un todo. Asimismo, dichos métodos permitieron elaborar un diagnóstico del marco legal vigente.

Como **conclusiones** del presente trabajo, se tiene que, ante un incumplimiento contractual por parte del contratista, la Administración Pública cuenta con una gran gama de medidas por las que puede optar. No obstante, cada una posee una serie de particularidades que obligan a los aplicadores del Derecho, a tener pleno conocimiento sobre las mismas, para su correcta diligencia. Esto conduce, además, a que el ordenamiento jurídico sea ajustado de la manera más acorde a la naturaleza de la figura en estudio.

Del análisis de casos tramitados, tanto en la vía administrativa como en la judicial, se logró colegir que la figura del incumplimiento contractual del contratista y todas sus implicaciones jurídicas, se ven enmarañadas en un ordenamiento jurídico que tiene algunas deficiencias y vacíos, así como en interpretaciones erróneas o impericias de ciertos funcionarios públicos y jueces de la República.

Desde esta tesitura, resulta ineludible que se realicen modificaciones al ordenamiento jurídico costarricense y que los operadores del Derecho sean capacitados sobre todas las implicaciones jurídicas que la figura en mención puede desplegar. Lo anterior, en aras de que se procure su debida aplicación, de forma tal que el interés público siempre se vea satisfecho.

Ficha Bibliográfica

Zúñiga Garita, Paula. *El incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2017. ix y 297.

Director: MSc. Hubert Fernández Argüello.

Palabras claves: Derecho de la contratación administrativa, contrato administrativo, incumplimiento contractual del contratista, ejecución forzada, ejecución in natura, resolución contractual por incumplimiento, indemnización de daños y perjuicios, excepción de contrato no cumplido, sanciones en la contratación administrativa, sanciones contractuales, multas, cláusulas penales, sanciones administrativas, apercibimiento, inhabilitación.

INTRODUCCIÓN

Justificación

En el ordenamiento jurídico costarricense, la actividad de la contratación administrativa debe estar orientada al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales. Por consiguiente, la ejecución del contrato administrativo debe cumplir con este propósito, de manera que éste llegue a una finalización normal con el debido cumplimiento.

No obstante lo anterior, en muchas ocasiones, el contratista no cumple con lo indicado en el contrato administrativo y es aquí donde la Administración debe hacer un mayor esfuerzo para que se cumpla el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés público. Para ello, se establece un régimen de contratación administrativa que solvente de la mejor forma esta situación.

En Costa Rica, una gran cantidad de casos de incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista han revelado la existencia de deficiencias y carencias en el régimen costarricense de contratación administrativa, las cuales se han expuesto, tanto a nivel jurisprudencial como en trabajos académicos. Esta revelación hace pensar que se podría no estar garantizando la efectiva satisfacción del interés general ni el uso eficiente de los recursos estatales.

Surge así el interés de estudiar a fondo y analizar el ordenamiento jurídico costarricense actual en relación con el tema, con el objeto de determinar dichas deficiencias y vacíos. Asimismo, emana la necesidad de proponer soluciones concretas que pretendan mejorar la figura del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista en el ordenamiento jurídico costarricense, siempre en búsqueda de la satisfacción del interés general.

Antecedentes

El tema del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista en el ordenamiento jurídico costarricense es tratado parcialmente en diversos estudios académicos. Así por ejemplo, Luis Diego Paniagua presentó una tesis de grado en el año

1998 denominada *La potestad de rescisión y resolución unilateral de la administración pública, con causa y sin causa, en la nueva ley de la contratación administrativa*.

En la tesis mencionada, el autor hace un análisis exhaustivo de la resolución unilateral de la administración pública por incumplimiento del contratista, diferenciándola, a su vez, con la resolución contractual propia del Derecho Civil. Para ello, retoma los antecedentes históricos de la potestad resolutoria de la Administración Pública, desde una perspectiva de derecho comparado. De igual manera, define el concepto de la figura en estudio, así como sus efectos y los parámetros para que opere. Para lo anterior, retoma lo establecido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia costarricense.

El aporte de este autor resulta fundamental para el tema aquí abordado. No obstante, cabe resaltar que este estudio fue elaborado hace aproximadamente 17 años, cuando el Reglamento de Contratación Administrativa vigente era el –ya derogado- No. 25038 del 06 de marzo de 1996. Esto hace necesaria una revisión y actualización de éste, tomando en cuenta la normativa vigente.

En el 2002, Rosibel Bermúdez y José Manuel Peña presentaron una tesis de grado con el título: *El incumplimiento del contratista en los contratos administrativos: mecanismos que aseguren la indemnización a la administración pública*. En ésta, los autores realizan un importante análisis de la figura del incumplimiento del contratista en los contratos administrativos, enfocándose en los mecanismos para asegurar la indemnización a la administración pública. En su primer capítulo, se trata la teoría general del contrato administrativo, en donde se menciona la distinción de estos contratos con los contratos de derecho privado de la administración pública y para ello, se retoman los distintos criterios que existen al respecto.

En el mismo capítulo, se incluyen los mecanismos indemnizatorios en los contratos administrativos. Con el objeto de determinar dichos mecanismos, los autores realizan una división de los tipos de sanción: sanciones coercitivas, sanciones rescisorias y sanciones pecuniarias. Estas últimas son divididas por los autores en a) cláusula penal, b) la multa, c) daños y perjuicios y d) ejecución de garantías. Cabe resaltar que dicha clasificación de sanciones no es compartida por otros autores y estudiosos del tema. Para efectos de su trabajo de investigación, los autores se enfocan en las sanciones pecuniarias en donde ya existe un contrato suscrito entre la Administración y el particular y son ejecutables en vía administrativa, es decir: la cláusula penal, la multa y la garantía de cumplimiento.

A partir de dicha distinción, los autores realizan un análisis de las tres últimas sanciones pecuniarias con el objeto de determinar cómo operan como mecanismos

indemnizatorios dentro del régimen de contratos administrativos, y si su inclusión en estos últimos debe obedecer a un criterio discrecional, o si, por el contrario, debieran operar como cláusulas obligatorias en todo contrato regulado por este régimen.

Los autores concluyen que, en cuanto a la garantía de cumplimiento, la misma Ley de Contratación Administrativa en su artículo 34 establece que dicha garantía constituye un elemento de validez del contrato administrativo. En cuanto a la multa y a la cláusula penal, al no ser obligatorias según la normativa costarricense, los autores consideran que el legislador debe prever en qué casos es de inclusión obligatoria, según las particularidades del contrato. Esto lo ejemplifican mediante los contratos de construcción de obra y de concesión de obra pública, los cuales ameritan que se incluya obligatoriamente una cláusula penal y/o una multa.

Tal y como se puede ver en los párrafos anteriores, la tesis realizada por Bermúdez y Peña resulta ser de suma importancia para el tema en estudio ya que se analiza la figura del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista. Sin embargo, cabe destacar que la tesis se realizó hace más de doce años, cuando el Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa difería del actual. Asimismo, los autores se enfocan únicamente en los medios indemnizatorios y la importancia de que, en algunos casos, estos sean incluidos en el contrato administrativo.

Por su parte, el Licenciado Ronald Hidalgo Cuadra, publicó un libro en el año 2010, denominado *La Sanción Administrativa*. Hidalgo trata el tema de las sanciones administrativas en la contratación administrativa. Al respecto, menciona que la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, así como las cláusulas penales y las multas, carecen de naturaleza sancionatoria.

Realiza la distinción entre las cláusulas penales regidas por el Derecho civil, en donde se encuentran destinadas a cuantificar, anticipadamente, los daños y perjuicios (artículo 708 del Código Civil) y las regidas en lo administrativo. Estas últimas pretenden conminar al cumplimiento exacto del pacto, independientemente de si con la trasgresión contractual que se contempla en la cláusula penal se ocasionó un daño (artículo 48 del Reglamento a la LCA y jurisprudencia de la Contraloría General de la República).

De igual forma, el autor resalta que, en lo civil, las multas por atraso son una cuantificación anticipada de los daños y perjuicios que el incumplimiento del plazo contractual significa, mientras que en los contratos administrativos, las multas son un mecanismo para desalentar atrasos y no tiene esa connotación resarcitoria. En este caso de las multas, menciona que no hay lagunas ni se debe recurrir al Derecho civil para

encontrar un límite o frontera del monto a que asciende el castigo. Así no lo ha entendido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ya que ha calificado a la multa como resarcitoria y a ese tope porcentual como proveniente de la aplicación supletoria del Código Civil.

Dentro de los aspectos analizados por el autor, resulta de interés para el presente trabajo, la conclusión a la que llega en cuanto a las cláusulas penales. Indica que, para aplicarlas, no se requiere del debido proceso. Asimismo, explica que las sanciones administrativas se encuentran fuera del contrato, rebasan el ámbito de la relación jurídica contractual por el bien jurídico que resulta lesionado. Un ejemplo de éstas es la sanción de apercibimiento y de inhabilitación al infractor para ser contratista en futuros concursos. Según indica, estas sanciones están presentes aún cuando no se encuentren en el texto del contrato, mientras que las cláusulas penales, las multas y la resolución contractual por incumplimiento, se dan luego de un examen de lo que el contrato ha establecido, no fuera de éste.

Otro tema de interés para el presente trabajo, es de las medidas cautelares en los procedimientos administrativos. El autor explica la posibilidad de que se adopten decisiones provisionales antes de que se dicte el acto final, según el artículo 332 de la LGAP. Sin embargo, esto no aplica cuando se trate de aplicar sanciones provisionalmente, toda vez que el artículo 332 se refiere a medidas provisionales en interés del bien jurídico que exige una atención colateral al castigo, pero no menos importantes. A diferencia de las penas administrativas, pueden ser tomadas directamente sin debido proceso.

Esto último, en definitiva, también, debe ser analizado en aras de promover soluciones al tema de las medidas cautelares establecidas en el, ya declarado inconstitucional, artículo 205 del Reglamento a la LCA.

Marco Teórico

En el presente trabajo de investigación, resulta necesario realizar un marco conceptual que defina los elementos determinantes de la figura del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista. Esto permitirá conocer y entender la naturaleza de dicha figura para así, posteriormente, poder analizarla dentro del ordenamiento jurídico costarricense e identificar las faltas y deficiencias existentes.

El primer concepto por definir será el del contrato administrativo, para así explicar la distinción entre éste y el contrato privado. Esto permitirá entender la necesidad de que el

contrato administrativo se encuentre regulado por una normativa específica, diferente a la del Derecho Privado.

Expuesto lo anterior, se procederá a definir el concepto del incumplimiento contractual, el cual se puede dar por diferentes circunstancias (modalidades) que deben ser especificadas en el presente trabajo. Ahora bien, para que el incumplimiento genere responsabilidad contractual, es necesario que concurren ciertos elementos, que serán igualmente esbozados.

Otro aspecto fundamental en la presente investigación, es la determinación de los efectos generados cuando se da el incumplimiento contractual. Estos efectos serán analizados a fondo por lo que es importante detallar todos sus elementos.

Tal y como se puede ver en los anteriores apartados, la figura del incumplimiento contractual proviene del Derecho Civil. Sin embargo, en el régimen de contratación administrativa esta figura cuenta con características propias. Es aquí donde procede definir conceptos propios de dicho régimen como el de la potestad sancionadora que tiene la Administración Pública y que está muy relacionada con el tema en estudio. Dicha potestad, le permite a la Administración Pública emitir distintas clases de sanciones contractuales, que serán ampliamente estudiadas. De lo anterior, surge la necesidad de definir conceptos como la resolución unilateral, la garantía de cumplimiento, la cláusula penal y las multas.

Estos y otros conceptos relacionados con el tema en estudio serán definidos y analizados detalladamente durante todo el trabajo de investigación, de conformidad con lo que establece la doctrina, la normativa y la jurisprudencia. De esta forma, se posibilitará el análisis de la figura, la determinación de deficiencias y faltas y la posterior proposición de soluciones.

Problema

La Administración Pública, en aras de garantizar los intereses públicos a la colectividad, posee un conjunto de potestades y prerrogativas que le permiten realizar contratos administrativos con los particulares. No obstante, hay que resaltar que estas potestades constituyen el ejercicio del interés general mediante el cual la Administración debe actuar tomando en cuenta los principios constitucionales y su vinculación con los derechos fundamentales que son esenciales en toda actuación administrativa. Surge así la necesidad de regular dichas potestades.

Estas potestades de la Administración Pública se ven reflejadas, entre otras, en la figura del incumplimiento contractual por parte del contratista. Es aquí donde a la Administración se le permite tomar acciones como la imposición y posterior aplicación de

cláusulas penales y multas, la ejecución de una garantía de cumplimiento, la resolución unilateral del contrato administrativo, la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el contratista y la aplicación de otras sanciones como el apercibimiento y la inhabilitación.

En el caso de Costa Rica, la figura en estudio está regulada de forma general en la Ley de Contratación Administrativa (LCA) N° 7494, vigente desde el 08 de junio de 1995, y en su Reglamento (RLCA) N° 33411, vigente desde el 04 de enero del 2007. Dentro de dichas normas, se establecen los aspectos básicos que giran en torno a dicha figura. No obstante, se ha revelado la existencia de algunas carencias y deficiencias en ambas normas. Así por ejemplo, la continua necesidad vista en la jurisprudencia de recurrir a la normativa civil para suplir aspectos como los requisitos para que opere la resolución contractual y como la precisión del alcance y contenido del régimen de las cláusulas penales y multas debido a la insuficiencia de las leyes administrativas.

Otro claro ejemplo de dichas carencias es la reciente declaración de inconstitucionalidad del artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, el cual regulaba el procedimiento para resolver unilateralmente el contrato por incumplimiento del contratista. Fue declarado inconstitucional en el voto N° 4431-2011 de las diez horas con treinta y dos minutos del 01 de abril de 2011 (corregido por el voto N° 4518-2011 de las catorce treinta horas del 06 de abril del 2011) de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. El procedimiento que regulaba el artículo era abreviado, en comparación con el ordinario establecido en la Ley General de la Administración Pública (LGAP), y obligaba a la Administración a iniciarlo mediante una medida cautelar “inaudita altera parte” que consistía en la suspensión de la ejecución del contrato administrativo, en detrimento del contratista. Asimismo, dicho ordinal establecía la posibilidad de que, una vez resuelto el contrato, la Administración contratara directamente los trabajos faltantes a fin de concluir la obra o, también, se proveyera del bien o servicio, si la Contraloría General de la República así lo autorizaba. Actualmente, estos aspectos se encuentran omisos en el Reglamento vigente.

La acción de inconstitucionalidad se fundamentó en que el procedimiento establecido en el artículo 205 mencionado, violaba las garantías del derecho al debido proceso, así como el principio de reserva de ley por cuanto habilitaba a la Administración a resolver sus contratos administrativos, ante el incumplimiento del contratista, mediante un procedimiento especial distinto del ordinario contemplado en la Ley General de la Administración Pública.

Ante tal circunstancia, la Administración se ha visto obligada a recurrir al procedimiento ordinario establecido en el artículo 308 y siguientes de la LGAP, dejando algunas dudas sobre la pertinencia de aplicar un procedimiento abreviado que incluya la obligatoria suspensión de la ejecución del contrato administrativo como medida cautelar. Lo anterior, con el objeto de obtener una mayor celeridad y asegurar la defensa de los fondos públicos, resguardando así el interés público.

Por su parte, mediante el voto No. 6639-2013 de las dieciséis horas y uno minutos del quince de mayo del dos mil trece, la Sala Constitucional declaró inconstitucional el artículo 107 del Reglamento Interno de Contratación Administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad, el cual ordenaba la ejecución automática de las cláusulas penales y las multas una vez detectado el incumplimiento. La Sala Constitucional argumenta que dicha aplicación automática de la cláusula penal resulta contraria al debido proceso y derecho de defensa. Al respecto, explica lo siguiente:

“Ciertamente, la Administración contratante se encuentra llamada a resguardar el interés público en cada una de las contrataciones administrativas que convenga con los particulares, así como a garantizar la regularidad de los servicios públicos y, consecuentemente, evitar cualquier tipo de retrasos injustificados en la ejecución del objeto del contrato administrativo; empero, estos principios constitucionales no autorizan a la Administración a incurrir en arbitrariedades, como lo sería ejecutar de manera automática las cláusulas penales convenidas sin descartar de previo circunstancias eximentes de responsabilidad contractual.”¹

En el mismo voto, la Sala Constitucional resalta que la Ley de Contratación Administrativa vigente carece de una disposición que regule específicamente este punto, previo a la ejecución de la cláusula penal, por lo que se debe remitir, al menos, al procedimiento sumario regulado en el artículo 321 de la LGAP para satisfacer la garantía del debido proceso y el derecho de defensa. Dado que en la realidad las cláusulas penales y las multas se han venido ejecutando sin aplicar este procedimiento sumario y que la misma Contraloría General de la República aboga por la aplicación automática de dichas sanciones, este voto viene a marcar una pauta importante que debe ser analizada. Dentro de dicho análisis, resulta oportuno considerar si se pierde la naturaleza propia de las cláusulas penales al tener que aplicar un procedimiento sumario.

Algunas de las carencias y deficiencias en mención, se ven reflejadas, también, en las interpretaciones judiciales que los tribunales costarricenses han debido realizar en aras de cumplir con los principios constitucionales y, en algunos casos, respetar la naturaleza

¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 6639, 15 de mayo del 2013, 16 horas 01 minutos.

propia de las figuras en estudio. Esto último se logra vislumbrar en algunas resoluciones recientes del Tribunal Contencioso Administrativo, por medio de las cuales se ha visto obligado a llenar los vacíos presentes en las normas aquí estudiadas. Tal es el caso de la ejecución de la garantía de cumplimiento, la cual no se debe ejecutar únicamente cuando se declare resuelto el contrato, tal y como lo establece el artículo 204 del RLCA. El criterio de la Sección VI de dicho Tribunal en relación con este tema se conoce en la sentencia No. 101-2013-VI de las diez horas veintiséis minutos del seis de agosto del dos mil trece en donde los jueces concluyen lo siguiente:

“(…) la ejecución de ese título se encuentra condicionada a que se haya determinado dentro del procedimiento (ordinario) de resolución, la existencia de daños y perjuicios, la imputación de esos daños a incumplimientos del contratista que han dado base a la resolución del contrato, así como a la cuantía de esas lesiones. De otro modo, se desnaturaliza la connotación indemnizatoria de la citada garantía, pues no basta la orden de resolución para ejecutar esas cauciones, es indispensable acreditar esos aspectos indicados.”²

De igual forma, se han venido generando otras dudas que ni la Ley de Contratación Administrativa, ni su Reglamento, han logrado resolver. Tal es el caso de la determinación del monto de las multas y cláusulas penales en los carteles. Al respecto, la Contraloría General de la República considera que solo en algunos casos es necesario realizar un estudio técnico financiero, en el cual se fundamente y se justifique el monto de la multa por cobrar y la estimación de daños y perjuicios por concepto de cláusula penal. Por su parte, algunos estudiosos del tema consideran que dicho estudio debe realizarse en todos los casos. Las condiciones para fijar dicho cuántum ameritan ser estudiadas por la relevancia que tiene este último en la figura del incumplimiento contractual.

Con base en lo mencionado anteriormente, se logran percibir claras deficiencias en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento relacionadas con la figura del incumplimiento contractual. Si bien, algunas se ven suplidas por el ordenamiento civil, cabe resaltar que el contrato administrativo cuenta con particularidades que lo diferencian del contrato privado; esto sugiere una regulación específica para el incumplimiento del contrato administrativo que cumpla con los principios propios del Derecho Administrativo y, de esta forma, se satisfaga el interés público.

De igual forma, resulta pertinente replantearse si, ante los cambios realizados por las diversas interpretaciones judiciales, así como por ciertas declaraciones de

² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

inconstitucionalidad, algunos elementos de la figura del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista han perdido su razón de ser.

Surge así el siguiente problema:

¿Se debe replantear la figura del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense? De ser así, ¿qué soluciones permitirían un replanteamiento de dicha figura de manera que el interés público se vea resguardado sin que ello implique un menoscabo de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales?

Hipótesis

Mediante el estudio y análisis teórico, así como el análisis práctico, se intentará demostrar lo siguiente:

Las carencias y deficiencias presentes en el ordenamiento jurídico costarricense, relacionadas con las implicaciones del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista, han generado -y podrían seguir generando- una desnaturalización de dicha figura lo que pone en riesgo, a su vez, la satisfacción del interés público.

Por tal razón, resulta necesario un replanteamiento de la figura en estudio en el ordenamiento jurídico costarricense. Para tal efecto, es preciso realizar una propuesta de reforma normativa que permita resguardar el interés público sin que los principios constitucionales y los derechos fundamentales se vean menoscabados.

Objetivos

Objetivo General

Elaborar un diagnóstico del ordenamiento jurídico costarricense relativo a la figura de incumplimiento del contratista y sus implicaciones, el cual permita identificar y analizar las faltas y deficiencias para así, finalmente, elaborar un conjunto de lineamientos y propuestas que orienten las necesidades de reformas normativas o de otras soluciones alternativas.

Objetivos Específicos

1. Establecer las diferencias existentes entre un contrato de naturaleza privada y un contrato administrativo.

2. Exponer los elementos determinantes de la existencia del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista.
3. Distinguir las formas de incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista.
4. Determinar las implicaciones del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista en el ordenamiento jurídico costarricense.
5. Analizar los diferentes criterios establecidos en diversos estudios académicos sobre el incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista en el ordenamiento jurídico costarricense.
6. Analizar diversos casos de incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista resueltos en las instancias costarricenses, tanto administrativas como judiciales.
7. Identificar las faltas y deficiencias existentes en el ordenamiento jurídico costarricense, relacionadas con la figura del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista.
8. Analizar las faltas y carencias encontradas en el ordenamiento jurídico costarricense, en relación con la figura del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contrato.
9. Proponer soluciones al régimen de contratación administrativa costarricense en relación con la figura del incumplimiento por parte del contratista.

Metodología

La presente investigación es principalmente de **tipo documental** con elementos de trabajo de campo; por consiguiente, las fuentes de información están constituidas por documentos bibliográficos (libros, artículos de revistas especializadas y trabajos finales de graduación), así como por la normativa costarricense.

La primera parte del procedimiento general fue la recopilación del material. Para ello, se recurrió, principalmente, a las bibliotecas de la Universidad de Costa Rica, a la del Tribunal Supremo de Elecciones y a la Biblioteca Judicial de Fernando Coto Albán, con la finalidad de contar con la mayor cantidad de información posible. De igual forma, se utilizó como medio la Internet, de donde se obtuvo artículos de revistas especializadas y libros digitales.

Para la obtención de normativa costarricense, se procedió a realizar la búsqueda respectiva en el Sistema Costarricense de Información Jurídica (SCIJ) así como en los Tribunales de Justicia determinados y en la Contraloría General de la República.

Una vez recolectado el material antes mencionado, se realizaron fichas de trabajo para así proceder a la segunda parte de este procedimiento investigativo: la organización del material recolectado. En esta segunda parte, se buscó discriminar el material que resultara insuficiente, innecesario y/o inadecuado para cubrir los objetivos de la investigación. Lo anterior, se logró mediante el estudio del material recolectado y de las fichas realizadas.

Cuando los elementos pertinentes fueron seleccionados, se procedió a ordenar los documentos conforme con el aporte e importancia de estos con respecto de los objetivos generales y específicos del proyecto investigativo.

Con el material obtenido, se redactó un informe preliminar de investigación, el cual fue revisado y analizado con posterioridad de manera que se permitiera confeccionar un informe final que cumpliera con los objetivos detallados en la presente investigación.

En cuanto a tiempo, la investigación se ubicó en un momento específico. De manera que se trata de una **investigación seccional**, por cuanto considera lo que, actualmente, sucede y no lo que ha sucedido históricamente.

Cabe resaltar que la investigación se limitó al territorio de Costa Rica. Por tal razón, se estudió el ordenamiento jurídico costarricense de contratación administrativa. No obstante, también se estudiaron y analizaron diversos estudios extranjeros con el objeto de realizar un breve estudio de derecho comparado en relación con el tema de investigación.

En el presente trabajo, se utilizaron, tanto el **método descriptivo** como el **analítico**. De esta forma, se procedió a descomponer cada uno de los elementos que forman parte del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista, facilitando así el estudio profundo y análisis de cada una de sus partes y las relaciones de éstas con la figura como un todo. Asimismo, dichos métodos permitieron elaborar un diagnóstico del marco legal vigente.

La investigación se realizó desde un **enfoque cualitativo**. Primeramente, se conoció y estudió la figura del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista para, posteriormente, realizar un análisis de ésta en el ordenamiento jurídico costarricense actual y así elaborar un diagnóstico al respecto.

En cuanto a las **técnicas de investigación**, resultó fundamental la participación directa del investigador, observando lo acontecido en torno a casos de incumplimiento de

contratos administrativos por parte de contratista. Principalmente, destaca el análisis de contenido que se realizó en la normativa costarricense, eso implicó selección de categorías legales específicas que interesan relacionar con el incumplimiento del contratista y figuras legales que se aplican en casos concretos. Se efectuó una combinación del método deductivo y el inductivo para, a través de los principios y conceptos fundamentales, llegar a observar lo concreto y luego, mediante lo empírico y lo observable en la práctica, llegar a esos principios que, en apariencia, son incuestionables.

Para efectos del presente trabajo de investigación, se utilizaron las siguientes **fuentes de información**: primeramente, se tomó en cuenta los estudios realizados por doctrinarios clásicos con el objeto de determinar y conceptualizar los elementos de la figura del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista. Posteriormente, se estudió y analizó dicha figura en el ordenamiento jurídico costarricense. De manera que se realizó una búsqueda exhaustiva de las leyes y reglamentos relacionados, así como de la jurisprudencia. Lo anterior, incluyó un análisis de los expedientes 10-14139-0007-CO y 11-15515-0007-CO, por medio de las cuales se declaró la inconstitucionalidad del artículo 205 del Decreto Ejecutivo No. 33411 y el artículo 107 del Reglamento Interno de Contratación Administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad, respectivamente.

De igual forma, se analizaron los estudios relacionados directamente con el tema en mención. Para ello, se tomaron en consideración artículos en revistas especializadas, libros y tesis de grado de la Universidad de Costa Rica. Finalmente, con el objeto de realizar un análisis de derecho comparado sobre el tema, se analizaron algunos estudios de otros países, publicados en libros y en artículos de revista especializada.

Estructura

El presente trabajo se encuentra estructurado en tres títulos. El primero de ellos hace referencia a las generalidades de la contratación administrativa, donde se definen conceptos esenciales para la comprensión de la totalidad de la investigación. En el segundo, se analizan las generalidades del incumplimiento contractual por parte del contratista en el ordenamiento jurídico costarricense, lo que incluye el estudio del cumplimiento contractual, para llegar a la conceptualización del incumplimiento contractual, sus modalidades y efectos, siempre tomando en consideración lo que establece el ordenamiento jurídico de Costa Rica al respecto. Finalmente, en el tercer título se realiza el examen de las sanciones en la contratación administrativa y sus modalidades, a saber: sanciones contractuales (coercitivas o sustitutivas, rescisorias y pecuniarias) y sanciones

administrativas (apercibimiento e inhabilitación). De lo extraído en cada título, se emiten conclusiones y recomendaciones.

TÍTULO I: GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I: CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

En aras de acercarse a la noción de contrato administrativo, es menester hacer referencia a la figura jurídica contrato, toda vez que ésta pertenece al derecho general, siendo común al derecho privado y al derecho público. Para tales efectos, se puede resaltar la definición dada por el tratadista Alberto Brenes Córdoba, quien dice que el contrato es “(...) el convenio de dos o más personas para constituir una obligación entre ellas.”³

Por su parte, el Dr. Diego Baudrit Carrillo lo define como “una manifestación de voluntad en que coinciden los intereses de al menos dos sujetos de derecho, de manera que esas partes se relacionan jurídicamente para conciliar sus pretensiones.”⁴

El profesor Federico Torrealba en su libro “Lecciones de Contratos” define el contrato como “(...) una manifestación bilateral o plurilateral de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos lícitos de naturaleza patrimonial.”⁵

Ahora bien, para acercarse aún más al concepto en estudio, resulta procedente hacer la distinción de los contratos de la Administración con los contratos públicos y los contratos administrativos. Tal y como explica Ernesto Jinesta:

“La categoría general es la de “los contratos de la administración”, la que aglutina los “contratos públicos” que se rigen por el Derecho público y los “contratos de derecho común” los que están sometidos a un régimen del Derecho ordinario (civil, mercantil, laboral, etc.).

Dentro de la sub-categoría de los “contratos públicos”, a su vez, se distingue entre el “contrato administrativo” y los otros contratos regidos por el Derecho público como pueden ser los inter-administrativos o los empréstitos públicos o los que están regulados por normas diferenciadas de Derecho público y no por el régimen específico de la contratación administrativa (v. gr. Empleo público). (...)”⁶

De manera que los contratos administrativos son la especie de la sub-categoría de los contratos públicos. En un mismo sentido, Miguel Marienhoff categoriza los contratos administrativos dentro de los contratos de derecho público interno. Menciona así lo siguiente:

“Hay contratos de derecho público internacional (tratados-contratos) y contratos de derecho público interno. Entre estos últimos figuran los “contratos administrativos”,

³ Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de los contratos* (San José: Juricentro, 1985), 33.

⁴ Diego Baudrit Carrillo, *Derecho Civil IV: Teoría General del Contrato*, 3ª ed. (San José: Juricentro, 2000), 26.

⁵ Federico Torrealba Navas, *Lecciones de Contratos*, (San José: Editorial Isolma, 2009), 17.

⁶ Ernesto Jinesta Lobo, *Contratación Administrativa: Tomo IV, Tratado de Derecho Administrativo* (San José: Guayacán, 2010), 97.

que son los celebrados entre la Administración Pública y otras personas, para determinados fines o funciones estatales. Los contratos administrativos constituyen, pues, una especie dentro de los contratos de derecho público.”⁷

Con base en lo dicho hasta ahora, se debe excluir del concepto de contrato administrativo y, por ende, del objeto de estudio de la presente investigación, los contratos de derecho común de la Administración, los contratos de derecho público internacional (tratados-contratos), los contratos interadministrativos, los empréstitos públicos y los que están regulados por normas diferenciadas de derecho público y no por el régimen específico de la contratación administrativa, como por ejemplo: el empleo público.

Conviene, entonces, definir brevemente algunos de los conceptos recién mencionados para evitar así confusión alguna con el concepto de contrato administrativo. Los **contratos de derecho común de la Administración** son caracterizados por Jinesta como aquellos que:

“(...) suelen celebrar los entes públicos en el ámbito de la actividad o gestión industrial o comercial en el ejercicio de su capacidad de derecho privado (artículo 1° y 3°, párrafo 2°, LGAP); lo característico es que se les aplica, directamente, el Derecho privado y no existe un régimen exorbitante o cláusulas exorbitantes. Lo industrial o comercial no forma parte de la función administrativa y de los fines del Estado o públicos, en general, puesto que, ordinariamente presupone actividades privadas de los particulares.”⁸

El profesor Federico Torrealba señala que, en este caso, en el que el ente público contrató en su capacidad de derecho privado, “(...) queda sometido al ordenamiento jurídico privado, prácticamente en los mismos términos que un particular.”⁹ Es decir, el ente público prácticamente se iguala al particular en el sentido de que la Administración carece de prerrogativas de poder público. Sin embargo, tal y como explica Juan Carlos Cassagne, “(...) la competencia resulta siempre reglada por el derecho administrativo, al igual que el procedimiento de selección, variando el grado de intensidad de aplicación del derecho público en función del tipo de contrato y el interés público (aunque éste no sea inmediato).”¹⁰

Lo anterior, se ha visto en la jurisprudencia costarricense, en los casos de rescisión contractual unilateral de un contrato de derecho común de la administración. La Sala Primera ha reconocido la posibilidad de que, en dichos contratos, la Administración Pública resuelva de pleno derecho el convenio, siempre y cuando se invoquen razones de

⁷ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 20.

⁸ Jinesta, *Contratación Administrativa*, 112.

⁹ Torrealba, 136.

¹⁰ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999), 14.

protección al interés público, con base en el artículo 113, inciso 2° de la LGAP.¹¹ De manera que, a pesar de considerarse contratos de Derecho privado, el Derecho administrativo puede estar presente.

Dentro de los supuestos de contrato de derecho común de la Administración, Ernesto Jinesta destaca las transacciones celebradas por la Administración Pública con un bien fiscal –no demanial-, los contratos que celebran los entes públicos con los particulares para la prestación de servicios públicos “uti singuli” de utilización voluntaria o facultativa para el usuario (provisión de agua potable, electricidad, teléfono, etc.) y los contratos del Derecho común que se usan para una mejor satisfacción del fin público perseguido (el contrato mercantil de fideicomiso en sus diversas modalidades).¹²

De igual forma, la jurisprudencia ha catalogado como contratos de derecho común de la Administración, los contratos de seguros celebrados por el Instituto Nacional de Seguros (INS)¹³, los contratos de comisión acordados por el INS con las empresas comercializadoras de seguros¹⁴, los contratos financieros y bursátiles concertados por los bancos del Estado¹⁵ y los contratos de compraventa de inmuebles celebrados por los bancos del Estado.¹⁶

Por su parte, los **contratos de derecho público internacional** son los “acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos del derecho internacional público.”¹⁷ En relación con estos tratados-contratos, únicamente cabe resaltar que se rigen por el Derecho Internacional Público, por lo que las leyes internas no pueden pautar los procedimientos para concertar dichos acuerdos.

En cuanto a **los contratos –o convenios- interadministrativos**, estos han sido definidos por la Sala Primera como “(...) un mecanismo bilateral utilizado por unidades públicas para conseguir la coordinación inter-administrativa, mediante relaciones jurídicas

¹¹ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 527, 01 de agosto de 2008, 14 horas 10 minutos.

¹² Cf., Jinesta, *Contratación Administrativa*, 112.

¹³ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 903, 21 de octubre de 2004, 9 horas 25 minutos y resolución No. 153, 17 de marzo de 2005, 10 horas 30 minutos.

¹⁴ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 527, 01 de agosto de 2008, 14 horas 10 minutos.

¹⁵ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 263, 13 de abril de 2007, 10 horas 30 minutos.

¹⁶ Cf., *Ibid.*

¹⁷ Ley de Contratación Administrativa, Ley No. 7494, diario Oficial La Gaceta No. 110, San José, Costa Rica, 08 de junio de 1995, Artículo 2°, párrafo 1°, inciso b).

de colaboración y cooperación entre ellas.”¹⁸ Tanto Ernesto Jinesta como Juan Carlos Cassagne, explican que en estos acuerdos no existe un régimen exorbitante del Derecho común y su régimen jurídico posee algunas notas diferenciales, tales como la excepción al requisito de la licitación pública en el proceso de selección, la inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias a entidades estatales, un sistema particular de solución de conflictos, entre otros.¹⁹

Es de interés hacer la distinción entre el contrato-convenio interadministrativo y el contrato administrativo por cuanto, de conformidad con el artículo 130 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, No 33411, el primero no está sujeto a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa.²⁰ La Sala Primera ha establecido que la diferencia entre estos contratos radica en el objeto de la negociación y en la “cooperación” que, efectivamente, se estén brindando entre sí ambas entidades. Así se puede ver en el siguiente extracto de la sentencia No. 1019-2005:

“De ahí que en este tipo de acuerdos, al buscar un objetivo común, un interés compartido, se presenta un equilibrio entre lo que da y recibe cada una de las entidades u órganos involucrados. En el contrato por el contrario, estas variables no se encuentran presentes, dado que no se impone un balance entre las prestaciones a que se obligan las partes, ni se impone la cooperación como móvil primario de la relación. Tampoco existe una coincidencia de intereses; la Administración busca la obtención de bienes y servicios para cumplir con sus cometidos, en tanto que el contratista, la retribución o utilidad que la realización del objeto del contrato le va a generar. Verbigracia la venta de servicios que pueda hacer una entidad a otra. Visto así, el punto clave para precisar si se está frente a un contrato o ante un convenio, radica en el objeto de la negociación, así como en la “cooperación” que efectivamente se estén brindando entre sí ambas entidades. Ergo, existe una significativa diferencia entre un convenio de cooperación entre instituciones y cualquier otra actividad contractual que se lleve a cabo al amparo del artículo 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa.”²¹

Sin embargo, es menester destacar las consideraciones de Jinesta al respecto. Señala que la diferencia entre el contrato administrativo y el contrato interadministrativo “(...) reside en el precio o retribución económica que percibe el contratista en el primero, en tanto que en el segundo no existe ese elemento.”²² Según indica Jinesta, en los contratos interadministrativos no hay precio sino compensaciones o concurso de aportaciones.²³

¹⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1019, 21 de diciembre del 2005, 16 horas 25 minutos.

¹⁹ Ver Jinesta, *Contratación Administrativa*, 111 y Cassagne, 29.

²⁰ Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 33411, diario La Gaceta No. 210, 02 de noviembre de 2006, artículo 130.

²¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1019, 21 de diciembre del 2005, 16 horas 25 minutos.

²² Jinesta, *Contratación Administrativa*, 130.

²³ Cf., Jinesta, *Contratación Administrativa*, 127-128.

Aparte de los conceptos antes definidos, conviene hacer referencia a **los empréstitos públicos**, los cuales se podrían confundir con los contratos administrativos o con los tratados-contratos. Sin embargo, los primeros hacen referencia a:

“(...) los contratos de crédito en los cuales el deudor es un ente público de manera que, tanto lo son aquellos contraídos por el Estado mismo, como deudor, cuanto por sus instituciones descentralizadas, municipalidades, corporaciones o, en general, cualquier persona de derecho público y lo mismo si lo es a favor de un acreedor nacional o extranjero, público o privado (...).”²⁴

La Constitución Política, por medio de su artículo 121, inciso 15), separa los empréstitos públicos de los tratados internacionales y de los contratos administrativos. La diferencia con estos últimos se da no precisamente por su naturaleza, sino “(...) más bien por sus implicaciones políticas respecto de cuestiones muy sensibles, como las tributarias y presupuestarias, que los primeros comprometen inevitablemente.”²⁵

Finalmente, en las **relaciones de empleo público** (entre el Estado y los servidores públicos), éstas son reguladas por uno o varios estatutos de servicios civil²⁶, por lo que se trata de una relación especial de sujeción de Derecho Público. Bajo esta tesis, no se les aplica el régimen de contratación administrativa costarricense y tampoco son consideradas contratos administrativos.

En los párrafos anteriores, se esclarecieron conceptos que podrían verse enmarañados con la noción de contrato administrativo. De esta forma, se hace posible la distinción entre dichos conceptos y el contrato administrativo, lo que permite, a su vez, entender y definir este último.

A continuación, se procederá a definir el concepto de contrato administrativo, no sin antes acotar que, tal y como lo señala Marienhoff, “(...) la terminología en materia de contratos de la Administración suele acusar modalidades distintas de acuerdo al ordenamiento jurídico que se considere”.²⁷ Lo anterior, se debe a la gran heterogeneidad de tratamiento que la institución ha suscitado entre los ordenamientos jurídicos que la asumieron. Hasta tal punto es así que una parte de la doctrina niega la existencia de contratos administrativos celebrados entre la Administración Pública y el administrado o particular. Así por ejemplo, el francés León Duguít abogaba por la eliminación del lenguaje jurídico las expresiones contrato de derecho privado y contrato de derecho público, de esta

²⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1027, 29 de agosto de 1990, 17 horas 30 minutos.

²⁵ Ibid.

²⁶ Cf., Constitución Política de Costa Rica, 08 de noviembre de 1949, artículo 191.

²⁷ Marienhoff, 37.

forma se hablaría únicamente de contrato en general y así no existirían contratos administrativos como contratos distintos a los celebrados entre particulares.²⁸

En países como Alemania, Gran Bretaña, Italia o Estados Unidos, la figura en estudio no es reconocida, a pesar de que ésta se encuentra presente de forma implícita. Al respecto, Gaspar Ariño se refiere a dichos países de la siguiente manera:

“En ellos, los contratos del Estado se declaran sujetos al Derecho común, civil o comercial, como cualesquiera otros negocios entre particulares. Pero ello no es nunca así; esto es sólo en teoría. En la práctica, los contratos del Estado en esos países están llenos de peculiaridades, de excepciones al Derecho común, bien por la vía del clausulado contractual (que incorpora multitud de singularidades), bien por la proyección sobre el contrato de un conjunto de privilegios subjetivos que acompañan siempre al Estado y que le sitúan en una cierta posición de inmunidad frente al contratista.”²⁹

Por su parte, en los países que sí se reconoce la figura, la doctrina ha tenido dificultades a la hora de definirla conceptualmente. En este orden de ideas, Marienhoff explica lo siguiente:

“Los **sujetos** intervinientes, el **objeto** sobre el cual pueden versar dichos contratos -que incluso puede consistir en relaciones, cosas o bienes que están fuera del comercio del derecho privado; por ejemplo, función o empleo público, concesión de uso común del dominio público, concesión de servicio público- y los **finés** inmediatos que se persigan, que a su vez pueden ser de interés "general" (vgr., concesión de servicio público) o de interés "privado" del cocontratante (por ejemplo, de uso de agua pública para irrigación), dificultan la cuestión. De ahí la necesidad de dar una definición genérica, susceptible de abarcar o comprender todos los supuestos posibles revelados por la experiencia.”³⁰ (La negrita es mía)

Es, por esta razón, que surgen diversos conceptos, lo que retrata la complejidad de la figura en estudio. No obstante, de seguido se mencionarán algunas definiciones que abarcan la totalidad de los supuestos que se pueden generar a la hora de determinar los sujetos, el objeto y los fines del contrato administrativo.

Con el objeto de conceptualizar el contrato administrativo, Marienhoff lo define como “(...) el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones. Celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas.”³¹

²⁸ León Duguit, *Traite de droit constitutionnel*, Tomo III (Paris, 1930), 434-435, citado en Marienhoff, 23.

²⁹ Gaspar Ariño, “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 172 (Enero – Abril 2007).

³⁰ Marienhoff, 32-33.

³¹ Marienhoff, 34.

En Costa Rica, el concepto del contrato administrativo se ha determinado, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. Así se tiene el criterio de la Sala Constitucional el cual se basa en el concepto de Marienhoff, anteriormente expuesto.³²

Por su parte, la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo se apoya en la definición propuesta por Dromi:

“Desde la óptica del Derecho Administrativo, para el autor argentino José Roberto Dromi, el contrato es “toda manifestación bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una actúa en ejercicio de la función administrativa. Es un acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento de adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración”.³³

La Contraloría General de la República, por su parte, ha establecido lo siguiente:

“(…) el contrato administrativo es aquél celebrado por la administración y un particular u otra Administración, para adquirir bienes o servicios o construir obras. Como característica la Administración actúa con sus prerrogativas de derecho público que le permiten hacer uso de una serie de ventajas sobre el particular cocontratante, sin perjuicio de sus derechos.”³⁴

A esto último, cabe agregarle que, además de adquirir bienes o servicios o construir obras, el contrato administrativo puede tener por objeto la prestación de determinado servicio público por particulares. Finalmente, Ernesto Jinesta define el contrato administrativo como el:

“(…) acuerdo de voluntades entre una administración pública y un sujeto de Derecho privado, que le permite al ente público cumplir con su función administrativa o ejercer sus competencias administrativas –contratos de colaboración- o al administrado usar privativamente un bien del dominio público –contratos de atribución-, sometido a un régimen jurídico-administrativo –exorbitante del Derecho común- que le confiere al ente público una serie de prerrogativas contractuales y le impone obligaciones o requisitos en aras de garantizar ciertos principios que aseguren el uso legítimo, oportuno, conveniente y razonable de los fondos públicos.”³⁵

Para efectos del presente trabajo, se utilizará este último concepto dado por Ernesto Jinesta, toda vez que abarca la totalidad de supuestos que se pueden dar en la tarea de distinguir un contrato administrativo de conformidad con el ordenamiento jurídico costarricense. No obstante, a este concepto se le debe agregar que el acuerdo de voluntades se puede dar, también, entre dos sujetos de Derecho público. Así lo ha

³² Al respecto, ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1205, 15 de marzo de 1996, 9 horas.

³³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 1, 15 de enero de 2013, 10 horas; resolución No. 15, 27 de febrero de 2013, 16 horas 30 minutos; resolución No. 19, 08 de marzo de 2013, 11 horas; No. 83, 07 de octubre de 2014, 11 horas; entre otras.

³⁴ Contraloría General de la República, resolución RDCA- 427-2007, 2 de octubre del 2007, 8 horas.

³⁵ Jinesta, *Contratación Administrativa*, 111.

establecido la mayoría de la doctrina y, de igual forma, es aceptado en nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO II: ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Los elementos esenciales o generales de un contrato son “(...) aquellos componentes que ha de reunir un determinado fenómeno o segmento de la realidad, para merecer la calificación de contrato válido”³⁶. La jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo ha establecido que los elementos esenciales del contrato administrativo son: a) los sujetos b) el consentimiento, c) el objeto, d) la causa, e) la finalidad y f) la forma.³⁷

A lo largo de este apartado, se desarrollará cada uno de los elementos recién mencionados, ajustándolos a las características propias del contrato administrativo en el ordenamiento jurídico costarricense.

SECCIÓN I: SUJETOS

Los sujetos que forman parte del contrato administrativo son i) la Administración Pública y ii) los contratistas o cocontratantes.

La Administración Pública

La Administración Pública es uno de los sujetos que no puede faltar en el contrato administrativo. Ésta se manifiesta en cualquiera de sus entes: Administración Central, entes descentralizados, los entes públicos no estatales y las empresas públicas. Al respecto, la Ley de Contratación Administrativa en su artículo primero define su ámbito subjetivo al indicar que regula “(...) la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.”³⁸

Agrega en el mismo artículo 1°, párrafo tercero, que “cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas

³⁶ Torrealba, 35.

³⁷ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 1, 15 de enero de 2013, 10 horas; resolución No. 15, 27 de febrero de 2013, 16 horas 30 minutos; No. 19, 08 de marzo de 2013, 11 horas; No. 83, 07 de octubre de 2014, 11 horas; entre otras.

³⁸ Ley de Contratación Administrativa, artículo 1.

o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley.”³⁹ Esto quiere decir que si un ente de Derecho privado utiliza fondos públicos, debe someterse a los principios de la LCA, no así a la totalidad de la ley. Los principios aquí mencionados hacen referencia a los principios generales de la contratación administrativa contenidos en la Sección Segunda del Capítulo I de la LCA y a los desarrollados por la Sala Constitucional y la Sala Primera en su jurisprudencia⁴⁰. Tal y como lo considera Jinesta⁴¹, y aquí se comparte su criterio, no se deben confundir los principios generales de la contratación con las reglas y trámites extraíbles de los procedimientos de contratación. De manera que, contrario a lo determinado por la CGR⁴², los recursos de objeción y de apelación en contrataciones promovidas por entidades privadas que manejan fondos públicos, debe ser improcedente. Lo mismo sucede en la etapa de ejecución de los contratos celebrados por dichas entidades privadas, donde, si bien, se deben aplicar los principios generales en mención, la aplicación de la totalidad de la Ley y su reglamento, no es requerida. Esto es así por cuanto esos contratos no son de naturaleza administrativa; cabe recordar que, según la acepción expuesta supra, el contrato administrativo es el acuerdo tomado entre una administración pública y un sujeto de derecho privado. En el presente asunto, el contrato se daría entre dos sujetos privados y, a pesar de que existen recursos públicos de por medio, no se cumple uno de los requisitos para que sea considerado como administrativo. Ergo, el sujeto privado que maneja los fondos públicos no posee las potestades y prerrogativas que sí tiene una Administración Pública en la actividad contractual y, esto impide que las reglas y trámites regulados en la LCA y el RLCA sean de plena aplicación. Esto no obsta para que esos recursos continúen siendo parte de la Hacienda Pública y sigan sujetos a un régimen de control y fiscalización por parte de la Contraloría General de la República.

Con respecto de los sujetos de Derecho privado, es de interés resaltar que la CGR realiza la distinción entre los sujetos privados que administran o custodian fondos públicos y los que, en virtud de una norma legal, reciban fondos de origen público que se convierten en recursos privados al integrarse a su patrimonio. En el primer caso, les son aplicables los principios generales de la contratación administrativa cuando la actividad contractual efectuada por dichos entes privados sea financiada total o parcialmente por los fondos

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Los principios en mención se exponen exhaustivamente en la resolución No. 998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, emitida a las 11 horas 30 minutos del 16 de febrero de 1998.

⁴¹ Ver Jinesta, *Contratación Administrativa*, 121-122.

⁴² Cf., Contraloría General de la República, resolución No. R-DAGJ-014-2000, 13 de enero de 2000, 14 horas 30 minutos y Oficio No. 12.261 (DJ-1327-2011), 06 de diciembre de 2011.

públicos que administran o custodian. En el segundo caso, por el contrario, no resultan aplicables estos principios.⁴³

La LCA continúa definiendo su ámbito subjetivo en su artículo 2°, al exceptuar de su aplicación a “(...) los entes públicos no estatales cuyo financiamiento provenga, en más de un cincuenta por ciento (50%), de recursos propios, los aportes o las contribuciones de sus agremiados, y las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público.”⁴⁴ Es decir, los contratos celebrados por entes públicos financiados en más de cincuenta por ciento de recursos propios o de sus agremiados, así como por empresas públicas con capital social que proviene mayoritariamente del sector privado, no son catalogados como contratos administrativos y, por ende, no despliegan los efectos propios de esos contratos. Bajo esta tesitura, el régimen de contratación administrativa regulado en la LCA y el RLCA, no les resulta aplicable, sino que se encuentran sometidos al régimen jurídico privado.

En cuanto a las empresas públicas, es menester enfatizar que la ley no distingue entre los tres tipos de empresas públicas existentes en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁵, a saber: **1) empresa pública-ente de derecho público**, que son aquellas que asumen la forma de un ente público para desplegar un giro total o parcialmente empresarial (industria, comercio de bienes y servicios, etc.), tales como el Instituto Costarricense de Electricidad, el Instituto Nacional de Seguros, los Bancos Comerciales del Estado, el Instituto Costarricense de Puertos al Pacífico, la Junta de Administración Portuaria y Desarrollo Económico de la Vertiente del Atlántico; **2) empresa pública-órgano público**, que son aquellos centros administrativos de imputación parcial de un ente público que ejercen un tráfico mercantil o industrial, tales como la Fábrica Nacional de Licores o las tiendas libres del Instituto Mixto de Ayuda Social; y **3) empresa pública-ente de derecho privado** que son las organizaciones colectivas del Derecho Privado que ejercen una actividad empresarial y en las que tienen interés directo algún ente público por pertenecerle el 50% o más del capital social, tales como Radiográfica de Costa Rica S.A., la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., Correos de Costa Rica S.A., la Corporación Bananera Nacional y sus subsidiarias, SINART S.A., entre otros.

⁴³ Contraloría General de la República, Oficio No. 12.261 (DJ-1327-2011), 06 de diciembre de 2011.

⁴⁴ Ley de Contratación Administrativa, artículo 2.

⁴⁵ La distinción entre los tres tipos de empresas públicas se puede ver en las resoluciones No. 5960 de las 12 horas 06 minutos del 28 de mayo del 2004 y la No. 9044 de las 18 horas 43 minutos del 29 de mayo del 2008, ambas emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. También se puede ver en Jinesta, *Contratación Administrativa*, 114-115.

Ernesto Jinesta señala que esta distinción es relevante por cuanto no todas las empresas públicas ameritan estar regidas por el régimen de contratación administrativa. Tal es el caso de las empresas públicas-entes de derecho privado las cuales, a su criterio, deben someterse al Derecho privado y no al administrativo⁴⁶. Este criterio se ve reflejado, a su vez, en el voto No. 11210-2008 de las 15 horas del 16 de julio de 2008 emitido por la Sala Constitucional en una Consulta legislativa facultativa sobre el “Proyecto de Ley de fortalecimiento y modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones”, donde señaló:

“Las empresas públicas-ente de derecho privado, esto es, aquellas que asumen la veste o forma de una organización colectiva del Derecho privado no están sujetas al Derecho administrativo y tampoco al régimen de la contratación administrativa. Permitirle, por una parte, a los entes públicos constituir organizaciones del Derecho privado para brindarles agilidad, flexibilidad y celeridad en el despliegue de un determinado giro empresarial o mercantil y, luego, someterlas a un régimen público de contratación resulta completamente contradictorio y absurdo. Tradicionalmente, las empresas públicas que asumen una forma de organización colectiva del Derecho privado han estado exentas de la aplicación del régimen de la contratación administrativa, pese a que se ha recomendado que observen los principios generales de ésta (publicidad, transparencia, libre concurrencia, igualdad). Se aprecia, en cuanto a este extremo de la consulta, una seria confusión entre el régimen de la contratación administrativa y el ordenamiento de control superior de la Hacienda Pública, por cuanto, resulta obvio que tales empresas, aunque asuman la forma de un sujeto de Derecho privado, están sometidas a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en el tanto y en el cuanto utilicen fondos públicos.”⁴⁷

De conformidad con el voto de cita, las empresas públicas-ente de derecho privado deben ser excluidas de la aplicación del régimen de la contratación administrativa. En igual sentido, el abogado costarricense Rubén Hernández Valle ha manifestado que esas empresas públicas en particular deben regirse por el derecho privado, lo que se logra extraer de la siguiente cita:

“El régimen jurídico es privado, pues en caso contrario se desnaturaliza el instrumento utilizado. Justamente esto último es lo que ha ocurrido en nuestro país durante los últimos años, en que RECOPE, CODESA y sus subsidiarias fueron, de manera paulatina, sometidas a típicos controles publicistas, como el sometimiento de sus presupuestos a la aprobación de la Contraloría, la aplicación del régimen de licitación para la adquisición de bienes y servicios, etc.”⁴⁸

De modo tal que algunos estudiosos del tema consideran necesario que se replantee este tema, en tanto la naturaleza propia de las empresas públicas-entes privados

⁴⁶ Jinesta, *Contratación Administrativa*, 114-118

⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 11210, 16 de julio del 2008, 15 horas.

⁴⁸ Rubén Hernández Valle, *Instituciones de Derecho Público Costarricense* (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2005), 137.

es de origen privado por lo que deben ser excluidas del régimen de contratación administrativa, independientemente del porcentaje de financiamiento público que tengan.

No obstante, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia dista de este criterio. Así, en el voto No. 285-2000 las quince horas veintiocho de abril del año dos mil, dispuso lo siguiente:

“(…) es indudable que el régimen contractual de una empresa pública, lleva incorporados los principios básicos consustanciales al contrato administrativo. Así lo ha dispuesto la Sala Constitucional (Sentencia N° 998-98) y lo ha ratificado la normativa vigente a esta fecha (artículo 182 de la Constitución Política y 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. (...)) Es verdad que el régimen jurídico de la actividad desplegada por la codemandada Fiduciaria Bananera, impide incluirla como parte de la Administración Pública, sin embargo, ocurre con frecuencia, que tales sociedades, al contratar, elaboran complejos regímenes de contratación, en un todo semejantes a los que rigen a la Administración Pública, incorporando así a sus contratos, todo un sistema de cláusulas e institutos exorbitantes al derecho privado, con lo cual pasan a ser contratos sujetos a los procedimientos y principios de la contratación administrativa, en este caso particular, dentro de la categoría de obra pública. (...). Esto, evidentemente, refiere a un régimen ajeno al derecho privado y extraño a la voluntad privada de las partes contratantes, en tanto establece una serie de prerrogativas a favor de la codemandada, con base en las normas de contratación administrativa vigentes al momento de los hechos. Así las cosas, se concluye que en la especie se está ante un contrato muy próximo a los administrativos, y no uno de naturaleza civil, como lo caracterizó el Ad-quem, por lo que consecuente está sujeto a los procedimientos y principios establecidos por el Derecho Administrativo relativas a la contratación vigentes en ese momento, a saber, el Reglamento de la Contratación Administrativa. Valga reiterar que actualmente, con la promulgación de la Ley de la Contratación Administrativa, en realidad todo contrato que suscriban las empresas públicas, cuyo capital social pertenezca, en su mayoría al sector público, se encuentra sometido a las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo (Artículos 1 y 2 de la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494).”⁴⁹

En síntesis, por un lado se tiene el criterio de Jinesta y Hernández Valle, atrincherado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, según el cual las empresas públicas-entes privados, independientemente del porcentaje del capital social de titularidad público, deben ser exceptuadas de la aplicación de la LCA. Por esta razón, Jinesta considera que el artículo 2°, párrafo último, es inadecuado en cuanto excluye a las empresas públicas cuyo capital social pertenece en su mayoría a particulares. Incluso, el autor en mención considera que los tres tipos de empresas públicas antes analizados deberían estar exceptuados de la ley de marras, no así de los principios generales de la contratación administrativa. Esta posición procura no obstaculizar y trabar innecesariamente el giro o tráfico de estas empresas, de manera que no se coloque en una posición de desventaja y vulnerabilidad frente a los competidores del mercado.

⁴⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 285, 04 de marzo del 2010, 9 horas 02 minutos.

Por otro lado, la Sala Primera se aferra a lo ordenado en el párrafo final del artículo 2° de la LCA, y dispone que todo contrato suscrito por las empresas públicas, cuyo capital social sea, en su mayoría, del sector público, se encuentra sometido a las normas y principios del ordenamiento jurídico de contratación administrativa.

Resulta claro que la intención de los autores en mención radica en brindarle agilidad, flexibilidad y celeridad a la actividad contractual de las empresas públicas. Sin embargo, hay varios aspectos que deben ser objeto de análisis. La empresa pública -en todas sus modalidades-, puede estar dedicada a la gestión de servicios públicos y/o a actividades de índole mercantil (comercial y /o industrial). Sobre el régimen jurídico aplicable en cada supuesto, se ha dicho lo siguiente:

“(…) En el primero de los casos, estará regida por el derecho público, por cuanto debe respetar el orden jurídico tutelante del servicio público si existiere, en el segundo caso obedecerá a un régimen jurídico predominantemente de derecho privado y finalmente, el tercer caso (cuando la empresa gestiona servicios públicos y además se dedica a actividades mercantiles) remitirá a un régimen mixto.”⁵⁰

Es decir, según la finalidad de cada empresa, así será el régimen jurídico aplicable. De modo tal que, tanto el Magistrado Jinesta como el abogado Hernández Valle, no pueden obviar que muchas de estas empresas públicas tienen una finalidad pública que cumplir y además, tienen una participación estatal mayoritaria, lo que amerita que se rijan por las normas del Derecho Administrativo y, más específicamente, por el marco normativo que ofrece la LCA y el RLCA.

Si bien es cierto, es necesario que dichas empresas cuenten con una mayor agilidad, flexibilidad y celeridad en su funcionamiento; sin embargo, cabe recordar que para eso se les ha otorgado la posibilidad de celebrar contratos de Derecho Común en el ámbito de la actividad o gestión industrial o comercial en el ejercicio de su capacidad de derecho privado, los cuales se encuentran regidos por el Derecho Privado y, de forma excepcional, por el Derecho Administrativo. Tal es el caso de los contratos del servicio de electricidad celebrados por la CNFL con sus usuarios, los cuales se regulan por normativa especial y supletoriamente por el Código Civil y de Comercio. Aunado a esto, nótese que la LCA obliga a que las empresas que no logren una participación estatal mayor al cincuenta por ciento, se les aplique el régimen privado, con lo que se logra en gran medida esa flexibilización requerida para las empresas públicas.

⁵⁰ Wilberth Quesada y Jorge Solano, *Las sociedades públicas municipales de economía mixta y su regulación en Costa Rica. Una laguna jurídica*, Investigación final para optar al grado de Master en Derecho Económico con mención en Comercio Internacional (San José: Universidad Nacional a Distancia, 2012), 21.

Es, por esa razón, que la redacción del último párrafo del artículo 2 de la LCA, se encuentra acorde con el fin de toda contratación administrativa, por cuanto obliga a las empresas públicas con capital social perteneciente, en su mayoría, al sector público, a manejar de la mejor forma los fondos públicos y a velar porque el interés público se vea satisfecho de la manera más eficiente posible, en los términos que establece la LCA y el RLCA.

Los contratistas o cocontratantes

Según el criterio de Marienhoff, los cocontratantes de la Administración pueden ser, tanto las personas individuales como las jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, siempre y cuando dichas personas estén encuadradas, o actúen encuadradas, en las normas que disciplinan lo atinente a las contrataciones del Estado.⁵¹ A lo anterior, se le debe agregar que, también, la misma Administración Pública puede ser cocontratante.

SECCIÓN II: EL CONSENTIMIENTO

Para que se forme el contrato administrativo, es necesario que las partes exterioricen su voluntad y que ésta sea recíproca. Esto sucede, tanto en el contrato privado como en el contrato administrativo. No obstante, debido a las particularidades que posee el contrato administrativo -donde siempre está en juego el interés público-, la fusión de voluntades se opera generalmente adhiriéndose el cocontratante a cláusulas prefijadas por la Administración Pública, de manera que el cocontratante se limita a aceptar las cláusulas sin discusión. Lo anterior, no excluye la posibilidad de que, en algunos casos, se dé la libre discusión a la hora de formar el contrato. Así las cosas, tal y como acertadamente lo señala Marienhoff:

“(…) en materia de contratos administrativos, la expresión de voluntad de las partes y la elaboración de las cláusulas del contrato, tanto pueden lograrse mediante una libre discusión entre las partes interesadas, como “adhiriéndose” el administrado – cocontratante- a cláusulas prefijadas al respecto por el Estado. Esto último es lo que la doctrina del derecho denomina contrato por adhesión”⁵².

Lo anterior, es corroborado por la jurisprudencia costarricense, que señala lo siguiente:

“Cabe apuntar, además, la casi unánime opinión doctrinal de que el contrato con la Administración Pública y, consiguientemente, la oferta a ella, son de adhesión, lo que es parcialmente cierto, dada la necesaria libertad del concursante para

⁵¹ Cf., Marienhoff, 155.

⁵² Marienhoff, 137.

determinar por sí, al menos, el precio de la oferta. El fenómeno proviene de dos hechos fundamentales: 1- La oferta del particular viene delimitada por el pliego de condiciones particulares (cartel o convocatoria de licitación), unilateralmente elaborado por la Administración Pública, sin discusión con el contratante ni oportunidad para éste de influir sobre su contenido. 2- Este último viene complementado en gran parte, a su vez, por los llamados pliegos de condiciones generales, verdaderos proyectos de contrato tipo destinados a formular, de la manera más abstracta y comprensible posible, las condiciones, términos, obligaciones y derechos de las partes en el contrato.”⁵³

SECCIÓN III: EL OBJETO

El objeto de un contrato es “(...) la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo.”⁵⁴ Está constituido por la obligación impuesta contractualmente, la cual implica una prestación. De conformidad con el artículo 629 del Código Civil, dicha prestación constituye siempre una conducta de dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa.

En el contrato administrativo, el objeto se define como “(...) la realización de una obra o la prestación de un servicio público, y todo tipo de prestaciones cuya finalidad sea la satisfacción de las necesidades generales.”⁵⁵

Aunado a lo anterior, se entiende que “El objeto debe ser cierto, posible, lícito y moral. No es indispensable que posea contenido patrimonial, pero necesariamente debe ser evaluable y transformarse en una prestación pecuniaria en caso de incumplimiento.”⁵⁶ A diferencia del contrato de Derecho privado, el objeto en un contrato administrativo puede ser mutable unilateralmente, siempre en aras de satisfacer el interés público.

SECCIÓN IV: LA CAUSA

La causa es el motivo o la razón determinante de los contratos. Señala Bercaitz que, en los contratos administrativos, la causa “(...) es satisfacer un fin público, un servicio público, una necesidad colectiva independientemente del móvil que puede determinar el contrato en la mente o en la intención del funcionario que expresa o ejecuta a través de la

⁵³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 1, 15 de enero de 2013, 10 horas; resolución No. 15, 27 de febrero de 2013, 16 horas 30 minutos; resolución No. 19, 08 de marzo de 2013, 16 horas 30 minutos; No. 83, 07 de octubre de 2014, 11 horas; entre otras.

⁵⁴ Miguel Ángel Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2da ed. (Buenos Aires: Depalma, 1980), 276.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 1, 15 de enero de 2013, 10 horas; resolución No. 15, 27 de febrero de 2013, 16 horas 30 minutos; resolución No. 19, 08 de marzo de 2013, 16 horas 30 minutos; resolución No. 83, 07 de octubre de 2014, 11 horas.

Administración Pública (...)”⁵⁷ Es decir, la causa debe ser objetiva. Sin este elemento, el contrato administrativo no tiene razón de ser. Se concluye entonces que, en todo contrato administrativo, la Administración tiene la obligación de concretar el motivo o la razón que determina su actuar.

SECCIÓN V: LA FINALIDAD

La finalidad es la que explica el porqué del objeto, por lo que se considera que está implícita en él. En el contrato administrativo, la finalidad es lo que se persigue, es “(...) la condición de subordinación al fin de interés público de que se trata en cada caso, y que el contrato administrativo debe procurar satisfacer.”⁵⁸

SECCIÓN VI: LA FORMA

La forma se refiere al “(...) modo concreto como se documenta, materializa, exterioriza, objetiva e instrumentalmente el vínculo contractual (la declaración de voluntad) (...).”⁵⁹ Se diferencia de las formalidades, las cuales constituyen los procedimientos para realizar la contratación.

El artículo 199 del RLCA señala expresamente que la relación contractual se formalizará en simple documento en los siguientes casos: cuando resulte imprescindible para el correcto entendimiento de los alcances de los derechos y las obligaciones contraídas por las partes; cuando por seguridad jurídica en razón del objeto sea necesario, tales como obra pública, contratos de ejecución continuada, entre ellos, arrendamiento y servicios; o cuando por disposición de la Contraloría General de la República en razón de sus labores de fiscalizador de la Hacienda Pública así lo requiera.

Continúa disponiendo el artículo 199 del RLCA, que dicho documento debe ser suscrito por el funcionario legalmente facultado para ello y por el representante legal de la cocontratante y debe contener una breve descripción de los elementos esenciales de la relación contractual entre ellos la estimación del negocio y adjuntarse las especies fiscales que correspondieren o entero de gobierno que demuestre su cancelación.

En los demás casos, en los que no resulte necesario formalizar una contratación, expone el numeral de cita que el documento de ejecución presupuestaria denominado pedido, orden de compra u otro similar, en el tanto incluya la descripción del bien, nombre

⁵⁷ Bercaitz, 277.

⁵⁸ Héctor Escola, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo II (Buenos Aires: Depalma, 1984), 627.

⁵⁹ Roberto José Dromi, *La Licitación Pública*, 2da ed. (Buenos Aires: Astrea, 1980), 47.

del contratista, plazo de entrega y monto del contrato, constituirá instrumento idóneo junto al expediente administrativo en que se sustenta, para que se ejerza la fiscalización del procedimiento, así como para continuar con los trámites de ejecución contractual y pago respectivo, todo bajo responsabilidad del funcionario que la emite.

Finalmente, el artículo 199 de marras, señala que sólo precisa de formalización en escritura pública las contrataciones administrativas que por su naturaleza requieran de dicho documento y deban inscribirse en el Registro Nacional, así como las que por ley tengan que sujetarse a ese requisito.

CAPÍTULO III: CARACTERES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En los apartados anteriores se logra entrever que el contrato administrativo busca facilitar el cumplimiento de funciones esenciales del Estado, es decir, de fines públicos propios de éste. Esto hace que el contrato en estudio tenga caracteres específicos que se traducen en prerrogativas especiales o exorbitantes en favor de la Administración Pública, “(...) al extremo de que en esa clase de vinculaciones contractuales el cocontratante queda en una verdadera situación de subordinación respecto a la Administración. (...) Trátese de reglas generales aplicables a todo contrato “administrativo”, por ser ellas inherentes a la naturaleza de tales contratos (...).”⁶⁰

Es así como, dentro de ciertos límites, la Administración puede ejercer, mediante prerrogativas, poderes o cláusulas exorbitantes, un control de carácter excepcional sobre su cocontratante. Dicho control reside en la potestad de resolver unilateralmente el contrato, de modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, de dar directivas a la otra parte, entre otros.

El abogado Juan Carlos Campos Herrera, realiza un importante resumen basado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional⁶¹, donde se establecen y desarrollan los rasgos característicos de los contratos administrativos, el cual se detalla a continuación:

- “Primero: es conclusión generalizada tratar la figura del contrato administrativo como distinto del contrato civil, regulado por algunas instituciones que difieren de la

⁶⁰ Marienhoff, 314.

⁶¹ El autor se basa en las resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con No. 2101 de las 8:40 horas del 18 de octubre de 1991, No. 2341 de las 9:00 horas del 8 de noviembre de 1991, No. 1490 de las 16:09 horas del 3 de junio de 1992, No. 2864 de las 15:00 horas del 9 de setiembre de 1992, No. 2202 de las 15:39 horas del 21 de mayo de 1993, No. 2633 de las 16:03 horas del 9 de junio de 1993, No. 0787 de las 15:21 horas del 8 de febrero de 1994, No 3348 de las 8:30 horas del 28 de junio de 1995, No. 1205 de las 9:00 horas del 15 de marzo de 1996, No. 6432 de las 10:30 horas del 4 de setiembre de 1998, entre otras.

sola voluntad de las partes; su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, destinado a satisfacer las exigencias de funciones esenciales del Estado -tanto en lo que respecta de la prestación de un servicio, como a la realización de una obra-, es decir, de fines públicos, razón por la que lo esencial del contrato se desplaza de la armonía de intereses entre las partes involucradas, a la consecución del fin de interés público que se persigue.

- Segundo: es esencial a la diferenciación sustantiva del contrato administrativo, que la Administración goza de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución), llamadas cláusulas exorbitantes y que se fundan en el interés público. El principio de mutabilidad del contrato establece que la Administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar.
- Tercero: del concepto mismo de contrato se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos, por lo que es natural pensar que el vínculo que une a las partes se nutre del principio de justicia conmutativa en cuanto se recibe alguna prestación que debe compensarse con cierta igualdad, o lo que es lo mismo, debe existir reciprocidad de intereses; por ello, y como regla general, el contrato administrativo responde al tipo de los contratos que son onerosos (concepto de financiamiento por medio del gasto público), pero a la vez conmutativos (contraprestaciones equivalentes). Según el principio de intangibilidad patrimonial la Administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener sin modificaciones el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y, sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato).
- Cuarto: la doctrina reconoce que las prestaciones deben ser equilibradas por dos razones: porque la Administración financia el contrato con gasto público, que tiene

un orden especial de origen constitucional (principios de la Hacienda Pública), de manera que la obligación debe ser respaldada, necesariamente, con la existencia de fondos suficientes para enfrentarla; y en segundo lugar, porque la formalización del contrato reconoce un valor subjetivo que para cada una de las partes, tiene la prestación de la otra, valor que debe ser íntegramente respetado, sin que sean posibles alteraciones futuras, a menos que medie un nuevo acuerdo entre las partes.

- Quinto: el contrato está sujeto a riesgos y a la aparición de circunstancias no tomadas en cuenta en el momento de su formalización, que afectan, desde luego, el nivel económico originalmente establecido por las partes al acordar las prestaciones, dependiendo el grado de incidencia, usualmente, de la complejidad de la relación y de su permanencia en el tiempo.
- Sexto: es vital examinar el origen de las alteraciones que modifiquen la economía del contrato, para definir el tipo de reacción que la Administración deba adoptar para restituir ese nivel, puesto que es jurídicamente posible que se den varias modalidades. Así, cuando las modificaciones corresponden a la acción unilateral de la Administración (hecho del príncipe) o responde a un acto contractual derivado de su facultad modificadora de la relación, es la Administración la que deberá asumir, integral y plenamente, los efectos de sus propias decisiones; cuando las modificaciones en la ejecución contractual surgen de los llamados riesgos comerciales, principalmente por los errores cometidos por el contratista al formular su propuesta, esa conducta no da origen a ninguna indemnización, salvo que haya sido inducido al error por la contraparte como, por ejemplo, lo serían la equivocada información suministrada en los documentos del pliego de condiciones (cartel) o un error en el diseño en la obra a construir y, por último, cuando las modificaciones son externas a la voluntad de las partes como, por ejemplo, por alteraciones de las condiciones económicas, que signifiquen incrementos de los precios y del costo de la mano de obra y, en términos generales, a incrementos en los precios que incidan en los costos que integran el valor de la oferta propuesta, debe la Administración asumir el mayor costo.
- Séptimo: el contratante al celebrar el contrato persigue un beneficio, una utilidad, que se calcula, normalmente, no solo sobre la prestación que deberá realizar (suministro, obra o transportes, por ejemplo), sino también, sobre el capital que ha de invertir en ello, de manera que al formalizarse la relación, este acto le asegura la obtención del beneficio proyectado y si por razones sobrevinientes o imprevisibles, ese beneficio

sufre un menoscabo, el contratista tiene el derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, para que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse con el contrato en las condiciones originarias.”⁶²

Es menester agregarle a lo anterior, otros rasgos propios del contrato administrativo. Uno de ellos es la desigualdad entre las partes. Tal y como se indicó párrafos atrás, el cocontratante se encuentra en una situación de subordinación respecto de la Administración. Esta desigualdad se puede ver, por ejemplo, cuando la Administración decide resolver o rescindir unilateralmente el contrato, ya sea por incumplimiento, por causa de fuerza mayor o caso fortuito, o cuando así convenga al interés público (artículo 11 de la LCA). De igual forma, se ve cuando la Administración decide modificar el contrato unilateralmente (artículo 12 de la LCA). Otro reflejo de esa disparidad es la denominada ejecución sustitutiva, donde la Administración Pública decide sustituir al cocontratante por un tercero para que ejecute el contrato, en casos de incumplimiento del contratista.

Otro rasgo esencial del contrato administrativo, es que la Administración Pública no siempre tiene libertad en el procedimiento para elegir su cocontratante. Tal y como explica Marienhoff, esto se debe a que “(...) muchas veces debe cumplir con determinadas “formas” (“formalidades”); por ejemplo, cuando corresponda recurrir a la licitación”⁶³.

A diferencia del contrato privado, en ciertos casos los contratos administrativos pueden ser opuestos a terceros o invocados por estos. Así por ejemplo, en una concesión de servicio público, los usuarios del servicio pueden exigirle al concesionario que preste el servicio correspondiente. Este también es un rasgo propio del contrato administrativo.

Otro rasgo o carácter típico del contrato administrativo es que “(...) crea, según los casos, ya sea una obligación personal o ya un derecho personal a cargo o a favor del cocontratante, según se esté en presencia de un contrato de colaboración o de atribución respectivamente.”⁶⁴ De manera que todos los contratos administrativos son concluidos *intuitu personae* y, por ende, las obligaciones o derechos emanados le corresponden, de forma exclusiva, al cocontratante personalmente. Esto implica que el contratista no puede ceder o transferir el contrato, introduciendo o colocando a un tercero en lugar suyo, salvo que el contrato o la Administración Pública así lo autoricen. Tampoco puede el contratista

⁶² Juan Carlos Campos Herrera, *Procedimiento de contratación administrativa y su Incidencia en la prestación de los servicios públicos*, Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho (San José: Universidad de Costa Rica, 2009), 26-29.

⁶³ Marienhoff, 324.

⁶⁴ Marienhoff, 315.

subcontratar recibiendo la colaboración de un tercero, salvo que dicha subcontratación represente hasta un 50% del monto adjudicado o que la Administración Pública autorice un monto mayor (artículo 69 del RLCA).

CAPÍTULO IV: RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El estudio y análisis del régimen jurídico del contrato administrativo en Costa Rica, requiere la mención de las teorías manejadas por la doctrina administrativa, a saber: la teoría monista y la teoría dualista. Cada teoría hace referencia a la posible dualidad o no dentro del régimen de contratación administrativa.

Para la teoría monista, el contrato celebrado por la Administración Pública es administrativo y estará regulado por los principios y normas del Derecho administrativo. Únicamente en total ausencia de una norma o un principio general del derecho público para el contrato o situación contractual en cuestión, es posible recurrir al derecho privado. Esta es la teoría que sigue el tratadista costarricense, Eduardo Ortiz Ortiz, quien al respecto indica que "(...) si el contrato es de la Administración es público y no se aplican ni el Código Civil ni el Mercantil, salvo total ausencia de una regla especial y derogatoria de estos últimos, propia del derecho público."⁶⁵

Lo anterior, implica que, tal y como lo explica el tratadista Eduardo Ortiz, no existen los contratos privados de la Administración Pública, pues lo que empieza como tal puede convertirse en un contrato público, si la Administración decide iniciar el uso de sus potestades y privilegios especiales de autoridad en bien del interés público subyacente al contrato.⁶⁶

De forma contrapuesta, la teoría dualista considera que no todo contrato de la Administración Pública es un contrato administrativo. Esto se debe a la posibilidad que tiene la Administración de realizar dos tipos de contratos, en función de su doble capacidad de obrar (pública y privada): el contrato administrativo, sometido a un régimen jurídico del derecho público y; el contrato privado de la Administración, regulado por el derecho privado.

En Costa Rica, la doctrina está dividida. Así se tiene a Eduardo Ortiz Ortiz y a Herman Rodríguez Arce⁶⁷ como principales defensores de la teoría monista. En el sentido opuesto, se encuentran autores como Ronald Hidalgo. Este último critica la tradicional

⁶⁵Eduardo Ortiz Ortiz, "Renuncias y limitaciones de responsabilidades en contratos públicos", *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 46 (enero-abril, 1982), 13-14.

⁶⁶Cf., *Ibid.*, 14.

⁶⁷Herman Rodríguez Arce, *La Contratación Administrativa*, inédita, citado en Ortiz, 15.

concepción monista de la contratación pública costarricense por cuanto la misma “(...) tiene como efecto una excesiva cobertura de Derecho público en casos en que los hechos demuestran y demandan cosa distinta.”⁶⁸

Hidalgo, en su artículo “Reflexiones sobre el concepto de contrato administrativo”, deja entrevisto la innegable presencia del Derecho privado en la contratación administrativa, la cual será analizada en otro apartado. Resalta que “(...) el Derecho privado tiene una presencia bien definida requerida por la dinámica propia de las relaciones contractuales y los cometidos que debe atender el Estado. Siendo el régimen en que las empresas actúan, las leyes mercantiles y civiles son el marco natural de referencia de sus transacciones, no un recurso de último minuto para salvar un vacío.”⁶⁹ Es, por esta razón, que considera incorrecto continuar defendiendo la existencia de un régimen monista de Derecho público en el contrato administrativo, pues no existe un régimen puro. Argumenta Hidalgo que esta impureza en el régimen está permitida por el ordenamiento jurídico costarricense ya que sus postulaciones sobre la actividad contractual del Estado (artículo 1° de la LCA y artículo 182 constitucional) resultan muy amplias.

Finalmente, Hidalgo destaca que la aplicación del Derecho privado no es incompatible con la tutela de los intereses generales de la sociedad. Es decir, perfectamente se pueden dar casos en los que los fines públicos se logran por virtud del Derecho privado. Sin embargo, esta “huida” al Derecho privado, tal y como la denomina el autor, no excluye el resguardo de las garantías que todo Estado de Derecho ha de conservar sobre los derechos e intereses legítimos de los administrados.⁷⁰

En relación con este tema, la Ley de Contratación Administrativa, en su artículo 3°, establece lo siguiente:

“Artículo 3.-Régimen jurídico.

La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo.

Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo.

⁶⁸ Ronald Hidalgo Cuadra-Malespín, “Reflexiones sobre el concepto de contrato administrativo”, *Revista de Derecho Público*, No. 3 (Julio-Diciembre, 2006), 42.

⁶⁹ Hidalgo, “Reflexiones”, 40.

⁷⁰ Cf., Hidalgo, “Reflexiones”, 40.

En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa. (...)»⁷¹

De igual forma, el artículo 4° del RLCA reitera que la actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo⁷². Aunado a esto, dispone el siguiente orden de la jerarquía de las normas:

- a) Constitución Política.
- b) Instrumentos Internacionales vigentes en Costa Rica que acuerden aspectos propios de la contratación administrativa.
- c) Ley de Contratación Administrativa.
- d) Otras leyes que regulen materia de contratación administrativa.
- e) Ley General de la Administración Pública.
- f) Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.
- g) Otros reglamentos referentes a la contratación administrativa.
- h) El cartel o pliego de condiciones.
- i) El respectivo contrato administrativo.

Tal y como se observa en dicho apartado, se omite la aplicación de disposiciones pertinentes del Derecho privado en materia de contratación administrativa. Sin embargo, la LCA permite el uso de figuras contractuales reguladas por el Derecho privado, siempre y cuando lo justifique la satisfacción del interés público y se respeten los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en dicha Ley, especialmente en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa.

La jurisprudencia costarricense, en apariencia, soporta el criterio monista. Así se puede ver en la sentencia No. 4-2001, de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo, que dispone lo siguiente:

“(...) si bien es cierto, a nivel doctrinal, algunos autores sostienen una teoría dualista de los contratos, según la cual, la Administración Pública puede celebrar dos tipos de ellos, sujetos a regímenes jurídicos distintos: 1) los “administrativos” propiamente tales (por ejemplo, concesión de servicios públicos, contratos de obra, concesión de

⁷¹ Ley de Contratación Administrativa, artículo 3.

⁷² Cf., Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 4.

obra pública, etc.), regidos por el ordenamiento jurídico administrativo, y 2.- los de “derecho común de índole privada regidos por el Derecho Privado y donde la Administración actúa como cualquier particular. Sin embargo, en Costa Rica el ordenamiento jurídico hace que tengamos una teoría monista del contrato, porque se aplica un solo régimen jurídico de derecho público para regular los aspectos más importantes de las relaciones entre la Administración y sus co-contratantes, como por ejemplo, competencia, procedimiento, ejecución del contrato (véase los artículos 92 y siguientes de la Ley Financiera de la República, 1 y 3 del Reglamento de Contratación Administrativa, hoy derogados, pero vigentes al momento en que ocurrieron los hechos que aquí se discuten, así como artículo 3 de la actual Ley de Contratación Administrativa).”⁷³

No obstante, tal y como se indicó en los párrafos anteriores, la jurisprudencia de la Sala Primera refleja una clara aplicación de la normativa de Derecho privado a algunos contratos realizados por la Administración, a los cuales denomina contratos de derecho común de la Administración. Así se tienen los contratos de seguros celebrados por el Instituto Nacional de Seguros (INS)⁷⁴, los contratos de comisión acordados por el INS con las empresas comercializadoras de seguros⁷⁵, los contratos financieros y bursátiles concertados por los bancos del Estado⁷⁶ los contratos de compraventa de inmuebles celebrados por los bancos del Estado⁷⁷, entre otros.

Es de interés resaltar lo dicho por la Sala Primera en el voto No. 263 de las diez horas con treinta minutos del año 2007:

“(...) la naturaleza pública de la entidad bancaria, no hace imposible aplicar las normas privadas y postulados que regulan la transferencia de dominio mediante el pacto de compraventa. Sobre ese aspecto cabe indicar, como bien lo señaló el A quo, las actuaciones emprendidas por el Banco en este caso lo fueron en ejercicio de su capacidad de derecho privado, no así en su función administrativa con el ejercicio de sus potestades de imperio. **La doble capacidad de obrar (pública y privada) que ha sido conferida al Estado y sus instituciones por parte del Ordenamiento Jurídico, se encuentra fuera de toda duda. Esta capacidad que opera en un doble nivel, encuentra su fundamento normativo en la letra del canon primero de la Ley General de la Administración Pública**, que establece: “La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado.” Tal particularidad le permite, en el ámbito de su capacidad pública, desplegar un funcionamiento en ejercicio de sus potestades de imperio, que le facultan para irrumpir en diversos ámbitos de la vida en sociedad, con el fin de procurar la satisfacción de los intereses públicos, en el contexto y contenido del artículo 113 de ese mismo cuerpo legal, en armonía con el principio de legalidad (positivo y negativo) y en respeto de los derechos subjetivos e intereses legítimos de

⁷³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, resolución No. 4, 05 de enero del 2001, 14:30 horas.

⁷⁴ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resoluciones No. 903, 21 de octubre de 2004, 9 horas 25 minutos y No. 153, 17 de marzo de 2005, 10 horas 30 minutos.

⁷⁵ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 527, 01 de agosto de 2008, 14 horas 10 minutos.

⁷⁶ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 263, 13 de abril de 2007, 10 horas 30 minutos.

⁷⁷ Cf., Ibid.

la persona. **Pero a su vez, en su otra vertiente (la privada), sienta las bases para que el Estado y sus instituciones puedan incursionar en el comercio y por ende, en el desarrollo de actividades empresariales, propias del mercado económico e intermediación de bienes y/o servicios, ya no como autoridad pública, sino como una persona más.** Lo usual es que esta manifestación de doble capacidad sea desplegada a través de entes públicos cuya creación y estructura atiende a esa finalidad. **En estos casos, las normas públicas convergen con las del derecho privado para regular, en mayor o menor grado, aspectos que se derivan de las relaciones que la Administración emprende en esas actividades “privadas”.** Los bancos del Estado son ejemplo de lo indicado. Constituyen empresas públicas cuyo funcionamiento se da en el marco del mercado financiero y bursátil. Tienen por norte actividades propias de un ámbito eminentemente privado (oferta de servicios financieros), lo que hace que las relaciones con los clientes (vinculaciones externas), se regulen a través de mecanismos y formas jurídicas típicas del derecho privado. Lo anterior pese a que en algunas áreas, v.gr., a nivel interno, se encuentren regulados por el ordenamiento público, producto de actos que suponen un ejercicio de su capacidad pública. La esencia misma de su naturaleza, justifica este fenómeno. Lo contrario, esto es, someterlos a procesos públicos de contratación, no obstante esa dinámica privada, implicaría una limitante en el ejercicio de sus funciones y trastornaría su finalidad. Con todo, es claro que en su proceder no opera una desvinculación total con el Derecho Público, siendo que a lo interno, está sujeto a un conjunto de normas administrativas que regulan su funcionamiento, toma de decisiones, mecanismos de contratación, entre otros. En ocasiones, se trata de actos precedentes a lo contratación privada (que la doctrina ha denominado “actos separables”), que le sirven de base, pero que no tienen la virtud de modificar la naturaleza privada de la relación con el tercero. Por ejemplo, no podría prescindirse de un procedimiento específico para la venta de bienes que la ley le imponga a los bancos, con el pretexto de no estar previsto por la normativa privada. **Claro está que el régimen aplicable depende de la naturaleza y alcances de cada relación en particular.”**⁷⁸ (El resaltado es mío)

La jurisprudencia costarricense reconoce, pues, la existencia de los contratos de derecho común de la Administración, por medio de los cuales la Administración obra en su capacidad de derecho privado, aplicándoseles así normativa de Derecho privado. Inclusive, esa misma jurisprudencia reconoce la procedencia de la teoría de los actos separables, según la cual la Administración puede realizar actos previos a la contratación privada, que son propios del régimen administrativo, sin que ello desnaturalice el contrato de Derecho Privado. Tal es el caso de los procedimientos o los principios de contratación administrativa reglados en la LCA y el RLCA, que pueden ser aplicados en contratos de naturaleza privada celebrados por la Administración, ante laguna normativa. Si bien, se trata de un trámite preparatorio que permite el negocio contractual y sienta sus bases, no fija el contenido del convenio y tampoco impide que el contrato encuentre afecto al conjunto de preceptos que la legislación común establece. Esa teoría también es aplicable durante la etapa de

⁷⁸Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 263, 13 de abril de 2007, 10 horas 30 minutos. Reiterada en el voto No. 527 de las 14 horas 10 minutos del 01 de agosto de 2008, emitido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

ejecución contractual, donde la Administración puede, entre otras acciones, rescindir unilateralmente el convenio en aras de proteger al interés público, sin perder su condición de contrato de Derecho común.

Todo lo anterior, es una evidencia diáfana de que en Costa Rica se sigue la teoría dualista antes descrita, por cuanto se acepta la existencia de contratos privados de la Administración, los cuales si bien, pueden verse afectados por actos propios del Derecho de la contratación administrativa, su naturaleza no se ve modificada.

Cabe agregar que la misma Contraloría General de la República, quien desde antaño se ha aferrado a la teoría monista, acepta la aplicación de la normativa privada a algunos contratos de la Administración. Así, por ejemplo, en el año 1979, mediante oficio No. 5076 del 22 de junio⁷⁹, la Contraloría General de la República emitió lo siguiente:

“Conforme a nuestra legislación y a la doctrina administrativa más reciente, todos los contratos que celebren las Administraciones estatales al amparo de la Ley de la Administración Financiera de la República y del Reglamento de la Contratación Administrativa, están sometidos a un régimen de derecho público, concretamente al ordenamiento jurídico administrativo, sin que quepa, en consecuencia, sostener, que solamente están regulados los contratos administrativos que en sentido técnico estricto nos resume la doctrina francesa; es decir, aquellos instrumentos jurídicos y los principios que los informan, se deben aplicar, no sólo a dichos contratos administrativos por naturaleza como los define la doctrina francesa, sino también a todos aquellos otros que en sentido estricto no lo serían de acuerdo a su régimen jurídico especial en razón de su objeto o clausulado, con lo que, de la teoría dualista del contrato que contemplaba la doctrina administrativa, al aceptar dos regímenes jurídicos distintos en su aplicación (de derecho público para los estrictamente administrativos y de derecho privado para los contratos privados de la administración) se ha pasado en nuestro medio a la teoría monista del contrato, con aplicación de un solo régimen jurídico (de derecho Público) para regular los aspectos más trascendentes del accionar de la Administración Pública en sus relaciones contractuales con otros sujetos de derecho, entre los cuales se encuentran precisamente las reglas relativas a la competencia y procedimientos que deben observar los entes públicos en todo caso.”⁸⁰

Posteriormente, tomando como fundamento la Ley de Contratación Administrativa actual, la Contraloría dictaminó lo siguiente:

“Como comentario final, debe recordarse que en nuestro medio aplica la teoría monista del contrato administrativo, según lo cual es el Estado, con su naturaleza pública, el que atrae el fuero legal que rige sus relaciones contractuales con los particulares de modo que, en nuestro sistema, no existen los llamados "contratos privados de la Administración". **No obstante, en materia de contratos nominados y expresamente regulados por el derecho positivo privado, el Estado debe sujetarse a ese marco legal de fondo en lo que no implique una renuncia a sus atribuciones de autoridad e imperio, tal y como lo dispone expresamente el artículo 3, párrafo segundo de la Ley de Contratación Administrativa. Ello lo**

⁷⁹ Este criterio se puede ver también en los oficios de la Contraloría General de la República No. 13758 del 02 de noviembre de 1989 y el No. 14267 del 14 de noviembre de 1989.

⁸⁰ Contraloría General de la República, oficio No. 5076, 22 de junio del 1979.

obliga, de modo indirecto, a flexibilizarse ante el vórtice de la realidad que lo rodea y a ajustarse, en la medida que el marco de sus posibilidades lo permite, a la forma, modo y condiciones en que esa clase de contratos se desenvuelven, so pena de no celebrarlos y con ello, de perder presencia en el marco social en el cual está llamado a satisfacer una serie de necesidades e intereses colectivos.”⁸¹(El resaltado es mío).

De manera tal que la Contraloría General de la República, si bien, continúa aferrada a la teoría monista, emite un criterio más flexible y ajustado a la realidad nacional que le permite a la Administración acudir de forma directa a las normas de Derecho privado cuando la ocasión así lo amerite.

En definitiva, contrario a lo que disponen algunos doctrinarios costarricenses, la teoría dualista es la que aplica en Costa Rica. Así se refleja en la diferente normativa de contratación administrativa y en la jurisprudencia costarricense, donde son constantes el uso de figuras propias del Derecho privado y la remisión a sus normas, así como la regulación de contratos de Derecho privado de la Administración Pública. Esto se encuentra conforme con la doctrina más reciente que aboga por un régimen jurídico de corte dualista en materia de contrataciones de la Administración.

Tomando en consideración lo dicho hasta acá, es claro que en Costa Rica el contrato administrativo se distingue del contrato de derecho común de la Administración. Mientras este último se regula por la normativa de Derecho privado y, en ocasiones, por el Derecho administrativo, el contrato administrativo cuenta con un régimen especial debido a la presencia de la Administración Pública, tal y como se esbozó en el apartado anterior. Este régimen es de Derecho administrativo, sin perjuicio de que, de forma supletoria o cuando lo justifique la satisfacción del fin público, se recurra al Derecho privado, siempre y cuando la Administración no renuncie a sus atribuciones de autoridad e imperio y se respeten los principios, requisitos y procedimientos ordinarios establecidos en la Ley de Contratación Administrativa.

El régimen jurídico del contrato administrativo se sustenta, entre otras, en las

⁸¹ Contraloría General de la República, oficio No. 10811, 13 de octubre del 2000 y No. 10415, 18 de setiembre del 2001.

siguientes normas⁸²:

- Artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, del que derivan sus principios constitucionales (libre concurrencia, igualdad de trato para todos los oferentes, publicidad, equilibrio de intereses, formalismo en los procedimientos, legalidad y transparencia de los procedimientos, mutualidad del contrato, seguridad jurídica y control de los procedimientos).
- Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, número 7428, de siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.
- Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, número 8131, del dieciséis de octubre del dos mil uno.
- Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento en la Función Pública, número 8422, del veintinueve de octubre del dos mil cuatro.
- Otras leyes que regulen materia de contratación administrativa.
- Ley General de la Administración Pública, número 6227, del dos de mayo de mil novecientos setenta y ocho.
- Reglamento de la Ley de la Contratación Administrativa, número 33411, del veintisiete de setiembre de dos mil seis.
- Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, número R-CO-44-2007, emitido por la Contraloría General de la República a las nueve horas del once de octubre del dos mil siete y vigente desde el primero de enero del dos mil ocho.
- Otros reglamentos referentes a la contratación administrativa.
- Los límites económicos que establece la Contraloría General de la República para determinar los diversos procedimientos licitatorios, y para regular la competencia para las apelaciones administrativas en los procedimientos licitatorios.
- También es aplicable a la materia de la contratación administrativa, el régimen de nulidades dispuesto en la Ley General de la Administración Pública, precisamente al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de la Contratación Administrativa.

⁸² Tomado del voto No. 329 de las 9 horas 40 minutos del 30 de agosto de 2006, emitido por la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo y del artículo 4 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

- El cartel o pliego de condiciones.
- El respectivo contrato administrativo.

CAPÍTULO V: CLASIFICACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los contratos administrativos se pueden clasificar de diferentes formas, ya sea, según las finalidades que persiguen las partes en la relación jurídica, la tipicidad que exhiben algunas figuras contractuales o la nominación jurídica del contrato. Así se tiene: a) los contratos de atribución y colaboración, b) los contratos típicos y atípicos y c) los contratos nominados e innominados.

SECCIÓN I: CONTRATOS DE ATRIBUCIÓN Y COLABORACIÓN

Los contratos de atribución tienen como objeto otorgarle al administrado una ventaja, generalmente mediante la concesión de uso de un bien del dominio público. Este objeto resulta ser la prestación principal y es obligación de la respectiva administración pública poner a disposición del administrado el bien del dominio público para garantizarle un uso privativo o exclusivo. En estos contratos, "(...) el fin inmediato es de carácter privado, siendo que se satisface el interés público de manera mediata o indirecta"⁸³.

Por su parte, en los contratos de colaboración, el contratista se obliga a realizar un beneficio o determinada prestación a favor de una administración pública, ya sea por medio de la construcción de obra o la prestación de servicio público, entre otros. De manera que lo principal aquí es "(...) la prestación que debe el particular al Estado, es decir, la transformación del contratista privado en un colaborador de la función administrativa"⁸⁴.

A ambos tipos de contratos se les aplica un régimen jurídico exorbitante del derecho común. Sin embargo, explica Cassagne que existen algunas prerrogativas de poder público que, en los contratos de atribución, aparecen debilitadas o resultan inaplicables, tal como acontece con la ejecución directa de la prestación del contratista o su sustitución en caso de incumplimiento.⁸⁵

En un mismo sentido, -indica Cassagne- otra característica diferencial entre los contratos de colaboración y los de atribución se da en materia de interpretación de las

⁸³ Jinesta, *Contratación Administrativa*, 102.

⁸⁴ Cassagne, 27.

⁸⁵ Cf., Cassagne, 27.

cláusulas del contrato, lo que se logra ver a continuación:

“(…) en los contratos de atribución, en el supuesto de existir una duda razonable en punto a su interpretación, ella debe resolverse en favor del interés del contratista, a contrario de lo que acontece en materia de contratos de colaboración, donde la interpretación que prevalece, en principio y en caso de duda, es aquella que favorece a la Administración por la naturaleza de la actividad que se ha contratado (servicio público, obra pública, etc.) y en la medida que represente la realización del interés público objeto del contrato y no se altere el principio de *lex contractus*.”⁸⁶

SECCIÓN II: CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS

Los contratos típicos son los que se encuentran regulados por una disciplina concreta y detallada en la ley. Tal es el caso de los contratos de concesión de obra y servicio público en Costa Rica. De forma opuesta, los atípicos no están sometidos a una regulación legal específica. Un ejemplo de contratos atípicos son los contratos de leasing -alquiler o arrendamiento financiero con opción de compra.

SECCIÓN III: CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS

La distinción se basa en la existencia (nominados) o inexistencia (innominados) de nominación jurídica del contrato, con prescindencia del hecho de que él esté sometido o no a una legislación específica. De forma tal que un contrato administrativo puede ser nominado y atípico al mismo tiempo. Un ejemplo de contrato nominado es el contrato de suministro o el de concesión de obra y servicio público.

CAPÍTULO VI: DISTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO CON EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO

Es claro que los contratos administrativos tienen ciertas particularidades que los diferencian del contrato de Derecho privado. Sin embargo, en aras de determinar el elemento fundamental que permite distinguir un contrato administrativo de uno privado, la doctrina se ha visto dividida en varios criterios de diferenciación. A continuación, se describirán brevemente algunos de estos criterios con sus respectivas críticas.

⁸⁶ Cassagne, 27-28.

SECCIÓN I: CRITERIO SUBJETIVO

Según este criterio, son contratos administrativos “(...) aquellos en los cuales el Estado es parte, aquellos que se concluyen con la Administración pública, o los concluidos por ésta obrando como poder público.”⁸⁷

Esta teoría es insuficiente. Tal y como se expuso anteriormente, la Administración puede acudir a técnicas de contratación privada (contratos de Derecho común de la Administración), cuando el interés público que persigue no sea relevante y pueda satisfacerse en forma indirecta o mediata.

SECCIÓN II: CRITERIO DE LA JURISDICCIÓN APLICABLE

Los que defienden el criterio de la jurisdicción consideran que los contratos administrativos son “(...) aquellos en los cuales les compete conocer a la jurisdicción administrativa, ya sea por así disponerlo un precepto legal, ya por haberse pactado, ya por decidirse jurisdiccionalmente en razón de sus modalidades propias.”⁸⁸ Es decir, si el contrato está sujeto a la jurisdicción administrativa, es administrativo. Por el contrario, se considera un contrato privado si se sujeta a la jurisdicción común.

Surgen varias consideraciones que invalidan esta teoría. García de Enterría destaca que este criterio se basa en una distinción que “(...) juega exclusivamente en el plano procesal y que carece de toda trascendencia en plano material o sustantivo.”⁸⁹

Es acertado lo que considera el tratadista Ramírez Gómez, quien señala que primero se deben definir los rasgos del contrato para después someterlo a la jurisdicción respectiva, según el carácter intrínseco de dicho contrato. Al respecto, indica lo siguiente:

“(...) Es necesario, además considerar que la competencia se determina de acuerdo con el carácter intrínseco del contrato generador de las controversias, y no a la inversa: que el contrato sea de un tipo o de otro por la clase de juez al que compete conocer de sus litigios; lo anterior implica afirmar que la determinación del sector jurisdiccional al cual compete el conocimiento de las controversias contractuales tiene lugar una vez se haya precisado y definido los rasgos característicos del contrato.”⁹⁰

⁸⁷ Bercaitz, 190.

⁸⁸ Bercaitz, 193.

⁸⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, 5ta ed. (Madrid: Civitas, 1989), 655.

⁹⁰ C. Ramírez Gómez, *El contrato administrativo. Evolución histórica* (Bogotá: Temis, 1990), citado en Rosibel Bértmudez y J.M. Peña, *El incumplimiento del contratista en los contratos administrativos: mecanismos que aseguren la indemnización a la administración pública*, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho (San José: Universidad de Costa Rica, 2002), 21.

Finalmente, Jinesta considera que en Costa Rica este criterio resulta inadecuado, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico existe unidad de vías (artículos 2, inciso a, c y f, del Código Procesal Contencioso Administrativo), por lo que la jurisdicción es competente para conocer cualquier aspecto, tanto de un contrato administrativo como uno de derecho común celebrado por una empresa o servicio económico del Estado, o una empresa pública-ente u órgano público o, incluso, por una empresa pública-ente de derecho privado.⁹¹ De manera tal que este criterio no permite distinguir, certeramente, entre un contrato administrativo y uno de derecho privado.

SECCIÓN III: CRITERIO FORMAL

El criterio formal hace referencia al procedimiento utilizado para su concertación. Si los contratos tienen una reglamentación de las condiciones para llevarlos a efecto (pliego de condiciones, procedimiento de la licitación, etc.), se califican como contratos administrativos.

Con atino, Cassagne rechaza este criterio, “(...) pues cuando la Administración Pública celebra un contrato parcialmente reglado por el derecho privado, pueden ser de aplicación también los requisitos formales del derecho público (...).”⁹²

SECCIÓN IV: EL SERVICIO PÚBLICO Y LA UTILIDAD PÚBLICA COMO CRITERIOS DETERMINANTES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN RAZÓN DE SU OBJETO

De conformidad con este criterio, “(...) el contrato es administrativo cuando se tiene por objeto el servicio público o su prestación o la actividad del contratista se encuentra vinculada a un servicio público.”⁹³

Este razonamiento es inadecuado, en primer lugar, porque no existe acuerdo doctrinario acerca de los alcances y amplitud del concepto. Además, la aparición de los llamados servicios públicos industriales o comerciales que, en principio, se encuentran sometidos a las reglas del derecho privado, dificultan la distinción.

En una perspectiva similar, otra parte de la doctrina sostiene que “(...) la prestación de utilidad pública constituye el objeto del contrato administrativo, junto a la exigencia de que uno de los sujetos de la relación sea la Administración Pública.”⁹⁴ Este criterio tampoco

⁹¹ Jinesta, *Contratación Administrativa*, 105.

⁹² Cassagne, 16.

⁹³ Jinesta, *Contratación Administrativa*, 108.

⁹⁴ Cassagne, 18

es adecuado, puesto que la noción de utilidad pública es imprecisa y, además, “(...) es evidente que muchos contratos administrativos (concesión de uso de un bien del dominio público) no persiguen fines directos de utilidad pública y pertenecen, no obstante, al ámbito de la función administrativa.”⁹⁵

SECCIÓN V: CRITERIO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Según esta teoría, en el contrato administrativo, a diferencia del contrato privado, se incluyen cláusulas especiales, exorbitantes del Derecho privado, que testimonian un régimen jurídico especial de Derecho público.

Al igual que los anteriores criterios descritos, cuenta con diversas críticas:

“En primer término, conforme a él, un contrato será administrativo o no, según las partes lo deseen o no.

En segundo lugar, pueden existir contratos administrativos que no contengan entre sus cláusulas ninguna que sea exorbitante del derecho privado, o remita a un reglamento o a un pliego de condiciones –cahier de charges- que contenga disposiciones que excedan la órbita del derecho común.”⁹⁶

Estos son los principales criterios que pretenden distinguir el contrato privado del administrativo. Todos ellos cuentan con críticas de mucho peso que los deslegitiman. Por tal razón, es necesario establecer un criterio adecuado al ordenamiento jurídico costarricense.

Bercaitz realiza un análisis de todos los criterios para, finalmente, concluir con lo siguiente:

“(...) la nota definitoria de los contratos administrativos no es otra cosa que la relación de subordinación jurídica que luego desarrollamos, resultante del fin público perseguido por la Administración, o de la necesidad pública colectiva que puede afectar el contrato de que se trate, por una parte, y del propósito esencialmente económico perseguido por el cocontratante de la Administración, por la otra.”⁹⁷

Este criterio debe ser desmeritado por dos razones⁹⁸: 1) excluye una serie de casos en que la regulación jurídica pertenece al campo de la función administrativa, aun cuando no se persiga un fin público directamente; tal es el caso de los contratos que otorga a un particular el derecho de explotar con publicidad las veredas de las calles, y 2) el concepto jurídico de necesidad pública colectiva es indeterminado y, en algunos supuestos, resulta carente de precisión.

⁹⁵ Cassagne, 18.

⁹⁶ Bercaitz, 213-214.

⁹⁷ Bercaitz, 217.

⁹⁸ Cf., Cassagne, 21.

Por su parte, Marienhoff formula un criterio también de naturaleza finalista, donde el contrato celebrado por la Administración es administrativo en virtud de dos criterios: “a) por razón de su objeto; b) aun cuando no fueren administrativos por su objeto, cuando contengan cláusulas exorbitantes expresas del derecho privado.”⁹⁹ Añade que, en razón de su objeto, el contrato es administrativo en dos casos:

“a) cuando, tratándose de un contrato de atribución, la prestación determinante de él se refiera a un objeto que excluya la posibilidad de construir materia de contrato entre particulares, sea por tratarse de un acuerdo contractual cuya finalidad fuera exclusiva del Estado, o bien que la cosa pertenezca al dominio público; y b) en los contratos de colaboración cuando la prestación fundamental se relacione directa o indirectamente con las funciones específicas del Estado.”¹⁰⁰

Tal y como se puede ver, este criterio se combina con el de las cláusulas exorbitantes ya analizado. Dichas cláusulas no resultan propiamente del contrato administrativo, sino de la posición jurídica general de la Administración Pública, por lo que son un factor extra-contractual¹⁰¹ y, por ende, no es un criterio útil para determinar si un contrato es administrativo.

En un plano similar, Jinesta sigue un criterio finalista al indicar que el contrato de colaboración será administrativo “(...) cuando la prestación del contratista le permita a la administración pública respectiva ejercer su función administrativa, sus competencias administrativas –las atribuidas por el ordenamiento jurídico- o la satisfacción del interés público. Desde luego, que en tal supuesto no es indispensable que el sujeto de Derecho privado que contrata con el ente público realice la función administrativa, ejerza las competencias administrativas o satisfaga el interés público, basta que facilite o colabore para que el segundo lo haga.”¹⁰² Por otra parte, el contrato de administrativo de atribución lo será “(...) en cuanto se refieran o tengan por objeto uno propio del tráfico jurídico-público que se encuentre fuera del comercio privado de los hombres, como el caso de los bienes del dominio público o los derechos reales administrativos.”¹⁰³

Jinesta le agrega al criterio diferenciador, la presencia del régimen jurídico exorbitante del Derecho común, el cual le otorga al ente público una posición preferente o de supremacía durante las diversas fases o etapas del contrato administrativo. Sin embargo, resalta que no se debe confundir “régimen exorbitante” con cláusula exorbitante

⁹⁹ Marienhoff, 54.

¹⁰⁰ Marienhoff, 54

¹⁰¹ Cf., Eduardo García de Enterría, “La figura del contrato administrativo”, *Revista Española de Administración Pública*, No. 41 (mayo-agosto 1963), 123, citado en Jinesta, *Contratación Administrativa*, 107.

¹⁰² Jinesta, *Contratación Administrativa*, 109.

¹⁰³ Jinesta, *Contratación Administrativa*, 109.

ya que esta última depende de la voluntad de quienes contratan. Por su parte, el régimen exorbitante existe con independencia de la voluntad de someterse al mismo.¹⁰⁴

Finalmente, Cassagne menciona la causa-fin como elemento diferenciador del contrato administrativo, tesis sostenida con rigor científico y, además, que configura una “zona común” de la contratación estatal, con principios aplicables a toda la gama de contratos que celebre la Administración. Según esta postura de José María de Solas Rafecas, los contratos administrativos se distinguen de los otros porque existe en ellos un interés público relevante, que conlleva un régimen jurídico especial, típico del derecho público (régimen exorbitante). Este interés público relevante, se incorpora como elemento esencial al contrato administrativo y funciona durante toda la ejecución ejerciendo una influencia decisiva en el campo de la interpretación y en lo que concierne a la eventual modificabilidad de las cláusulas. Agrega Cassagne lo siguiente:

“El interés de esta construcción, compatible con la gran mayoría de las posturas que propician la tesis finalista, se relaciona con la manera en que juega la causa final en ambos tipos de contratos ya que mientras en el contrato privado ella integra los antecedentes que justifican el contrato (motivo o causa eficiente) en el contrato administrativo se convierte en un “motivo causalizado”, que trasciende al régimen contractual.”¹⁰⁵

En efecto, tal y como se ha podido vislumbrar en los apartados anteriores, en los contratos administrativos se procura la satisfacción de un interés público. Esta finalidad pública es lo que finalmente define y tipifica la figura del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo diferencian del contrato de Derecho privado. Este interés público, según lo explicado, debe ser relevante. En la misma perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo afirma lo siguiente:

“(…) a diferencia de un contrato privado, en la contratación administrativa existe una serie de elementos que trascienden el mero acuerdo de voluntades rubricado en un documento y que condicionan su nacimiento, desarrollo y extinción. Ese aspecto es medular y determina una diferencia incuestionable con respecto al contrato privado, donde los intereses particulares de las partes son determinantes, mientras que en este caso el interés público reviste toda la contratación”.¹⁰⁶

¹⁰⁴Cf., *Jinesta Contratación Administrativa*, 109.

¹⁰⁵ Cassagne, 26.

¹⁰⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 1, 15 de enero de 2013, 10 horas; resolución No. 117, 20 de diciembre de 2013, 08 horas 30 minutos; y resolución No. 83, 07 de octubre de 2014, 11 horas.

CAPÍTULO VII: APLICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En los apartados anteriores se refleja la notoria diferencia entre el contrato administrativo y el contrato de Derecho común, debido a las particularidades del primero. Sin embargo, el estudio de la historia de la contratación pública deja en descubierto que los contratos administrativos se fundamentan en las instituciones del Derecho privado y es por eso que, ante la insuficiencia de normativa administrativa, se recurre a las normas del Derecho civil para suplir los vacíos existentes. En palabras de Gaspar Ariño, “Sería absurdo negar que los elementos esenciales, la estructura y –en definitiva- el esquema formal del contrato administrativo procede del Derecho privado.”¹⁰⁷

En la tesis de José Andrés Meza, denominada “La aplicación de las instituciones de la contratación privada a los contratos de la Administración Pública”, el autor realiza un análisis de la procedencia al aplicar las instituciones de la contratación privada a algunos elementos del contrato administrativo. Así sucede con la resolución contractual, la cual mantiene el criterio de la contratación privada, con todos sus elementos.¹⁰⁸ De igual forma, en los contratos administrativos resulta aplicable la excepción de contrato no cumplido (non adimpleti contractus) cuando la Administración habiendo incumplido, exija el cumplimiento del contrato. Dicha excepción no está regulada en la normativa de contratación administrativa; empero, puede ser aplicada en el contrato administrativo ya que constituye un instituto general de derecho contractual.¹⁰⁹ En un mismo sentido, el autor menciona las cláusulas penales en los contratos administrativos, que no se encuentran reguladas ampliamente ni en la LCA ni en su Reglamento, por lo que se recurre constantemente a la normativa civil para suplir los vacíos.¹¹⁰

Estos aspectos serán estudiados con mayor profundidad en los siguientes capítulos. Por lo pronto, interesa destacar la innegable presencia del Derecho privado en la contratación administrativa. A su vez, cabe resaltar algunos ejemplos mencionados por

¹⁰⁷ Gaspar Ariño, *Derecho Administrativo y regulación económica*, 1era ed. (Madrid: La Ley, 2011), 247.

¹⁰⁸ Cf., José Andrés Meza Villalobos, *La aplicación de las instituciones de la contratación privada a los contratos de la administración pública*, Trabajo final de graduación para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho (San José: Universidad de Costa Rica, 2010), 184.

¹⁰⁹ Cf., Meza, 191.

¹¹⁰ Cf., Meza, 200.

Hidalgo sobre dicha presencia del Derecho privado¹¹¹:

- Las garantías de participación y de cumplimiento cuando se rinden como cheques certificados, bonos o valores, se encuentran regidas por el Derecho mercantil.
- Los mecanismos de financiación de obras públicas, provenientes de instrumentos financieros como la omisión de valores negociables o la titularización de flujos futuros.
- Los incoterms en los contratos del Estado tienen igual presencia y los mismos efectos entre las partes que en los contratos privados.
- La representación de las partes privadas se rige por las reglas propias del mandato y de los esquemas de representación comercial.
- Uso de todo tipo de contratos. Por ejemplo, los servicios bursátiles que requiere un ente público, el leasing para la adquisición de tecnología o de un edificio, la publicidad a través del diseño de una campaña, son todos contratos que no nacen en el Derecho administrativo, sino que son tomados del Derecho privado, sin que su esencia sea trastocada por esa importación.
- La invalidez del contrato administrativo no tiene que provenir, únicamente, de las causales expuestas por el Derecho administrativo, sino que también, por las que en el Derecho civil puede invocarse, como son las que afectan el consentimiento (el error, la intimidación, la violencia) o las que afectan la causa del contrato (ilicitud o falsedad).
- El uso de instrumentos electrónicos para la contratación.
- Los mecanismos de conciliación y arbitraje, que han nacido de otras ramas como el Derecho mercantil o laboral.

Queda expuesta así, la aplicación del Derecho privado en el ámbito de los contratos administrativos, la cual responde a la realidad en que se encuentra inmerso dicho contrato y a la necesidad de modernización y flexibilización del contrato administrativo en aras de cumplir con su finalidad: la satisfacción del interés público.

¹¹¹ Cf., Hidalgo, "Reflexiones", 40.

TÍTULO II: GENERALIDADES DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DEL CONTRATISTA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

CAPÍTULO I: EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR PARTE DEL CONTRATISTA

El estudio del incumplimiento del contrato administrativo exige, para efectos del presente trabajo, tomar en consideración las reglas principales que constituyen el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista en materia administrativa.

SECCIÓN I: DEBER DE CUMPLIR CON LO PACTADO

El principal efecto de la celebración de un contrato es precisamente su fuerza obligatoria, la cual "(...) se traduce en el imperativo de que las partes den cumplimiento, de buena fe, a las obligaciones surgidas del acuerdo de voluntades, así como a aquellas que emanan de la naturaleza de las obligaciones pactadas o que por ley pertenecen a ellas."¹¹²

De manera que, de la celebración del contrato administrativo, surge el deber, tanto para la administración como para su cocontratante, de cumplir de buena fe con todas y cada una de las obligaciones emanadas directamente del contrato y de aquellas que surgen de su naturaleza misma.

En el caso de Costa Rica, el marco general de las obligaciones, tanto de los entes contratantes como de los contratistas, se encuentra regulado en la Ley de Contratación Administrativa y desarrollado a cabalidad en su reglamento. El artículo 15 de la Ley de Contratación Administrativa, le otorga a la Administración el deber de cumplir con todos los compromisos, adquiridos válidamente, en la contratación administrativa y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado. En un mismo sentido, en su artículo 20, dispone el deber de los contratistas de 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. Sobre el tema, la jurisprudencia costarricense ha señalado lo siguiente:

"(...) a partir de estas disposiciones, los contratantes se encuentran obligados a que la ejecución se desarrolle dentro de los términos acordados, debiendo acudir al

¹¹² Libardo Rodríguez, "Los efectos del incumplimiento de los contratos administrativos", *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, No. 5 (enero-junio 2009), 344.

mismo y al marco legal, para justificar los retrasos que puedan producirse y que trunquen la posibilidad de cumplimiento en tiempo y forma, o bien, para corregir los inconvenientes que en su desarrollo pudieren surgir, con la imposición de las sanciones que procedan (...).¹¹³

Este deber de cumplir con lo pactado en el contrato administrativo, surge de lo contenido en el cartel y en la oferta adjudicada, conceptos que se detallan a continuación.

El cartel y la oferta

En cuanto al cartel, éste es el reglamento concreto de la contratación, toda vez que establece con claridad las condiciones generales y específicas. La jurisprudencia costarricense lo define de la siguiente forma:

“(...) el conjunto de cláusulas que integran cada contratación, en el que deben fijarse los elementos esenciales del negocio, esto es, la delimitación del objeto concursal, la descripción del bien o servicio por adquirir, la fecha de recepción de ofertas, bases generales para la selección y requisitos mínimos de las ofertas, documentación a presentar, forma de cotización, vigencia de las ofertas, plazo de entrega, forma de pago, entre otras.”¹¹⁴

El cartel puede contener diversos tipos de cláusulas dependiendo del objeto de cada contratación. Así se tienen las cláusulas variables, que son “(...) aquellas en las que el particular ofrece a la Administración lo solicitado por ella y la entidad contratante ponderará y escogerá la oferta que más convenga a los intereses públicos. Pueden variar o cambiar de una oferta a otra, pero son de cumplimiento necesario y obligado, ya que de lo contrario queda fuera de concurso.”¹¹⁵ Ejemplo de éstas son las que hacen referencia al precio, el plazo de entrega de los bienes o servicios o la forma de pago. Por otro lado, están las cláusulas invariables, que “(...) son de obligado cumplimiento para el oferente y su sujeción a éstas es vinculante, en tanto no puede cambiarlas y si las incumple queda excluido de la licitación. Algunas de éstas son las que describen el objeto contractual.”¹¹⁶

El cartel es, pues, fuente de interpretación del acuerdo entre voluntades, dado que es con base en éste, que el oferente elabora su oferta. La oferta es aquella “(...) promesa unilateral, libre y voluntaria del participante, a fin de celebrar el contrato en el supuesto que resulte electo.”¹¹⁷ Ésta debe cumplir de forma estricta el contenido del cartel (requisitos,

¹¹³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1019, 21 de diciembre de 2005, 16 horas 25 minutos.

¹¹⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 31, 9 de abril del 2014, 8 horas; resolución No. 83, 07 de octubre de 2014, 11 horas; y resolución No. 1, 8 de enero de 2015, 15 horas; entre otras.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid..

documentos, reglas del procedimiento, entre otros) y vincula al adjudicatario, quien deberá someterse no sólo a las condiciones cartelarias, sino también, a los términos por él ofertados en dicho documento y a la Administración, en tanto que su aceptación significará admitir la delimitación de los términos y condiciones de la contratación, según lo propuesto por el contratista. Es decir, el cartel y la oferta "(...) deben ser vistos de manera integral e integrada, siendo así que en el análisis de la segunda no se puede perder de vista lo establecido en el primero."¹¹⁸ Ambos conforman el contrato administrativo, que es el que hace nacer para el contratista diversas obligaciones.

Los principios generales de la contratación administrativa en la etapa de ejecución contractual

Cabe advertir que el contrato administrativo se encuentra jerárquicamente subordinado a la Ley y al Reglamento de Contratación Administrativa, así como a la demás normativa específica de contratación. Aunado a esto, las partes están supeditadas al cumplimiento de los principios generales de contratación administrativa. En relación con la normativa de contratación administrativa, el artículo 4° del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa fija la jerarquía de las normas a la que está sujeta la actividad de contratación administrativa, ya analizada en el capítulo anterior. Por su parte, los principios generales de la contratación administrativa se encuentran regulados en la Sección Segunda del Capítulo I de la LCA y desarrollados en la jurisprudencia costarricense. Así, en materia de ejecución contractual, se tienen los siguientes principios¹¹⁹:

- **Equilibrio de intereses.** Este principio dispone que en la actividad de contratación administrativa, debe existir una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste.
- **De buena fe.** Se considera como un principio moral básico que la administración y el o los contratistas actúen de buena fe. Se trata de que las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro. Este principio resulta fundamental en la obligación que

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 998-1999, 16 de febrero de 1998, 11.30 horas.

tienen las partes de cumplir con lo pactado. Cassagne lo desarrolla aún más, al agregar lo siguiente:

“la buena fe abona el cumplimiento de las obligaciones pactadas a través de varias soluciones que se fundan en la conducta que se espera de una persona normal que actúe con lealtad y sin malicia. Así, de ello se desprende tanto la interdicción de rechazar el cumplimiento de una prestación por faltarle una mínima parte como cuando se opera un incumplimiento de los plazos que no sea de envergadura y trascendencia.”¹²⁰

- **De la mutabilidad del contrato.** La administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar.
- **De intangibilidad patrimonial.** La administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado.
- **Del control de los procedimientos.** Principio, según el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos.

De manera tal que las partes deben cumplir con las condiciones pactadas en el contrato administrativo siempre tomando en cuenta lo dispuesto en la normativa de contratación administrativa, así como sus principios generales. Sobre el tema, el Tribunal Contencioso Administrativo, asertivamente, expone lo siguiente:

“(…) con base en el cartel y los contenidos de la oferta adjudicada, es que se funda el respectivo contrato administrativo, el cual, debe interpretarse, desde la base de los instrumentos legales que lo integran, sea, el cartel o pliego de bases, la oferta adjudicada y la normativa y principios propios de la contratación administrativa.(…) En razón de lo anterior, en materia de contratación administrativa, la determinación del cumplimiento efectivo de la obligación por ambas partes contratantes, debe hacer referencia tanto al cartel como a la oferta considerada de manera integral, y siempre orientado al cumplimiento del principio de buena fe entre las partes suscribientes y en atención al interés público que orientó la decisión de la Administración de realizar la respectiva contratación.”¹²¹

¹²⁰ Cassagne, 73.

¹²¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 83, 07 de octubre del 2014, 11 horas.

Según lo mencionado, el contrato administrativo no resulta ajeno ni puede ser interpretado al margen de la normativa de contratación administrativa ni de los principios generales de contratación administrativa. Esto implica que el deber que tienen las partes del contrato administrativo de cumplir con lo pactado, conlleva, a su vez, el deber de cumplir con lo dispuesto por la normativa y los principios referidos.

SECCIÓN II: INICIO DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, surge la necesidad de definir el momento en que el contrato administrativo empieza a producir sus efectos y, por ende, las partes deben cumplir con lo pactado. En el caso costarricense, la etapa de ejecución contractual, donde el contrato administrativo despliega toda su eficacia jurídica, empieza a partir de que la administración expide la orden de inicio. Es aquí cuando empiezan a regir, con todo su esplendor, los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

La orden de inicio

En referencia a lo anterior, el artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 192 de su reglamento, señalan que la Administración contratante deberá girar la orden de inicio, dentro del plazo fijado en el cartel y, a falta de estipulación especial, lo hará dentro de los quince días hábiles contados a partir de la notificación del refrendo o de la aprobación interna, según corresponda. Ese plazo se puede extender por medio de una resolución y por razones calificadas, resolución que deberá emitirse dentro del plazo inicial previsto.

En el caso de los contratos de obra pública, la Administración deberá dictar la orden de inicio dentro del plazo de quince días hábiles posteriores al refrendo o de la aprobación interna, para que el contratista pueda iniciar las labores propias de la obra dentro del mes siguiente al refrendo.

En consonancia con lo anterior, el Tribunal Contencioso Administrativa expone que, una vez firme el acuerdo, se abre la etapa de ejecución, la cual inicia con la orden de compra y/ o el contrato. Explica dicho despacho judicial que, mientras que el contrato administrativo es un documento donde se formaliza el acuerdo de voluntades, a donde se integra el pliego cartelario y la oferta (además de la totalidad de la normativa interna), la orden de compra es un documento financiero. Lo normal, continúa explicando el Tribunal, es que

dependiendo de la claridad del objeto contractual y/o de la cuantía de la misma, se prescinde del contrato, utilizando únicamente la orden de compra.¹²² De manera que la orden de inicio es imprescindible para dar inicio al contrato administrativo y que las partes empiecen a dar cabal cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato y de aquellas que surgen de su naturaleza misma.

Sobre este tema en específico, y después del estudio de casos judiciales, es ineludible mencionar lo ocurrido en el tramitado bajo el número de expediente 08-000730-1027-CA, Junta de Educación Escuela de Cascajal de Coronado Pio XII contra el Instituto de Capacitación y Desarrollo Tecnológico INTEC S.A. Se suscribió contrato administrativo entre ambas partes, en el cual se encontraba determinado que la construcción empezaba con la orden de inicio girada por la Junta. No obstante, dicha orden de inicio no se dio de forma escrita ni se agregó al expediente administrativo respectivo, constancia alguna de la fecha de inicio. A pesar de ello, el contratista comenzó la obra en una fecha determinada, lo cual fue probado únicamente mediante prueba testimonial y las facturas y cheques que constaban en el expediente.¹²³

En tal caso, tanto el Tribunal Contencioso Administrativo como la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, coincidieron en que el inicio de la ejecución se dio cuando el co-contratante empezó la construcción, a pesar de la ausencia de orden de inicio. Ambos despachos consideraron esto válido, fundamentándose en las reglas de la sana crítica racional. De esta forma, la jurisprudencia abre un portillo para que se inicie la etapa de ejecución contractual sin que medie una orden emitida por la Administración Pública, lo que resulta contrario a lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 192 de su reglamento y, al mismo tiempo, genera una situación de inseguridad jurídica, toda vez que permite que las obligaciones contractuales se inicien en cualquier momento, sin que exista un documento donde se haga constar la fecha exacta de dicho comienzo.

SECCIÓN III: CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL

Finalmente, luego de definir el inicio de la etapa de ejecución contractual, resulta menester determinar el momento cuando el objeto del contrato administrativo se considera cumplido por parte del contratista.

¹²² Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, resolución No. 83, 07 de octubre del 2014, 11 horas.

¹²³ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 18, 4 de agosto de 2011, 9 horas.

Obligaciones transitorias y obligaciones duraderas

En este sentido, cabe indicar primeramente que en el Derecho Civil, las obligaciones en el contrato pueden ser transitorias (de tracto único) o duraderas (de tracto sucesivo). El primero de los supuestos se trata de una prestación única por cumplirse en un solo acto y de forma instantánea o en varios actos aislados, cuyos efectos cesarán con el cumplimiento de su objeto.¹²⁴ El ejemplo más característico de obligaciones de tracto único se tiene con las obligaciones de pagar el precio y entregar la cosa, en la compraventa. En este caso, se considera cumplido el contrato cuando se cumple esa única prestación.

Por su parte, las de tracto sucesivo o duraderas son aquellas cuyo cumplimiento se desarrolla en el tiempo mediante una serie de actos del deudor. Se distinguen dos variantes en estas obligaciones: A) Las continuas, son las que imponen al deudor una conducta permanente¹²⁵, esto es un comportamiento continuado durante cierto tiempo, que suele corresponderse con el tiempo que dure la obligación. La mayoría de obligaciones negativas (de no hacer) suelen encajar en esta categoría, siendo ejemplos característicos la obligación que tiene el depositario de custodiar la cosa durante todo el tiempo que dure el contrato de depósito, la del arrendador de mantener al arrendatario continuadamente en el goce pacífico de la cosa arrendada, la que incumbe al comodante, consistente en permitir el uso de la cosa hasta que concluya el uso para el que se prestó o llegue el plazo estipulado. B) Las periódicas o sucesivas, que se cumplen con la realización de actos reiterados durante cierto tiempo.¹²⁶ Ejemplos característicos de este tipo de obligaciones son: la obligación de pagar la renta en el arrendamiento y la de entregar la cosa en un contrato de suministro. Este tipo de contratos se considera cumplido cuando cada una de esas obligaciones sucesivas ha sido cumplida a cabalidad.

Esta distinción de obligaciones aplica de igual forma en el contrato administrativo, tal y como se verá más adelante. Ahora bien, tanto en las obligaciones transitorias como las duraderas, el momento exacto en el que el objeto del contrato administrativo se considera cumplido por parte del contratista, se da cuando se reciben las obras, bienes o servicios pactados.

¹²⁴ Cf., Manuel Albaladejo, *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones-Parte General* (Barcelona: Bosch, 1970), 25.

¹²⁵ Cf., *ibíd.*

¹²⁶ Cf., *ibíd.*

La recepción del objeto contractual

Cassagne señala que la Administración contratante debe emitir un “(...) acto expreso y formal que certifique la entrega, recepción o la conformidad de la Administración con la obra, bien o prestación encomendada al contratista.”¹²⁷

En el caso de Costa Rica, rige un sistema de recepción por etapas: recepción provisional y recepción definitiva. El artículo 194 RLCA establece la recepción provisional, que es el recibo material de los bienes y servicios, en el lugar estipulado, o en su defecto en el fijado en el cartel. Para ello, el contratista debe coordinar con la Administración, la hora y demás condiciones necesarias para la recepción, cuando sea pertinente, o bien, informar cuando se ha procedido con la entrega, en aquellos casos en que se utilice una modalidad distinta. El funcionario encargado del trámite, acompañado de la respectiva asesoría técnica, debe levantar un acta donde consignará los detalles de la entrega.

Una vez concluida la recepción provisional, la Administración, dentro del mes siguiente o dentro del plazo estipulado en el cartel, procede a revisar los bienes y servicios recibidos y a realizar cualquier prueba o análisis necesarios, requiriendo el aval técnico de sus unidades internas o incluso de asesoría externa. En esta etapa, es fundamental que estén, tanto el funcionario encargado del trámite como personas expertas en la materia, ya que de esa revisión puede concluirse que deben realizarse correcciones por parte del contratista, o de encontrarse problemas graves, se debe ejecutar la garantía, iniciar el procedimiento de resolución contractual, y/o cobrar daños y perjuicios en la vía judicial para obtener la indemnización respectiva.

Posteriormente, una vez que la Administración haya avalado la recepción provisional, se extiende la recepción definitiva del objeto (artículo 195 RLCA). Aquí la Administración debe levantar un acta en que quede constancia clara de la manera como se ejecutó el contrato, indicando al menos, tiempos de ejecución y las prórrogas concedidas, cuando fuera pertinente, forma como se cumplieron las obligaciones, garantías ejecutadas o penalidades impuestas, ajustes a las muestras aportadas. En caso de objetos y servicios muy simples, el RLCA permite que la recepción provisional coincida con la recepción definitiva. Luego de la recepción definitiva, la Administración debe proceder al pago respectivo. Es así como se da el cumplimiento contractual, que conlleva a la terminación normal del contrato administrativo.

¹²⁷ Cassagne, 92-93.

De una forma muy similar, el RLCA regula de forma específica la recepción de la obra en los contratos de obra pública. Esto se puede ver en el artículo 151, el cual indica que finalizada la obra, el contratista dará aviso a la Administración para que se establezca una fecha para la recepción. Inicialmente, esta recepción será provisional, y en el acto, se levantará un acta suscrita por la persona funcionaria competente y el contratista, consignándose las circunstancias relacionadas con el estado de la obra. Si el recibo se hace bajo protesta o si hay incumplimientos importantes, la obra no se aceptará en ese momento. La recepción provisional es posible cuando las obras estén en un nivel aceptable de finalización, y le falten pequeños detalles de acabados o defectos menores que se deben corregir y así deberá constar en el acta. Sobre este último punto, la Contraloría General de la República ha agregado que:

“(…) dependerá del análisis que se efectúe en cada caso en concreto y de la trascendencia que el mismo implique dentro de toda la concepción de la obra ejecutada, así por ejemplo, puede pensarse que un pequeño detalle es que haga falta un elemento como lo podrían ser llavines en algunas puertas, mas no sería un defecto menor, el hecho de que no contare con la instalación eléctrica en todo el edificio.”¹²⁸

Continúa indicando el artículo 151 en mención que, efectuada la recepción provisional, no correrán multas por atraso en la entrega. La Administración cuenta con dos meses a partir de ésta para hacer la recepción definitiva, salvo plazo distinto en el cartel. Es importante indicar que, la Administración solo puede recibir la obra en forma definitiva, después de que se hayan hecho estudios técnicos que acrediten el cumplimiento de los términos de la contratación. La recepción definitiva no exime al contratista de responsabilidad por incumplimientos o vicios ocultos.

En relación con este tema, la actual jueza Ana Lía Umaña Salazar ha denunciado las deficiencias existentes en Costa Rica, donde la Administración Pública no realiza el recibido conforme de los bienes o servicios contratados, de la manera en como la normativa lo prevé. Comenta que:

“(…) en muchos casos, se dan situaciones donde quien recibe los bienes no tiene ningún conocimiento de lo que está recibiendo, o el que tiene es muy escaso, incluso es posible que tanto para consignar las especificaciones técnicas como para el recibido conforme, la funcionaria o funcionario acceda a información general que encuentra en Internet, y esto no es aceptable, por cuanto las compras del Estado responden a necesidades públicas para brindar un mejor servicio y, en muchos

¹²⁸ Contraloría General de la República, Oficio No. 8268 (DJ-3446), 27 de agosto de 2010.

casos, los objetos contractuales que se adquieren protegen bienes jurídicos tutelados como la vida o la integridad física de las personas.”¹²⁹

Es importante señalar que en el artículo de cita, Umaña Salazar emite conclusiones sin realizar los estudios pertinentes para ello, toda vez que sus afirmaciones contienen una base meramente teórica, carente de análisis pragmáticos y de evidencia fáctica.

A pesar de las insuficiencias presentes en su artículo, no se puede obviar lo importante que resulta que, los que reciben los bienes o servicios, tengan la pericia requerida para cumplir con esa función, ya que esto le permitirá a la Administración adquirir bienes y servicios de calidad y que respondan a las necesidades públicas que se pretenden satisfacer.

Aquí resulta conveniente resaltar la función verificadora que tiene la Administración en la fiscalización de la ejecución contractual, que se encuentra regulada en el artículo 13 de la LCA, según se transcribe a continuación:

“La Administración fiscalizará todo el proceso de ejecución, para eso el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. A fin de establecer la verdad real, podrá prescindir de las formas jurídicas que adopten los agentes económicos, cuando no correspondan a la realidad de los hechos.

En virtud de este derecho de fiscalización, la Administración tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas. (...)¹³⁰ (El resaltado es mío)

De conformidad con esta función, la Administración debe vigilar y verificar que, durante toda la etapa de ejecución contractual, el contratista cumpla con las obligaciones contractuales. Esto quiere decir que, ante un eventual incumplimiento o anomalía en la ejecución del contrato por parte del contratista, la Administración deberá tomar inmediatamente las medidas pertinentes en aras de que el bien común no se vea perjudicado. Esto es así porque la ejecución contractual, ejecutada en tiempo y forma, se traduce en la tutela efectiva del interés público.

Esta fiscalización de la Administración va acompañada, además, de una actuación respetuosa del principio de buena fe por parte del contratista, quien en la etapa de ejecución contractual debe regirse con honradez y apego a la verdad. En este orden de ideas, el párrafo in fine del mismo artículo 13 de la LCA agrega que “(...) Si la Administración no fiscaliza los procesos, eso no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la

¹²⁹ Ana Lía Umaña, “Algunas consideraciones en torno a la ejecución contractual en la contratación administrativa costarricense”, *Revista Escuela Judicial*, No. 7 (setiembre 2010), 207.

¹³⁰ Ley de Contratación Administrativa, artículo 13.

responsabilidad que le pueda corresponder.”¹³¹ De modo que, tanto la Administración como el contratista, tienen la obligación de verificar que el objeto contractual se vea satisfecho.

Tal y como se lee en los párrafos anteriores, el tema del cumplimiento se encuentra claramente regulado en el ordenamiento jurídico costarricense. Ahora bien, en caso de que el contratista no realice el objeto contractual, según lo pactado, se da el incumplimiento contractual. Esto le complica el panorama a la Administración Pública y, por ello, es preciso elaborar un estudio amplio y detallado del tema en específico, el cual se reflejará en los apartados siguientes.

CAPÍTULO II: CONCEPTO DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR PARTE DEL CONTRATISTA

La presente investigación está destinada a estudiar el incumplimiento contractual del contratista en materia de contratación administrativa. Es fundamental, pues, definir el concepto de incumplimiento contractual.

El profesor costarricense, Jorge Jiménez Bolaños, citando a Montero Piña, define el incumplimiento como “(...) la infracción del deber jurídico por parte del deudor al no realizar la prestación comprometida.”¹³² Posteriormente, señala lo siguiente:

“Hay incumplimiento de las obligaciones jurídicas cuando el deudor no cumple lo debido ya sea porque no previó adecuadamente su capacidad de cumplimiento, es decir creyó en un inicio poder obligarse y poder cumplir con dichas obligaciones, pero luego por diversas circunstancias que le son imputables no puede hacerlo (negligencia). Es consecuencia de la mala fe o la negligencia del obligado y por ende no produce la satisfacción del interés del acreedor que debió haber quedado satisfecho con el cumplimiento de la prestación.”¹³³

De lo recién transcrito, se logra ver cómo la doctrina se enfoca en la conducta del deudor para definir el concepto de incumplimiento contractual. La misma suerte corre la jurisprudencia más reciente de Costa Rica. Esto se ve en el siguiente extracto de varias sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo:

“En síntesis, el objeto del contrato, está constituido por la obligación impuesta contractualmente, que implica una prestación, que constituye siempre una conducta de dar, hacer no hacer algo. Ahora bien, si el objeto del contrato es siempre la obligación de una prestación debida, entonces, se cumple con el objeto del contrato, realizando la conducta o comportamiento obligado. La idea contraria, es decir, la

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Jorge Jiménez, “Caso fortuito y fuerza mayor diferencia conceptual”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 123 (setiembre-diciembre 2010), 79.

¹³³ *Ibíd.*

falta de ejecución de la prestación debida; implica el incumplimiento del objeto del contrato.”¹³⁴

En similar sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conceptualiza el incumplimiento contractual de la siguiente forma:

“(...) el incumplimiento contractual significa no ejecutar determinada prestación en los términos originalmente pactados. El incumplimiento, específicamente en cuanto a contratos administrativos se refiere, está referido (sic) a un modo anormal de extinción de tales convenios, y puede ser imputable tanto a la Administración como al contratista.”¹³⁵

Este enfoque incluye el análisis de la conducta del deudor como elemento de la noción. Al respecto, explica el autor Libardo Rodríguez que, si bien, dicho análisis jurídico es importante y fundamental para determinar la responsabilidad del deudor, no es realmente relevante en la definición de la noción que se estudia. Lo relevante para Rodríguez es, pues, el contenido de la figura a partir de la prestación debida¹³⁶, por lo que propone una definición desde una perspectiva objetiva, en los siguientes términos:

“Consiste en que el acreedor de la obligación originada en un contrato no recibe la prestación en los estrictos términos pactados, por lo cual no se produce la satisfacción de su interés negocial, independientemente de las razones por las cuales no se llegó a esa satisfacción.”¹³⁷

Después de analizar lo expuesto por Rodríguez, resulta notoria la deficiencia conceptual en la noción dada por la doctrina y jurisprudencia costarricense, toda vez que excluye los casos en los que el deudor realiza la conducta o el comportamiento obligado, pero el acreedor no recibe la prestación pactada, sea por la existencia de una causal eximente de responsabilidad.

Por tales razones, la jurisprudencia costarricense debe inclinarse por un concepto de corte objetivo sobre el resultado de la prestación. De esta forma, se daría un incumplimiento cuando la prestación efectivamente recibida por el acreedor no corresponde a la pactada, lo que impide que el interés negocial se vea satisfecho, independientemente de las razones por las cuales no se llegó a esa satisfacción. De modo que, aun cuando esa insatisfacción contractual surja por causas no imputables al contratista, se configura el incumplimiento.

¹³⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 83, 07 de octubre de 2014, 11 horas; resolución No. 1, 8 de enero de 2015, 15 horas; entre otros.

¹³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1205, 15 de marzo de 1996, 9 horas.

¹³⁶ Cf., Libardo Rodríguez Rodríguez, “El incumplimiento de los contratos administrativos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, No. 9 (Enero-Junio, 2009), 178.

¹³⁷ *Ibíd.*

En otro orden de ideas, se debe augurar que el incumplimiento contractual admite diversos grados de gravedad, así como diferentes consecuencias jurídicas. Cada uno de estos elementos será analizado a continuación.

CAPÍTULO III: MODALIDADES DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR PARTE DEL CONTRATISTA

El incumplimiento del contrato administrativo se puede dar en diversas circunstancias, es por eso que la doctrina se ha encargado de clasificarlo en modalidades. Así, Luis Diez Picazo habla de dos modalidades: la omisión de la prestación y la prestación defectuosa.¹³⁸ Para efectos de la presente investigación, se utilizará la clasificación realizada por Libardo Rodríguez Rodríguez al ser más amplia, ordenada y detallada, que divide el incumplimiento en tres modalidades:

- a) **La omisión de la prestación:** que “hace referencia al caso en el cual no se consigue el objetivo de la obligación porque el acreedor no recibe prestación alguna, o mejor, absolutamente nada en relación con la obligación pactada. Se trata de la inejecución absoluta de la obligación.”¹³⁹
- b) **La prestación defectuosa:** “ocurre cuando el acreedor recibe oportunamente prestaciones por parte del deudor, pero dichas prestaciones no satisfacen completamente el interés negocial del acreedor, en tanto no se ajustan exactamente a lo pactado.”¹⁴⁰ Esta modalidad se puede dar cuando la obra construida, el bien suministrado o el servicio ejecutado tienen defectos de calidad o no cumplen con los requerimientos señalados en el contrato.
- c) **El retardo en el cumplimiento:** “consiste en que la prestación debida no fue ejecutada en el momento pactado.”¹⁴¹

Es menester indicar aquí que en las obligaciones de tracto único –concepto desarrollado párrafos atrás-, hay incumplimiento cuando se incumpla la única prestación pactada. Por su parte, en las obligaciones duraderas, hay incumplimiento con solo que se incumpla uno de estos actos sucesivos o continuados. Así se puede ver en el caso de

¹³⁸ Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (Madrid: Editorial Civitas, 1996), 570, citado en Rodríguez, “El incumplimiento”, 178.

¹³⁹ Rodríguez, “El incumplimiento”, 178.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

Perspectivas de Desarrollo S.A. contra el Instituto Nacional de Seguros, expediente No. 11-3988-1027-CA, en donde el I.N.S adjudicó a la empresa demandante, la Licitación Abreviada número 2008LA-708061-UL, “Servicios para investigación de mercados”, cuyo objeto contractual era desarrollar una investigación de mercado para obtener información y evaluar la gestión comercial que realizan las tres principales aseguradoras de Guatemala, El Salvador, Panamá, México y Colombia. En dicho contrato, se estableció que el pago se realizaría, según avance de estudio específico, contra recibo y término de cada una de las etapas indicadas en el plan de trabajo para cada estudio y, en cuanto al plazo, se indicó, únicamente, que el plazo de entrega máximo era de 30 días naturales. Tomando en consideración esto, el Tribunal Contencioso Administrativo determinó que se trataba de contrato de tracto sucesivo, a pesar de que el contrato no lo estableciera, específicamente, como tal. Así las cosas, al presentar la empresa contratista el primer informe correspondiente al primer país investigado, y sin aún vencer el plazo de entrega máximo de todos los informes, la Administración consideró que dicho informe estaba incompleto y, por ello, alegó incumplimiento del contratista, lo que fue confirmado por el Tribunal Contencioso Administrativo al determinar que:

“(…) el objeto contractual implicaba la rendición de informes finales y definitivos de cada país investigado y al presentarse uno solo de esos países pero incompleto y omiso, entonces, en términos jurídicos, se entiende incumplido el objeto contractual y precisamente, una de las consecuencias de tal precisión de que se ha incumplido, es que se impedía realizar actuaciones posteriores, respecto de un contrato que se advierte incumplido, en protección del interés público.”¹⁴²

Lo mismo sucedió en el asunto resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo, de un contrato de alquiler de soda en un centro educativo, en donde el contratista realizó el pago mensual solo los primeros meses y, posteriormente, dejó de pagar, lo que fue calificado como incumplimiento del objeto contractual ya que debió realizar todos los pagos, según lo pactado, para que el contrato fuera considerado cumplido.¹⁴³

Esta clasificación resulta necesaria para el estudio de las consecuencias jurídicas del incumplimiento contractual, que serán analizadas a continuación.

¹⁴² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, resolución No. 29, 18 de abril del 2013, 16 horas 02 minutos.

¹⁴³ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Primera, resolución No. 42, 11 de mayo del 2015, 13 horas.

CAPÍTULO IV: EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR PARTE DEL CONTRATISTA

El incumplimiento de las obligaciones contractuales conduce a que cada ordenamiento jurídico establezca las soluciones o remedios correspondientes, buscando siempre satisfacer el interés público. A nivel doctrinario, Libardo Rodríguez Rodríguez afirma que son tres los efectos que se suelen reconocer al incumplimiento de las obligaciones contractuales, a saber: a) la ejecución forzada o ejecución innatura, b) la resolución del contrato y c) la indemnización de perjuicios.¹⁴⁴

En el caso específico de Costa Rica, la jurisprudencia de la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda desarrolla únicamente tres efectos del incumplimiento contractual, los cuales coinciden con los expuestos por Rodríguez Rodríguez.¹⁴⁵ A continuación, se analizará separadamente cada uno de estos efectos mencionados.

SECCIÓN I: LA EJECUCIÓN FORZADA O EJECUCIÓN IN NATURA

Definición

La ejecución forzada es aquella que “(...) hace referencia, en primer lugar, al cumplimiento directo. Se trata de obligar al deudor a que ejecute la obligación contraída en el contrato, tal y como quedó estipulada.”¹⁴⁶ En el derecho civil, la ejecución forzosa es explicada de la siguiente forma:

“Toda obligación civil perfecta produce una acción para demandar su cumplimiento y una excepción para retener lo que el deudor ha dado o pagado en su ejecución. Si el deudor demora el cumplimiento de la obligación o se resiste y niega a cumplirla, porque la desconoce y viola la palabra empeñada, el acreedor tiene derecho de pedir la ejecución forzada de la obligación, es decir, de requerir la intervención de los tribunales de justicia para que obliguen al deudor, con el auxilio de la fuerza pública, si llegara a ser necesario, que solucione su obligación.”¹⁴⁷

¹⁴⁴ Rodríguez, “Los efectos del incumplimiento”, 345.

¹⁴⁵ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 13, 30 de abril del 2008, 16 horas 25 minutos y resolución No. 44, 04 de julio del 2008, 10 horas 30 minutos.

¹⁴⁶ Diego Baudrit, *Teoría General del Contrato* (San José: Editorial Juricentro, 1982), 80.

¹⁴⁷ L. Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago: Imprenta Nascimento, 1937), 1191, citado en Rodríguez, “Los efectos del incumplimiento”, 347.

En vista de los artículos 692 y 693 del Código Civil costarricense¹⁴⁸, la ejecución forzosa es aquella opción que otorga el derecho a la parte afectada por el incumplimiento para que a través de declaración judicial se conmine al deudor al cumplimiento de la obligación pactada.

Requisitos para que proceda la ejecución forzosa

Es importante acotar que no siempre resulta procedente la aplicación de la ejecución forzosa. En el Derecho Civil, tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado los supuestos para su procedencia.

Que la prestación sea posible y se mantenga el interés del acreedor

En primer lugar, se debe verificar que “(...) la prestación sea aún posible, desde el punto de vista fáctico y jurídico, y que el interés del acreedor en su cumplimiento se mantenga. De otra manera, la obligación contractual, en los términos estipulados, deviene en inútil y no será éste el remedio, sino otro el aplicable.”¹⁴⁹ Sin la existencia de estos dos aspectos, resulta lógico que la ejecución in natura no proceda. Por lo que se debe acudir a cualquiera de los otros efectos por estudiar.

Que el incumplimiento no sea grave

En caso de que la prestación resulte aún posible de ejecutar y que el acreedor aún tenga interés en que se cumpla, se debe considerar otro aspecto. Es aquí donde se debe discernir la ejecución forzosa de la resolución contractual que será analizada en el próximo apartado. Al respecto, la normativa costarricense de contratación -tanto civil como administrativa-, no diferencia explícitamente cuándo procede la ejecución forzosa y cuándo la resolución. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia sí lo ha hecho con base en el uso de la lógica. Dicha jurisprudencia establece que se debe analizar la gravedad del incumplimiento para determinar la procedencia de un efecto u otro. Señala así que:

“(...) si carece de la importancia necesaria para aplicar la sanción más grave contemplada por el ordenamiento civil, sea la terminación de una relación contractual

¹⁴⁸ Artículo 692: En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios.

Artículo 693: Toda obligación civil confiere al acreedor el derecho de compeler al deudor a la ejecución de aquello que está obligado.

¹⁴⁹ Rodríguez, “Los efectos del incumplimiento”, 347.

nacida válida y eficaz, con los efectos retroactivos y las lógicas consecuencias restitutorias y resarcitorias (...) **es más conveniente exigir la ejecución forzosa del contrato y no su resolución, pues carecería de sentido dar por terminada una relación contractual ante el incumplimiento de aspectos que siendo secundarios no pueda considerarse como grave.**"¹⁵⁰ (El resaltado es mío)

En un mismo sentido, en el voto No. 309 de las 14:50 horas del 31 de octubre de 1990, la Sala Primera señaló que "Hay ocasiones en que por no ser suficientemente grave el incumplimiento operado por una de las partes en un contrato, lo procedente es solicitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas."¹⁵¹

Es decir, la gravedad del incumplimiento juega un papel determinante ya que la ejecución forzosa procede ante un incumplimiento que no sea grave. A pesar de esto, la jurisprudencia no determina cuándo se dan incumplimientos no graves, únicamente menciona que proceden cuando se trata de aspectos secundarios, sin definir tampoco cuáles son esos aspectos de nivel secundario. De manera que le corresponde al juez determinar la gravedad del incumplimiento sin tener ningún parámetro preciso.

Que el que lo solicite no haya incumplido

Finalmente, se debe tener en cuenta otro requisito para exigir la ejecución forzosa, que es "no haber incumplido las obligaciones contractuales."¹⁵² La parte de la relación contractual que se encuentra incumpliendo con lo convenido no tiene derecho de solicitar la ejecución in natura. Así se ha determinado en la jurisprudencia de la Sala Primera: "(...)" es claro, en todo caso, que las acciones derivadas del precitado artículo 692 son otorgadas a la parte que ha cumplido. Quien incumple no puede exigir el cumplimiento forzoso (...)." ¹⁵³

La ejecución forzosa en la contratación administrativa

La potestad de autotutela ejecutiva de la Administración Pública

Ahora bien, en materia de contratación administrativa, la ejecución forzosa cuenta con los mismos requisitos recién mencionados con una particularidad: el privilegio de autotutela ejecutiva con que goza la administración, "la cual la exime de la carga de obtener

¹⁵⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 0314, 4 de junio del 2003, 11 horas 25 minutos y resolución No. 365, 26 de diciembre de 1990, 14 horas 20 minutos.

¹⁵¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 0309, 31 de octubre de 1990, 14 horas 50 minutos.

¹⁵² Baudrit, 92.

¹⁵³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 0314, 4 de junio del 2003, 11 horas 25 minutos.

una sentencia ejecutiva, facultándola para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar en el apoyo de la coacción judicialmente administrada.”¹⁵⁴ Este privilegio le permite a la administración pública eximirse de acudir al juez del contrato a efectos de obtener la orden para que el contratista cumpla con sus obligaciones contractuales. A esto la doctrina le denomina la prerrogativa de ejecución directa del contrato, la cual tiene conexión con el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos.

Dicha potestad administrativa se encuentra regulada en la Ley General de la Administración Pública en su artículo 146, inciso primero, que señala “(...) La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado (...).”¹⁵⁵ De igual forma, proviene del artículo 147 de la Ley de comentario, que dispone: “Los derechos de la Administración provenientes de su capacidad de derecho público serán también ejecutivos por los mismos medios que esta Ley señala para la ejecución de los actos administrativos.”¹⁵⁶ Al respecto, Eduardo Ortiz Ortiz comenta lo siguiente:

“Resulta que hay muchas ocasiones en donde los derechos de la Administración que tiene que ejercer contra los particulares no nacen del acto administrativo y, en consecuencia, al hacerse efectivo por este medio lo que se está haciendo ejecutorio no es el acto sino el derecho subjetivo de origen directamente legal. La Administración en los casos en que tenga un derecho contra el particular nacido directamente de la ley sin intermediación de un acto administrativo podrá ejecutarlo contra este particular por los mismos medios por los que se puede ejecutar un acto.”¹⁵⁷

Una de estas ocasiones en las que a la Administración le surgen derechos contra el particular a causa de una disposición normativa, consiste en la contratación administrativa, donde por vía legal (artículo 20 de la LCA) se obliga al contratista a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada y, por ende, a la Administración le surge de forma implícita el derecho de exigir que el contratista cumpla con sus obligaciones contractuales.

¹⁵⁴ Rodríguez, “Los efectos del incumplimiento”, 348.

¹⁵⁵ Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227, diario La Gaceta No. 102, 2 de mayo de 1978. artículo 146.

¹⁵⁶ Ley General de la Administración Pública, artículo 147.

¹⁵⁷ Roberto Quirós, *Ley General de la Administración Pública concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional* (San José: Aselex, 1996), 248, citado en Procuraduría General de la República, Dictamen No. C-257-2014, 19 de agosto del 2014.

Los medios de autotutela ejecutiva de la Administración Pública

En aras de reforzar esta ejecutoriedad de la Administración, la Ley General de la Administración Pública dispone los medios coercitivos para que la misma Administración haga cumplir las obligaciones adquiridas por el administrado. Para tales efectos, el artículo 149 señala las denominadas hipótesis de ejecución forzosa, al indicar:

“1. Los medios de la ejecución administrativa serán los siguientes:

- a) **Ejecución forzada** mediante apremio sobre el patrimonio del administrado, cuando se trate de crédito líquido de la Administración, todo con aplicación de las normas pertinentes del Código de Procedimientos Civiles sobre embargo y remate, con la salvedad de que el título ejecutivo podrá ser la certificación del acto constitutivo del crédito expedida por el órgano competente para ordenar la ejecución;
- b) **Ejecución sustitutiva**, cuando se trate de obligaciones cuyo cumplimiento puede ser logrado por un tercero en lugar de obligado, en cuyo caso las costas de la ejecución serán a cargo de éste y podrán serle cobradas según el procedimiento señalado en el inciso anterior; y
- c) **Cumplimiento forzoso**, cuando la obligación sea personalísima, de dar, de hacer o de tolerar o no hacer, con la alternativa de convertirla en daños y perjuicios a prudencial criterio de la Administración, cobrables mediante el procedimiento señalado en el inciso a).

2. En caso de cumplimiento forzoso la Administración obtendrá el concurso de la policía y podrá emplear la fuerza pública dentro de los límites de lo estrictamente necesario. La Administración podrá a este efecto decomisar bienes y clausurar establecimientos mercantiles.”¹⁵⁸

Seguidamente, el artículo 150 de dicho cuerpo normativo regula el procedimiento que se debe seguir al aplicar alguno de los medios recién mencionados.

“Artículo 150.-

- 1. La ejecución administrativa no podrá ser anterior a la debida comunicación del acto principal, so pena de responsabilidad.
- 2. Deberá hacerse preceder de dos intimaciones consecutivas, salvo caso de urgencia.
- 3. Las intimaciones contendrán un requerimiento de cumplir, una clara definición y conminación del medio coercitivo aplicable que no podrá ser más de uno, y un plazo prudencial para cumplir.
- 4. Las intimaciones podrán disponerse con el acto principal o separadamente.
- 5. Cuando sea posible elegir entre diversos medios coercitivos, el servidor competente deberá escoger el menos oneroso o perjudicial de entre los que sean suficientes al efecto.
- 6. Los medios coercitivos serán aplicables uno por uno a la vez, pero podrán variarse ante la rebeldía del administrado si el medio anterior no ha sufrido efecto.”

¹⁵⁸ Ley General de la Administración Pública, artículo 149.

En las anteriores disposiciones normativas, se proponen tres mecanismos coercitivos que le permiten a la Administración Pública hacer cumplir las obligaciones por parte del administrado. Tal y como se puede ver, cada medio responde a un tipo de obligación. De forma tal que cuando se trate de una obligación dineraria, se podrá aplicar la ejecución forzada mediante apremio sobre el patrimonio del administrado (inciso a). Esto procede ante la negativa del contratista de pagar los daños y perjuicios irrogados, lo que se verá más adelante. Cuando la obligación sea personalísima, de dar, de hacer o de tolerar o no hacer, la Administración Pública tiene la opción de recurrir al cumplimiento forzoso (inciso c), exigiendo al contratista el cumplimiento. Esta ejecución in natura puede ser convertida en una indemnización de los daños y perjuicios. A esto se le llama cumplimiento por equivalente, según se verá posteriormente. Cuando la obligación permita que sea realizada por una tercera persona en lugar del deudor, la Administración puede aplicar la ejecución sustitutiva (inciso b), ante lo cual, posteriormente, deberá proceder a recuperar los recursos invertidos para lograr ese fin. De esta forma, la ejecución sustitutiva se convierte en un monto por cancelar por parte del obligado, pues tal erogación debe ser resarcida.

Para la ejecución de cualquiera de los anteriores medios, se debe seguir previamente el procedimiento establecido en el artículo 150 de la LGAP, salvo casos de urgencia. Así las cosas, previo a que la Administración Pública proceda a ejecutar un determinado acto principal o final, debe notificarle al sujeto o sujetos interesados sobre dicho acto e intimarlos dos veces consecutivas, donde se les requiera cumplir lo pactado, se les advierta sobre el medio coercitivo aplicable y se le otorgue un plazo prudencial para cumplir. En dicho plazo, el contratista puede ejercer su defensa, en caso de que le resulte imposible cumplir por la existencia de alguna eximente de responsabilidad, el cual deberá ser probado. Tal y como se verá en los siguientes párrafos, esta eximente lo puede exonerar de toda responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, pero no necesariamente de que se proceda a la ejecución forzosa o sustitutiva. La Administración Pública debe aplicar solo un medio coercitivo a la vez. Si son varios medios los que resulten aplicables, debe escoger el menos oneroso y perjudicial. El artículo 150 da la opción de que, en caso de que el administrado no cumpla con el medio coercitivo intimado, recurra a otro de los medios dispuestos.

En la normativa de contratación administrativa costarricense, existe una clara omisión en relación con los medios de ejecución forzosa. Es, por tal razón, que se debe remitir a la Ley General de la Administración Pública, de conformidad con la jerarquía de

las normas establecida en el artículo 4° del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Esto posibilita que, ante un incumplimiento contractual, los artículos 149 y 150 ya comentados, sean aplicados por parte de la Administración Pública.

Las particularidades de la ejecución sustitutiva en la contratación administrativa

En cuanto a la ejecución sustitutiva en contratación administrativa, la Administración Pública tiene dos opciones: a) sustituir al contratista ella misma o b) contratar a un nuevo contratista para que sustituya al incumpliente y cumpla así con lo pactado. De manera que, cuando el contratista incumpla sus obligaciones, la Administración Pública debe evitar las consecuencias de esa inejecución y asumir ella –por sí misma o a través de un tercero- el cumplimiento de las pertinentes prestaciones, ejecutando así el contrato. Marienhoff señala que esa prerrogativa de la Administración es, en principio, de tipo provisional y transitoria.¹⁵⁹ Solo excepcionalmente dichas medidas adquieren carácter definitivo. Tal es el caso de los contratos de suministro de prestación única, en los cuales, “(...) si el cocontratante no cumple su obligación, la Administración puede procurarse la prestación a costa del cocontratante, y como esa prestación era lo único que constituía el objeto del suministro, la ejecución de este contrato resultaría entonces, por la fuerza misma de las cosas “definitivamente” asumida por la Administración Pública.”¹⁶⁰ Por su parte, en los contratos de concesión de servicio público, o de construcción de obra pública, o de suministro de entregas sucesivas, ante la presencia del incumplimiento del contratista, la Administración Pública puede hacerse cargo de la ejecución del contrato, pero con carácter provisional, con el objeto único de poner al día y en orden la ejecución del contrato. Una vez logrado esto, el cocontratante sería reintegrado al ejercicio pleno de sus ulteriores derechos y cumplimiento de sus obligaciones. De manera que la regla general es que la ejecución sustitutiva no va a extinguir el contrato administrativo, salvo casos excepcionales.

El tratadista Marienhoff agrega otras reglas en las que opera la ejecución directa en cada uno de los tres tipos de contratos administrativos más típicos: concesión de servicio público, construcción de obra pública y suministro.¹⁶¹ En primer lugar, hace referencia al grado de incumplimiento. En las concesiones de servicio público, no es necesario que haya negligencia o culpa del concesionario para que la Administración disponga la ejecución directa. Tal y como señala Marienhoff, “La deficiencia en la prestación del servicio puede

¹⁵⁹ Marienhoff, 419.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*, 421.

obedecer a causas ajenas a la voluntad del cocontratante. Pero ha de tratarse de algo que afecte gravemente la ejecución del servicio, tanto más si esto obedece a una falta del propio concesionario, susceptible de afectar la continuidad y regularidad del servicio público.”¹⁶² Es decir, el requisito para que opere en estos contratos, es que la ejecución del servicio público se vea gravemente afectada en su continuidad y regularidad, ya sea por una falta del contratista o ajena a éste. El tema de la culpa o negligencia del concesionario incide únicamente en si los gastos originados por esa ejecución directa deben ser cobrados al concesionario o no.

En los contratos de construcción de obra pública, indica Marienhoff, la ejecución directa requiere la existencia de una falta cometida por el cocontratante por no ajustarse a las disposiciones contractuales o a las órdenes de servicio escritas que la imparte la Administración.¹⁶³ Finalmente, en los contratos de suministro, la Administración Pública puede proveerse la cosa objeto del suministro, comprándolo o haciéndolo fabricar por cuenta del cocontratante. En estos casos se requiere la existencia de una falta de cierta gravedad, como los defectos o faltas en los artículos o cosas suministradas. Por lo que el mero retardo, salvo estipulación expresa en contrario, no justifica que la Administración Pública sustituya a su proveedor.¹⁶⁴

En segundo lugar, para que opere la ejecución sustitutiva, Marienhoff resalta la necesidad de que se respete el debido proceso legal mediante una intimación previa al contratista. Este aspecto pareciera estar regulado en el artículo 150 LGAP estudiado párrafos atrás, que regula el procedimiento para que proceda la ejecución sustitutiva. No obstante, aquí se debe considerar un aspecto de suma importancia y es que el debido proceso y el derecho de defensa no se cumplen con la simple intimación al contratista requiriéndole que cumpla y otorgándole plazo para ello. Es necesario realizar un procedimiento que cumpla con el debido proceso, donde se determine y acredite, al menos, la existencia de un incumplimiento por parte del contratista. Al no encontrarse regulado un procedimiento específico, se debe recurrir a la Ley General de la Administración Pública. Aquí se comparte el criterio mantenido, tanto por la Procuraduría General de la República como por el Tribunal Contencioso Administrativo¹⁶⁵ consistente en que, previo a aplicar el

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ *Cf.*, Marienhoff, 421.

¹⁶⁴ *Cf.*, Marienhoff, 422.

¹⁶⁵ *Cf.*, Procuraduría General de la República, Dictamen No. C-061-96, 30 de abril de 1996; Dictamen No. 137-96, 6 de agosto de 1996; y Dictamen No. C-138-2014, 05 de mayo del 2014; Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución No. 289, 31 de marzo de 1992, 9:15 horas.

artículo 149 de la LGAP, se debe seguir el procedimiento ordinario regulado en los artículo 308 y siguientes de la misma ley. De manera que, si la Administración quiere proceder a la ejecución sustitutiva debe, en primera instancia, determinar la existencia de un incumplimiento por parte del contratista, mediante el procedimiento ordinario de la LGAP. Una vez emitido un acto final, entonces debe aplicar el procedimiento del artículo 150 LGAP, para que la ejecución sustitutiva proceda.

En tercer lugar, Marienhoff reitera la obligación que tiene el contratista de responder por los gastos generados con la ejecución sustitutiva. “Solo en los casos en los que el incumplimiento no le es imputable al contratista, la sustitución que efectúe la Administración Pública lo será por cuenta y riesgo de ella.”¹⁶⁶ Esto se ve reflejado en el artículo 149 inciso 1.b) de la LGAP, ya analizado.

Finalmente, resulta importante indicar lo señalado por Marienhoff, en cuanto a que la ejecución requiere un acto motivado, es decir, “(...) que contenga la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a emitirlo.”¹⁶⁷ Esta motivación se refiere al acto final emitido en el procedimiento, por medio de la cual se determinará la existencia de un incumplimiento del contratista en sus obligaciones contractuales.

Aclarado lo anterior, conviene analizar de forma específica el procedimiento a llevar a cabo para aplicar la ejecución sustitutiva mediante un tercero. Primeramente, se debe realizar el procedimiento ordinario de la LGAP donde se determine la existencia de un incumplimiento contractual por parte del contratista. Posteriormente, habiendo la Administración Pública emitido un acto final, deberá cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 150 LGAP referido supra. Aún así, si el contratista sigue sin cumplir, la Administración puede proceder a contratar a un tercero que cumpla con las condiciones contractuales en sustitución del contratista. Esta nueva contratación debe realizarse por medio de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa dispuestos en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, así lo ha determinado la Contraloría General de la República.¹⁶⁸ Sin embargo, el artículo 2 bis, inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa faculta a la Contraloría General de la República por autorizar, por la vía de excepción, la contratación directa cuando la Administración interesada acredita suficientes razones para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses

¹⁶⁶ Marienhoff, 422.

¹⁶⁷ Marienhoff, 427.

¹⁶⁸ Cf., Contraloría General de la República, oficio No. DCA-1252, 13 de abril del 2007.

públicos. En este orden de ideas, la Contraloría General de la República ha recomendado lo siguiente:

“Entonces, con fundamento en dicha normativa la Administración interesada podría pedir autorización para contratar directamente, siempre y cuando las justificaciones dadas demuestren que para ese caso el procedimiento ordinario de concurso no es el mecanismo apropiado para cumplir con el fin público perseguido.”¹⁶⁹

Es decir, la ejecución sustitutiva no constituye por sí misma una justificante que permita la contratación de tales servicios en forma directa. Aquí conviene resaltar las consideraciones de Víctor Manuel Ariza Vargas expuestas en su tesis de Licenciatura. Consideró el autor que en la ejecución sustitutiva, la Administración puede contratar directamente a un tercero sin tener que solicitar la respectiva autorización a la C.G.R, toda vez que:

“(…) el supuesto de ejecución contractual a cargo de un tercero diferente del adjudicatario, no está comprendido entre las autorizaciones especiales establecidas en el artículo 139 del Reglamento de la Ley 7494, ya que el artículo 139 de cita se refiere a la no utilización del procedimiento licitatorio para adquisición de suministros, y el supuesto de ejecución sustitutiva se presenta en la etapa de ejecución contractual, etapa en la cual la Administración contratante debe velar por la satisfacción del interés público, a través de la ejecución oportuna de los contratos suscritos con los contratistas colaboradores.”¹⁷⁰

Asimismo, agregó que:

“(…) en la ejecución sustitutiva, el tercero interviniente puede ser cualquiera, porque ya no existe segunda mejor oferta, pues esta dejó de existir cuando la adjudicación quedó firme y las partes firmaron el contrato en los casos que corresponda, por ello, la Administración contratante puede adquirir el suministro de bienes, directamente con cualquier potencial oferente inscrito en el Registro de Proveedores de la Administración, y en aplicación del principio de la buena fe, la Administración debe cuidar que el tercero seleccionado para ejecutar el contrato, tenga como giro comercial habitual la venta de suministros con las características iguales a las solicitadas por la Administración en el contrato firmado, además, la Administración tiene la obligación de buscar el menor precio para comprar en forma directa, con el fin de no perjudicar al contratista incumpliente.”¹⁷¹

El autor de cita propone, entonces, que la Administración proceda a sustituir al contratista incumpliente, contratando a cualquier potencial oferente inscrito en el Registro de Proveedores de la Administración que tenga el mismo giro comercial habitual al solicitado en el contrato firmado y que ofrezca el menor precio. Es decir, propone una contratación sin realizar procedimiento de contratación administrativa alguno. Al respecto,

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ Víctor Manuel Ariza Vargas, *Medios para cobrar los daños y perjuicios en la contratación administrativa: la estimación del daño y perjuicio y el procedimiento de cobro en sede administrativa*, Trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciado en Derecho (San José: Universidad de Costa Rica, 2012), 72.

¹⁷¹ *Ibíd.*, 73.

debe indicarse que, si bien, la ejecución sustitutiva se da en la etapa de ejecución contractual, ésta consiste en una nueva contratación y, por ende, sujeta a los procesos licitatorios regulados por el ordenamiento jurídico. No existe una disposición que, debido al incumplimiento del contratista, le permita a la Administración contratar con un tercero, sin realizar los procedimientos licitatorios respectivos o sin que haya autorización de la C.G.R para contratar directamente. De manera que, por el principio de legalidad, toda nueva contratación se debe someter a los procedimientos licitatorios establecidos, tanto en la Ley de Contratación Administrativa como en su Reglamento, con las excepciones indicadas en la misma normativa. Permitirle a la Administración que contrate sin realizar procedimientos –ni siquiera el de la contratación directa–, podría acarrear muchas decisiones arbitrarias que finalmente perjudicarían la satisfacción del interés público. En ese orden, el artículo 205 del RLCA -anulado por violación al principio constitucional de reserva de ley, según se verá adelante- establecía que, durante el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento, la Administración podía suspender el contrato y “(...) contratar directamente los trabajos faltantes a fin de concluir la obra o también proveerse del bien o servicio, si la Contraloría General de la República así lo autoriza, de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento en cuanto a autorizaciones otorgadas por dicho Órgano.”¹⁷² Esto pone en evidencia la relevancia y necesidad de que el sustituto sea designado mediante los procedimientos previstos, tanto en la LCA como en su reglamento.

De este modo, la Administración debe solicitarle a la Contraloría General de la República que autorice la contratación directa, dando las justificaciones correspondientes por las que considera que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos. La Contraloría General de la República resolverá la solicitud en el término de diez días hábiles. Es importante considerar que en la nueva contratación, el contratista que incumplió tendría derecho a concursar e, incluso, a ser contratado nuevamente por la Administración. Lo anterior, a menos de que dicho contratista haya sido inhabilitado para participar en todo procedimiento de contratación administrativa de la Administración que impone la sanción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley de Contratación Administrativa (sanción de inhabilitación). Así lo ha considerado la Contraloría General de la República:

“(...) si un contratista ha sido sancionado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley de Contratación Administrativa (sanción de apercibimiento) no tendría impedimento legal para volver a ser contratada por la Administración. Caso contrario, si el contratista fue sancionado de conformidad con lo dispuesto en el

¹⁷² Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 205.

artículo 100 de la Ley de Contratación Administrativa (sanción de inhabilitación), es claro que sí tiene un impedimento legal para volver a ser contratada por la Administración.”¹⁷³

Inclusive, en algunos casos en los cuales el contratista incumpliente haya sido inhabilitado, la Administración contratante puede solicitarle a la Contraloría General de la República que autorice la contratación del proveedor inhabilitado. Esto conforme con el artículo 100 bis de la Ley de Contratación Administrativo que claramente señala que:

“(...) la Administración podrá contratar con una persona jurídica o física que se encuentre inhabilitada por las causales establecidas en los incisos a), d), e), g) y h) del artículo 100 de esta Ley. Para ello, deberá solicitar autorización a la Contraloría General de la República, acreditando que la persona inhabilitada es la única que puede satisfacer el objeto contractual requerido y que, de no hacerlo, se estaría ante una grave afectación del interés público (...).”¹⁷⁴

En este caso, cuando la Contraloría otorgue la autorización respectiva, puede ordenarle a la Administración que le exija al contratista una garantía de cumplimiento superior al 10% del monto del contrato. No obstante, de los casos observados se extrae que esto último no se suele dar. Por ejemplo, mediante oficio No. 157 (DCA-0050) del 13 de enero del 2011, la Contraloría autorizó al Poder Judicial a la contratación directa de dos empresas que se encontraban inhabilitadas, por cuanto eran las únicas en el país que ofrecían los productos de la marca que necesitaba la Institución. No obstante, en esa ocasión, la Contraloría no le ordenó al Poder Judicial la exigencia de una garantía de cumplimiento superior al 10%.¹⁷⁵

De manera que la normativa permite que los proveedores sancionados, tanto por el apercibimiento como por la inhabilitación (en algunos casos), vuelvan a contratar con la misma Administración, sin que se le obligue a la Administración a ejercer control preventivo ante un eventual incumplimiento contractual. En estas circunstancias, resulta recomendable que la Administración tome las medidas pertinentes para prevenir que el incumplimiento se vuelva a dar.

La ejecución forzosa en la normativa de contratación administrativa costarricense

A nivel jurisprudencial, poco se ha tratado sobre la ejecución forzosa del cumplimiento de las obligaciones contractuales en materia de contratación administrativa. Inclusive, del estudio jurisprudencial realizado, se concluye que pocas veces se recurre a

¹⁷³ Contraloría General de la República, oficio No. DCA-1252, 13 de abril del 2007.

¹⁷⁴ Ley de Contratación Administrativa, artículo 100 bis.

¹⁷⁵ Cf., Contraloría General de la República, oficio No. 157 (DCA-0050), 13 de enero del 2011.

los medios coercitivos propuestos en la LGAP para resolver el incumplimiento contractual. Esto es así quizás por el desconocimiento de la Administración sobre esta figura, ante la carencia de regulación específica en la normativa de contratación administrativa.

En efecto, de lo aquí expuesto se percibe que la LCA y la RLCA son omisas en la regulación de la ejecución forzosa, por lo que en aras de aplicarla, se debe hacer un esfuerzo en acudir a la LGAP e interpretar lo ahí establecido, generando una gran inseguridad jurídica en el tema. Es importante que esta figura quede regulada expresamente en la normativa, de modo tal, que se tenga certeza de las condiciones en las que es procedente, así como del procedimiento a aplicar. Valga decir que, este último debe consistir en un procedimiento abreviado, que le permita a la Administración satisfacer el interés público en el menor plazo posible, sin dejar indefenso al contratista, y no en un procedimiento engorroso y extenso como el que, actualmente, se debe aplicar.

La ejecución sustitutiva es un remedio procesal que, en muchos casos, puede ser muy eficaz, por cuanto intenta satisfacer el interés público y cumplir con el objeto contractual a toda costa. Por lo que, en aras del principio de eficacia y eficiencia, según el cual todos los actos relativos a la actividad de la contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general¹⁷⁶, la Administración debe procurar que su primera opción ante un incumplimiento del contratista, sea recurrir a la ejecución forzosa del contrato, en los términos aquí dichos, pero para ello, debe existir regulación expresa al respecto. Las omisiones de la LCA y el RLCA sobre este tema, han conllevado a que se desaplique una figura importantísima para la satisfacción del interés público, por lo que su regulación resulta indispensable.

SECCIÓN II: LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO

Potestad de resolución unilateral

La doctrina define la potestad de resolver el contrato como aquella “facultad que deriva del mismo convenio o pacto expreso o de la ley como cláusula sobreentendida, implícita en las obligaciones sinalagmáticas.”¹⁷⁷ Es decir, todo incumplimiento de un contrato bilateral hace nacer el derecho de extinguir el contrato. Así lo aplica el artículo 692

¹⁷⁶ Cf., Ley de Contratación Administrativa, artículo 4.

¹⁷⁷ Pablo Casafont Romero, *Ensayos de Derecho Contractual*, 3era ed. (San José: Litografía e Imprenta LIL S.A., 1990), 16, citado en Meza, 153.

del Código Civil que establece que: “En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios.”¹⁷⁸

Con base en dicha normativa, ante un incumplimiento surgen dos opciones: 1) exigir el cumplimiento del convenio mediante la ejecución forzosa ya analizada, y 2) solicitar la resolución contractual con la respectiva indemnización de daños y perjuicios.

En la contratación privada, este derecho de resolución se ejerce mediante una acción en la vía jurisdiccional, solicitándole al juez correspondiente la declaración de resolución del contrato. De manera que la extinción del contrato por incumplimiento no puede efectuarse de pleno derecho, sino que es necesario acudir a la vía judicial para que el juez la declare. Bien lo explica Baudrit Carrillo cuando señala:

“La constatación del incumplimiento grave y el pronunciamiento de la resolución es indispensable para que ésta tenga efecto. Es a partir de la firmeza de la decisión judicial que pronuncia la resolución que esta tiene lugar, aún cuando sus efectos se proyectan a la fecha de formación del contrato en el caso de los contratos de ejecución simultánea.”¹⁷⁹

En un mismo sentido, la Sala de Casación costarricense defendió dicha posición al indicar que “la resolución del contrato en virtud de la acción indicada, no existe sino a partir de la sentencia que lo pronuncia.”¹⁸⁰

La Administración Pública, por su parte, funciona de forma muy distinta. Como se ha advertido anteriormente, la Administración Pública posee prerrogativas y una de ellas es la facultad de resolver el contrato unilateralmente, derecho que está implícito en todo contrato administrativo, aunque no se encuentre establecido en éste. Esto implica que en la contratación administrativa, a diferencia de la privada, la Administración Pública puede extinguir ella misma el contrato por razones de incumplimiento del contratista, siempre que la Administración pueda imputarle a este último su incumplimiento en lo pactado, sin necesidad de recurrir a la vía judicial. Esto lo hace mediante un procedimiento que debe estar previamente regulado en cada ordenamiento jurídico, en donde debe valorar y constatar la procedencia de la resolución del contrato.

En caso de que proceda la resolución contractual, le surge a la Administración otra serie de potestades: ejecución de la garantía de cumplimiento, aplicación de las cláusulas de retención y penales y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados con el

¹⁷⁸ Código Civil, Ley No. 63, 28 de setiembre de 1887, artículo 692.

¹⁷⁹ Diego Baudrit Carrillo, *Teoría General del Contrato*, 2ª ed. (San José: Juricentro, 1990), 102-103.

¹⁸⁰ Sala de Casación, resolución del 22 de enero de 1917, 15:40 horas, citado en Meza Villalobos, 153.

incumplimiento. De nuevo, todo esto lo puede hacer sin necesidad de que un juez lo determine.

El fundamento de estas prerrogativas de la Administración Pública, lo detalla muy acertadamente Sayaguez Laso en el siguiente párrafo:

“En general admítase que la administración puede declarar unilateralmente la rescisión del contrato por incumplimiento, sin necesidad de acudir a la vía judicial, aunque nada se hubiera estipulado al respecto. Esta solución se justifica por el interés público de que la ejecución de los servicios se paralice, lo cual ocurriría finalmente si la administración tuviera que aguardar el pronunciamiento de la justicia. Pero el acto declarando la rescisión está sujeto a los recursos administrativos y contenciosos, que permiten controlar la regularidad de la resolución dictada.”¹⁸¹

Es decir, el incumplimiento injustificado del contratista genera un evidente daño al interés público, por lo que resulta razonable que la Administración no se vea obligada a recurrir a tediosos y largos procesos judiciales para extinguir el contrato. Todo lo contrario, dicho proceso debe ser expedito, de manera que siempre se proteja el interés público, lo cual se debe lograr con un procedimiento administrativo tramitado por la misma Administración. No obstante, cualquier decisión que tome la Administración Pública al respecto, puede ser finalmente revisada por un juez mediante un proceso judicial, impidiendo así actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico.

Finalmente, cabe resaltar que la potestad de resolución unilateral no es tan amplia y encuentra límites dentro del mismo ordenamiento. En esta línea, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, tomando como base lo expuesto por la doctrina, ha señalado lo siguiente:

“IV.- DE LA POTESTAD MODIFICADORA Y EXTINTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS SUSCRITOS POR ELLA. La potestad de la Administración para modificar o extinguir los contratos administrativos puede traducirse en un aumento o en una disminución de la prestación, o en su defecto también en una prestación diferente a la pactada originalmente. En igual sentido, si así lo determina puede dejar sin efecto y resarcir los convenios ya suscritos con las partes, pues dentro de sus potestades se encuentra la denominada “potestas variandi”, y por lo tanto no verse obligada a continuar con tales compromisos, ya pactados, sobre todo cuando se busca satisfacer de la mejor manera las pertinentes necesidades públicas. Sin embargo, estas potestades de variación, modificación, rescisión o extinción del contrato administrativo que posee la administración tienen límites, los que se encuentran consagrados en la legislación vigente de cada ordenamiento. (Sobre el particular se puede consultar a CASSAGNE Juan Carlos. DERECHO ADMINISTRATIVO. Obra Colectiva en Homenaje al

¹⁸¹ Enrique Sayaguez Laso, *Tratado de Derecho Administrativo I* (Montevideo: Ediciones DePalma, 1953), 578.

Profesor Miguel S. Marienhoff. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998, pág 932 y siguientes.”¹⁸²

En efecto, la Administración Pública posee límites a la hora de ejercer su potestad extintiva, los cuales serán delimitados y analizados en los siguientes apartados.

Definición

Resulta, ahora, procedente conceptualizar la resolución contractual por incumplimiento. En el Derecho Privado, es definida como “la extinción de éste (del contrato) a causa de la inejecución de sus obligaciones por parte de uno de los cocontratantes.”¹⁸³ El profesor Torrealba la define como “la extinción del contrato, acaecida en virtud de un evento posterior al perfeccionamiento del negocio.”¹⁸⁴ En igual sentido, ha sido definido en el Derecho Administrativo. Así, la doctrina española la detalla como “la extinción anticipada del contrato por incumplimiento de una de las partes, lo que supone un medio de defensa para la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte, o frente a las alteraciones no justificadas de los términos pactados.”¹⁸⁵ La tratadista Concepción Barrero Rodríguez utiliza el término “resolución” empleado por las normas y la jurisprudencia española, haciendo referencia a aquellos supuestos en los que la ruptura anticipada del contrato tiene origen en el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales.¹⁸⁶

En el Derecho de la contratación administrativa, la doctrina de algunos países utiliza otros conceptos para la resolución contractual por incumplimiento. Por ejemplo, en Argentina se utilizan los términos de caducidad y de rescisión unilateral para definir lo que se conoce en Costa Rica como resolución contractual, términos que, tanto la doctrina como la normativa y la jurisprudencia de dicho país suelen confundir.¹⁸⁷ En Colombia, se le llama caducidad al incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del co-contratante de la Administración; mientras que el término resolución contractual se refiere al

¹⁸² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 19, 22 de febrero del 2006, 15 horas 40 minutos.

¹⁸³ Christian Larroumet, *Teoría general del contrato* (Bogotá: Temis, 1999), 701, citado en Rodríguez, “Los efectos del incumplimiento”, 348.

¹⁸⁴ Torrealba, 446.

¹⁸⁵ Estanislao Arana García et al., *Nociones básicas de contratación pública* (Madrid: Editorial Tecnos, 2014), 94.

¹⁸⁶ Concepción Barrero Rodríguez, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2da ed. (Valladolid: Lex Nova S.A., 2011), 32.

¹⁸⁷ Cf., Marienhoff, 586-587 y Cassagne, 102-104.

incumplimiento proveniente de las obligaciones contractuales de la Administración Pública.¹⁸⁸

En el caso costarricense, la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento regulan esta figura sin definirla conceptualmente. El artículo 11 de la LCA le otorga a la Administración el Derecho de rescisión y resolución unilateral, mediante el cual “Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso (...).”¹⁸⁹ En este numeral, se manifiestan dos figuras diferentes que conviene distinguir.

Distinción con la rescisión unilateral

La rescisión unilateral consiste en la potestad que tiene la Administración para finalizar un contrato por razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor; así lo indicia el artículo 206 de Reglamento a la ley de marras.¹⁹⁰ Es decir, la Administración extingue la relación contractual por motivos de legalidad –caso fortuito o fuerza mayor- o de oportunidad, conveniencia o mérito. En este supuesto, la Administración debe indemnizar al contratista por los daños ocasionados a causa de dicha disolución.

En otro orden de ideas, se encuentra la resolución contractual por incumplimiento, que se estudia en el presente apartado y se regula más, específicamente, en el artículo 204 del Reglamento en mención, que señala que “La Administración, podrá resolver unilateralmente los contratos por motivo de incumplimiento imputable al contratista. (...).”¹⁹¹

De manera que el RLCA es el que, finalmente, distingue entre ambos conceptos, otorgándole a cada figura diferentes causales. Es decir, tanto en la rescisión como en la resolución contractual por incumplimiento, la Administración extingue el contrato de forma unilateral. La decisión de optar por un supuesto u el otro, depende de la situación o el hecho que acarrió a la disolución de la relación contractual: si el motivo es el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, la resolución es la procedente; mientras que si el origen reside en un caso fortuito, hecho mayor o por resultar necesario para la satisfacción del interés público, entonces la figura aplicable es la rescisión.

¹⁸⁸ Cf., Rodríguez, “Los efectos del incumplimiento, 357.

¹⁸⁹ Ley de Contratación Administrativa, artículo 11.

¹⁹⁰ Artículo 206 de la Ley de Contratación Administrativa: “Rescisión. La Administración podrá rescindir unilateralmente sus contratos, no iniciados o en curso de ejecución, por razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor, debidamente acreditadas. (...)”

¹⁹¹ Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 204.

Otro aspecto que distingue a estas dos figuras, es la indemnización de daños y perjuicios: cuando la Administración resuelve el contrato por incumplimiento del contratista, este último se ve obligado a indemnizar a la Administración por cualquier daño causado; mientras que si rescinde el contrato por razones de utilidad pública o la presencia de caso fortuito y fuerza mayor, es la Administración la que debe indemnizar al particular.

La resolución contractual en la jurisprudencia costarricense

Ahora bien, en aras de ahondar con mayor profundidad en la resolución contractual, no se puede omitir lo que ha dicho la jurisprudencia costarricense. En el ámbito del Derecho Civil, se ha desarrollado con mayor amplitud la resolución contractual. Sobre el tema, la Sala Primera ha resaltado lo siguiente:

“(...) la resolución es el medio por el cual una de las partes, por el sobrevenir de un hecho externo que impide el desarrollo normal de la relación, puede provocar la cesación de la eficacia. A diferencia de la rescisión encuentra su fundamento en el sobrevenir de una situación de hecho que incide sobre la ejecución del contrato. Por ello, la resolución tiene como presupuestos o un hecho objetivo o un comportamiento de una de las partes, posteriores a la celebración del contrato, rompiendo la composición de intereses de que el contrato es expresión. Se admiten diversos tipos, por imposibilidad sobreviniente, por excesiva onerosidad sobreviniente y por incumplimiento. La resolución por excesiva onerosidad sobreviniente tutela la condición de igualdad entre las partes en momentos sucesivos a la conclusión del negocio. Se aplica a los contratos con prestaciones recíprocas que sean de ejecución continuada, periódica o diferida. La resolución por incumplimiento en cambio, contempla un hecho del deudor que le es imputable. Esta resolución debe ser declarada judicialmente. En caso de incumplimiento -artículo 692 del Código Civil - de una de las partes, la otra puede, a su escogencia, pedir el cumplimiento, o la resolución del contrato, con daños y perjuicios. Es necesario eso sí, que el incumplimiento reclamado tenga importancia la cual depende de los intereses de las partes, pues se pretende tutelar una situación de equilibrio de un sistema de intereses.”¹⁹² (El resaltado es mío)

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que la resolución del contrato administrativo por incumplimiento es:

“(...) el modo de disolución anormal de un contrato en razón de una causa sobreviniente, que corresponde al incumplimiento de una de las partes y que extingue retroactivamente el contrato, resolución que puede ser declarada ex officio por la Administración cuando es el contratista el que incumple con sus obligaciones y sin perjuicio, en ambos casos, del control de legalidad que deberá ejercer el juez competente.”¹⁹³

¹⁹² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 227, 20 de diciembre de 1991, 14 horas 15 minutos.

¹⁹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1205, 15 de marzo de 1996, 9 horas.

De los anteriores extractos, se tiene que la resolución contractual por incumplimiento tiene como presupuesto un comportamiento del deudor que le es imputable y que es posterior a la celebración del contrato, rompiendo la composición de intereses de que el contrato es expresión. De esta forma, la jurisprudencia define conceptualmente la figura en estudio, encontrándose acorde con la definición dada por la doctrina, tanto civil como administrativa.

Asimismo, se logra ver que hay diferentes tipos de resolución del contrato: por imposibilidad sobreviniente, por excesiva onerosidad sobreviniente y por incumplimiento. Tal y como se mencionó anteriormente, el presente trabajo se enfocará únicamente en la resolución contractual por incumplimiento del contratista, por lo que se omitirá hacer referencia a los otros tipos de resolución, así como a la resolución por incumplimiento de la Administración Pública.

Presupuestos

La resolución contractual por incumplimiento del contratista es la medida más extrema que podría aplicar la Administración Pública ya que implica la extinción del contrato. Por tal razón, su carácter es excepcional y se debe dar una serie de requisitos específicos para que proceda. La doctrina concuerda con lo anterior, estableciendo los diversos presupuestos.

Para que opere la resolución contractual por incumplimiento, debe estarse en presencia de un contrato bilateral sinalagmático, donde hay interdependencia de contraprestaciones. Este contrato debe estar legalmente constituido¹⁹⁴ y debe ser válido. De manera que, cuando se trata de, por ejemplo, una contratación irregular, no procede esta figura; entendiéndose el contrato irregular como aquel que “ocurre cuando, a pesar de una anomalía en el procedimiento, la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios (previamente pactados), parcial o totalmente, con claro provecho para ella.”¹⁹⁵ Así lo ha resuelto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

“En suma, del cuadro fáctico analizado, así como de las argumentaciones jurídicas aludidas, no se puede hablar de la existencia de un contrato válido ya que se está en presencia de un contrato irregular (...) Por lo demás, el procedimiento de resolución contractual alegado en los términos que establece la LCA, sería procedente solo en el supuesto de una contratación debidamente constituida. Se

¹⁹⁴ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 1349, 15 de abril del 2010, 7 horas 30 minutos.

¹⁹⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1455, 31 de octubre de 2013, 9 horas 10 minutos.

insiste, la indemnización procede en contrataciones irregulares, no en virtud de una resolución contractual, puesto que no hay contrato válido, sino de la aplicación de principios de equidad y justicia que deben ser valorados en cada caso concreto. Por las razones expuestas, es que no son de recibo los argumentos en torno al incumplimiento contractual por parte del INS, las violaciones al debido proceso, la exigencia de un trámite de resolución contractual, ni el pago de una indemnización por contratación irregular.”¹⁹⁶

El contrato irregular al no estar debidamente constituido, tal y como lo ordena el ordenamiento jurídico, no es un contrato válido y, por ende, no cumple con un requisito esencial para que proceda la resolución contractual por incumplimiento. Aunado a lo anterior, el contrato administrativo debe encontrarse pendiente en cuanto a las prestaciones exigibles a una de las partes contratantes o a ambas; es decir, no se debe haber ejecutado en su totalidad.¹⁹⁷

Habiendo expuesto los requisitos básicos, resulta procedente detallar cada uno de los presupuestos que la resolución contractual precisa para su procedencia, lo cual se realizará a continuación.

Que le sea imputable al contratista

La resolución contractual requiere la existencia de un hecho del contratista que le sea imputable. Bien lo señala Libardo Rodríguez Rodríguez, cuando afirma que la resolución del contrato administrativo por incumplimiento del contratista procede únicamente “cuando su ejecución resulta imposible por el co-contratante debido a su culpa, su incapacidad o su ineficiencia.”¹⁹⁸

Según lo señalado en los apartados anteriores, en el estudio conceptual del incumplimiento contractual no interesa el análisis de la culpabilidad toda vez que el incumplimiento del contrato se da independientemente de las razones por las cuales el acreedor no ve satisfecho su interés comercial al no recibir la prestación en los estrictos términos pactados. Sin embargo, en el análisis de la resolución contractual por incumplimiento del contratista, no se puede dejar de lado la culpabilidad para efectos de determinar si procede la extinción del contrato. Este aspecto resulta controvertido en la doctrina extranjera. Tanto es así que la normativa de países como España, funda la potestad resolutoria de la Administración en el dato objetivo del incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales, independientemente de las razones que lo

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ *Cf.*, Barrero, 39.

¹⁹⁸ Rodríguez, “Los efectos del incumplimiento”, 357.

hayan determinado.¹⁹⁹ Según dicho ordenamiento jurídico, la culpabilidad del contratista toma importancia en la resolución contractual únicamente en los supuestos de infracción de los plazos contractuales, donde la culpa del contratista es determinante para la ruptura del contrato.²⁰⁰

La doctrina costarricense no discrepa en cuanto a que la resolución contractual se da solo si existe un hecho imputable al deudor. Esto se ve reflejado en la normativa de contratación administrativa costarricense. El RLCA en su artículo 204 señala que la Administración podrá resolver unilateralmente los contratos por motivo de incumplimiento imputable al contratista. De igual forma, la jurisprudencia ha aducido que la resolución por incumplimiento contempla un hecho del deudor que le es imputable.²⁰¹

De manera que en nuestro país es pacífico el criterio de la necesaria culpabilidad del contratista para que se resuelva el contrato por incumplimiento. Conviene, entonces, definir cuándo un contratista ha infringido culpablemente el contrato que le vincula con una Administración Pública. Para ello, resulta necesario determinar cuándo existe la culpa. En el Derecho privado mucho se ha hablado de la culpabilidad, teniéndose así la culpabilidad desde dos puntos de vista: en sentido estricto y en sentido amplio. En sentido amplio, la culpabilidad incluye, tanto el dolo como la culpa en sentido estricto; mientras que en el estricto, el dolo queda excluido. En la resolución del contrato administrativo, sería ilógico que se sancionara únicamente al contratista culpable, entendida la culpa en su sentido estricto, y se exonerara al contratista que incurrió en una conducta dolosa. Por lo que, en este caso, la culpabilidad se debe concebir en su dimensión amplia.

En cuanto al dolo contractual, la posición clásica representada por Alberto Brenes Córdoba, señalaba que “la voluntariedad del incumplimiento puede ser culposa o dolosa. En el primer caso está ausente la voluntad de causar perjuicio al acreedor, mientras que en el segundo caso, la inexecución ha sido de mala fe.”²⁰² El dolo se da, en palabras de Diego Baudrit, cuando el deudor incumple voluntariamente sus obligaciones contractuales, con la intención de causar perjuicio al acreedor.²⁰³ Posteriormente, en el año 1991, Diego Baudrit cambió su concepción sobre el dolo contractual, luego de analizar la evolución de la jurisprudencia francesa, concluyendo que debía “(...) ser sancionado más fuertemente el

¹⁹⁹ Cf., Barrero, 87.

²⁰⁰ Cf., Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo No. 3/2011, BOE No. 276, 16 de noviembre del 2011, artículo 213.2.

²⁰¹ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 227, 20 de diciembre de 1991, 14 horas 15 minutos.

²⁰² Brenes, 86.

²⁰³ Baudrit, *Teoría General del Contrato*, 98.

incumplimiento que denota un rechazo de las obligaciones contractuales, que el que se funda en el mal cálculo de probabilidades o posibilidades.”²⁰⁴ Es decir, la doctrina costarricense clásica considera que el dolo surge cuando hay intención de perjudicar al acreedor, mientras que otro sector de la doctrina afirma que se da cuando hay intención de no cumplir las obligaciones contractuales. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia apoya esta última concepción, afirmando que el dolo contractual se constituye con el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, teniendo el deudor la intención de no cumplir.²⁰⁵

Por su parte, la culpa carece de esa intencionalidad. El profesor Víctor Pérez Vargas la define como el resultado de falta, negligencia, imprudencia e impericia; siendo la falta, la contravención de disposiciones de orden reglamentario; la negligencia, la contravención del deber de diligencia; la imprudencia, el exceso del deber de diligencia; y la impericia, el ejercicio de una actividad a pesar de la propia ineptitud técnica o física de cumplirla en forma idónea.²⁰⁶ Más relacionada con el incumplimiento contractual, está la definición dada por Diez-Picazo, quien indica que el contratista actúa culposamente en todos aquellos casos en los que infringe la regla de la denominada diligencia promotora, es decir, “(...) el deber de esfuerzo a que está sometido el deudor para conservar la posibilidad de que la prestación sea cumplida y para remover los obstáculos o impedimentos que a tal posibilidad puedan oponerse, de acuerdo con los parámetros establecidos en el título constitutivo de la relación obligatoria o directamente en la ley.”²⁰⁷

En el Derecho Administrativo sancionador, autores como Alejandro Nieto, relacionan la culpa del infractor con la diligencia exigible, la cual es variable en atención a las circunstancias personales de cada uno.²⁰⁸ Es decir, para cada caso particular, se realizará el análisis de culpabilidad correspondiente. Esto le da una amplia libertad a la Administración para determinar si existe o no culpa en el incumplimiento, máxime que en el estudio de la normativa y la jurisprudencia relacionada a la contratación administrativa, se percibe un vacío en cuanto a los parámetros por medio de los cuales se determina la existencia de la culpa. Esta potestad administrativa, señala la tratadista Concepción Barrero Rodríguez, debe tener en cuenta las características del contrato; el conjunto de

²⁰⁴ Diego Baudrit Carillo, “Incumplimiento contractual: dolo y culpa”, *Revista Ivstita*, No. 51, (marzo, 1991), 4-5.

²⁰⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 34, 22 de marzo de 1991, 14 horas 25 minutos.

²⁰⁶ Víctor Pérez Vargas, *Derecho Privado*, 3era ed. (San José: LIL S.A., 1994), 406-407.

²⁰⁷ Luis Diez-Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 4 ed. (Madrid: Civitas, 1993), 608-609, citado en Barrero, 96.

²⁰⁸ Cf., Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª ed. (Madrid: Tecnos, 2002), 348.

circunstancias concurrentes en el caso; el régimen propio de cada contrato, integrado no sólo por lo expresamente pactado, sino también, por todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley; y la actitud del contratista en la ejecución del contrato.²⁰⁹ Agrega además, que la tan mencionada diligencia exigible al contratista no ha de ser la que se corresponde con el modelo abstracto del buen padre de familia, como se trata en el Derecho civil, sino que la actuación del contratista se debe valorar de acuerdo con un modelo basado en saberes técnicos especializados, denominado culpa profesional.²¹⁰

El anterior razonamiento indica que la Administración Pública, en el momento de analizar la culpabilidad, debe considerar no solo el conjunto de condiciones y el régimen del contrato y las circunstancias de cualquier clase que han marcado el desenvolvimiento del contrato para el caso particular, sino que además, debe considerar el comportamiento del contratista ante el cumplimiento del deber de diligencia, el cual fue definido desde el momento de la contratación cuando se valoró si el contratista contaba con la aptitud requerida. En concordancia con lo anterior, la normativa costarricense, mediante el artículo 16 del RLCA, regula la aptitud para contratar, obligando a la Administración a contratar únicamente con personas físicas o jurídicas que demuestren su idoneidad legal, técnica y financiera, según el objeto por contratar. Es a raíz de dicha aptitud para contratar que surge el parámetro de medición de la diligencia exigible y de valoración del posible incumplimiento. Es decir, el contratista debe actuar demostrando en todo momento que cuenta con la idoneidad legal, técnica y financiera exigible de conformidad con el objeto del contrato. En caso de que no lo haga, se considerará que los hechos le son imputables.

En este apartado, es importante considerar a quién le corresponde demostrar si el incumplimiento causante de la ruptura del contrato y del eventual daño que de ella pueda derivar es imputable al contratista; es decir, quién tiene la carga de la prueba. Concepción Barrero explica que la regla general es que en los procedimientos administrativos incoados de oficio por la Administración, la carga de la prueba recae siempre sobre la propia Administración. Sin embargo, recalca la autora que, lo que debe probar la Administración es la situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista, siendo entonces el contratista al que le corresponderá probar la inexactitud de dicho incumplimiento o la existencia de una causa que le libere de responsabilidad en los hechos.²¹¹

²⁰⁹ Cf., Barrero, 97-98.

²¹⁰ Cf., Barrero, 98

²¹¹ Barrero, 132.

La normativa de contratación administrativa costarricense nada regula sobre la carga de la prueba. Es por eso que se debe acudir una vez más a las reglas de la carga de la prueba previstas en el ordenamiento civil. Así se refleja en la jurisprudencia, que señala lo siguiente:

“La carga de la prueba del incumplimiento corresponde al acreedor; pero una vez determinado aquel, se presume en forma relativa que es culpable, es decir, que el deudor lo ha hecho voluntariamente, aunque no exista propiamente intención de incumplir (artículo 702 del Código Civil). Para eximirse de responsabilidad, el deudor debe entonces demostrar que la causa del incumplimiento ha sido el hecho del acreedor, el caso fortuito o la fuerza mayor (artículo 702 ibídem); más si el acreedor alega el dolo, no basta con demostrar el incumplimiento, sino que el dolo debe ser probado para que genere las consecuencias jurídicas correspondientes (artículos 701 y 705 del Código Civil).”²¹²

En igual sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo considera que “De conformidad con lo ordenado en los cánones 58, 82 y 85 del Código Procesal Contencioso Administrativo y 317 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba respecto de la causa ajena que impide el cumplimiento de la obligación contractual pactada corresponde a quien la alega.”²¹³

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, se tiene que la Administración es la encargada de probar que el contratista incumplió las obligaciones contractuales esenciales. Una vez determinado dicho incumplimiento, se presume que el contratista es culpable de éste y, por ende, que debe responder. En dado caso, si existe una eximente de responsabilidad, le corresponderá al contratista demostrarlo. Ahora bien, si la Administración considera que el contratista incumplió dolosamente, ella tiene el deber de probar que el contratista incumplió de forma voluntaria y con la intención de causar un daño a la Administración.

Establecidas las reglas generales que regulan la carga de la prueba en los procedimientos de resolución contractual, cabe mencionar varias reglas excepcionales. Se habla, entonces, de plantear la posibilidad de hacer recaer la carga de la prueba a la Administración cuando, en principio, correspondería al contratista. Esto se da cuando la Administración, por la propia naturaleza de los hechos que se alegan, es la que dispone de la prueba o cuando “se encuentre en mejores condiciones para probar que el contratista,

²¹² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 320, 09 de noviembre de 1990, 14 horas 20 minutos; resolución No. 354, 14 de diciembre de 1990, 10 horas; resolución No. 34, 22 de marzo de 1991, 14 horas 21 minutos; y Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, resolución No. 175, 12 de mayo de 2010, 13 horas 40 minutos.

²¹³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 221, 21 de octubre del 2011, 14 horas 30 minutos.

bien sea por su propio conocimiento de los hechos o por la exigencia, en orden a su correcta verificación, de unos conocimientos o saberes especializados de difícil, cuando no imposible, alcance para el administrado.”²¹⁴ El Tribunal Contencioso Administrativo ha reconocido esta situación en el siguiente extracto:

“Con todo, dentro de un marco casuístico, la carga probatoria debe distribuirse entre las partes en conflicto, de manera tal que el denominado “onus probandi”, corresponde a quien se encuentre en posibilidad más próxima y en mejores condiciones para ofrecer las probanzas al procedimiento.”²¹⁵

Es decir, cuando a la Administración se le facilite más que al contratista demostrar que el incumplimiento le es imputable al contratista, le surge el deber de aportar la prueba pertinente y así colaborar con la Justicia.

En todo caso, la Administración debe velar siempre por acreditar la existencia de los hechos en que pretende fundar su resolución. La ausencia de una actividad probatoria adecuada conllevaría a que la resolución contractual por incumplimiento del contratista resulte imposible y la finalidad del procedimiento quede frustrada, viéndose perjudicada la misma Administración y, con ella, el interés público.

Eximentes de culpabilidad

Todo análisis de culpabilidad implica necesariamente el de las causas que eximen de ésta. Tomando en cuenta esto, y dado que el ordenamiento jurídico costarricense establece que uno de los requisitos para que proceda la resolución contractual por incumplimiento es que el deudor sea culpable, resulta indispensable considerar si existe alguna causa que exonere al deudor de culpabilidad. De manera que, la resolución contractual por incumplimiento, se puede ver obstaculizada si la no ejecución de las prestaciones contractuales por parte del deudor se fundamentan en una causa de exoneración de culpabilidad. Es decir, en caso de existir una de dichas causales, la resolución contractual no procede. De seguido se estudiará cada una de estas eximentes.

▪ **Fuerza mayor y caso fortuito**

Existen dos conceptos que suelen confundirse pero que, del estudio doctrinario, se logra distinguir y conceptualizar cada uno de estos. Así se tiene lo expuesto por Concepción

²¹⁴ Barrero, 135.

²¹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 261, 14 de noviembre de 2012, 15 horas.

Barrero, quien considera la doctrina y normativa española, para definir la fuerza mayor como “el acaecimiento que fatalmente se debe a fuerzas externas o que están fuera del círculo de atención del obligado, que no hubieran podido preverse o que previstas fueran inevitables” y el caso fortuito como “el evento dañoso e imprevisible producido dentro del ámbito interno o esfera de actuación propia del sujeto responsable.”²¹⁶

La doctrina costarricense define la fuerza mayor como “un hecho de la naturaleza previsible por el hombre, pero inevitable”²¹⁷ y el caso fortuito como “un hecho humano de carácter imprevisible e inevitable.”²¹⁸ Estas definiciones resultan ser muy básicas e incluso se encuentran incompletas. Conviene entonces agregarle lo recién expuesto por Concepción Barrero, así como la explicación dada por Eduardo Ortiz sobre la distinción de ambos conceptos, la cual corresponde al carácter interior o exterior de la causa de relación con el sujeto accionado. Al respecto, Ortiz Ortiz menciona lo siguiente:

“Es decir, la distinción radica en el hecho de que la causa del daño, se localice dentro de los medios a disposición y bajo el control del sujeto, o fuera y en el mundo extraño de la colectividad o de la naturaleza. Si es lo primero, causa interna, se trata de caso fortuito; si es lo segundo, causa, externa; se trata de fuerza mayor. Así es caso fortuito el incendio, la explosión de una caldera, etc, y es fuerza mayor la guerra, la inflación, el huracán. Los primeros son ejemplos de caso fortuito porque se trata de accidentes provocados por un defecto de un aparato o mecanismo que maneja el sujeto responsable o que éste explota en su empresa; son ejemplos de fuerza mayor los del segundo tipo, en cambio, porque obviamente se trata de fenómenos independientes de la voluntad del empresario o accionado, que son producto de presiones sociales o fenómenos naturales totalmente extraños a su propia organización.”²¹⁹

En colaboración con la definición y distinción de ambos conceptos, el Tribunal Contencioso Administrativo realiza una compilación doctrinaria e indica lo siguiente:

“(...) la doctrina no siempre es clara en cuanto a su definición, lo mismo que en cuanto a la distinción con el de caso fortuito; sin embargo hay dos propuestas admitidas por la generalidad, al efecto cabe citar: "Atendiendo el origen del evento: la fuerza mayor se debería a un hecho de la naturaleza, mientras que en el caso fortuito se trataría de un hecho humano (Bosari y Longo, citados por Soto Nieto). Atendiendo el grado de imprevisibilidad o inevitabilidad del evento: el caso fortuito es un evento previsible, aún utilizando una conducta diligente -si pudiera haberse previsto sería inevitable-; la fuerza mayor, por el contrario, es un evento que, aún cuando pudiera preverse es inevitable (en esta línea, por ejemplo Goldschmith, Windscheid. Atendiendo a la esfera en que tiene lugar el evento, criterio más objetivo, propuesto entre otros por Josserand: si el acontecimiento tiene lugar, se origina, en la empresa o círculo afectado, estaríamos en presencia de un caso

²¹⁶ Barrero, 120.

²¹⁷ Víctor Pérez Vargas, *Principios de responsabilidad extracontractual* (San José: INS, 1984), 89- 90.

²¹⁸ Ernesto Jinesta Lobo, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Responsabilidad Administrativa*. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica DIKÉ, 2005), 110-111.

²¹⁹ Eduardo Ortiz Ortiz, *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV* (San José: Universidad de Costa Rica, 1976), 176.

fortuito. Si el acontecimiento se origina fuera de la empresa o círculo afectado, con violencia tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deban preverse en el curso ordinario de la vida, estaríamos en presencia de la fuerza mayor." {V. ROGEL VIDE, Carlos, La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho España., Editorial Civitas S.A., 1977, Pag.79; citado por PEREZ P., Víctor, Principios de Responsabilidad Civil extrancontractual, Departamento de Publicaciones del I.N.S., 1984, pags. 89-90}.- "El caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor, que se caracteriza generalmente por su inevitabilidad, tiene más bien por eje definitorio la imprevisibilidad; por esta razón es determinante que el sujeto, antes de la producción del acontecimiento haya actuado con diligencia; para determinar la previsibilidad debe tomarse en cuenta la diligencia del buen padre de familia. Se ha dicho que, si a pesar de darse tal diligencia, el evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia del caso fortuito..." {PEREZ P., Víctor, ibídem, pag. 106}.- A su vez, y dentro del marco del Derecho Administrativo, se ha resumido el concepto así: "Pues bien, a los efectos de la doctrina del riesgo, caso fortuito se define, justamente, por contraposición a la vis maior y se caracteriza por dos notas esenciales, la indeterminación y la interioridad, cuyos contrarios, la determinación irresistible y la exterioridad, singularizan a aquélla... Estos dos elementos faltan, por el contrario, en la fuerza mayor, que, como ya hemos notado, se caracteriza por sus contrarios identificándose con una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible, aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista (cui humana infirmitas resistere non potest)".- [GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid-1980; Pag. 351, la cursiva es del original; la negrilla no.] Considerando tal referencia, se concluye con que la fuerza mayor es previsible pero inevitable y responde a hechos de la naturaleza, en tanto que el caso fortuito es imprevisible pero evitable y se debe a hechos de carácter humano."²²⁰

La jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia señala que ambas figuras se tratan de eventos representados por hechos aleatorios incontrolables para el profesional. Tocante al caso fortuito, "se trata de una situación imprevisible, y por ello fuera de control del facultativo; en la fuerza mayor, de un acontecimiento externo el cual la producción del daño no podría impedirse."²²¹ El Tribunal Contencioso Administrativo se encarga de resumir las características del caso fortuito de la siguiente forma:

"a) Aleatorio; b) No se conoce (desconocido) el origen del accidente dañoso; c) Evento interior o interno; d) Imprevisible al momento de la producción del daño; e) Inevitable por la razón anterior; f) Es propio de la organización; g) Indeterminado. Por su parte, la fuerza mayor presenta las siguientes características: a) Aleatorio; b) Hecho imprevisible o previsible; c) Irresistible; d) Externo; e) Extraño a la organización."²²²

Tomando en consideración todo lo anterior, resulta claro que la fuerza mayor es producto de acaecimientos inevitables, externos y que se encuentran fuera del control del

²²⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, resolución No. 319, 12 de octubre de 2001, 11 horas.

²²¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 23, 21 de abril de 1993, 14 horas 40 minutos.

²²² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 31 de las 8 horas del 09 de abril del 2014.

deudor. Por su parte, el caso fortuito es un hecho imprevisible e interno que se encuentra a disposición y bajo el control del deudor. Cabe especificar que para que opere el caso fortuito, dado que es imprevisible, el deudor debió haber actuado con diligencia. Si a pesar de darse tal diligencia, el evento sigue siendo imprevisible, se trata entonces de caso fortuito.

Para determinar que un hecho califica como imprevisible para un sujeto, Jorge Jiménez explica que la respuesta “habría que buscarla en el tipo o clase de prestación a cual se encuentra obligado el deudor (es decir, la situación concreta) para a partir de allí determinar si el sujeto y bajo el parámetro del buen padre de familia se ha portado de forma diligente.”²²³ Para ello, continúa explicando, “habrá que hacer un examen serio y objetivo sobre las condiciones y circunstancias que mediaron en el cumplimiento.”²²⁴ Por su parte, el análisis de la fuerza mayor no hay que hacerlo “(...) en relación con la culpabilidad del deudor (culpa o dolo), pues no es un evento al cual el deudor deba estar obligado a evitar pues sabemos que es un hecho inevitable (...).”²²⁵

La doctrina establece como supuestos de fuerza mayor: la inflación, el huracán, “(...) la niebla, la tempestad, la inundación, una tromba de agua, la lluvia copiosa y persistente, el estado de guerra, la invasión, el bandolerismo, la revolución, el motín, el hecho del príncipe (el *factum principis*, es decir, la orden de la autoridad), el hecho de tercero, (...) los accidentes automovilísticos o ferroviarios producidos por un rayo o por un terremoto”; y como supuestos de caso fortuito: “(...) el incendio, la explosión de una caldera, la rotura de una biela, las averías de material, la rotura de la cubierta de la rueda de un automóvil, la avispa que pica al conductor de un vehículo de motor y el patinazo de un automóvil.”²²⁶ En concordancia con lo anterior, la Procuraduría General de la República establece como supuestos de fuerza mayor los fenómenos atmosféricos y naturales como terremotos, tempestades, inundaciones, crecidas, lluvias, rayos, incendios, entre otros²²⁷.

En el estudio de los conceptos de “fuerza mayor” y “caso fortuito” en el Derecho comparado, se logró observar que, en el régimen de contratación administrativa de España,

²²³ Jiménez, “Caso fortuito y fuerza mayor”, 91.

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ Jiménez, “Caso fortuito y fuerza mayor”, 92.

²²⁶ Mariano Medina, “La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil” (ponencia llevada a cabo en VI Congreso de Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Cáceres, Noviembre, 2006), url: “<http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Mariano%20Medina%20Crespo%20parte1.pdf>” (20 de agosto, 2016)

²²⁷ Procuraduría General de la República, dictamen No. C-084-1999, 3 de mayo de 1999.

resulta aplicable el artículo 1105 del Código Civil que establece que “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. Es decir, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son causas de exoneración de responsabilidad. No obstante, la jurisprudencia española se ha encargado de excluir al caso fortuito como causal que exima de responsabilidad al contratista ante un incumplimiento contractual. Esto es así porque el ordenamiento de dicho país, realiza una interpretación extensiva del hecho previsible, amparada en esa cualificada diligencia exigible al contratista de la Administración. Concepción Barrero justifica lo anterior argumentando lo siguiente: “(...) los hechos que el contratista, de acuerdo con la diligencia que le es exigible, debió prever al celebrar el contrato no le exoneran de responsabilidad; diligencia que, como se expuso, excede de la común de un padre de familia pues el contratista ha de responder de sus obligaciones conforme a la pericia profesional propia de cada contrato según su objeto.”²²⁸

De manera que, en España se le exige al contratista tener tal diligencia que ni siquiera un hecho imprevisible lo puede exonerar de culpabilidad. Inclusive, la misma ley española excluye al caso fortuito de las excepciones al principio de riesgo y ventura. Esto se puede ver en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que indica en su artículo 215 que “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista (...)”²²⁹ Posteriormente, el artículo 231 del mismo cuerpo normativo, sobre la ejecución del contrato de obras, señala que “En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.”²³⁰ Si bien, este último se refiere únicamente a los contratos de obra, se ha extendido a todos los contratos administrativos. Así, tanto los Dictámenes del Consejo de Estado de España, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, han entendido que la fuerza mayor en la contratación administrativa, es una excepción al principio de riesgo y ventura, no así el caso fortuito.²³¹ Aunado a esto, el recién mencionado artículo 231 enumera los supuestos de fuerza mayor, considerando como tales: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica; b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones

²²⁸ Barrero, 127.

²²⁹ Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, artículo 215.

²³⁰ *Ibíd*, artículo 231.

²³¹ *Cf.*, Barrero, 116-121

volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.²³² Estos supuestos son considerados por dicho ordenamiento como *númerus clausus*, sin posibilidad de que sean objeto de interpretación extensiva o analógica.²³³ Sin embargo, de conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia de dicho país, cuando se trata de los supuestos que exoneran de responsabilidad al contratista ante la resolución del contrato, éstos vienen a ser más amplios que los que le reconocen un derecho de indemnización que excepciona el principio general del riesgo y ventura en la ejecución del contrato.²³⁴

Por su parte, la jurisprudencia española se ha encargado de determinar los casos en los que no procede la exoneración de responsabilidad y es cuando hay caso fortuito. Dentro de estos casos, Concepción Barrero menciona los siguientes: cuando su incumplimiento se debe a problemas de la propia empresa ante las difíciles y no armoniosas relaciones que tuvieron los socios de la sociedad; la inviabilidad económica del proyecto en la medida en que la empresa no se preocupó de indagar en las expectativas del mercado o, como es más probable, lo hizo con impropio ligereza; la falta de medios auxiliares-circunstancia que debió sopesar al acudir a la contratación; la aparición de dificultades en la prestación del servicio de limpieza diaria al que se había comprometido, tales como exceso de suciedad, reparto excesivo de publicidad, vehículos mal aparcados, roturas de puntos de riego, etcétera; el descenso del número de clientes en la cafetería del aeropuerto cuya explotación tiene concedida ante la disminución del número de vuelos; a las dificultades encontradas en la realización de obras al no haber tenido en cuenta el problema que podían originar las mareas, ni que hubiera embarcaciones en el puerto; la existencia de piedras que recubren el buque hundido y que dificultan las operaciones de desguace en que se concreta el negocio contractual; la inasistencia, justificada o no, del técnico inicialmente designado para el desarrollo de los trabajos objeto del contrato, cuando la adjudicataria ha podido designar a otro; las dificultades financieras que debieron tenerse en cuenta al tiempo de contratar; en problemas laborales; o, en general, en las dificultades en la ejecución del contrato que el contratista debió considerar al tiempo de su celebración.²³⁵ Según Concepción Barrero, tal y como se explicó párrafos atrás, la invocación a la

²³² Cf., Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, artículo 231.2.

²³³ Cf., Barrero, 121.

²³⁴ Cf., Barrero, 128.

²³⁵ Cf., Barrero, 126 y 127

existencia de una causa de exoneración de responsabilidad en estos casos, se debe desestimar debido a esa cualificada diligencia exigible al contratista de la Administración.²³⁶

Muchos de estos supuestos, calificados como caso fortuito por la jurisprudencia española, no califican como tal, toda vez que el caso fortuito se caracteriza por tratarse de eventos imprevisibles para el contratista y casi todos los supuestos en mención son previsibles. Así, por ejemplo, toda empresa debe prever que, en algún momento durante la etapa de ejecución contractual, las relaciones de sus socios enfrenten problemas y debe tener soluciones ante tal situación. La inviabilidad económica de la empresa, también, es algo previsible, toda vez que el contratista tiene el deber de estar a la expectativa de lo que pasa en el mercado para así considerar su aptitud financiera; y así sucesivamente. Es por ello que el caso fortuito no se puede dejar de considerar como un eximente de culpabilidad, siempre y cuando sea aplicado de una forma más exigente para el contratista, a quien se le reclama siempre una diligencia más cualificada que a la del buen padre de familia.

Se tiene entonces que, si bien, la ley de contratación administrativa española no tiene una regla específica sobre la exoneración de culpabilidad ante el incumplimiento contractual y debe acudir a la normativa de Derecho privado, su jurisprudencia se ha encargado de determinar cuáles son esas causales de exoneración y de analizar cada caso en específico determinando así cuándo hay fuerza mayor, y por ende, el contratista queda exonerado de responsabilidad, y cuándo se trata de un caso fortuito, el cual no exonera de responsabilidad. De esta forma, se aplican normas de Derecho privado, pero siempre ajustándolas a la naturaleza propia de la contratación administrativa.

Ahora bien, habiendo revelado el proceder del ordenamiento jurídico español en este aspecto, es de rigor analizar lo establecido en el ordenamiento costarricense. Al igual que el español, el régimen de Derecho administrativo costarricense es carente de hacer referencia a las causales de exoneración de culpabilidad en el incumplimiento contractual, por lo que, de conformidad con la jerarquía normativa ya antes vista, se debe remitir nuevamente al régimen de Derecho privado.

Así las cosas, resulta aplicable el artículo 702 del Código Civil, el cual enumera como causales de exoneración de responsabilidad por incumplimiento contractual, el hecho del deudor, la fuerza mayor y el caso fortuito.²³⁷ Es decir, el caso fortuito es uno de los eximentes de culpabilidad que impedirán que el contrato administrativo se resuelva por

²³⁶ Cf., Barrero, 126

²³⁷ Cf., Código Civil artículo 702.

incumplimiento. Así lo ha considerado el Tribunal Contencioso Administrativo²³⁸, quien incluso ha descartado la aplicación del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública en materia de responsabilidad contractual.²³⁹ No obstante, cabe resaltar que, seguidamente, el mismo Código Civil en su artículo 703, señala que “El deudor no está obligado al caso fortuito, sino cuando ha contribuido a él o ha aceptado expresamente esa responsabilidad.”²⁴⁰ Es decir, cuando el contratista contribuya a la verificación del hecho que constituya el caso fortuito, éste no puede ser considerado como un eximente de responsabilidad. Lo mismo sucede si el contratista se ha comprometido expresamente a responder por los daños y perjuicios generados por casos fortuitos. Esta disposición normativa resalta la importancia de hacer la respectiva distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, en materia de responsabilidad contractual. Asimismo, le permite a la Administración considerar, a la hora de realizar los contratos, si la parte contratista debe o no responder por los casos fortuitos. Esto es importante toda vez que, tal y como se ha señalado reiteradamente en el presente estudio, la Administración debe exigirle al contratista una muy cualificada diligencia y, por ende, en muchos casos, resulta procedente que en el contrato se establezca expresamente la responsabilidad del contratista incluso ante la existencia de caso fortuito.

En este apartado, es menester analizar algunos casos en donde se estudian los eximentes de responsabilidad contractual. En materia de contratación privada, por ejemplo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia analizó un recurso de nulidad contra un laudo arbitral en el que se estudió un caso de resolución contractual por incumplimiento, al existir atrasos en un proceso de construcción. En éste, la parte incumplidora alegó que se trataba de fuerza mayor o caso fortuito debido a factores climáticos, ya que se encontraban en invierno y las lluvias impidieron entregar la obra a tiempo. Al respecto, el Tribunal Arbitral resolvió lo siguiente: “(...) atraso que esta empresa no logró comprobar que fuese

²³⁸ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, resolución No. 35, 30 de marzo del 2016, 15 horas; Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 31, 09 de abril del 2014, 8 horas y; Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, Resolución No. 221, 21 de octubre del 2011, 14 horas 30 minutos.

²³⁹ El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, en su resolución No. 221 de las 14 horas 30 minutos del 21 de octubre del 2011, ha señalado: “(...) conviene aclarar también que la Ley General de la Administración Pública (artículos 190 y siguientes) regula un régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, el cual sería inaplicable en supuestos de responsabilidad contractual, materia en la que aplica la Ley de Contratación Administrativa y demás normas (incluyendo las disposiciones cartelarias) que establezcan los parámetros bajo las cuales ésta se va regir. Por demás, debe tenerse presente el numeral 190 ya citado no establece el caso fortuito como un eximente de responsabilidad extracontractual administrativa.”

²⁴⁰ Código Civil, artículo 702.

determinada por fuerza mayor o caso fortuito, pues la estación lluviosa, única circunstancia aducida, es un suceso previsible en cualquier construcción”²⁴¹, decretando la resolución contractual sin realizar estudio detallado de cada uno de los términos. La Sala Primera declaró sin lugar el recurso de nulidad formulado, confirmando lo establecido en el laudo arbitral. Lo anterior resulta confuso por cuanto, según ha sido señalado por la doctrina y pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, uno de los supuestos de la fuerza mayor, es la lluvia copiosa y persistente, lo que exime de responsabilidad. Es por ello que resultaba oportuno que se hiciera un examen más profundo sobre las razones por las cuales no procedía la resolución contractual, determinando que, en este caso, dada la experiencia del contratista, éste debió haber previsto que la construcción se realizaría durante la época de invierno de Costa Rica, la cual se caracteriza por ser lluviosa. De manera que se trataba de un evento previsible y que se encontraba bajo el control del contratista, quien debió advertirle al acreedor, incluso desde antes de suscribir el contrato, que la construcción no se podría realizar en el tiempo deseado por las lluvias ya pronosticadas.

Aquí resulta oportuno mencionar que, a diferencia del ordenamiento jurídico español, el costarricense no contiene una disposición donde se enumeren los supuestos de fuerza mayor o de caso fortuito, por lo que es la Administración y, en última instancia, la autoridad judicial, quienes deben tomar en consideración las características propias de cada uno de estos conceptos para así determinar si procede o no eximirse de una eventual resolución del contrato administrativo por incumplimiento.

En concordancia con lo anterior, el Tribunal Contencioso Administrativo ha realizado una gran labor y un gran aporte al analizar en cada caso, cada una de las eximentes de responsabilidad, distinguiendo las características de cada uno y justificando las razones por las cuales son procedentes o improcedentes. Así por ejemplo, en el caso de VMG Healthcare Products S.A. contra la Caja Costarricense de Seguro Social, con número de expediente 10-003644-1027-CA, la empresa contratista alegó que por una cuestión imprevisible, no cumplió en tiempo con la entrega del producto contratado dado que no se pudo transportar la mercancía, por no tener espacios en los contenedores al ser temporada alta en el Oriente, por lo que se configuraba una eximente de responsabilidad, a saber: caso fortuito. Al respecto, la Sección IV del Tribunal Contencioso Administrativo consideró que el principio de buena fe fue trasgredido por la contratista ya que nunca informó a la Caja

²⁴¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 683, 09 de junio del 2010, 8 horas 25 minutos.

Costarricense de Seguro Social que la entrega del producto dentro del plazo ofertado, estaría expuesto a problemas de transporte, dado que si era requerido entre los meses de mayo a noviembre de cada año, coincidiría con la temporada alta en la zona de Oriente. Esta situación, afirmó el Tribunal, no era imprevisible para la empresa actora, dado que constantemente tiene contacto con el mercado asiático y tenía conocimiento de esto desde el momento cuando se le adjudicó la contratación, por lo que debió informárselo a la Administración, incluso desde que presentó la oferta. Posteriormente, realiza la conceptualización y caracterización de la figura del caso fortuito para concluir que la misma no opera en este caso, al no tratarse de un evento imprevisible para el contratista.²⁴²

De forma similar, en el caso con número de expediente No. 11-000911-10 27-CA, nuevamente de VMG Healthcare Products S.A contra la Caja Costarricense de Seguro Social, la empresa contratista debía entregar unos medicamento en un plazo determinado. No obstante, los bienes fueron entregados hasta 19 días después del plazo establecido, ante lo cual la contratista insistió en que el incumplimiento se debió a la erupción de un volcán de Islandia, que paralizó el tráfico aéreo internacional proveniente de Europa, región desde la cual provenía el producto ofertado. La contratista calificó estos hechos como fuerza mayor y caso fortuito al mismo tiempo, solicitando que se le eximiera de responsabilidad. En esta ocasión, la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo se encargó de corregir al contratista, indicándole que el caso fortuito y la fuerza mayor son figuras distintas y no se le debe otorgar un tratamiento análogo. A continuación, el Tribunal hace una referencia importante que se puede observar en el siguiente extracto:

“(...) es claro que la erupción del volcán islandés Eyjafjajokull, es un hecho de la naturaleza, que constituye una causa de fuerza mayor. (...) Sin embargo, **es criterio de estos juzgadores que, en el caso concreto, no basta solo alegar la fuerza mayor, sino que además, debe probarse el vínculo causal entre ese fenómeno de la naturaleza y la imposibilidad del cumplimiento de la obligación contractual pactada, que es precisamente lo que se extraña en el expediente.** La sociedad actora se limita a informar sobre los inconvenientes que la erupción del volcán islandés Eyjafjajokull ocasionó en el tráfico aéreo, pero no demuestra que fue esa la causa impeditiva para el cumplimiento de la primera entrega del medicamento contratado. No se aporta ninguna nota del fabricante que indique, por ejemplo, que el medicamento fue despachado, en tiempo, a la empresa que luego lo transportaría a Costa Rica. Tampoco se aporta un documento de embarque que haga constar que el medicamento estaba, realmente, en las bodegas de la empresa transportista y que, a raíz de la erupción y los problemas de atraso en el tráfico aéreo, aquella se vio impedida de enviarlo a tiempo. Lo único que se aporta es una nota de DHL Express Cargo que hace referencia a los problemas existentes y pide comprensión a sus clientes por los atrasos sufridos. Sin embargo esa nota no va dirigida al fabricante, ni se acredita relación alguna entre el destinatario de la nota y el fabricante del medicamento contratado por la actora, que finalmente debía

²⁴² Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 31, 09 de abril del 2014, 8 horas.

transportarse a Costa Rica. Así, no existe probanza alguna que permita tener certeza que el medicamento contratado se encontraba pendiente de ser transportado por las circunstancias naturales ya mencionadas. Con solo el dicho de la parte, no podría este Tribunal suponer que el medicamento en cuestión estaba listo para ser embarcado a nuestro país y que la erupción del volcán impidió su efectivo embarque. De conformidad con lo ordenado en los cánones 58, 82 y 85 del Código Procesal Contencioso Administrativo y 317 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba respecto de la causa ajena que impide el cumplimiento de la obligación contractual pactada corresponde a quien la alega. Ese deber probatorio fue desatendido por la actora, según fue explicado, tanto en la vía administrativa como en este proceso, toda vez que no ha logrado demostrar un vínculo que permita afirmar que fue la situación acaecida en virtud de la erupción la que impidió que el medicamento fuera embarcado, a tiempo, hacia Costa Rica. En virtud de lo expuesto, estima el Tribunal que la actora no demostró a la CCSS (ni en esta vía) la existencia de una causa ajena en virtud de la cual se demoraría en la ejecución del contrato.”²⁴³ (El resaltado es mío)

El Tribunal Contencioso Administrativo de forma muy acertada, mencionó una regla importante, que debe considerarse en todo análisis de las eximentes de responsabilidad y es la siguiente: para que determinados eventos sean calificados como eximentes de responsabilidad, el contratista debe demostrar que existe un nexo causal entre dichos eventos y el incumplimiento del contratista.

- **Hecho de la Administración**

El artículo 702 del Código Civil menciona como eximente de responsabilidad, el hecho del acreedor que, en este caso, se trata del hecho de la Administración Pública.²⁴⁴ Esto conlleva a que, si el contratista logra demostrar que fue la misma Administración contratante, quien con su actuar le impidió la correcta ejecución del contrato, el deudor se puede librar de la resolución contractual.

En aras de mencionar supuestos de incumplimiento contractual, en los cuales hay una causa imputable a la Administración, merece la pena retomar la jurisprudencia española, donde se puede ver una gran diversidad de supuestos, dentro de los cuales se pueden mencionar los siguientes:

“cuando el retraso en las obras se debe a errores en el proyecto en los que nada tiene que ver la contratista según se infiere de los informes obrantes en el expediente, a defectos en el proyecto unidos a las escasas visitas que el Arquitecto director técnico de la obra efectuaba a la misma, a la elaboración y posterior aprobación por la Administración de un proyecto que se ha evidenciado defectuoso y que hace las obras inviables, cuando del expediente administrativo resulta que la infracción del plazo se produce porque la realización (de las obras) requería unas partidas no previstas en el proyecto, mostrándose unas insuficiencias que la propia

²⁴³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 221, 21 de octubre del 2011, 14 horas 30 minutos.

²⁴⁴ Código Civil, artículo 702.

dirección técnica reconoció, cuando la demora en la ejecución trae causa del previo (incumplimiento) de la Administración al no poner a disposición de la contratista los terrenos necesarios para las nuevas instalaciones de conducción y depósito de aguas, cuando el proyecto exige reformas, que, además, retrasa las obras, porque la Administración no ha expropiado parte de los terrenos en los que se habían ejecutar (...), cuando la Administración en vez de denunciar el contrato, consiente su prórroga tácita y modifica indebidamente su objeto, cuando el contratista, con conocimiento de la Administración e inducido por ella, carece del título exigible en el pliego de condiciones del contrato, cuando la prestación, consistente en la colocación de las papeleras a las que el contratista se había comprometido, no ha podido efectuarse porque el Ayuntamiento no cumplió con la obligación pactada de señalar los puntos de la ciudad en los que habían de instalarse, o cuando el objeto del contrato (...) no se ha cumplido en el tiempo estipulado ante la existencia de una orden expresa de una Administración que en el ejercicio de sus legítimas competencias impidió la regular ejecución del contrato.”²⁴⁵

De conformidad con lo anterior, se logra ver que durante la etapa de ejecución contractual, se pueden dar una gran cantidad de actuaciones de la Administración que impiden que el contratista ejecute el contrato, según lo pactado. No obstante, se debe resaltar lo establecido en la jurisprudencia costarricense, en cuanto a que, para que dicha causal proceda:

“(...) no basta que exista incumplimiento por parte de la Administración, debe probarse un nexo causal, directo, de causa a efecto, entre dicho incumplimiento y el incumplimiento de los contratistas. Sea que la Administración ponga al contratista en una situación e imposibilidad material para cumplir con sus obligaciones. Si ello no se logra demostrar, el incumplimiento contractual deviene en injustificado y habilita para la aplicación de las consecuencias jurídicas que se deriven de ello.”²⁴⁶

Es decir, tal y como se indicó en el apartado de caso fortuito y fuerza mayor, para que el hecho de la Administración se considere como un eximente de responsabilidad, el contratista debe demostrar que existe un nexo causal entre dicho hecho y el incumplimiento del contratista, de manera que este último sea producto del hecho de la Administración. Si el contratista no aporta los elementos probatorios necesarios que demuestren dicha causalidad, entonces no se puede eximir de una eventual resolución contractual.

Finalmente, resulta menester agregar que en el análisis del hecho de la Administración como una eximente, se debe considerar muy detalladamente todo lo establecido en el cartel y/o el contrato administrativo, para así determinar cuáles son las obligaciones contractuales que tiene cada parte y a quién le es imputable el incumplimiento. A manera de ejemplo, se puede mencionar el caso de la Compañía de Asesoría y Construcción Konstruktiva S.A. contra el Estado, expediente No. 02-639-163-CA, en donde la empresa contratista alegaba que el atraso en el inicio de las obras se dio porque la

²⁴⁵ Barrero, 122-123.

²⁴⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución No. 46, 29 de mayo del 2015, 8 horas.

Administración (en este caso, el Poder Judicial), en el momento de refrendar el contrato, no contaba con el visado de planos por parte de SETENA, AyA, Ministerio de Salud, no gestionó los permisos de salud y del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, y que, con fundamento en la costumbre, esos permisos le correspondían a la administración y los permisos municipales a la empresa adjudicataria, lo cual fue confirmado incluso por los ingenieros del Poder Judicial. La Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda optó por rechazar su argumento y desestimar que los atrasos fueran imputables a la Administración, toda vez que el contrato establecía claramente que era la contratista quien debía obtener los permisos que fueran necesarios para el inicio y realización de las obras. Rechazó además, que, en este caso, la costumbre fuera necesaria para interpretar, integrar o delimitar, el campo de aplicación del pliego cartelario.²⁴⁷

Así las cosas, el hecho de la Administración no debe ser analizado a la ligera. Para determinar su procedencia como eximente de culpabilidad, se debe tomar en consideración las obligaciones contractuales de cada una de las partes, y verificar si existe un nexo causal entre éste y el incumplimiento del contratista.

- **Hecho de un tercero**

Si bien, el artículo 702 no incluye como eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, la jurisprudencia ha considerado este supuesto como una justificación por el no cumplimiento, que amerita que el contratista se vea eximido de toda responsabilidad.²⁴⁸ Sin embargo, la determinación de esta causal, requiere un examen minucioso, por medio del cual se verifique que el incumplimiento no se encuentre dentro del ámbito de la responsabilidad del contratista.

A manera de ejemplo, se puede mencionar el asunto con número de expediente 10-001425-1027-CA, contra la Caja Costarricense de Seguro Social. La empresa contratista se comprometió a suministrar 88.000 frascos de “Aluminio Hidróxido y Magnesio Hidróxido. F.E.U. Fórmula”, suspensión oral, frasco con 450 a 500 ml, los cuales presentó en el plazo indicado, pero con defectos, a saber: no cumplió la prueba de valoración, según lo declarado en la etiqueta. La defensa de la adjudicataria radicó en endilgarle toda la responsabilidad de la falta de cumplimiento al laboratorio fabricante extranjero, quien le

²⁴⁷ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución No. 39, 30 de abril del 2015, 8 horas.

²⁴⁸ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 460, 30 de julio del 2003, 10 horas 45 minutos; Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, resolución No. 2, 16 de enero del 2009, 14 horas y; Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, resolución No. 29, 24 de abril del 2009, 15 horas.

proveía el producto. En esa ocasión, la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, determinó lo siguiente:

“No tiene sentido venir a la jurisdicción a alegar un aspecto cuyas consecuencias se albergan en el ámbito de la responsabilidad del contratista, máxime cuando así se ha aceptado. Sin embargo, conviene preguntarse en el caso concreto, cuál es el hecho de ese tercero que lo hace responsable del cumplimiento; es decir, cuál es el hecho y cuál es el sujeto que hace que la falta de cumplimiento atribuida a la actora no le sea imputable. En este sentido señala la actora que quien incumplió fue el fabricante, y no ella como importador, no siendo directamente responsable. En la respuesta que se dio al traslado de cargos en vía administrativa, se constata que la actora participó en el concurso “cuando tuvimos por confirmada la disposición del mencionado laboratorio de fabricar y enviarnos el producto” (folio 97). Se entiende que la actora presentó su oferta sujeta a que un tercero le hiciera entrega del producto ofertado, y que ella asumió que el fabricante le enviaría oportunamente el producto, a partir de la promesa vertida. Pero la actora participó en el concurso, libre e individualmente; no lo hizo en forma mancomunada o atada, ni como parte de una red contractual, donde la satisfacción de la prestación estaba sujeta al hecho de un tercero co-contratante. De donde resulta una responsabilidad directa al cumplimiento cabal de lo ofertado. Esa relación que surgió entre el proveedor del proveedor, entre el importador y el fabricante, no tiene porqué transponerse a la que resultó entre la actora y la CCSS. Es una cuestión eminentemente privada que solo incumbe a dos sujetos de derecho privado, y es, por tanto, inoponible a la Administración demandada. Desde una dimensión objetiva, se advierte que el ropaje externo que envolvía la oferta presentada por la actora, en el fondo, no encubría el serio, firme y verdadero propósito de cumplir el contrato, pues éste no dependía de un acto suyo, sino del cumplimiento de un tercero, el fabricante. Jurídicamente la sola presentación de la oferta, expresa la manifestación inequívoca de contratar, con pleno sometimiento a las condiciones cartelarias, legales y reglamentarias vigentes (...), y es justo eso lo que la Administración espera de su colaborador voluntario. En este caso, la oferta carecía de la integridad interna y externa que es de esperar en todo aquel que desee colaborar con la Administración Pública en la realización de los fines e intereses de naturaleza general. Esa debilidad hace responsable a la actora frente a la CCSS, de manera exclusiva y excluyente. De ahí que al orillar la CCSS en el acto final, el análisis de esa relación privada extraña, no ha podido incurrir en ningún vicio substantivo invalidante de su decisión. Y aunque la actora hizo esfuerzos y diligencias por reponer el producto, estos no pueden tener otra trascendencia y consecuencia que las que nacen de los términos de la oferta presentada. Son actos residenciables en el deber de cumplimiento que libremente asumió y expresó al presentar su oferta, pero que a la postre no alcanzaron el resultado deseado.”²⁴⁹

En la especie, el Tribunal consideró que el hecho de un tercero no es tal, por cuanto el contratista se había comprometido a suministrar el producto, aún a sabiendas de que era una tercera empresa quien realmente lo proveería. Ergo, debe atenerse a las consecuencias de dicho compromiso. El conflicto surgido entre el contratista y el laboratorio externo, resulta extraño a la esfera jurídica del contrato administrativo surgido entre la C.C.S.S y la empresa co-contratante. De tal suerte que, el estudio del hecho de un tercero como eximente, lleva consigo la verificación de que el contrato no le haya endosado esa

²⁴⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 69, 15 de mayo del 2013, 11 horas.

responsabilidad al contratista y, por ende, el contratista no se vea obligado a asumir las consecuencias de las actuaciones de un tercero ajeno al contrato. De lo contrario, resulta improcedente cualquier alegato dirigido en ese sentido.

Finalmente, a esta causal se le debe agregar el aspecto considerado en los anteriores apartados, correspondiente al nexo causal entre el hecho del tercero y el incumplimiento de las condiciones contractuales. Es decir, se debe comprobar que el hecho de ese tercero ajeno a la contratación, sea la causa de que el contratista se haya visto impedido de cumplir con el objeto contractual.

Que sea a solicitud de la parte que no ha incumplido

Habiéndose cerciorado de lo anterior, se debe considerar que la parte que reclama el incumplimiento haya cumplido efectivamente con sus propias obligaciones o que de su conducta se evidencie que está dispuesto a cumplirlas. La normativa civil costarricense regula este presupuesto en el artículo 692 del Código Civil cuando determina que: “la parte que ha cumplido puede (...) pedir se resuelva con daños y perjuicios.”²⁵⁰ De igual forma, la jurisprudencia ha recalcado reiteradamente la necesidad de que se cumpla con este presupuesto: “(...) es claro, en todo caso, que las acciones derivadas del precitado artículo 692 son otorgadas a la parte que ha cumplido. Quien incumple no puede exigir el cumplimiento forzoso ni la resolución contractual.”²⁵¹

Este presupuesto conlleva a que la parte que viene cumpliendo el contrato no se encuentre obligada a cumplir con la prestación correlativa si la otra parte incumple, pudiendo excepcionarse de dicho cumplimiento mediante la ya mencionada excepción de “non adimpleti contractus”. Conviene aquí resaltar las palabras de Diego Baudrit Carrillo, quien muy claramente indica que “no ha incumplido aquel que no debía aun ejecutar las prestaciones a su cargo o aquel que no las ejecutó por estar legítimamente autorizado para ello, como es el caso del ejercicio de la excepción non adimpleti contractus.”²⁵² Así las cosas, el que ha venido cumpliendo se encuentra protegido por dicha defensa, viéndose incluso autorizado para no ejecutar sus obligaciones contractuales. Más adelante, se profundizará sobre la excepción en mención.

²⁵⁰ Código Civil, artículo 692.

²⁵¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 9, 13 de enero de 1995, 14 horas 40 minutos.

²⁵² Baudrit, *Teoría General del Contrato*, 2da ed., 102.

Que el incumplimiento sea grave

Finalmente, el último presupuesto para que proceda la resolución contractual, se refiere al tipo de incumplimiento. La doctrina concuerda con que dicho incumplimiento debe ser calificado como sustancial, grave, de importancia o de trascendencia.²⁵³ Libardo Rodríguez agrega lo siguiente, en referencia a la resolución contractual:

“La aplicación de este remedio al incumplimiento de los contratos administrativos impone, en primer lugar, que la exigencia del incumplimiento cualificado sea especialmente relevante, precisamente por las finalidades que tiene la celebración de los contratos administrativos en cuanto a la satisfacción del interés general, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de los fines del Estado.

Esas finalidades se traducen en que los contratos administrativos se celebran para ser ejecutados a cabalidad y, con ello, dar cumplimiento a los fines que le son propios. De esta manera, la terminación anticipada del contrato, al no ser útil para efectos del cumplimiento de las finalidades de la contratación administrativa, debe ser la excepción y, precisamente por ello, es especialmente exigible que el incumplimiento de las obligaciones sea de la mayor entidad.”²⁵⁴

La Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento son omisas en indicar que la resolución procede únicamente ante un incumplimiento grave. No obstante, el artículo 75, inciso a) de la LCA -que se refiere específicamente a los contratos de concesión de gestión de servicios públicos- indica que será causa de resolución del contrato el incumplimiento del concesionario, cuando perturbe gravemente la prestación del servicio público. Se entiende entonces que dicha gravedad en el incumplimiento debe aplicar a todo tipo de contratos, y así lo ha establecido la jurisprudencia costarricense, al señalar lo siguiente:

“(...) esta Sala reiteradamente ha sostenido que no es cualquier incumplimiento el que autoriza la resolución de un contrato, pues ésta sólo puede ser el resultado de un incumplimiento grave, no siendo procedente la resolución, aún demostrado el incumplimiento, si carece de la importancia necesaria para aplicar la sanción más grave contemplada por el ordenamiento civil, sea la terminación de una relación contractual nacida válida y eficaz, con los efectos retroactivos y la lógica consecuencias restitutorias y resarcitorias. En tales casos, es más conveniente exigir la ejecución forzosa del contrato y no su resolución, pues carecería de sentido dar por terminada una relación contractual ante el incumplimiento de aspectos que siendo secundarios no pueda considerarse como grave.”²⁵⁵

²⁵³ Cf., Rodríguez, “Los efectos de los incumplimientos de los contratos”, 354.

²⁵⁴ Rodríguez, “Los efectos del incumplimiento”, 355.

²⁵⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 80, 30 de noviembre de 1993, 15 horas 30 minutos y; resolución No. 9 del 13 de enero de 1995, 14 horas 40 minutos.

En igual sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto lo que se transcribe a continuación:

“La Sala de Casación ha considerado reiteradamente que no es cualquier incumplimiento el que autoriza la resolución del contrato, ya que ésta sólo puede tener lugar en presencia de un incumplimiento grave (entre otras, resolución No. 53 de las 15,15 horas del 31 de mayo de 1972). No es procedente la resolución, aunque fuere demostrado el incumplimiento, si éste no reviste tal importancia que amerite realmente la sanción más grave que existe en el ordenamiento civil frente a una relación contractual nacida válida y eficaz, cual es su aniquilamiento definitivo con efectos retroactivos y sus lógicas consecuencias restitutorias y de resarcimiento. Hay ocasiones en que por no ser suficientemente grave el incumplimiento operado por una de las partes en un contrato, lo procedente es solicitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas y exigir el pago de daños y perjuicios, conforme lo autoriza la ley civil (...) De manera que, para que sea procedente la declaratoria de resolución de un contrato, no basta con probar en juicio el incumplimiento por parte de uno de los contratantes, sino que se debe demostrar además su gravedad, que debe ser tal que determine la extinción definitiva del contrato, según se ha dicho”²⁵⁶ (El resaltado es mío)

En efecto, el incumplimiento debe ser de tal magnitud, que la extinción del contrato sea necesaria. Dicha “gravedad” será analizada por la Administración Pública, quien es la que decidirá si amerita la resolución contractual. Ahora bien, se encuentra ante un concepto jurídico indeterminado que sólo el examen singularizado de las circunstancias de cada caso permitirá concretar, en donde se deberá observar el principio de proporcionalidad para determinar el grado de esencialidad del incumplimiento. No obstante, conviene definir las pautas básicas que deberá tomar la Administración para determinar el tipo de incumplimiento que se encuentra en análisis. Aquí es donde se complica el panorama ya que la jurisprudencia costarricense se limita únicamente a señalar que el incumplimiento debe ser de tal gravedad que merezca la extinción del contrato con sus respectivas consecuencias. De forma tal que no consta en ningún texto jurisprudencial costarricense las pautas a seguir.

Ante tal circunstancia, resulta necesario acudir a la doctrina que ha establecido ciertas consideraciones al respecto. Diego Baudrit Carrillo establece que el incumplimiento tiene la calificación de grave cuando la inejecución compromete de manera definitiva llegar a alcanzar los intereses que las partes programaron en el contrato.²⁵⁷ Libardo Rodríguez Rodríguez señala que el análisis de gravedad se debe realizar “(...) de acuerdo con la repercusión del incumplimiento en la equivalencia de las prestaciones, en el interés del

²⁵⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 309, 31 de octubre de 1990, 14 horas 50 minutos.

²⁵⁷ Baudrit, *Teoría General del Contrato*, 101.

acreedor y en la finalidad del contrato, así como con base en la conducta de las partes y, especialmente, la del acreedor en cuanto a tolerar el incumplimiento.”²⁵⁸ Posteriormente, agrega que la gravedad del incumplimiento del contrato administrativo debe ir de la mano de la finalidad del servicio público, “(...) siempre que la finalidad perseguida sea la de “favorecer la continuidad y conclusión satisfactoria del objeto contractual. Es decir, que no basta un incumplimiento grave para que proceda la sanción de caducidad administrativa del contrato, sino que es necesaria la presencia de la finalidad del servicio público.”²⁵⁹

Por su parte, la tratadista Concepción Barrero Rodríguez, insiste que la determinación de las infracciones con efectos resolutorios “(...) se haga ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias y valorando conforme a la buena fe y a la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista y, por supuesto, el interés público en el que reside la legitimación de su propio actuar.”²⁶⁰

Lo extraído por los doctrinarios recién mencionados se puede sintetizar de forma tal que permita establecer las pautas generales que toda Administración debe considerar en los casos de incumplimiento. Primeramente, se debe analizar si con el incumplimiento del contratista, la equivalencia de las prestaciones se ve afectada de manera que comprometa definitivamente el alcance de los intereses pactados en el contrato. Otro aspecto se refiere a las repercusiones del incumplimiento en la finalidad del contrato, es decir, que con la continuidad del contrato administrativo, la satisfacción del objeto contractual se ve obstaculizada. Se debe considerar además, si la Administración aún tiene interés en continuar con el contrato. Finalmente, la Administración debe considerar si la satisfacción del interés público se ve negada con el incumplimiento; de ser así, la Administración no puede hacer otra cosa más que resolver el contrato. Todo este análisis debe hacerse aplicando siempre los principios de proporcionalidad, buena fe y equidad; procurando que los hechos del contratista sean lo suficientemente graves, según las pautas antes dichas, como para aplicar la sanción más grave del ordenamiento: la resolución del contrato. Es decir, le corresponde a la Administración identificar y calificar los incumplimientos, motivando en todos los casos su decisión con base en lo recién mencionado.

²⁵⁸ Rodríguez, 355.

²⁵⁹ Rodríguez, 358.

²⁶⁰ Barrero, 53.

Así las cosas, el análisis del grado de incumplimiento de las obligaciones contractuales en el régimen administrativo, es complejo y busca principalmente la satisfacción del interés público, lo cual hace que se diferencie la resolución del contrato administrativo con la del contrato privado, puesto que en el Derecho privado no hay un interés público en juego. En relación con esto, es importante agregar que una parte de la doctrina y el ordenamiento jurídico de otros países, considera que, ante un incumplimiento del contratista, la Administración debe procurar en primer término el cumplimiento del contrato, intentando todas otras clases de medidas para ello, antes de optar por resolver el contrato.²⁶¹ Por lo que resulta pertinente que la Administración previamente intime al contratista, otorgándole un plazo razonable para que cumpla. Esto por cuanto la Administración está interesada principalmente en que se cumpla el contrato y se haga efectiva la realización de la obra, se preste el servicio o se entreguen los bienes.

Para efectos prácticos, es necesario mencionar algunos casos en donde el incumplimiento se califica como grave y, por ende, procede la resolución contractual. Concepción Barrero enumera los incumplimientos considerados como graves por la jurisprudencia española: 1) en los contratos de obras: "(...) la cesión del contrato sin el respecto a las condiciones legalmente previstas, la subcontratación de su objeto sin conocimiento ni autorización previa de la Administración contratante, la interrupción o abandono de las obras, la renuncia expresa a su realización, su ejecución en términos diferentes a los pactados, la existencia de errores graves y sustanciales en el proyecto elaborado por el propio contratista, la ejecución gravemente deficiente de la obras, la desobediencia a las órdenes dadas por la Administración o el incumplimiento de la normativa de seguridad y salud"²⁶²; 2) en los contratos de servicios públicos: "la prestación de manera distinta a la convenida, el incumplimiento del buen orden del servicio, la suspensión de la actividad sin causa que la justifique, su abandono o la subcontratación del servicio al margen de los requisitos establecidos"²⁶³; 3) en los contratos de suministros: "no entregar en plazo el número de bienes comprometido o la entrega de productos defectuosos o de características distintas a las pactadas"²⁶⁴; 4) en los contratos de consultoría y asistencia y en los de servicio: "los errores y carencias en el proyecto o cuya ejecución se comprometió el contratista, su deficiente ejecución o las periódicas interrupciones en un

²⁶¹ Cf., Ismael Farrando, *Contratos administrativos* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002), 661.

²⁶² Barrero, 54

²⁶³ *Ibíd*, 55.

²⁶⁴ Barrero, 55.

servicio en el que la continuidad es esencial, en el caso, por ejemplo, de un contrato cuyo objeto era un servicio de vigilancia nocturna.”²⁶⁵

Del estudio de jurisprudencia costarricense efectuado en la presente investigación, se extraen varios casos en los que los tribunales judiciales han determinado la existencia de un incumplimiento grave. Así, por ejemplo, de forma acertada se consideró como incumplimiento grave que, en un contrato de alquiler de soda en un centro educativo, el contratista no realizara el pago mensual, según lo pactado y, además, cerrara la soda antes de que finalizara el curso lectivo, toda vez que los recursos generados con el pago del alquiler serían destinados a fortalecer la satisfacción de las necesidades del respectivo comedor escolar o colegial.²⁶⁶

En el caso de Rosmali S.A. contra el Estado, expediente No. 92-000082-0004-CA, la empresa contratista se comprometió a entregarle al Ministerio de Seguridad Pública unos motores en perfecto estado para su uso, pero en su lugar, le suministró al Estado motores que no estaban en las condiciones a que se había obligado. Inclusive, expertos mecánicos del Instituto Nacional de Aprendizaje revisaron los motores instalados en los vehículos del Ministerio de Seguridad Pública, determinando la necesidad de realizar diversas reparaciones y ajustes a los motores. De igual forma, se comprometió a suministrar motores Accord y la contratante entregó Civic. Ambas trasgresiones fueron calificadas como incumplimiento grave por la misma Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia²⁶⁷, dado que el Ministerio de Seguridad Pública debió incurrir en gastos para acondicionar para su uso los motores dichos.

En el caso Hampton & Hampton Sociedad Anónima contra el Instituto Costarricense de Electricidad, expediente No. 08-000116-0161-CA, a la actora se le adjudicó la contratación directa para el “Servicio de Instalación y Reacomodos en la Red de Líneas Telefónicas”. Durante la etapa de ejecución contractual, la Administración contratante resolvió el contrato administrativo, alegando incumplimiento del contratista respecto de la cantidad de personal y vehículos disponibles para la prestación del servicio, de las pólizas y los documentos de la Caja Costarricense del Seguro Social, así como fallas y retrasos en la ejecución del trabajo. Ante tal circunstancia, la contratista demandó al ICE toda vez que, a su criterio, la decisión administrativa resultó desproporcional por cuanto los

²⁶⁵ *Ibíd.*

²⁶⁶ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, resolución No. 42, 11 de mayo del 2015, 13 horas.

²⁶⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 82, 20 de mayo de 1992, 15 horas 05 minutos.

incumplimientos imputados no constituyen vicios esenciales que justifiquen la resolución contractual. El Tribunal Contencioso Administrativo, en primera instancia, resolvió que “tal vez algunos de ellos lo fueron y otros no, pero que el cúmulo de esos incumplimientos reiterados que realizó la parte actora a lo largo de la ejecución del contrato y que se referían a actualización de personal registrado, unido a varios otros incumplimientos, todos juntos provocan realmente, estima el Tribunal, un grave incumplimiento por su reiteración.”²⁶⁸ Esta decisión fue confirmada posteriormente por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia²⁶⁹, que arribó a la misma conclusión que el Tribunal, rechazando el reclamo planteado. De manera que, aunque haya varios incumplimientos de poca gravedad, la reiteración y acumulación de los mismos justifica la resolución contractual.

Retomando el caso mencionado supra, de Perspectivas de Desarrollo S.A. contra el I.N.S, expediente No. 11-3988-1027-CA, en el cual el I.N.S procedió a resolver el contrato por incumplimiento del contratista al presentar el primer informe realizado de forma incompleta, es claro que hubo incumplimiento por parte del contratista, el cual incluso fue aceptado por el mismo contratista, quien alegó que el incumplimiento se debió a que el I.N.S no colaboró en aportar toda la información necesaria para realizar dicho informe y que, en todo caso, el informe entregado no era final, sino que se trataba de un borrador para que el I.N.S hiciera las observaciones. Producto de ello, la Administración optó por iniciar un procedimiento administrativo de resolución contractual argumentando, además del incumplimiento, que existía una falta de interés del contratista para enmendar las deficiencias encontradas en el citado informe, lo que impedía satisfacer adecuadamente el interés público, objeto del contrato. Es decir, el I.N.S. muy apropiadamente intentó que la empresa contratista enmendara los errores, pero al no haber anuencia por parte de ésta, procedió a la resolución contractual ya que, a su criterio, de continuar con la contratación no se lograría satisfacer el objeto público. Esto fue confirmado por el Tribunal Contencioso Administrativo mediante sentencia No. 29-2013 del 18 de abril del 2013.²⁷⁰

No obstante, cabe resaltar que, en dicha sentencia, no se tuvo como hecho probado que el I.N.S le hubiera solicitado al contratista que corrigiera ese primer informe ni que el contratista no tuviera interés en corregir los errores; por el contrario, según alegaba el contratista, estaban dispuestos a realizar las correcciones necesarias, incluso ese primer

²⁶⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, resolución No. 362, 5 de junio de 2008, 15 horas.

²⁶⁹ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 371, 16 de abril del 2009, 11 horas.

²⁷⁰ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, resolución No. 29, 18 de abril del 2013, 16 horas 02 minutos.

informe lo presentaron en carácter de borrador, precisamente para que el I.N.S indicara si era necesario hacer alguna modificación. De haber sido tal y como lo indicó el contratista, entonces al I.N.S le correspondía tratar de enmendar el incumplimiento del contratista, máxime que aún no había vencido el plazo para entregar todos los informes. En todo caso, el I.N.S debió no solo justificar la razón por la cual consideraba que se debía resolver el contrato, sino que también debió probarlo en su resolución final. No bastaba con decir que el contratista no tenía interés en corregir los errores y que, de continuar con la contratación no se lograría satisfacer el interés público; debió probar durante el procedimiento de resolución contractual esa falta de interés e indicar por qué se trataba de un incumplimiento grave y por qué no se lograría satisfacer el interés público. Al no cumplir con lo anterior, la Administración realizó un acto no motivado y además desproporcionado, al aplicar la sanción más grave -la resolutoria-, sin haberle otorgado ni siquiera un plazo al contratista para que realizara las correcciones respectivas.

De modo tal que, no se debe perder de vista que la resolución del contrato administrativo está regida por el Derecho de contratación administrativa, y que el contrato administrativo cuenta con la particularidad de estar condicionado en su origen, evolución y finalización a las exigencias o necesidades generales o públicas. Por esta razón, el ordenamiento jurídico costarricense se debe adaptar a las particularidades propias del régimen de contratación administrativa, ya sea estableciendo en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento o, al menos, por la vía jurisprudencial, las pautas a seguir. De esta forma, la Administración Pública tendría definidos los lineamientos que le facilitarían determinar la gravedad del incumplimiento y la consecuente resolución contractual, sin desviarse así de la finalidad principal que es la satisfacción del interés público. Asimismo, no se debe olvidar que la sanción resolutoria se aplica únicamente en casos de extrema gravedad, lo que debe procurar en todo momento la Administración, optando primero por otros remedios y siempre intimando al contratista para que cumpla en un plazo razonable. De lo contrario, ese interés público que tanto se pretende satisfacer, se estaría viendo obstaculizado.

Efectos

La indemnización de daños y perjuicios y la ejecución de la garantía de cumplimiento

El principal efecto que puede tener la resolución del contrato administrativo, es la indemnización de los daños y perjuicios generados por el perjuicio producto de su incumplimiento contractual, la cual como se verá a continuación, se encuentra estrechamente ligada a la ejecución de la garantía de cumplimiento, por lo que ambos efectos se estudiarán en conjunto.

Concepto de garantía de cumplimiento

Muchos ordenamientos jurídicos de diferentes países -incluyendo el de Costa Rica- contienen reguladas dos tipos de garantías contractuales administrativas principales: la garantía de participación y la garantía de cumplimiento. En el caso de Costa Rica, el RLCA en su artículo 46 agrega otro tipo de garantías como las de retención. Todas estas garantías –denominadas fianzas en algunos sistemas-, se diferencian de la fianza civil en que:

1) “las garantías administrativas se establecen siempre en beneficio de una de las partes contratantes, la Administración, que se beneficia de la constitución de esas garantías por licitantes y contratistas, pero no está obligada a prestar garantía alguna a favor de aquellos, lo que se explica por el hecho de que la solvencia de la Administración viene dada de antemano por la existencia de crédito presupuestario para el pago del contrato (...); 2) la garantía contractual administrativa es obligatoria, frente al carácter convencional y voluntario de las fianzas civiles (...); 3) en el contrato civil la fianza es accesoria de la obligación principal y su existencia no influye sobre la validez de ese contrato principal. En cambio, en la contratación administrativa la efectiva constitución de las garantías es imprescindible para la constitución de la relación contractual.”²⁷¹

De suerte que las garantías en la contratación administrativa tienen características muy diferentes a las del Derecho privado, debido a las particularidades propias del régimen administrativo, por lo que no se pueden equiparar.

En particular, la garantía de cumplimiento aquí referida, es una garantía para la Administración y no para el contratista, en el sentido de que consiste en un sistema de aseguramiento de la correcta ejecución del contrato, que protege a la Administración y encamina al cumplimiento de una finalidad de interés general.

²⁷¹ Ariño y Asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Granada: Comares, 2003), 438-439.

Naturaleza de la garantía de cumplimiento

La finalidad y la naturaleza de la garantía de cumplimiento ha sido objeto de discusión, tanto en la doctrina como en los diferentes ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en España, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 225.3, establece que:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.”²⁷²

Este artículo es concordado con el artículo 102.1 del mismo cuerpo normativo que señala: “La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista.”²⁷³ Según esta disposición, solo se puede devolver la garantía cuando se haya cumplido satisfactoriamente el contrato o se declare el incumplimiento no culpable del contratista. Por lo que no entra dentro de estos supuestos el que, una vez declarada la resolución, la garantía sea devuelta íntegramente al contratista porque no se logró comprobar daño alguno con el incumplimiento culpable de éste, o el que sea devuelta parcialmente porque los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento culpable del contratista hayan sido menor al monto de la garantía de cumplimiento.

En aplicación de ambos preceptos, la jurisprudencia española ha establecido que la incautación de la garantía es un efecto necesario y automático de la resolución por culpa del contratista, independientemente de que existan o no daños que indemnizar a la Administración. Esto implica que, aunque se determine que los daños generados con el incumplimiento equivalen a un monto menor del de la garantía de cumplimiento o, aunque no se genere ningún daño, con la resolución del contrato se debe ejecutar la garantía de cumplimiento. En este caso, la finalidad de la garantía sería liquidatoria de daños y perjuicios o punitiva, en función de la cuantía de los daños ocasionados a la Administración. Para Concepción Barrero, esta solución legal es materialmente injusta, en la medida en que, “cuanto menor sea el daño que el incumplimiento culpable del contratista causa a la Administración, más alta es la cantidad incautada en concepto de pena, mientras que si los

²⁷² Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, artículo 225.3.

²⁷³ Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, artículo 102.1.

daños superan su importe no existe, en puridad, una pena, pues toda ella queda adscrita a su compensación.”²⁷⁴ Es decir, si el contratista produce daños menores a la garantía de cumplimiento, la misma es ejecutada totalmente, resultando dicha incautación una pena para el contratista. Por el contrario, si los daños producidos son mayores al monto de la garantía de cumplimiento, entonces la garantía se ejecuta en su totalidad y además la Administración procede a liquidar el excedente de los daños, teniendo la ejecución de la garantía una función resarcitoria de daños y perjuicios. Esta interpretación resulta, a todas luces, injusta y desproporcional. Es por ello que una pequeña parte de la jurisprudencia española²⁷⁵ ha determinado que, si no existen daños que indemnizar, la garantía no se ejecuta o, si los daños son menores, se ejecuta únicamente la parte de la garantía que resarce los daños y perjuicios causados, devolviéndole al contratista aquella parte que exceda de dicha cuantía indemnizatoria, teniendo la garantía de cumplimiento una función meramente resarcitoria.

Concepción Barrero propone una solución a este problema, y es que, tanto la Administración como los Tribunales, no deben olvidar que el principio de proporcionalidad conforma la extensión y ejercicio de las potestades administrativas. Este principio opera en dos tipos de supuestos:

“a) con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables, y b) con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo, en principio, un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso con las características del caso contemplado, en cuyo caso (...), su finalidad es la de suavizar la aplicación de la norma en aquellos supuestos en los que un leve incumplimiento acarrea muy graves consecuencias.”²⁷⁶

Concepción Barreo explica que el principio de proporcionalidad debe utilizarse como un “medio extraordinario de evitar daños o perjuicios al administrado que procederían de una estricta aplicación de la norma en abierta pugna con los principios de justicia material.”²⁷⁷ Es decir, las normas sobre la garantía de cumplimiento se deben aplicar de forma tal que el contratista no se vea perjudicado injustamente, moderando la cuantía de la pena y la incautación de la garantía en atención al grado de ejecución del contrato, a la intencionalidad del contratista o a la intensidad del perjuicio causado a los intereses públicos, sin que sea permitida su total supresión. Con esto, la jurista española pretende

²⁷⁴ Cf., Barrero, 207.

²⁷⁵ Cf., Barrero, 203.

²⁷⁶ Barrero, 287.

²⁷⁷ *Ibíd.*

que se suavice la pena al aplicar la normativa vigente, pero sin dejar de considerar que la garantía de cumplimiento -en dichos casos- tiene una función punitiva.

Una gran parte de la doctrina visualiza a la garantía de cumplimiento con una finalidad punitiva. José Roberto Dromi insiste en que se trata de una pena convencional provisional, al indicar:

“En los casos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, el acreedor – la Administración comitente- puede ejecutar la garantía como importe mínimo del daño. Ahora bien, si el daño ocasionado por el incumplimiento es superior a la pena pactada, puede exigir el resarcimiento integral, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad pero no una limitación de la pretensión de indemnización.”²⁷⁸

Es decir, su función es meramente punitiva. Con lo anterior, se entiende que la garantía de cumplimiento se ejecuta de forma automática aun cuando el daño sea menor al monto de la garantía de cumplimiento. En igual sentido, Gaspar Ariño y sus asociados consideran que estas garantías funcionan como penalidades convencionales “(...) que tratan de asegurar los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación contractual, sin perjuicio de la obligación de reparación de daños y perjuicios que puede añadirse a la incautación de dicha garantía en caso de incumplimiento culpable.”²⁷⁹ No obstante, posteriormente agregan lo siguiente: “Puede, pues, concluirse que estas garantías cumplen tres funciones primordiales: primero, garantizar el cumplimiento y correcta ejecución del contrato; segundo, sancionar el incumplimiento de las obligaciones contractuales por el adjudicatario; y tercero, indemnizar los daños que deriven de tal incumplimiento.”²⁸⁰ De manera que, a su criterio, las garantías de cumplimiento tienen una finalidad, tanto punitiva como resarcitoria de daños y perjuicios. Mencionan, además un dictamen del Consejo de Estado español emitido en el año 1993, donde reconoce que, dado que “el incumplimiento solo ha afectado a una mínima parte del volumen de obra a ejecutar, y que la culpabilidad del contratista no está suficientemente acreditada, lo procedente es que se aplique el importe de la fianza, hasta donde alcance, al pago de daños y perjuicios.”²⁸¹ Sobre este dictamen, los autores no realizan análisis o crítica alguna, por lo que se entiende que aceptan lo expuesto en éste. Se extrae entonces que aceptan que la garantía responde de forma proporcional por los daños y perjuicios ocasionados, lo que coincide con el criterio de la jurista española, Concepción Barrero, expuesto párrafos atrás.

²⁷⁸ José Roberto Dromi, *La Licitación Pública*, 2da ed. (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995), 527-528.

²⁷⁹ Ariño y Asociados, 440.

²⁸⁰ Ariño y Asociados, 508.

²⁸¹ Ariño y Asociados, 511.

El jurista costarricense, Jorge Enrique Romero Pérez, exterioriza que la garantía de cumplimiento es un aval que debe rendir el contratante con el Estado orientado a garantizar la correcta ejecución del contrato, y la considera como una sanción administrativa.²⁸²

De forma opuesta, el Magistrado costarricense, Ernesto Jinesta Lobo, señala que la garantía de cumplimiento es aquella "(...) que debe rendir el adjudicatario o contratista a favor de la administración pública para asegurar la ejecución íntegra del contrato y resarcirle cualquier lesión antijurídica que le cause durante esa etapa. De modo que, esencialmente, es un mecanismo resarcitorio en caso de incumplimiento contractual por el contratista."²⁸³

Dichosamente, la normativa costarricense es clara en cuanto a la finalidad y naturaleza de la garantía de cumplimiento. El artículo 34 de la Ley de Contratación Administrativa dispone que la garantía se ejecutará hasta por el monto necesario para resarcir, a la Administración, los daños y perjuicios imputables al contratista. El artículo 41 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa reitera nuevamente esta disposición, agregándole únicamente que se puede ejecutar parcial o totalmente, **hasta por el monto necesario para resarcir a la Administración**, por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contratista. De manera que no hay confusión en nuestro ordenamiento en cuanto a la naturaleza y finalidad resarcitoria de la garantía de cumplimiento, considerándola como un medio para indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados. Inclusive, se da la oportunidad de que la garantía se ejecute parcialmente o no se ejecute, en caso de que los daños y perjuicios sean menores a la garantía de cumplimiento o no exista daño alguno, lo que resulta acorde al principio de proporcionalidad y de justicia material.

A diferencia de España, que en su artículo 102.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no permite la devolución de la garantía de forma proporcional al daño ocasionado por el incumplimiento culpable del contratista, en Costa Rica no hay un precepto que prohíba la devolución de la garantía de cumplimiento en esas circunstancias. El artículo 45 del RLCA menciona que la garantía de cumplimiento inclusive puede ser devuelta parcialmente en proporción a la parte ya ejecutada cuando sean factibles entregas parciales del objeto contratado y establece las reglas para la devolución de la garantía de cumplimiento en caso de que la Administración haya recibido satisfactoriamente y definitiva el objeto contractual. Dicho artículo no hace mención alguna de que esa sea el único

²⁸² Cf., Jorge Enrique Romero Pérez, *Los Contratos del Estado: medios de selección del contratista público* (San José: EUNED, 1989), 157-160.

²⁸³ Jinesta, *Contratación Administrativa*, 337.

supuesto posible para devolver la garantía de cumplimiento. Así es que las condiciones en las que opera la garantía de cumplimiento están manifiestamente reguladas en el ordenamiento jurídico costarricense.

No obstante lo anterior, en aplicación de lo que dicta una gran parte de la doctrina en cuanto a la finalidad de la garantía de cumplimiento, la Contraloría General de la República ha interpretado erróneamente las disposiciones normativas.

En la resolución No. 8143 del 05 de agosto de 1980, la Contraloría General de la República dispuso lo siguiente:

“(…) Que la doctrina del artículo 59 (RCA), que dispone la ejecución de la garantía, tanto la de participación como la de cumplimiento, no como reparación de daños y perjuicios, sino como **una sanción de carácter administrativo, quiere ello decir que se ejecuta la garantía íntegra por el solo hecho del incumplimiento, sin importar su implicación económica**, y, si hubiere daños y perjuicios y estos excedieron el monto de la garantía, entonces se podrá perseguir al incumpliente, por los medios legales establecidos, para la reparación complementaria que proceda.”²⁸⁴ (El resaltado es mío)

Dicho criterio injusto y desproporcional, pretendía que la garantía de cumplimiento se ejecutara de forma automática, aunque no existiera daño alguno producto del incumplimiento. Posteriormente, en el año 1994, la Contraloría calificó a la garantía de cumplimiento como una sanción tanto administrativa como resarcitoria.²⁸⁵ Esta posición fue evolucionando, a tal punto que en el año 1996, mediante oficio DGCA-1226-96 del 26 de setiembre de 1996, la CGR estableció lo siguiente:

“(…) atendiendo a principios de equidad y justicia (...), **la garantía de cumplimiento debe ejecutarse en forma proporcional al efecto del incumplimiento advertido y comprobado**, de manera que de previo a establecerse la sanción respectiva, es necesario determinar la naturaleza jurídica del contrato, la modalidad en que debía ejecutarse la obligación (por ejemplo si era entrega inmediata o a tractos) para ponderar luego el alcance real y efectivo del incumplimiento en que incurre el contratista. Por supuesto, ante la magnitud de ciertos incumplimientos, la Administración estará inevitablemente obligada a la ejecución total de la garantía, sin embargo, en otras circunstancias, será factible ejecutar la caución brindada en forma proporcional.”²⁸⁶

Así las cosas, la Contraloría consideraba que la garantía de cumplimiento podía ejecutarse parcialmente, de forma proporcional a los daños y perjuicios ocasionados. No obstante, seguía calificando dicha figura como una sanción. En el año 1998, se basó en la

²⁸⁴ Contraloría General de la República, resolución No. 8143, 05 de agosto de 1980, citado en Bermúdez y Peña, 144.

²⁸⁵ Contraloría General de la República, oficio No. 11216, 19 de setiembre de 1994, citado en Bermúdez y Peña, 171.

²⁸⁶ Contraloría General de la República, oficio No. DGCA-1226-96, 26 de setiembre de 1996, citado en Bermúdez y Peña, 167.

doctrina sustentada por Dromi para afirmar que la figura en estudio tiene la naturaleza de una pena convencional provisional, por lo que la Administración puede ejecutar la garantía como importe mínimo del daño.²⁸⁷ Con esto, pareciera que se devuelve al criterio de 1980 en donde con el solo hecho de existir daño, se ejecuta la garantía de forma automática, independientemente de la cuantía de dicho daño. Empero, en ese mismo pronunciamiento, resalta la necesidad de que la ejecución de la garantía debe ser proporcionada en sus consecuencias. Aún en el año 2010, la CGR consideraba que la finalidad de la garantía de cumplimiento es respaldar la correcta ejecución de los contratos administrativos, omitiendo su función indemnizatoria.²⁸⁸

Contrariamente, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Contencioso Administrativo como de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, es insistente en darle a la garantía de cumplimiento una naturaleza resarcitoria y no punitiva.²⁸⁹ La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que se trata de un “(...) mecanismo mediante el cual se procura asegurar, al menos en forma parcial, la lesión patrimonial aducida por el ente contratante, sin necesidad de acudir a un proceso de conocimiento a fin de generar un título para el cobro respectivo.”²⁹⁰ Lo anterior, de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Ergo, no se puede ejecutar de forma automática, sino hasta después de que se acredite y determine la cuantía de los daños y perjuicios.

Es importante agregar que, tanto la LCA como el RLCA le dan otra función a la garantía de cumplimiento, además de la resarcitoria, en un caso específico: cuando el contratista se niega a cancelar los montos correspondientes por concepto de cláusula penal (artículo 34 LCA y 41 RLCA). De modo que, si hay incumplimiento por demora en la ejecución del objeto contractual, y no existe cláusula penal pactada, entonces la garantía de cumplimiento se ejecuta de forma proporcional a los daños y perjuicios ocasionados por dicha demora. Hasta aquí, la función de la garantía es meramente resarcitoria. El problema surge ante la demora en la ejecución del objeto contractual y la negativa del contratista de

²⁸⁷ Contraloría General de la República, oficio No. 3527 (DGCA 309-98), 07 de abril de 1998.

²⁸⁸ Contraloría General de la República, oficio No. 8045 (DJ-3327), 23 de agosto de 2010.

²⁸⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 371, 16 de abril del 2009, 11 horas; resolución No. 1137, 13 de setiembre del 2012, 08 horas 40 minutos; resolución No. 415, 20 de marzo del 2014, 14 horas 30 minutos y; Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto de 2013, 10 horas 26 minutos.

²⁹⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 371, 16 de abril del 2009, 11 horas.

pagar la cláusula penal previamente establecida en el cartel por dicho motivo. Se entiende que, en esos casos, la garantía se ejecutará hasta el monto fijado en el cartel por concepto de cláusula penal. De manera que, excepcionalmente, la garantía de cumplimiento estaría reemplazando a la cláusula penal, adquiriendo entonces su naturaleza y función tanto resarcitoria como compulsiva, según la cual se pretende conminar al contratista, al cumplimiento exacto del pacto, sin necesidad de demostrar la existencia de daños y perjuicios producto de dichos atrasos. Así ha venido siendo aplicado por la Administración y lo ha confirmado el Tribunal Contencioso Administrativo al indicar que "(...) tanto la Ley como el Reglamento, en los numerales 34 y 36, por su orden, establecen la posibilidad de ejecutar la garantía de cumplimiento para aplicarla a la cláusula penal, cuando la Administración ha prevenido al contratista para que proceda a pagar la suma impuesta, y éste omite cumplir dicha obligación, tal y como sucedió en la especie."²⁹¹

En el caso de cita, expediente No. 10-004062-1027-CA, el Instituto Costarricense de Electricidad le ordenó al contratista, el pago de la suma de un millón quinientos cuarenta y cinco mil ciento cuatro dólares con setenta y cinco centavos por concepto de cláusula penal como consecuencia del retraso en el que incurrió en la entrega de los suministros contratados, para cuyo pago se otorgó un plazo de tres días, y se previno en el sentido de que, en caso de omitir el pago, se procedería a la ejecución de la garantía de cumplimiento. Ante el incumplimiento del contratista en relación con la cancelación de la cláusula penal determinada en su contra, el I.C.E procedió a ejecutar la garantía, la cual resultó insuficiente para cubrir el total determinado por ese concepto. Por tal razón, el I.C.E cargó el monto restante a las facturas pendientes de pago, operando la compensación.

Otro tipo de garantías reguladas en la normativa de contratación administrativa costarricense

Cabe agregar aquí que el artículo 46 del RLCA incluye otro tipo de garantías y retenciones para efectos de asegurar una correcta ejecución contractual. Estas garantías y retenciones siguen el mismo rumbo de las garantías de cumplimiento, en cuanto a que tienen una finalidad meramente resarcitoria. Esto se extrae del artículo 41 RLCA que establece que "(...) si ejecutada una garantía el monto resulta insuficiente para indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, la Administración, podrá aplicar el monto de las

²⁹¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta, resolución No. 200, 3 de agosto del 2011, 9 horas.

retenciones del precio que se hubieren dado y los saldos de pago pendientes.”²⁹² No obstante, también tienen naturaleza punitiva cuando son ejecutadas por concepto de cobro de multa o cláusula penal, según lo establece el artículo 48 RLCA. De conformidad con lo que dispone el artículo 46 RLCA, dichas retenciones deben establecerse en el cartel y el monto máximo de éstas debe ser de un 10% de los pagos por realizar.

Aspectos básicos de la garantía de cumplimiento

Ahora bien, una vez definida la naturaleza y la finalidad de la garantía de cumplimiento, en aras de comprender la forma como opera ésta en el ordenamiento jurídico costarricense, resulta oportuno determinar los aspectos básicos que la caracterizan. El artículo 32 de la LCA dispone que, tanto el acto firme de adjudicación y la constitución de la garantía de cumplimiento -cuando sea exigida- perfeccionarán la relación contractual entre la Administración y el contratista. Por lo que la garantía de cumplimiento es considerada un requisito para el perfeccionamiento de la relación contractual, siempre y cuando sea obligatorio rendirla. Es necesario complementar dicha disposición con el artículo 40 del RLCA, que obliga a la Administración a exigir una garantía de cumplimiento en las licitaciones públicas y abreviadas. En los demás procedimientos esta exigencia es facultativa. La Contraloría General de la República ha considerado que dentro de los contratos en los que resulta obligatorio rendir la garantía de cumplimiento, se encuentran los contratos de servicio, dado que “por la índole de la contratación, que involucra la organización de recursos humanos y materiales, así como la coordinación de múltiples actividades, no es conveniente para la correcta satisfacción del fin público, que el contratista se vea librado de afianzar el cumplimiento de sus obligaciones de frente a la Administración.”²⁹³

Esta garantía debe oscilar entre un 5% y 10% del monto cartelario. Se entiende, pues, que la Administración puede establecer el monto de forma discrecional, siempre y cuando esté dentro de los márgenes autorizados. Empero, la Contraloría General de la República ha agregado que esa discrecionalidad debe ir acompañada de criterios de equidad, justicia y proporcionalidad, “(...) con la finalidad de proteger a la Administración frente a los daños y perjuicios que pueda ocasionarle la incorrecta ejecución de la prestación objeto del contrato.”²⁹⁴ Cuando la cuantía es inestimable, la Administración

²⁹² Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 41.

²⁹³ Contraloría General de la República, oficio No. 2071 (DGCA-216-99), 26 de febrero de 1999

²⁹⁴ Contraloría General de la República, oficio No. 7294 (DAGJ-1119-2001), 03 de julio de 2001.

puede solicitar un monto fijo de garantía (artículo 40 RLCA). De todas maneras, en el pliego cartelario se debe fijar previamente el porcentaje respectivo. En caso de omisión cartelaria, se entenderá que la garantía es de un 5% sobre el respectivo monto (artículo 40 RLCA). La Administración no puede exigirle al contratista un monto distinto del estipulado en las condiciones del concurso porque, de lo contrario, "(...) se comprometerían los principios fundamentales que rigen la materia como el de buena fe, legalidad y transparencia jurídica."²⁹⁵

En el mismo artículo 40 del RLCA, también se establece el plazo de entrega de la garantía, el cual corresponde al indicado en el cartel o, en su defecto, dentro de los diez días hábiles siguientes a la firmeza de la adjudicación, salvo en los casos en los que se requiera formalización contractual. La Contraloría General de la República ha dispuesto que, en caso de que la garantía de cumplimiento esté mal rendida o no se presentara en tiempo, por el principio de eficiencia, la Administración deberá realizarle una prevención al adjudicatario, otorgándole un plazo para que cumpla, antes de declarar insubsistente la adjudicación.²⁹⁶

En cuanto a la vigencia de la garantía, el artículo 43 del RLCA determina que la vigencia mínima deberá estar establecida en el cartel. En caso de omisión, la vigencia será hasta por dos meses adicionales a la fecha probable de la recepción definitiva del objeto contractual. Por su parte, el artículo 40 RLCA dispone que es una obligación del contratista mantener vigente la garantía mientras no se haya recibido el objeto del contrato. Si un día hábil antes del vencimiento de la garantía, el contratista no ha prorrogado su vigencia, la Administración podrá hacerla efectiva en forma preventiva y mantener el dinero en una cuenta bajo su custodia, el cual servirá como medio resarcitorio en caso de incumplimiento. En este caso, el contratista podrá presentar una nueva garantía sustitutiva del dinero. Es claro que, de conformidad con el artículo 45 RLCA, una vez recibido satisfactoriamente el objeto contractual, la Administración debe devolver dicho monto custodiado.

De conformidad con lo anterior, la Administración deberá estar fiscalizando la vigencia de la garantía para, en caso que no sean renovadas con la debida antelación, se proceda a su ejecución preventiva. Ahora bien, si ante la no renovación de la vigencia de la garantía, la Administración no cumple con su función de fiscalización y no ejecuta preventivamente la garantía en el plazo oportuno, no le queda otra opción más que prevenir al contratista para que restablezca su vigencia. En caso de que el contratista se niegue a

²⁹⁵ Contraloría General de la República, oficio No. 7294 (DAGJ-1119-2001), 03 de julio de 2001.

²⁹⁶ Cf., Contraloría General de la República, oficio No. 4047 (DGCA-396-99), 08 de abril de 1999.

renovar la garantía, según lo prevenido, ésta queda en estado de inejecutabilidad ya que incluso el Tribunal Contencioso Administrativo ha determinado que la garantía de cumplimiento no vigente no puede ser ejecutada por la Administración.²⁹⁷ De manera que la Administración se queda sin respaldo, no pudiendo utilizar la garantía en mención como medio resarcitorio ante un eventual incumplimiento del contratista. La Contraloría General de la República propuso como sanción al contratista por no mantener la vigencia de la garantía, que la Administración proceda a aplicar la resolución contractual y, de resultar necesario, podría acudir a la vía judicial para obtener plena indemnización.²⁹⁸ Sin embargo, en este caso no procedería la resolución contractual ya que no se está incumpliendo una obligación esencial del contrato; con la no renovación de la garantía de cumplimiento, la satisfacción del objeto contractual ni siquiera se estaría viendo afectada. Así es que, se insiste, a la Administración no le queda más que continuar ejecutando el contrato sin una garantía de cumplimiento. A pesar de esto, la Administración aún podría cobrar -por otros medios- los daños y perjuicios generados por el contratista, ante un eventual incumplimiento, toda vez que tal y como lo ha manifestado el Tribunal Contencioso Administrativo, “Es claro que la acción de reclamo no se encuentra sujeta a la vigencia de la garantía de cumplimiento, pues tal acción indemnizatoria se puede ejercer aun cuando aquella esté vencida.”²⁹⁹

Cabe resaltar que la garantía de cumplimiento no puede estar condicionada ya que se tendría como mal rendida, aspecto considerado insubsanable por la misma Contraloría General de la República. Al respecto, la CGR ha advertido lo siguiente:

“En virtud de la especial naturaleza que poseen estas garantías, es absolutamente necesario que la disposición que de ellas pueda hacer la Administración ni esté sujeta, ni en el tiempo ni en el espacio, a condición alguna, de manera que aquella pueda ejecutarse en forma inmediata y sin cuestionamiento a priori de ninguna clase. Las garantías deben ser puras y simples; no sujetas a condicionamientos, razón por la cual la Administración no puede aceptar documentos o garantías (de participación o de cumplimiento) que no cumplan con estas características.”³⁰⁰

En relación con la devolución de la garantía de cumplimiento, ésta se encuentra sujeta a lo dispuesto en el artículo 45 del RLCA, salvo disposición distinta en el cartel. El artículo 45 de cita señala que la garantía de cumplimiento será devuelta a solicitud del

²⁹⁷ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

²⁹⁸ Cf., Contraloría General de la República, oficio No. 171 (DCA-048), 13 de enero del 2012.

²⁹⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

³⁰⁰ Contraloría General de la República, resolución No. RC-015-00, 07 de febrero del 2000, 15:00 horas.

contratista, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la fecha cuando la Administración haya recibido de forma definitiva y a satisfacción el objeto contractual. Cuando se trate de un contrato con entregas parciales del objeto contractual, el contratista puede solicitar que la garantía le sea devuelta parcialmente, en proporción a la parte ya ejecutada. Esta situación deberá advertirse en el respectivo cartel, sin perjuicio de una valoración particular en la fase de ejecución contractual. Como se puede ver, este precepto reglamentario no regula la devolución de la garantía cuando hay terminación anormal del contrato (entiéndase nulidad, resolución o la rescisión contractual), por lo que en dichos casos se debe aplicar analógicamente la normativa existente. Es, por esta razón, que el Tribunal Contencioso Administrativo ha aplicado de forma analógica el artículo 45 de cita en los casos de resolución contractual, determinando que la garantía de cumplimiento:

“(…) debe ser devuelta dentro de los veinte días hábiles siguientes a la emisión del acto que dispone resolver el contrato, siempre a solicitud de parte interesada. Lo anterior, siempre que dentro de dicho plazo (20 días hábiles posteriores a la emisión del acto de resolución) no se haya iniciado formal procedimiento para su ejecución, como derivación y consecuencia de los incumplimientos que dieron base a la resolución, pues en ese caso, la existencia de ese procedimiento imposibilita la devolución.”³⁰¹

Es decir, una vez que la Administración emita el acto de resolución contractual, el contratista tiene 20 días hábiles para solicitar la devolución. Si dentro de esos 20 días hábiles la Administración inicia un procedimiento formal para ejecutar la garantía (artículo 41 RLCA), entonces la garantía no puede ser devuelta. En este caso, la garantía podría ser devuelta hasta que exista un acto en firme donde se determine el monto a ejecutar de la garantía, siempre a solicitud del contratista.

Desde esta tesitura, se debe agregar que, si dentro del mismo acto donde la Administración contratante decide resolver el contrato, también se dispone ejecutar la garantía de cumplimiento por un monto determinado por concepto de daños y perjuicios, la garantía debe ser devuelta total o parcialmente -según proceda-, hasta que haya una resolución en firme al respecto y siempre a solicitud del contratista dentro de los 20 días hábiles siguientes a la firmeza del acto que determina el monto ejecutable de la garantía. Esto quiere decir que, si en el acto de resolución contractual se establece la necesidad de ejecutar la garantía de cumplimiento de forma parcial, el contratista puede solicitar la devolución de la parte de la garantía no ejecutable, dentro de los 20 hábiles días siguientes a que se encuentre en firme dicho acto.

³⁰¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

Finalmente, resulta menester señalar que la garantía de cumplimiento es ejecutable siempre y cuando haya incumplimiento imputable al contratista. Este incumplimiento puede ser de cualquiera de las modalidades ya estudiadas, a saber: a) por omisión de la prestación, b) por prestación defectuosa o, c) por el retardo en el cumplimiento. Sin embargo, se debe hacer la aclaración de que cuando se trate de un incumplimiento por demora en la ejecución del objeto contractual, se procederá a ejecutar la garantía de cumplimiento solo si no hay cláusula penal previamente establecida en el cartel por ese motivo. Inclusive, en este último caso, si el contratista se niega a pagar el monto por concepto de la cláusula penal, la garantía de cumplimiento resulta ejecutable (artículo 34 LCA y 41 RLCA). En cualquiera de los casos, reza el artículo 41 del RLCA, el contratista no se ve eximido de indemnizar a la Administración, por los mayores daños y perjuicios que no cubran esas garantías.

La relación de la garantía de cumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios y la resolución contractual por incumplimiento del contratista

En los anteriores párrafos se mencionaron los aspectos más básicos de la garantía de cumplimiento en el ordenamiento jurídico costarricense. Ahora resulta pertinente entrar a analizar la razón por la cual la ejecución de la garantía de cumplimiento es considerada un efecto de la resolución contractual. Es necesario mencionar que, tal y como se verá en los siguientes apartados, la ejecución de la garantía no es un efecto propio de la resolución contractual, sino más bien, del incumplimiento contractual en general. Pero, por el momento y para lo que interesa, se examinará la ejecución de la garantía de cumplimiento cuando hay resolución contractual.

La resolución contractual por incumplimiento del contratista lleva aparejada la indemnización de los daños y perjuicios generados por dicho incumplimiento. Aquí es donde surge la estrecha relación de la garantía de cumplimiento con el resarcimiento de daños y perjuicios porque, tal y como se mencionó anteriormente, esta última es un medio indemnizatorio por el cual la Administración se asegura, al menos, una parte del monto que el contratista le debe resarcir. No obstante, cabe resaltar que la ejecución de la garantía de cumplimiento no es un efecto que siempre se da toda vez que proceda la resolución contractual. Se debe recordar que no en todos los casos es obligatorio rendir una garantía de cumplimiento (artículo 40 RLCA), por lo que cuando no la hay, no es posible ejecutarla. También, puede darse el caso en el que la garantía no se encuentra vigente en el momento de resolver el contrato, por lo que tampoco es posible ejecutarla. Se debe considerar

además, que, en algunas ocasiones, el incumplimiento del contratista no genera daños y perjuicios, así que la garantía no debe ser ejecutada, a pesar de que sí puede proceder la resolución contractual.

Procedimiento para ejecutar la garantía de cumplimiento en caso de resolución contractual

En cuanto al procedimiento por seguir para ejecutar la garantía de cumplimiento en caso de resolución contractual por incumplimiento, se debe remitir al artículo 204 del RLCA que dispone, para lo que interesa:

“Una vez firme la resolución contractual se procederá a ejecutar la garantía de cumplimiento y cualesquiera otras multas, si ello resulta pertinente, sin ningún procedimiento adicional. (...) De ser las garantías y retenciones insuficientes, se adoptarán las medidas en sede administrativa y judicial necesarias para obtener la plena indemnización.”³⁰²

De una interpretación literal de este precepto reglamentario, se podría pensar que, una vez que la Administración determine que se dan las condiciones para que proceda la resolución del contrato por incumplimiento, automáticamente se ejecutará la garantía de cumplimiento. No obstante, del estudio de la totalidad de la normativa, y considerando que la garantía de cumplimiento tiene una naturaleza resarcitoria y que el artículo 34 de la LCA especifica que “La garantía se ejecutará hasta por el monto necesario para resarcir, a la Administración, los daños y perjuicios imputables al contratista”³⁰³, es lógico concluir que la garantía de cumplimiento no se podrá ejecutar hasta que la Administración demuestre que con el incumplimiento imputable al contratista se ocasionaron daños y perjuicios a la Administración, y determine la cuantía correspondiente a los mismos, para así ejecutar la garantía de forma proporcional y, en caso de que la garantía no sea suficiente para cubrirlos, entonces deberá recurrir a cobrarlo por otros medios. En el año 2013, el Tribunal Contencioso Administrativo vino a aclarar esta situación, al señalar lo siguiente:

“Sin embargo, es criterio de este Tribunal, la ejecución de ese título se encuentra condicionada a que se haya determinado dentro del procedimiento (ordinario) de resolución, la existencia de daños y perjuicios, la imputación de esos daños a incumplimientos del contratista que han dado base a la resolución del contrato, así como a la cuantía de esas lesiones. De otro modo, se desnaturaliza la connotación indemnizatoria de la citada garantía, pues no basta

³⁰² Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 204.

³⁰³ Ley de Contratación Administrativa, artículo 34.

la orden de resolución para ejecutar esas cauciones, es indispensable acreditar esos aspectos indicados.”³⁰⁴ (El resaltado es mío)

De modo tal que la Administración contratante debe determinar, durante el procedimiento de resolución contractual, si proceden los presupuestos para la resolución contractual y además, si con ese incumplimiento el contratista le genera daños y perjuicios, si existen o no eximentes de responsabilidad contractual y la cuantía correspondiente a dichos daños y perjuicios. Es decir, en la resolución final donde se decide finiquitar el contrato administrativo, se deben analizar todos esos aspectos. Una vez que dicha resolución se encuentre en firme y de resultar necesario, la Administración puede optar por ejecutar la garantía de cumplimiento de forma proporcional a la cuantía de los daños y perjuicios establecida.

Procedimiento para ejecutar la garantía de cumplimiento

Ahora bien, la Administración contratante puede optar por resolver el contrato sin realizar el respectivo análisis de los daños y perjuicios durante el procedimiento de resolución contractual. Empero, dicho análisis deberá ser realizado dentro de los 5 años que establece la ley (artículo 35 LCA), según se explicará en los próximos apartados. En dicho supuesto, la Administración debe recordar que, para efectos de ejecutar la garantía de cumplimiento, debe iniciar el procedimiento de ejecución de garantía dentro de los 20 días hábiles siguientes a la emisión del acto final, ya que de lo contrario, deberá devolverle la garantía al contratista en caso de que la solicite.

El artículo 41 del RLCA establece el procedimiento por seguir en caso de que se pretenda ejecutar la garantía de cumplimiento de forma independiente al procedimiento de resolución contractual. Para lo que interesa, señala:

“(…) De previo a ejecutar la garantía de cumplimiento, la Administración, deberá dar **audiencia al contratista por cinco días hábiles**, a efecto de que éste pueda ejercer su derecho de defensa.

En el traslado deberá indicarse **el presunto incumplimiento, las pruebas en las que se fundamenta el reclamo, la estimación del daño y el monto por el cual se estaría ejecutando la garantía.**

Vencido el plazo para contestar la audiencia, la Administración contará con un plazo de hasta diez días hábiles para emitir una resolución razonada que deberá hacer expresa consideración de los argumentos formulados por la parte interesada en su descargo.

³⁰⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

Si ejecutada una garantía el monto resulta insuficiente para indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, la Administración, podrá aplicar el monto de las retenciones del precio que se hubieren dado y los saldos de pago pendientes. En todo caso, la ejecución de las garantías, no excluye el cobro en vía judicial de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, con el incumplimiento, del oferente o del contratista, si éstos fueran mayores a los montos cobrados en vía administrativa.”³⁰⁵ (El resaltado es mío)

La normativa en mención es clara en cuanto al procedimiento, disponiendo que la Administración debe emitir un traslado inicial donde se mencione de forma específica el presunto incumplimiento, los daños y perjuicios ocasionados con el mismo con sus respectivas pruebas, la estimación económica de dichos daños y perjuicios y el monto por el que será ejecutada la garantía. Al respecto, es menester resaltar lo dispuesto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

“(…) para efectos de ejecutar la garantía, la Administración estará obligada a determinar con precisión y claridad varios aspectos: las actuaciones u omisiones del contratista, la certeza sobre la existencia del daño y/o perjuicio, su cuantificación por los medios que resulten idóneos, y la relación de causa efecto entre la afectación generada y el proceder del contratista a fin de acreditar el nexo de causalidad que señala a este último como autor responsable del detrimento patrimonial sufrido. Todo lo anterior se debe comunicar al interesado en el desarrollo del procedimiento administrativo, conforme lo establece el artículo 136 de la LGAP bajo pena de nulidad absoluta, si se omitiere, por violación al derecho de defensa.”³⁰⁶ (El resaltado es mío)

De forma congruente con lo expuesto hasta acá, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia agrega la necesidad de determinar en el traslado inicial, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y los daños y perjuicios ocasionados, aspecto que debe ser considerado por toda Administración contratante a la hora de realizar el procedimiento de ejecución de la garantía de cumplimiento.

En el traslado, se le debe otorgar audiencia por 5 días hábiles al contratista para efectos de que realice las alegaciones que considere necesarias -incluyendo la exposición de eximentes de responsabilidad que lo absuelvan del pago de daños y perjuicios- y de ofrecer la prueba respectiva. Aunado a esto, se deben agregar otros aspectos propios de todo traslado inicial, como lo es la indicación del lugar y el horario cuando se encontrará disponible el expediente para su revisión y copias, así como la obligación del contratista de señalar medio para recibir notificaciones. Cabe indicar que dicho traslado inicial será notificado al medio señalado durante la contratación administrativa.

³⁰⁵ Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 41.

³⁰⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1137, 13 de setiembre del 2012, 08 horas 40 minutos.

Vencido el plazo para que el contratista atienda la audiencia, la Administración contratante deberá emitir una resolución final en el plazo máximo de 10 días hábiles, la cual será notificada al contratista en el medio señalado. Esta resolución deberá encontrarse motivada y considerar la totalidad de argumentos esbozados por el contratista en su contestación, atendiendo principios básicos como lo son la justicia material, la proporcionalidad, la equidad, etc. Se debe determinar que hubo incumplimiento imputable al contratista, el cual produjo daños y perjuicios, y especificar el monto correspondiente a dichos daños y perjuicios irrogados. Además, se debe indicar el monto que será ejecutado de la garantía y es pertinente que en dicha resolución final se indique, en caso de que la garantía no resulte suficiente, que serán ejecutados determinados montos de las retenciones del precio que se hubieren dado y/o de los saldos de pago pendientes, especificando el monto exacto a ejecutar. Finalmente, es menester agregar que, si bien, el artículo no lo señala, la resolución final deberá recalcar el derecho que tiene el contratista de recurrir la misma, mediante el recurso de revocatoria y apelación subsidiaria, de conformidad con los artículos 342 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública. De conformidad con esta ley, el contratista deberá interponer el recurso de revocatoria y/o de apelación en subsidio dentro del término de 3 días hábiles computados a partir de la notificación al contratista de la resolución final.

Aquí se podría pensar que, dado que el artículo 367 de la Ley General de la Administración Pública excluye de la aplicación de esa ley, en lo relativo a procedimiento administrativo, a los contratos de la Administración que lo tengan establecido por ley, no es posible emplear dichas normas. No obstante, el artículo 367 claramente señala que se excluyen únicamente los contratos administrativos que tengan el procedimiento administrativo establecido por ley. El procedimiento de ejecución de garantía se encuentra regulado, mas ante la ausencia de referencia de una fase recursiva, que es propia de un debido proceso, resulta imprescindible remitirse a lo que establece la LGAP al respecto. Además, según lo expuesto en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, la jerarquía normativa de la actividad de contratación administrativa, reglamentada en el RLCA, artículo 4°, permite acudir a la LGAP ante la ausencia de regulación en las leyes en materia de contratación administrativa. Es por eso que la Contraloría General de la República de forma atinada ha señalado, en relación con el procedimiento de ejecución de garantía establecido en el artículo 41 RLCA, lo siguiente:

“Como puede observarse, las citadas normas son omisas en establecer si después de aplicado el procedimiento ahí descrito para cada tipo de garantía, existe o no la posibilidad de recurrir la resolución final que emita la Administración. **Entonces, ante**

la omisión de una norma expresa en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento que regule tal aspecto, lo procedente es aplicar en forma supletoria lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública. Por consiguiente, es criterio de este Despacho que como acto administrativo, el acto final que emita la Administración para ejecutar la garantía de participación o de cumplimiento le caben los recursos ordinarios contemplados en los artículos 342 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.”³⁰⁷
(El resaltado es mío)

Habiendo aclarado la posibilidad de la aplicación supletoria de la LGAP en el procedimiento administrativo de los contratos administrativos, es dable utilizar el artículo 148 de dicha norma, que establece que los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución, a menos que con ésta se pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación, ante lo cual el servidor que dictó el acto, su superior jerárquico o la autoridad que decide el recurso, podrán suspender la ejecución. Esto implica que, si en un acto final la Administración decide ejecutar de forma parcial o total la garantía de cumplimiento, dicha ejecución no se suspenderá aunque el contratista impugne dicho acto. Sin embargo, si la Administración contratante considera que con la ejecución se podría generar perjuicios graves o de imposible reparación, puede suspenderla. Es claro que la ejecución de una garantía nunca podrá generar perjuicios de difícil reparación dado que, aún en el caso de que se llegara a anular el acto que ordenó su ejecución, los perjuicios serían reparados mediante la devolución del equivalente en dinero del monto representado por la garantía. No obstante, la Administración deberá valorar si con la ejecución se podrían generar perjuicios graves.

Así las cosas, la Administración contratante tiene dos opciones para reclamar sus daños y perjuicios: 1) Realizarlo durante el procedimiento de resolución contractual, determinado su procedencia y cuantía en el mismo acto final, pudiendo ejecutar la garantía de cumplimiento de forma proporcional una vez que dicho acto final esté en firme, siempre y cuando ésta se encuentre vigente. Si la garantía de cumplimiento no es suficiente para indemnizar todos los daños y perjuicios, puede aplicar los montos de las retenciones que se hubieren dado sobre los pagos realizados y/o también puede utilizar el saldo de pago pendiente al contratista. De no existir retenciones o pagos pendientes o de no resultar suficientes, la Administración tiene la opción de recurrir al cobro en vía judicial. 2) Realizarlo después de la emisión del acto final de resolución contractual, siempre y cuando sea dentro de los 5 años establecidos en la ley y realizando un procedimiento para ello. En este supuesto, podrá ejecutar la garantía de cumplimiento solo si ésta se encuentra vigente y si

³⁰⁷ Contraloría General de la República, Oficio No. 12259 (DCA-3445), 16 de octubre del 2007.

inicia formalmente un procedimiento de conformidad con el artículo 41 RLCA, dentro de los 20 días hábiles siguientes a la emisión del acto final. De lo contrario, si el contratista solicita la devolución de la garantía, ésta deberá ser devuelta.

La determinación del cuántum de los daños y perjuicios

En cuanto a la determinación del cuántum de los daños y perjuicios, le corresponde a la Administración acreditar la existencia y el valor económico de estos, lo que se cumple a cabalidad con un estudio pericial, elaborado por un experto en el tema, con la excepción de los casos de poca complejidad en los que no se requiere dicho estudio.

La garantía de cumplimiento en la jurisprudencia costarricense

Resulta necesario, traer a colación los yerros en los que incurrió en una ocasión, la sección VI del Tribunal Contencioso Administrativa, conformada por los jueces Otto González Vílchez, Marianella Álvarez Molina y Juan Luis Guisti Soto, en el voto No. 118-2011 de las 11:30 horas del 16 de mayo del 2011, caso Seguridad Camarias S.A. contra el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (en adelante, INCOP), expediente No. 09-001833 -1027-CA. El caso consistió en que la actora, adjudicataria del contrato de servicios de vigilancia, incumplió las condiciones contractuales al prestar sus servicios con guardas de seguridad que no contaban con requisitos mínimos, como el permiso de portación de armas. Por tal razón, el INCOP inició procedimiento de resolución contractual basándose en el ya anulado artículo 205 del RLCA, por medio del cual logró demostrar los incumplimientos investigados. En el acto final del procedimiento, decidió resolver el contrato y ejecutar la garantía de cumplimiento. En cuanto a esta última, el INCOP únicamente fundamentó lo siguiente:

“Siendo que en la especie se ha determinado un incumplimiento evidente y manifiesto del Contrato de vigilancia, ya que el mismo contratista ha aceptado que existen aspectos que no han subsanado, **que dicha actitud hace que la Administración se vea en la necesidad de realizar una serie de investigaciones, iniciar el proceso de resolución del presente contrato e iniciar un nuevo proceso para la contratación del servicio de vigilancia incurriendo en gastos que no estaba obligado a realizar por el incumplimiento contractual de que ha sido objeto el CONTRATISTA, en perjuicio de INCOP, por lo que debe ejecutarse la garantía de cumplimiento, sin que con ello se exima del cobro por**

la vía judicial de daños y perjuicios que se puedan determinar al momento de la finalización definitivo (sic) del contrato.”³⁰⁸ (El resaltado es mío)

Como se puede ver en el anterior extracto, el INCOP decidió ejecutar la garantía sin llegar a cuantificar los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento. De manera tal que el contratista impugnó ese acto final, recursos que fueron declarados sin lugar, ejecutando íntegramente la garantía de cumplimiento (que correspondía a casi treinta millones de colones). El contratista se vio obligado a recurrir a la vía judicial con el objeto de que fuera anulada la resolución final y se le devolviera la garantía de cumplimiento ejecutada, con la suerte de que su pretensión también fue rechazada por el Tribunal Contencioso Administrativo, quien declaró sin lugar en todos sus extremos la demanda. La parte actora argumentó que se le violentó el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a una resolución fundamentada, el principio de igualdad y de doble instancia, debido a que el INCOP ordenó que se ejecutara la totalidad de la garantía de cumplimiento a la empresa actora, sin que mediara una resolución debidamente fundamentada que legitimara su actuación, ni tampoco un informe pericial que valorara los daños y perjuicios que el INCOP sufrió por el incumplimiento de la accionante. Si bien, el Tribunal en su razonamiento resaltó la función resarcitoria de la garantía de cumplimiento y consideró que la ejecución de ésta se haría en relación con el monto necesario para resarcir a la Administración contratante, posteriormente agregó lo siguiente:

“Entre los artículos citados y lo dicho por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia transcrita, este órgano jurisdiccional extrae los elementos básicos que se deben seguir para efectuar un procedimiento de ejecución de garantía de cumplimiento ajustado a derecho, que son los siguientes: 1- Debe existir un incumplimiento contractual demostrado de previo a ejecutar la garantía de cumplimiento. En ese sentido, se debe recordar que la causa que provoca el efecto para hacer efectiva la garantía de cumplimiento es el incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales; 2- De previo a la ejecución de la garantía de cumplimiento, la Administración debe darle audiencia al contratista con el propósito que éste se defienda y presente sus pruebas de descargo. En este sentido, considera este Tribunal, que **le corresponde al contratista en esa audiencia demostrarle a la Administración contratante, que su incumplimiento (el cual debe ser de previo acreditado), hasta que punto dañó a la administración y cuál es el monto de la garantía de cumplimiento que considera que debe ser ejecutado.** Estima este órgano jurisdiccional, **que al ser la garantía de cumplimiento un derecho de la administración y una tasación previa de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, la carga de la prueba a efectos de que la garantía de participación deba ser ejecutada parcialmente le corresponde al contratista, no a la Administración contratante. Se debe recordar que el monto de garantía de cumplimiento es una estimación básica incluso mínima de los daños y perjuicios que pueda causar un incumplimiento del contratista. Por ello, le corresponde al adjudicatario**

³⁰⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 118, 16 de mayo de 2011, 11 horas 30 minutos.

demostrar que ese monto básico debe ser reducido, no a la Administración contratante, la cual tendrá derecho por el simple incumplimiento a ejecutar la totalidad de la garantía de cumplimiento, siempre y cuando respete el debido proceso y de manera razonada y proporcionada justifique porqué procede la ejecución de la garantía de cumplimiento. Ahora bien, el plazo de la audiencia será de cinco días, si la Administración contratante otorga más plazo, esto garantiza mejor el derecho de defensa al que tiene derecho el contratista incumpliente; 3- La Administración deberá en el traslado que le otorga al contratista, indicarle los siguientes aspectos: Primero: El presunto incumplimiento con las pruebas del mismo. Es decir le debe indicar el incumplimiento o incumplimientos y las pruebas que acrediten el mismo; Segundo: Indicar el daño, es decir, se debe citar los daños provocados por el incumplimiento. **Nótese, que el numeral 41 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, no le exige a la administración que pruebe cuáles son los daños, solo exige que se indique la estimación de los mismos;** Tercero: Indicar el monto por el cual se estaría ejecutando la garantía. **Véase que la normativa solo le pide a la Administración que indique el monto, no que pruebe el mismo. Asimismo, el monto de la garantía de cumplimiento siempre estará debidamente cuantificado desde que se deposita el mismo calculado en relación al precio total de la contratación, desde la fase de perfeccionamiento del acto de adjudicación, por lo que si la Administración determina que corresponde ejecutar la totalidad de la garantía de cumplimiento no se le puede exigir que indique expresamente en el traslado el monto, el cual el contratista ya conoce desde el inicio de la contratación.** Ahora bien, en este punto es importante aclarar que la normativa señalada, así como la jurisprudencia de la Sala Constitucional, no obligan a la Administración a tener que presentar un informe técnico contable que indique el monto a ejecutar de la garantía de cumplimiento, debido a que es lógico que el monto de garantía de cumplimiento se encuentra previamente tasado o cuantificado, por lo que sería un estudio innecesario y que el ordenamiento jurídico no viene exigiendo. Además, la normativa y jurisprudencia citada, no le imponen a la Administración contratante la obligación de demostrar qué monto de la garantía de cumplimiento puede ejecutar, ya que esto va en contra de la naturaleza misma de esa garantía, que es un derecho de la administración el cual se ejecuta a su favor con la existencia comprobada de un incumplimiento contractual. Además, es ilógico que la Administración contratante tenga que gastar recursos para cuantificar los daños y perjuicios que sufra por el incumplimiento del contratista, cuando éstos se encuentran previamente tasados. Asimismo, imponer una carga probatoria sobre la Administración contratante, la cual no ha incumplido sus obligaciones, sería una forma de favorecer a un contratista que incumplió sus obligaciones contractuales, lo cual va en contra del principio de eficacia y eficiencia que debe regir en toda contratación administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa; Cuarto: Dada la audiencia al contratista, la Administración deberá emitir una resolución en la cual deberá considerar los argumentos formulados por el contratista en su descargo. Asimismo, deberá fundamentar las razones para ejecutar la garantía de cumplimiento. Ahora bien, si durante la audiencia conferida el contratista no presenta argumentos referentes a la ejecución de la garantía de cumplimiento, es lógico que la Administración contratante no podría referirse ni analizar argumentos inexistentes y ello no equivaldría a una violación del debido proceso y una falta de fundamentación del acto. Ahora bien, la Administración contratante, deberá motivar, aunque sea de una forma mínima, las razones del porqué ejecuta la garantía de cumplimiento. En resumen, si la Administración contratante cumple con la naturaleza, propósito y procedimiento de ejecución de la garantía de cumplimiento, en los términos explicados anteriormente, no existiría ningún quebranto al ordenamiento jurídico y la apropiación final de la

suma dineraria de garantía de cumplimiento sería un acto legítimo y legal.”³⁰⁹ (El resaltado es mío)

Por todo lo anterior, el Tribunal determinó que la ejecución de la garantía se encontraba conforme a Derecho, agregando, además lo siguiente:

“(…) Además, en este caso, considera este Tribunal que la ejecución total de la garantía de cumplimiento es razonable y proporcionada, debido a que la empresa actora incumplió el contrato de una manera grave, incluso incurriendo en ilegalidades al tener guardas de vigilancia armados, sin contar con los permisos de portación de armas correspondientes.”³¹⁰

A manera de resumen, se enumeran los errores cometidos por el Tribunal en el voto de cita: 1) Consideró que la garantía de cumplimiento es una estimación mínima de los daños y perjuicios, la cual siempre estará debidamente cuantificada desde que se deposita la garantía. Cabe recordar que la garantía de cumplimiento es un medio para que la Administración se asegure, de forma parcial o íntegra, el resarcimiento de los daños y perjuicios. Es imposible que desde el cartel se cuantifiquen los daños y perjuicios por los cuales responderá el contratista ante un incumplimiento ya que no se tiene certeza de cuáles serán estos hasta que el incumplimiento sea efectivo. El monto fijado como garantía obedece a un porcentaje del precio que debe oscilar entre 5% y 10%, que deberá ser asignado conforme con criterios de equidad, justicia y proporcionalidad, no correspondiendo siempre a un mínimo de daños y perjuicios. 2) Consideró que es el contratista quien tiene la carga de la prueba y quien debe cuantificar los daños y perjuicios, ya que es el interesado en que la garantía de cumplimiento sea ejecutada parcialmente. Olvida el Tribunal que la carga de la prueba en materia de daños y perjuicios, la tiene quien los alegue. En este caso, al ser la Administración la que reclama la indemnización de estos, es ella quien debe probarlos y cuantificarlos. El contratista, en el momento de ejercer su defensa, podrá solicitar la reducción del monto estimado por la Administración, aportando la prueba y los argumentos que defiendan su posición. 3) Consideró que la Administración contratante tiene derecho a ejecutar la totalidad de la garantía de cumplimiento por el simple incumplimiento del contratista. De esta forma, el Tribunal valida la liquidación de los daños y perjuicios como una consecuencia automática y directa del incumplimiento, dándole una función punitiva a la garantía, según la cual debe ejecutarse como sanción por no haber cumplido con las condiciones contractuales, sin que sea necesario acreditar los daños y perjuicios. Empero, cabe recordar que su función es resarcitoria y, por ende, no se puede

³⁰⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 118, 16 de mayo de 2011, 11 horas 30 minutos.

³¹⁰ *Ibíd.*

ejecutar hasta que se tenga certeza de los daños y perjuicios ocasionados y de su respectiva cuantía, para que así sea ejecutada de forma proporcional al monto cuantificado.

4) Interpretó erróneamente el artículo 41 del RLCA, al determinar que éste exige que se indique la estimación de los daños, sin que sea necesario probar cuáles son esos daños. Esta disposición claramente señala que en el traslado deberán indicarse las pruebas en las que se fundamenta el reclamo. Al tratarse del procedimiento de ejecución de la garantía de cumplimiento, es claro que el reclamo mencionado se refiere al de daños y perjuicios; es decir, la Administración contratante debe probar que con el incumplimiento, se le están generando daños y perjuicios.

5) Hace una interpretación literal y restrictiva del artículo 41 al indicar que la normativa solo le pide a la Administración que indique el monto del daño, no que lo pruebe. Es claro que para cuantificar un monto, es necesario que se aporte prueba.

6) Consideró que la normativa existente no obliga a la Administración a tener que presentar un informe técnico contable que indique el monto a ejecutar de la garantía de cumplimiento. Si bien es cierto, la normativa de contratación administrativa no regula de forma expresa la obligación de la Administración de realizar este estudio. No obstante, al establecer que la garantía de cumplimiento deberá ser ejecutada hasta por el monto necesario para resarcir a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados (artículo 41 RLCA), resulta obligatorio que la Administración contratante determine el valor de esos daños para así ejecutar el monto necesario de la garantía y, de no resultar suficiente dicha garantía, recurrir a la aplicación de retenciones o saldos de pago pendientes y/o acudir a la vía judicial para el cobro respectivo. Es evidente que para determinar ese monto, es ineludible la elaboración de un estudio por parte de un experto en la materia, por lo que obligatoriedad se extrae de forma lógica y razonable de la misma normativa.

7) Consideró que debido a que el monto de garantía de cumplimiento se encuentra previamente tasado o cuantificado, resulta innecesario un informe técnico contable que indique el monto a ejecutar. Una vez más, es imposible determinar de forma previa cuál será el valor de los daños y perjuicios sin saber cuáles serán estos ni el incumplimiento en el que incurrirá el contratista. No es hasta el momento en que los daños sean ocasionados que estos puedan ser cuantificados de forma exacta, por lo que es ahí cuando el estudio técnico deberá ser elaborado, resultando necesario para una cuantificación real.

8) Consideró que imponer una carga probatoria sobre la Administración contratante, la cual no ha incumplido sus obligaciones, sería una forma de favorecer a un contratista que incumplió sus obligaciones contractuales. Nuevamente el Tribunal le da a la garantía de cumplimiento un aire de sanción, castigando al contratista por su incumplimiento mediante la incautación de la

totalidad de la garantía de cumplimiento y, en caso de que éste se oponga, lo castiga, además mediante la imposición de la carga probatoria de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. Este criterio resulta a todas luces ilógico por cuanto es la Administración contratante la que tiene a su disposición la prueba y el conocimiento de los daños y perjuicios que se le ocasionan con determinado incumplimiento, así como de la cuantía de los mismos y es por eso que es ella quien tiene la carga de la prueba. 9) Finalmente, el Tribunal consideró que la ejecución total de la garantía de cumplimiento era razonable y proporcionada, debido a que la empresa actora incumplió el contrato de una manera grave, incluso incurriendo en ilegalidades al tener guardas de vigilancia armados, sin contar con los permisos de portación de armas correspondientes. Según este razonamiento, la garantía es una sanción impuesta al contratista por el incumplimiento y ésta debe ser ejecutada de forma proporcional a la gravedad del incumplimiento. De manera que si el incumplimiento es grave, debe ser ejecutada íntegramente. Peca nuevamente el Tribunal en olvidar que la función resarcitoria de la garantía consiste en asegurar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento, por lo que la intensidad del incumplimiento no definirá el monto por el cual será ejecutado la garantía; son los daños y perjuicios generados con dicho incumplimiento los que determinarán el monto de referencia.

Dichosamente, esta nefasta sentencia fue anulada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante voto 172-S1-F-2013 de las 9 horas 5 minutos del 14 de febrero de 2013, en el cual señaló lo siguiente:

“(…) si la Administración afirma que se le causó un detrimento patrimonial, está obligada a demostrarlo, cuantificarlo e informarlo al eventual responsable, a fin de que este fundamente su defensa con base en una estimación real y precisa [...]. Asimismo, la no especificación de los daños causados podría generar dos eventuales situaciones que resultan disconformes con el ordenamiento. En un primer supuesto se podría presentar un enriquecimiento sin causa a favor del ente público, en detrimento del patrimonio del contratista, en los casos en que la magnitud del daño sea de menores alcances pecuniarios con relación al monto depositado y automáticamente ejecutado. En un segundo escenario, la Administración dejaría de recuperar las sumas que superen el depósito, en los casos que el menoscabo patrimonial exceda ese monto, lo que redundaría en un beneficio irregular para el infractor y una correlativa lesión para el ente público, el cual recuperaría solo de manera parcial, los efectos del daño, actuación que es contraria al principio de reparación integral cuyo derecho y deber le asisten a la Administración. En ambas hipótesis se genera una transgresión al marco jurídico de referencia [...]”. De tal suerte, como responsable directo de los fondos públicos que administra, le corresponde en este caso al(demandado) demostrar, el quantum específico de los daños y perjuicios que se generan a raíz del incumplimiento, los cuales pueden ser menores, iguales o mayores a la suma depositada como garantía de cumplimiento. En esa inteligencia, deberá el ajustar su conducta al ordenamiento, proceder como en Derecho corresponda, determinando e imputando con claridad, la existencia,

cuantificación y nexo causal, entre los daños y/o perjuicios eventualmente causados y las actuaciones u omisiones del presunto responsable, extremos que deberán ser expresamente comunicados en el desarrollo del procedimiento administrativo que deberá desarrollarse a efectos de que la empresa ejerza su derecho de defensa en el marco de las garantías del debido proceso.”³¹¹

Así pues, la Sala estableció la obligación de la Administración de probar los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento del contratista, así como de determinar y probar el monto de estos, de previo a ejecutar la garantía de cumplimiento, resaltando la importancia de que la Administración determine la cuantía exacta y real de los daños y perjuicios. De no hacerlo, podría incurrir un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración, al ejecutar montos mayores a los daños y perjuicios ocasionados o bien, podría perjudicar el patrimonio de la Administración, al cobrar montos menores a dichos daños y perjuicios. Los argumentos expuestos en este voto, fueron utilizados de igual forma en la sentencia No. 1137 de las 08:40 horas del 13 de setiembre del 2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.³¹²

Este criterio de la Sala fue compartido posteriormente ese mismo año por la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, esta vez conformada por los jueces José Roberto Garita Navarro, Cynthia Abarca Gómez y Rosa Ma. Cortés Morales, en el voto No. 101 de las 10:26 horas del 06 de agosto del 2013, en donde además agregaron importantes consideraciones sobre la garantía de cumplimiento. Se trata del caso de Productos Vegetales Agra del Este S.A contra la Caja Costarricense de Seguro Social, el Hospital Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia y la señora Laura Torres Carmona, expediente No. 11-006190-1027-CA. La actora, quien resultó adjudicada en la licitación pública para el suministro de vegetales y frutas frescas procesadas, incumplió las condiciones contractuales, por lo que la entidad contratante procedió a resolver el contrato con su respectivo procedimiento y acto final, en donde se aclaró que dicho procedimiento era para la terminación anormal de la relación contractual y no para la ejecución de la garantía de cumplimiento, “(...) ya que contamos con un plazo de cinco años para ejercer gestiones resarcitorias, como lo es la ejecución de la garantía de cumplimiento.”³¹³ Tres semanas después de la emisión del acto final, la Administración le concedió audiencia y traslado a la accionante del peritaje actuarial que estimaba los daños y perjuicios derivados de los

³¹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 172, 14 de febrero de 2013, 9 horas 05 minutos.

³¹² Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1137, 13 de setiembre del 2012, 08 horas 40 minutos.

³¹³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

incumplimientos detectados en la licitación. La empresa contratista atendió la audiencia y, a su vez, solicitó la devolución de la garantía de cumplimiento porque había perdido su vigencia desde hace ya varios meses, ante lo cual, la entidad contratante respondió que no podía devolver la garantía ya que se encontraba en trámite de un incumplimiento. Posteriormente, la Administración le solicitó a la contratista que ampliara la vigencia de la garantía, para respaldar los daños y perjuicios en el procedimiento que al efecto iniciaría, indicando que el resto del dinero sería devuelto. Para tales efectos, estableció una fecha máxima el 18 de octubre del 2011, bajo la advertencia que de lo contrario se procedería a hacer efectiva la garantía de manera preventiva acorde con el numeral 40 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Este último acto fue impugnado por la contratista, reiterando la no vigencia de la garantía. La Administración licitante declaró sin lugar los recursos y procedió a ejecutar de forma preventiva la garantía de cumplimiento.

El caso se fue a la vía judicial y fue la sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo la que emitió una sentencia al respecto, en la cual se tuvo como probado que la garantía de cumplimiento no se encontraba vigente en el momento de su ejecución y como hecho no probado, que la CCSS hubiera iniciado formal procedimiento de ejecución de garantía de cumplimiento contra la accionante por daños y perjuicios relacionados con la ejecución del contrato. El Tribunal insistió en la importancia de distinguir el régimen de vigencia de la garantía con el régimen prescriptivo aplicable para que la Administración ejerza la acción indemnizatoria por daños y perjuicios (artículo 35 de la LCA). Es decir, el plazo de cinco años para reclamar los daños y perjuicios, no es el mismo plazo de vigencia propio de la garantía de cumplimiento, como pareció apreciarlo la entidad demandada. Por lo que, si la acción regulada en el ordinal 35 de la Ley No. 7494 se ejerce fuera de la vigencia de esa caución, “esa ejecución es improcedente, pues en tal caso, como se ha señalado, se impone la devolución a petición de parte, aunado a que el compromiso de aseguramiento por título especial y particular, ha fenecido ya por el vencimiento del plazo fijado unilateralmente por la unidad administrativa.”³¹⁴ De manera que, para iniciar el proceso de ejecución de la garantía, ésta debía estar vigente. La CCSS confundió los plazos, creyendo que el plazo de 5 años para reclamar daños y perjuicios era el mismo para ejecutar la garantía de cumplimiento. Es por ello que no inició dicho procedimiento mientras la garantía estaba vigente. Después de emitido el acto final donde se decidió resolver el contrato, la Administración tenía 20 días hábiles para iniciar el procedimiento formal de ejecución de

³¹⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

garantía. Si bien es cierto, que la Administración emitió un informe pericial dentro de esos 20 días, el Tribunal consideró muy acertadamente que dicho informe no implicaba la apertura del procedimiento de ejecución que establece el artículo 41 del RLCA, por lo que al no cumplir con lo establecido, la Administración debía devolver la garantía de cumplimiento ante la solicitud del contratista. Asimismo, indicó el Tribunal, la Administración no podía obligar a que se ampliara la garantía si ya ésta estaba fenecida con anterioridad y sin que constara acto emitido antes de ese vencimiento que previniera la ampliación; “la solicitud de prórroga resulta absolutamente improcedente y contraria a derecho. Desde ese plano, el oficio objeto de análisis pretende imponer al contratista conductas de ampliación de una garantía ya fenecida, lo que ciertamente, aprecia este Tribunal, constituye un ejercicio arbitrario e ilegal de las potestades públicas.”³¹⁵ Además, señaló el Tribunal, el requerimiento que hace la Administración de ampliar su vigencia sin siquiera haber iniciado formalmente un procedimiento para su ejecución, resulta una exigencia extemporánea e improcedente. Tampoco podía ejecutar de forma preventiva la garantía, según el artículo 40 del RLCA, dado que éste solo se puede dar en los supuestos de hecho donde aún no se haya recibido el objeto del contrato. Al haberse determinado la resolución contractual, es claro que no puede recibirse el objeto del contrato, pues se trata de una forma anticipada de terminación. Ello supone, la recepción del objeto del contrato no se producirá, o se ha producido de manera parcial o deficitaria. Así las cosas, el Tribunal declaró contraria a derecho la aplicación que de ese precepto ha realizado la Administración accionada, por no concurrir el supuesto de hecho condicionante que la misma norma impone. Por todo lo anterior, el Tribunal le ordenó a la entidad contratante, devolverle a la contratista el equivalente en dinero del monto representado por la garantía de cumplimiento ejecutada.

En esta importante sentencia, se logra entrever que, a partir de la interpretación normativa, el Tribunal esclareció y definió varios aspectos que se encontraban sujetos a confusión debido a la poca claridad del texto normativo o a la ausencia del mismo. Así, distinguió el plazo para reclamar los daños y perjuicios del plazo para ejecutar la garantía de cumplimiento; determinó que cuando hay resolución contractual por incumplimiento culpable al contratista, previo a reclamar los respectivos daños y perjuicios y a ejecutar la garantía de cumplimiento, se debe determinar si dichos daños y perjuicios son imputables al incumplimiento del contratista y cuantificar el monto correspondiente; estableció que después de emitido el acto final donde se decide finiquitar el contrato por incumplimiento

³¹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

del contratista, la Administración tiene 20 días hábiles para iniciar el procedimiento formal de ejecución de garantía, de no hacerlo en dicho plazo, la Administración debe devolver la garantía ante la solicitud del contratista; recalco la formalidad en que debe operar el procedimiento de ejecución de garantía, de manera tal que cumpla con lo establecido en el artículo 41 RLCA; dispuso que la Administración no puede exigir la ampliación de la garantía si la misma se encuentra fenecida y sin que exista acto emitido antes de ese vencimiento que prevenga la ampliación y/o sin haber iniciado formalmente procedimiento para ejecutar la garantía antes de su vencimiento. Finalmente, el Tribunal consideró que la ejecución preventiva de la garantía de cumplimiento, en los términos del artículo 40 del RLCA, no aplica en los supuestos en los que se ha determinado la resolución contractual, dado que en dichos supuestos, la recepción del objeto del contrato no se producirá, o se ha producido de manera parcial o deficitaria y el artículo 40 de marras “señala que tal modo de ejecución es factible en los casos en que un día hábil previo al vencimiento de la garantía, el contratista no la haya prorrogado, siempre que no se haya recibido el objeto del contrato (...) Este canon busca asegurar que ante la falta de concreción del contrato en lo que se refiere a la recepción de su objeto, siendo la garantía en cuestión un medio de aseguramiento del cumplimiento debido, es necesario mantenerla vigente. Sin embargo, cuando se ha optado por resolver el negocio, es deber de la Administración iniciar las acciones para cuantificar los daños ocasionados y hacer responder la garantía, siempre que dicho título se encuentre vigente.”³¹⁶

Es decir, una vez resuelto el contrato, la obligación del contratista de renovar la garantía corre la misma suerte de la relación contractual y, consecuentemente, feneces. Esta última consideración, vino a ser reforzada recientemente por la misma Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, en el voto No. 38-2017, donde fue sometida nuevamente a análisis la Licitación Pública Internacional número 02-2004 para la supervisión del proyecto de la carretera San José-Caldera, adjudicada al Consorcio conformado por Euroestudios e IMNSA Ingenieros Consultores, S.A. Según se verá más adelante, en el voto No. 206-2011, el Tribunal Contencioso Administrativo anuló la resolución final del procedimiento de resolución contractual, incoado contra el consorcio contratista, por considerar que en dicho procedimiento se violentó el debido proceso, lo que

³¹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

fue confirmado más adelante por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.³¹⁷ A pesar de esta situación, la entidad licitante -Consejo Nacional de Concesiones- continuó solicitando la renovación de la garantía de cumplimiento por parte del contratista, desde el argumento de que aún existían incumplimientos contractuales constatados en el expediente, así como una multa por cobrar y un proceso judicial de reajuste de precios entablado por el contratista, por lo que el vínculo contractual se mantenía y, resultaba necesario el mantenimiento de la vigencia de la garantía para asegurar el resarcimiento. Inconforme con lo anterior, el Consorcio contratista procedió a demandar al Consejo Nacional de Concesiones.

En el análisis del caso, los jueces realizaron varios razonamientos, dentro de los cuales cabe destacar el siguiente:

“Acá, debe indicarse que la norma 40 del Reglamento de Contratación Administrativa, cuyo párrafo final impone como obligación del contratista mantener vigente la citada garantía mientras no se haya recibido el objeto del contrato, es un mandato que guarda su lógica en los casos en que el contrato culmine mediante el mecanismo normal de acaecimiento del plazo o ejecución del objeto contractual (art. 203 RGLCA). Por ende, cuando el contrato termine por las vías denominadas "anormales", sea, rescisión, resolución o declaratoria de nulidad, es claro que en esos supuestos no puede hablarse de terminación del plazo o ejecución del objeto contractual, pues precisamente se trata de figuras que tiene por característica poner fin al vínculo negocial de previo a su culminación por esas sendas normales. Así, en los casos en que el contrato termine por algunas de las causales anormales, no aplica la obligación de mantener vigente la garantía de cumplimiento, pues el presupuesto de hecho en que se sustenta esa vigencia, cual es, la recepción del objeto del contrato, es material y jurídicamente imposible de satisfacer. Resulta un ilógico pensar en que al haber finiquitado la relación por nulidad o resolución, pervivan obligaciones que solo tienen sentido mientras perdure la vigencia del vínculo entre las partes, como es satisfacer el objeto del contrato o bien, mantener vigente la garantía de respaldo del cumplimiento de las obligaciones. De ahí que lo usual y debido es que al momento de instruir el procedimiento para terminar el contrato por alguna de esas tres causas señaladas, en la medida en que exista algún daño o perjuicio que deba ser indemnizado a la Administración como derivación de desatenciones de las obligaciones asumidas por el contratista (lo que sería factible de darse en la resolución contractual y excepcionalmente en los otros dos supuestos -rescisión y nulidad-), sea imperativo que el ente licitante dicte la apertura de los procedimientos de rigor para establecer la ocurrencia del incumplimiento y su proyección económica, de suerte que permita la ejecución de la citada caución de cumplimiento debido. (...) Si estando vigente la garantía se inician acciones indemnizatorias por incumplimientos, es claro que la finalidad de aquella permite su ejecución para cubrir esas implicaciones económicas, pero ello no lleva a que se infiera que la vigencia de la garantía debe estar sujeta al plazo de prescripción para indemnizar eventuales daños y perjuicios. De ser esa la intención de las normas que rigen la contratación administrativa, así se hubiera plasmado, pero tal postura no

³¹⁷ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 502, 25 de abril del 2013, 10 horas 45 minutos.

encuentra respaldo en el régimen actual de la Ley No. 7494 ni su reglamento, Decreto Ejecutivo No. 33411-H.”³¹⁸

Según se observa en el anterior extracto, el Tribunal distingue el margen de temporalidad de la vigencia de la garantía y los plazos de prescripción para el cobro de daños y perjuicios. Si bien, la acción indemnizatoria prescribe en un plazo de 5 años (y de 10 en obra pública por vicios ocultos), esto no supone que la garantía de cumplimiento deba mantenerse vigente por ese mismo plazo, pues esa acción podría ejercerse aún en casos en que esa garantía se encuentre vencida y/o haya sido liberada. De modo que no existe una sujeción de la acción reparatoria a la vigencia de la garantía y viceversa.

Igualmente, del voto de cita, se extrae que la ejecución de la garantía se encuentra condicionada a que se haya determinado dentro del procedimiento de resolución, la existencia y la cuantía de daños y perjuicios imputables a incumplimientos del contratista que han dado base a la resolución del contrato. De otro modo -agrega el Tribunal- se desnaturaliza la connotación indemnizatoria de dicha garantía. Es decir, no basta la orden de resolución para ejecutar esa caución sino que además se deben acreditar los daños y perjuicios. De no realizarse de esta forma, la garantía debe ser devuelta dentro de los veinte días hábiles siguientes a la emisión del acto que dispone resolver el contrato, siempre a solicitud de parte interesada. Lo anterior, siempre que dentro de esos veinte días no se haya iniciado formal procedimiento para su ejecución, como consecuencia de los incumplimientos que dieron base a la resolución, pues en ese caso, la existencia de ese procedimiento imposibilita la devolución. Con todo, debe tenerse en claro, la ejecución de la garantía se encuentra condicionada, además a que este título se encuentre vigente en los términos exigidos por el cartel, y en su defecto, por lo preceptuado por el ordinal 43 inciso b) del Decreto 33411-H, sea, dos meses adicionales a la fecha estimada de culminación del contrato. Desde este orden de ideas, el voto en estudio obliga a la Administración contratante a que, si desea resolver el contrato y ejecutar la garantía de cumplimiento, realice los procedimientos respectivos con la mayor prontitud posible y antes de que dicho título se encuentre vencido. De lo contrario, corre el riesgo de que ésta pierda su vigencia y, con ello, resulte improcedente su ejecución.

En el asunto analizado en el voto, el Consejo Nacional de Concesiones resolvió el contrato sin acreditar ni mencionar la existencia de daños y perjuicios surgidos de los presuntos incumplimientos y, paralelamente, suspendió el contrato, contratando así a otra

³¹⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

empresa para que finalizara el objeto contractual. Aunado a esto, en el voto No. 206-2011, el Tribunal dio por terminado el vínculo entre dicho Consejo y el Consorcio Euroestudios-IMNSA. Ergo, no existía posibilidad material o jurídica alguna de considerar que el objeto de ese vínculo original, pudiera ser entendido como vigente o de posible cumplimiento y así lo concibió el Tribunal Contencioso Administrativo, según se observa a continuación:

“Lo anterior introduce la imposibilidad de hacer resurgir los deberes propios de la relación contractual a partir de la nulidad del acto de resolución contractual, pues por un lado, el plazo original del vínculo ya había fenecido, y por otro lado, el objeto que sustentaba la existencia de esa relación ya había sido satisfecha (al momento de declarar la citada nulidad), por haberse contratado a otro ente para esos efectos. Por esa razón, fue que en la sentencia No. 206-2011-VI se condenó al CNC a cancelar al consorcio el referido lucro cesante, por el plazo remanente del contrato que este último no pudo cumplir como consecuencia de una resolución que fue luego declarada ilegítima. Ante esta circunstancia, la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato emerge como derivación de conductas que son plena y exclusivamente imputables al CNC, sin que pueda desprenderse que la entidad accionante propiciara esa particularidad. (...) Esto por las razones recién comentadas, que ponen en evidencia la imposibilidad de cumplir con ese objeto, dado que el contrato en cuestión ya ha terminado por las razones apuntadas. Por otro lado, la existencia o no de incumplimientos demostrados en la ejecución del contrato que vinculaba a las partes no dice de la obligación de mantener la vigencia que aduce el CNC, cuando no se ha acreditado en autos la existencia de procedimiento alguno en el cual se pretenda el cobro de esos daños y perjuicios que se alegan. En efecto, el CNC señala que es evidente la concurrencia de infracciones al régimen de obligaciones del contrato de marras, empero, no aporta en lo absoluto algún elemento que ponga en evidencia la necesidad de actualizar la caución por haber instruido causas internas direccionadas a acreditar y cuantificar daños y perjuicios que deban ser cubiertos con ese título.”³¹⁹

Al no existir posibilidad alguna de recibir el objeto contractual por parte del Consorcio demandante, la restricción y negativa de la Administración de liberar la garantía de cumplimiento, así como la reiterada exigencia de su renovación, se encontraban contrarias a derecho. Consecuentemente, el Tribunal declaró parcialmente con lugar la demanda, ordenándole al Consejo Nacional de Concesiones, la liberación de la garantía, así como el pago de daños y perjuicios ocasionados al contratista, que consistían en los gastos financieros por renovación de garantía y comisiones bancarias y en el perjuicio financiero, correspondiente al interés legal sobre las sumas anteriores (gastos financieros por renovación de garantía y comisiones). Asimismo, le ordenó al Consejo accionado, la inmediata apertura de los procedimientos internos que permitan determinar la eventual responsabilidad civil y/o disciplinaria de los funcionarios responsables de las acciones u

³¹⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

omisiones que se constituyeron en la causa del daño condenado, dentro de los plazos prudenciales que correspondan.³²⁰

De los anteriores casos en estudio, se debe extraer la importancia de definir aspectos de la contratación administrativa, de los cuales, tanto la Administración como los jueces, deben conocer y aplicar, para así evitar errores de grave afectación, tanto para el interés público como el particular. Igualmente, se debe insistir en la obligación de la Administración de ejercer control y fiscalización en todo el proceso de ejecución contractual, dentro de la cual están las funciones de velar por el mantenimiento de la vigencia de la garantía de cumplimiento y; cumplir con los plazos y los requisitos para establecer los procedimientos regulados en la normativa, como lo es el de liquidación de daños y perjuicios, la ejecución de la garantía de cumplimiento, la resolución contractual, entre otros.

Con lo dicho hasta acá, se abarcan los aspectos generales de la resolución contractual por incumplimiento del contratista, dejando de lado el procedimiento que se debe llevar a cabo, el cual será estudiado con detalle en el capítulo tercero de la presente investigación.

SECCIÓN III: LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

El tercer efecto que surge producto del incumplimiento contractual por parte del contratista, es el de la indemnización de daños y perjuicios. Esto es que el contratista debe pagarle a la Administración contratante, el equivalente pecuniario de los daños y perjuicios generados por la falta de cumplimiento de un contrato o de una obligación contractual determinada (responsabilidad civil contractual).

Concepto de daños y perjuicios

De previo al análisis de este efecto, conviene definir el concepto de daños y perjuicios. Daño emergente se refiere a “la pérdida sufrida por el patrimonio del acreedor a causa de la inejecución o mala ejecución de la obligación por parte del deudor”³²¹, mientras que el perjuicio o lucro cesante “está constituido por la falta de ganancia del acreedor, a causa de la no ejecución o de la mala ejecución de la obligación.”³²²

³²⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 38, 29 de marzo del 2017, 13 horas 45 minutos.

³²¹ Christian Larroumet, *Teoría general del contrato* (Bogotá: Temis, 1999), 651-652, citado en Rodríguez, “Los efectos del incumplimiento”, 362.

³²² *Ibíd.*

La responsabilidad contractual

En la doctrina de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se tiene lo siguiente:

“ (...) en la hipótesis de responsabilidad civil contractual, el deber de reparación surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación, cuya fuente es una relación jurídica preconstituida y por ello, preexistente al hecho reputado como causa eficiente del daño, en donde el agente es el sujeto pasivo (deudor) y por ello incumplidor culpable de esa relación jurídica obligacional frente al sujeto activo (acreedor), cuya esfera jurídica es la que deviene lesionada producto de ese incumplimiento.”³²³

Así las cosas, la responsabilidad civil contractual produce un nuevo lazo entre las partes, pero no ya como acreedor y deudor del contrato, sino como agente y víctima; de esta forma “subyace como elemento necesario, la existencia de una relación obligatoria que vincula jurídicamente, de manera activa y pasiva, tanto al agente como a la víctima del daño.”³²⁴ Cabe resaltar que la responsabilidad civil contractual presupone la existencia no solo de una obligación jurídica determinada, convenida libremente por las partes, sino que además, presupone el hecho de que tal obligación haya sido incumplida culpablemente por el obligado³²⁵, generando daños y perjuicios al acreedor.

En Costa Rica, la responsabilidad contractual se encuentra regulada constitucionalmente en el artículo 41, cuyo texto indica: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales.”³²⁶ Esta disposición constitucional es la que le da a la indemnización de daños y perjuicios, una naturaleza resarcitoria y no punitiva, ya que le garantiza a las personas que sufren un menoscabo en su persona, propiedad o intereses morales. En este sentido, también lo ha entendido la Sala Primera:

“El sistema de responsabilidad obligacional costarricense se sustenta en el artículo 41 de la Constitución Política (...). De este texto se colige la salvaguarda, como garantía básica de todas las personas de la República, de tener la aptitud para ser indemnizados si sufren un quebranto en su patrimonio o en su persona, que repercuta en su ámbito material o moral. Así, sobre esta materia la norma fundamental, no tiene como norte principal perseguir, en lo civil, a quienes cometan un daño, sino proteger siempre a quien lo haya sufrido. Es decir, la Constitución Política, en el ámbito del resarcimiento pecuniario, no busca cumplir una función punitiva o preventiva, sino constituirse en una garantía de preservar lo que en doctrina se denomina Derecho de Daños: el derecho de la víctima a que su

³²³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 30, 27 de enero del 2005, 10 horas 45 minutos.

³²⁴ *Ibíd.*

³²⁵ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 320, 09 de noviembre de 1990, 14 horas 20 minutos; y resolución No. 354, 14 de diciembre de 1990, 10 horas.

³²⁶ Constitución Política, artículo 41.

afectación le sea reparada si existe un factor de atribución de responsabilidad, en contra de otro sujeto, que lo permita. Ello concuerda con las tendencias jurídicas actuales que no ven a la responsabilidad civil como una forma de sancionar al culpable sino de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió, cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento.”³²⁷

La responsabilidad civil contractual se encuentra regulada más específicamente en el Código Civil en los artículos 701 y siguientes. Más especialmente, el artículo 702 señala que “El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sean en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.”³²⁸

Aunado a esto, el artículo 1023, señala, para lo que interesa que “Los contratos obligan, tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta (...).”³²⁹ De manera que se extrae que la responsabilidad civil contractual surge por el incumplimiento de las particulares obligaciones impuestas, tanto en el contrato como por los que la equidad, el uso o la ley hagan nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.

El estudio de la responsabilidad contractual conlleva, a su vez, el de la culpabilidad. Esto es que para que el deudor incumplidor responda por los daños y perjuicios que cause a su acreedor, se requiere que su incumplimiento sea al menos culposo. Al respecto y en aras de evitar reiteraciones, se debe remitir al apartado del presente capítulo en donde se hizo mención a la necesaria culpabilidad para resolver el contrato por incumplimiento del contratista. La culpabilidad en este caso, opera en igual sentido a lo expuesto anteriormente, quedando claro entonces el concepto de ésta, así como el del dolo y la culpa, la carga probatoria en cada caso y los eximentes de responsabilidad regulados en nuestra normativa.

Los presupuestos de la responsabilidad contractual

Ahora bien, es imperioso mencionar que para que exista responsabilidad civil contractual, se requiere la existencia de cuatro condiciones, las cuales se desarrollan a continuación:

- a) La existencia de un contrato.³³⁰

³²⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 212, 28 de marzo del 2008, 8 horas 15 minutos.

³²⁸ Código Civil, artículo 702.

³²⁹ Código Civil, artículo 1023.

³³⁰ Cf., Rodríguez, “Los efectos del incumplimiento”, 360.

- b) El incumplimiento de una obligación contractual, que no necesariamente debe ser grave.³³¹ El incumplimiento contractual debe darse en los términos establecidos en el presente estudio, haciendo la referencia de que el mismo no debe ser grave para que surja la obligación resarcitoria. El incumplimiento puede ser parcial o total, además se puede dar en cualquiera de las modalidades ya estudiadas.
- c) La producción de un daño o perjuicio que sea indemnizable.³³² Este daño debe ser efectivo o cierto, es decir, no puede ser meramente eventual, posible, hipotético o condicionado. El carácter reparador se caracteriza por ser propio del Derecho Civil, toda vez que lo que es objeto de esta materia, generalmente puede ser expresado en cifras pecuniarias y, por tanto, ser restituido. Esto aplica igual en la contratación administrativa, donde la Administración se ve compensada económicamente por el daño ocasionado con el incumplimiento del contratista. Así por ejemplo, en un contrato de suministro, el daño producto del atraso en la entrega de un bien determinado, puede ser convertido en dinero, posibilitando el reintegro de las pérdidas ocasionadas durante el tiempo en que la Administración contratante fue afectada por el retraso.
- d) Una conexión causal entre el incumplimiento de la obligación y el daño cuya indemnización se reclama.³³³ Es decir, se debe realizar un análisis de causa-efecto, donde se logre concluir que los daños y perjuicios generados a la Administración, son consecuencia del incumplimiento de la obligación por parte del contratista.

Distinción entre indemnización de daños y perjuicios, ejecución forzosa y resolución contractual

De lo anterior, se logra ver que los requisitos para que proceda la indemnización de daños y perjuicios distan de los requisitos de los otros efectos analizados con anterioridad. Así, se diferencia de la resolución contractual en que "(...) mientras la resolución requiere un incumplimiento grave, la responsabilidad requiere un incumplimiento cualquiera de una obligación contractual."³³⁴ Por otro lado, mientras la resolución contractual y la ejecución forzosa o sustitutiva no requieren necesariamente la irrogación de daños, la responsabilidad no existe si no hay daños. Finalmente, mientras la resolución y la ejecución sustitutiva o

³³¹ Cf., Torrealba, 450 y Rodríguez, "Los efectos del incumplimiento", 360.

³³² Cf., Torrealba, 450 y Rodríguez, "Los efectos del incumplimiento", 360.

³³³ *Ibíd.*

³³⁴ Torrealba, 451.

forzosa exigen que quienes la reclaman hayan cumplido el contrato, la responsabilidad no exige esta condición. El profesor Federico Torrealba ejemplifica esto último con lo siguiente:

“(...) si, en virtud del incumplimiento de la parte, la contraparte, suspende la ejecución de la obligación correlativa (por la *exceptio inadimpleti contractus*), compete a la parte absorber el daño derivado de la inejecución de su crédito, pues él provocó su propio daño al haber incumplido primero.”³³⁵

Claro está que, esto no quiere decir que, ante el incumplimiento de una de las partes, la contraparte adquiere una licencia para dañar. A pesar de que las tres figuras son independientes y cuentan con características distintas, tanto la ejecución forzosa o sustitutiva como la resolución contractual, puede coincidir con la indemnización de daños y perjuicios. Esto ha sido confirmado por la Sala Primera quien ha señalado que “(...) en los contratos bilaterales, la regla es más específica, pudiendo el cumplidor solicitar además de la ejecución forzosa, la resolución contractual, una u otra a su selección (artículo 692 *ibidem*), y en ambos casos con la indemnización de los daños y perjuicios causados.”³³⁶ De manera que, tanto cuando hay ejecución sustitutiva como cuando hay resolución contractual, el incumplidor debe indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento, siempre y cuando se den las condiciones que son requisito de la responsabilidad contractual.

En concordancia con esto, el jurista Libardo Rodríguez menciona los supuestos en los que procede la indemnización de daños y perjuicios: a) “(...) cuando la ejecución in natura de la obligación ya no es posible, sea por una imposibilidad material o jurídica, sea por la pérdida de interés del acreedor. La obligación de reparar sustituye, en ese contexto, a la obligación pactada”³³⁷; b) “(...) en la ejecución in natura, respecto de los perjuicios generados por el retardo o el cumplimiento imperfecto”³³⁸ y; c) “(...) en la resolución del contrato, respecto de los daños derivados del incumplimiento que genera la terminación del mismo.”³³⁹ A lo anterior se le debe agregar el supuesto de la ejecución sustitutiva, en el cual los daños y perjuicios por cobrar son los derivados de dicha ejecución. Para cada uno de estos supuestos, cabe recordar que se deben cumplir los requisitos antes señalados para que proceda la responsabilidad contractual.

³³⁵ Torrealba, 451.

³³⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 473, 06 de agosto del 2003, 10 horas 40 minutos.

³³⁷ Rodríguez, 359.

³³⁸ *Ibíd.*

³³⁹ Rodríguez, 359.

La responsabilidad contractual en la contratación administrativa

La responsabilidad civil contractual en la contratación administrativa no dista de la regulada por el Derecho Civil, por lo que resulta adecuado remitirse a lo expuesto en el Código Civil sobre este tema. No obstante, tanto la LCA como el RLCA ajustan esta figura al régimen propio de Derecho Administrativo. Así, se regula la ya ampliamente analizada garantía de cumplimiento, la cual no existe en el Derecho Privado ya que responde a la necesidad de que el interés público se vea asegurado.

Esta garantía le permite a la Administración ser indemnizada -al menos parcialmente- por los daños y perjuicios ocasionados por el contratista. Empero, la inexistencia o inejecutabilidad de ésta no es óbice para que la Administración reclame la indemnización de daños y perjuicios por otros medios. El artículo 46 del RLCA regula otro tipo de garantías y retenciones que pueden ser utilizadas por la Administración de la misma forma que la garantía de cumplimiento, asegurando así el resarcimiento de los daños y perjuicios. De igual manera, el artículo 41 del RLCA permite la aplicación de saldos pendientes como medio de pago. De manera que, de no existir garantía de cumplimiento o de no resultar ejecutable la misma, la Administración puede proceder a la ejecución de las retenciones existentes o de los saldos pendientes. La Sala Primera ha confirmado la posibilidad de que la Administración proceda al cobro de los daños y perjuicios utilizando cualquiera de esos dos medios, lo que se puede ver en el siguiente extracto:

“En cuanto a los pagos retenidos al señor Arce Miranda por la suma convenida antes de que se descubrieran las irregularidades que se ha examinado en ese proceso, **debe disponerse que una vez determinados los daños y perjuicios ocasionados al Estado, deberá efectuarse la compensación a que haya lugar.** Esto último se dispone así ya que **al haberse retirado prematuramente las garantías de cumplimiento de la contratación administrativa, la cantidad retenida debe asumir aquellas funciones, y no ocasionar perjuicios a ninguna de las partes, en virtud del principio de buena fe y equidad que está incluido en toda contratación.** (...)

Es razonable que, tratándose del pago de una suma de dinero por concepto de daños y perjuicios, a quien a su vez adeuda otra suma de dinero al obligado por concepto de saldo en la contraprestación, se simplifique la operación en beneficio de ambas partes a través del mecanismo de compensación. No perjudica a la recurrente lo que dispone el Tribunal, por el contrario, mediante esa fórmula, la suma de dinero de la que tendría que disponer eventualmente para cancelar la indemnización por daños y perjuicios será menor, pues debe entenderse que la retención de las sumas de dinero con las que la Administración debe cancelar la obligación serán liberadas en el monto que resulte al descubierto luego de deducir la suma en la cual se calculen los daños y perjuicios irrogados. No se advierte perjuicio alguno para la parte supuestamente agraviada con la forma en la que el Tribunal dispone debe hacerse el pago, **pues es lo ordinario existiendo garantía de cumplimiento, carácter al que puede asimilarse las sumas retenidas, ante**

la ausencia de aquella por el retiro intempestivo imputable a la actora.”³⁴⁰ (El resaltado es mío)

El procedimiento de reclamo de daños y perjuicios también resulta muy distinto del utilizado en el Derecho Privado. Es cierto que para Marienhoff, tanto la fijación del monto de los daños, como el cobro de su importe, “(...) debe obtenerlo la Administración Pública mediante decisión jurisdiccional judicial, ante la cual deberá promover la respectiva acción. (...) El acto administrativo que declarase la existencia y el monto de los daños y perjuicios, cuyo pago deba efectuar el cocontratante carecería, pues, de ejecutoriedad propia.”³⁴¹ No obstante, el ordenamiento jurídico costarricense funciona de forma disímil a lo expuesto por Marienhoff, toda vez que le da ejecutoriedad al acto administrativo donde se determine la existencia y el monto de los daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento imputable al contratista. Tanto es así que, incluso, la LCA y el RLCA establecen un procedimiento de ejecución de la garantía de cumplimiento (artículo 14 LCA y 41 RLCA), el cual ya fue objeto de estudio en el apartado anterior. Por medio de ese procedimiento, la Administración se ve posibilitada de reclamar los daños y perjuicios, y de cobrarlos en la vía administrativa, sin necesidad de recurrir a los tribunales judiciales. De modo que, en este aspecto, la potestad de la Administración de ejecutar sus propios actos es más amplia en el régimen de contratación administrativa costarricense que en el argentino, según lo indicado por Marienhoff.

Procedimiento para reclamar daños y perjuicios

Según se acaba de exponer, la LCA y el RLCA regulan un procedimiento de ejecución de la garantía de cumplimiento (artículo 14 LCA y 41 RLCA) que le permite a la Administración reclamar los daños y perjuicios y cobrarlos en la vía administrativa, procedimiento ampliamente analizado supra. A dicho análisis, es menester agregarle que, si una vez ejecutada la garantía, el contrato continúa en ejecución, la Administración deberá solicitar al contratista su inmediata restitución en las condiciones pactadas. Esto es para los supuestos en los que no se declaró la extinción (resolución) del contrato por el incumplimiento del contratista.

Ahora bien, ni la LCA ni el RLCA regulan los casos en los que no hay garantía de cumplimiento porque la Administración optó por no solicitarla –en los procedimientos de

³⁴⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 82, 20 de mayo de 1992, 15 horas 05 minutos.

³⁴¹ Marienhoff, 417.

contratación directa, por ejemplo-, o los casos en los que ya la garantía de cumplimiento fue ejecutada y el contratista no la restituyó o cuando la garantía de cumplimiento no se encuentra vigente. En todos esos casos, por aplicación analógica, se debe aplicar el procedimiento regulado en el artículo 41 RLCA, toda vez que el objetivo de este procedimiento es, en primera instancia, determinar y acreditar la existencia de responsabilidad contractual, estableciendo la estimación de los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento, imputables al contratista, para posteriormente, ejecutar la garantía de cumplimiento hasta por el monto necesario para resarcir a la Administración. En caso de que la garantía de cumplimiento no sea suficiente -establece el mismo artículo- la Administración puede aplicar el monto de las retenciones que se hubieren dado y los saldos de pago pendientes, o en último caso, recurrir al cobro en vía judicial. De modo tal que el procedimiento ahí regulado, se debe interpretar ampliamente, entendiendo que consiste en un procedimiento para que la Administración reclame la responsabilidad contractual por el incumplimiento del contratista, pudiendo cobrar el monto ahí determinado, mediante la ejecución de la garantía de cumplimiento y/o las retenciones realizadas, así como los saldos de pago pendientes y, de ser necesario, le permite recurrir a la vía judicial. Aquí se debe reiterar que el artículo 148 LGAP dispone que los recursos administrativos no suspenden la ejecución de los actos impugnados, a menos que con dicha ejecución se causen perjuicios graves o de imposible o difícil reparación. Por lo tanto, la Administración puede proceder al cobro de los daños y perjuicios establecidos, aun cuando el contratista haya recurrido el acto final. Con este procedimiento, se cumple el debido proceso, otorgando plazos prudenciales para que el contratista ejerza su derecho de defensa. Inclusive, recurriendo a la LGAP, el acto final puede ser impugnado, según lo ya definido en el apartado anterior.

No obstante lo anterior, el criterio reiterado de la Procuraduría General de la República se encamina por considerar que en casos de incumplimiento contractual, en los que la Administración requiere recuperar sumas por concepto de daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento, la Administración interesada debe seguir, para la determinación del monto correspondiente, el procedimiento administrativo que determinan los numerales 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública³⁴², es decir, se debe seguir el procedimiento ordinario. Estos criterios fueron dictaminados en el año 1996 y, posteriormente, en el 2014. En igual sentido, en el año 1992 el Tribunal Contencioso

³⁴² Cf., Procuraduría General de la República, Dictamen No. C-061-96, 30 de abril de 1996; Dictamen No. 137-96, 6 de agosto de 1996 y; Dictamen No. C-138-2014, 05 de mayo del 2014.

Administrativo consideró necesario realizar el procedimiento ordinario para determinar la cuantía de daños y perjuicios, "(...) en razón de que el acto final puede causar perjuicio grave al administrado."³⁴³ Cabe resaltar que en esos años aun no existía el actual RLCA, por lo que no estaba regulado el procedimiento de ejecución de la garantía de cumplimiento, siendo evidente, ante tal ausencia, la necesidad de recurrir al procedimiento ordinario. No fue sino hasta el 04 de enero del 2007, que entró en vigencia el actual RLCA, regulándose así un procedimiento específico para la determinación de daños y perjuicios y, la eventual ejecución de la garantía de cumplimiento. Es por ello que resulta innecesario aplicar el artículo 308 de la LGAP cuando existe un procedimiento especial reglamentado, el cual-se debe reiterar- es suficiente para la satisfacción del debido proceso e-inclusive- es más expedito que el procedimiento ordinario de la LGAP, lo que beneficia al interés público. Siendo así, el criterio de la PGR amerita una reconsideración de forma tal que se ajuste a la normativa vigente.

Según el procedimiento del artículo 41 RLCA, una vez que la Administración emita un acto final donde fije el monto exacto de la cuantía podrá ejecutar la garantía de cumplimiento si se encuentra vigente hasta por el monto necesario para resarcir todos los daños y perjuicios. Si el monto a ejecutar es menor que el de la garantía, entonces la misma deberá ser devuelta en los términos del artículo 45 RLCA ya estudiado. En caso de que el monto no sea suficiente, podrá aplicar las retenciones efectuadas durante la ejecución contractual, así como los saldos de pago pendientes al contratista. Si aún así el pago por concepto de daños y perjuicios no se ve satisfecho en su totalidad, la Administración podrá recurrir al cobro judicial. Para ello, deberá actuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 inciso a) y el 150, ambos de la LGAP. Es decir, deberá intimar dos veces consecutivas al contratista, requiriéndole cumplir con el pago del monto determinado en un plazo prudencial (artículo 150.3 LGAP). Transcurrido el plazo sin que el contratista realice el pago debido, la Administración puede acudir al cobro judicial y, consecuentemente, al apremio sobre el patrimonio del contratista –de resultar procedente-, utilizando como título ejecutivo, el acto final certificado (artículo 149.a LGAP). El cumplimiento del procedimiento del artículo 150 LGAP de previo a recurrir a la vía de cobro judicial, es indispensable. Así lo

³⁴³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución No. 289, 31 de marzo de 1992, 9 horas 15 minutos.

ha resaltado tanto la PGR como el Tribunal Contencioso Administrativo.³⁴⁴ Para lo que interesa, se puede destacar el siguiente extracto:

“Los contratos administrativos, a pesar de que tienen fuerza de ley entre las partes, según lo dispuesto en artículo 1022 del Código Civil, no tienen el carácter de título ejecutivo, de los que menciona el artículo 2 de la Ley de Cobro Judicial. En razón de lo anterior, si la Administración requiere recuperar sumas por concepto de daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual y, a los efectos de constituir un título ejecutivo habilitante para acudir a un proceso ejecutivo, tiene que seguir el procedimiento administrativo ordinario contemplado en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, en el cual se le permita a la parte contractual incumpliente ejercer plenamente su derecho de defensa. Y luego, después de determinado mediante acto final el monto adeudado, realizar las intimaciones que exige el numeral 150 de la citada Ley General.”³⁴⁵

La aplicación de los artículos 149 y 150 de la LGAP para cobrar los daños y perjuicios tiene una excepción: cuando la empresa contratista se encuentren en proceso de administración con intervención judicial, regulado en el Código Procesal Civil. Con solo la existencia de resolución inicial de un proceso de ese tipo, la Administración no puede proceder al cobro judicial en los términos del artículo 149 de cita, sino que deberá someterse a las regulaciones propias del proceso, como acreedora de la empresa contratista.³⁴⁶

Cabe resaltar que durante el procedimiento, la Administración está obligada a determinar las actuaciones u omisiones del contratista consideradas incumplimiento, la imputabilidad de ese incumplimiento al contratista, la certeza sobre la existencia del daño y/o perjuicios, su cuantificación por los medios que resulten idóneos, la relación de causa efecto entre la afectación generada y el proceder del contratista a fin de acreditar el nexo de causalidad que señala a este último como autor responsable del detrimento patrimonial sufrido y el monto por el que será ejecutada la garantía o cualquier otra retención o saldo pendiente. De no cumplir con todo lo anterior, la Administración no puede proceder al cobro, ni a la ejecución de la garantía de cumplimiento y demás garantías, retenciones o saldos pendientes.

En relación con la carga probatoria del incumplimiento, tal y como se mencionó en el apartado anterior, la Administración es la encargada de probar que el contratista incumplió las obligaciones contractuales esenciales. Una vez determinado dicho incumplimiento, se presume que el contratista es culpable de éste y que, por lo tanto, debe responder. En ese supuesto, si existe una eximente de responsabilidad, le corresponderá

³⁴⁴ Cf., Procuraduría General de la República, Dictamen No. C-061-96, 30 de abril de 1996; Dictamen No. 137-96, 6 de agosto de 1996; Dictamen No. C-138-2014, 05 de mayo del 2014 y Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución No. 289, 31 de marzo de 1992, 9 horas 15 minutos.

³⁴⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen No. C-138-2014, 05 de mayo del 2014.

³⁴⁶ Cf., Procuraduría General de la República, Dictamen No. C-035-2003, 11 de febrero del 2003.

al contratista demostrarlo. En caso de que la Administración considere, además que el contratista incumplió dolosamente, es ella quien debe probarlo. La Sala Primera realiza una observación sobre este aspecto, que se puede ver en el siguiente extracto:

“Ante la responsabilidad contractual, u obligacional como la refiere alguna doctrina reciente, el damnificado no tiene la carga de probar que el incumplimiento se ha producido como consecuencia de una conducta culposa, principalmente en cuanto a las obligaciones de resultado. La mera constatación del incumplimiento, los daños producidos como consecuencia directa de éste, y la relación de causalidad entre ambos, hace surgir el deber de reparación. Si el deudor desea desvirtuar el nexo de causalidad por mediar hecho de la víctima, de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente deberá probarlo. Únicamente tratándose de las obligaciones de medios, al no poder exigirse un determinado resultado concreto, no es viable invocarlo ante el juez como parámetro objetivo de incumplimiento, por lo cual es menester demostrar la culpa en la conducta exigida, probando que el deudor no hizo todo lo posible por alcanzar el resultado. Ergo, más que un resultado, se exige un deber de comportamiento.”³⁴⁷

La Sala Primera confirma lo de la carga probatoria recién indicado, en cuanto a que la víctima no tiene que probar la culpabilidad del deudor, ya que es suficiente con probar el incumplimiento, los daños y perjuicios irrogados y la relación de causalidad. No obstante, hay una excepción a esto: cuando se trata de obligaciones de medio, es decir, cuando la obligación no consista en resultados u objetivos, sino que se trata de compromisos de actuar de forma diligente, sin asegurar un resultado determinado. Esto se da cuando, por ejemplo, en un contrato por servicios de abogacía, el abogado se compromete a defender a su cliente, actuando con la diligencia debida, sin obligarse a obtener un resultado positivo.

Ahora bien, en cuanto a la carga probatoria de los daños y perjuicios, ésta le corresponde a quien los reclama. Es decir, es a la Administración a quien le corresponde demostrar y acreditar que con el incumplimiento imputable al contratista, se generaron daños y perjuicios, así como determinar y probar la cuantía del monto correspondiente. Si el contratista se opone a lo reclamado por la Administración, deberá probar su dicho. Esto de conformidad con el artículo 317 del Código Procesal Civil que establece que la carga de la prueba le corresponde a quien formule una pretensión, respecto de las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho y a quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor. Más específicamente, el artículo 58 del Código Contencioso Administrativo obliga a la actora por establecer en la demanda, cuando haya una pretensión de daños y perjuicios, la concreción del motivo que los origina, en qué consisten y su estimación prudencial. Resulta menester que la jurisprudencia reciente de la Sala ha venido a reforzar todo lo anterior, al

³⁴⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 460, 30 de julio del 2003, 10 horas 45 minutos.

indicar que: "(...) si la Administración afirma que se le causó un detrimento patrimonial, está obligada a demostrarlo, cuantificarlo e informarlo al eventual responsable, a fin de que este fundamente su defensa con base en una estimación real y precisa."³⁴⁸ Aquí se debe agregar lo ya expuesto anteriormente, en relación con que cuando la carga probatoria recaiga sobre el contratista, si la Administración se encuentra en posibilidad más próxima y en mejores condiciones para ofrecer la prueba en el procedimiento, entonces es esta última a quien le corresponderá el "onus probandi". Esto es confirmado por la Sala Primera en el siguiente pronunciamiento:

"(...) se traslada la carga a quien, a raíz de su situación personal, se halla en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso, sin que importe si es el actor o el demandado. Por lo tanto, a manera de síntesis, lo regulado en el precepto 317 de cita no puede ser tomado como absoluto, cuando se trata de responsabilidad obligacional en general, y al tenor de las exigencias de cada caso, en atención a la naturaleza de un hecho alegado o rechazado por los litigantes, deberá aportar la prueba para este quien se encuentre en la mejor posibilidad de acceder a ella. Se exige a quien la tenga a su disposición. Pero lo anterior, no exime a la víctima de toda carga probatoria, pues habrá aspectos que sí le atañerán, pues estará a su alcance demostrar determinados hechos."³⁴⁹

Así las cosas, es la Administración quien debe determinar la cuantía de los daños y perjuicios. Lo más recomendable es que sea determinada mediante un estudio técnico por parte de un experto en el tema. No obstante, no en todos los casos resulta necesario dicho estudio por cuanto la información requerida para establecer el monto se encuentra explícita dentro del mismo expediente.

De igual forma, la Administración puede recurrir a la vía judicial a realizar el cobro de daños y perjuicios, para que sea un juez el que determine la cuantía. En este supuesto, la Administración debe recordar que es ella quien debe dar una estimación de la cuantía y, dado que es quien tiene la carga de la prueba, debe efectuar un esfuerzo grande para acreditar la cuantía exacta por los daños y perjuicios irrogados, aportando toda la prueba necesaria para tal efecto.

Como ejemplo de lo dicho hasta acá, se puede mencionar el caso de Rosmali S.A. contra el Estado, expediente No. 92-000082-0004-CA, en donde la empresa contratista le entregó a la Administración contratante unos motores usados que no estaban en las condiciones a que se había obligado y que, según expertos mecánicos, requirieron de diversas reparaciones y ajustes para su funcionamiento, viéndose obligada la Administración por incurrir en gastos para acondicionarlos. Es por ello que el Tribunal

³⁴⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 172, 14 de febrero de 2013, 9 horas 5 minutos del; y resolución No. 1137, 13 de setiembre del 2012, 08 horas 40 minutos.

³⁴⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 212, 28 de marzo del 2008, 8 horas 15 minutos.

Contencioso Administrativo decidió resolver el contrato y obligar a la empresa contratista a indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados, entre los cuales se encontraban el valor real de los motores adquiridos, las reparaciones y repuestos que necesitaron y el perjuicio fiscal sufrido al tratarse de artículos usados. Todos esos datos obraban en el expediente pero, dado que precisaban depuración y discusión en cuanto a cada rubro, el Tribunal ordenó que los daños y perjuicios fueran determinados en proceso de Ejecución de Sentencia.³⁵⁰ Se está ante un caso en el que la Administración no debía hacer un mayor esfuerzo puesto que toda la información se hallaba dentro del mismo expediente. A pesar de ello, en el eventual proceso de Ejecución de Sentencia, la Administración debía especificar cada rubro para así poder cobrar la cuantía exacta, sin que conllevara ningún tipo de enriquecimiento indebido a favor de la Administración o del contratista.

Tal y como se explicó en el apartado anterior, la determinación real y exacta de la cuantía de los daños y perjuicios irrogados es de suma importancia, toda vez que con ella se evitaría incurrir en un enriquecimiento sin causa a favor del ente público, en perjuicio del patrimonio del contratista, en los casos en que la magnitud del daño sea de menores alcances pecuniarios en relación con el monto depositado y automáticamente ejecutado; así como en una lesión para la Administración, en beneficio irregular del contratista, en los casos que los daños y perjuicios excedan la cuantía fijada. Es por ello que se debe insistir en que la Administración se desempeñe de la mejor forma, realizando los esfuerzos necesarios, por todos los medios posibles, en aras de que se cumpla a cabalidad con el principio de reparación integral.

La prescripción de la potestad para reclamar el pago de daños y perjuicios

Finalmente, se debe mencionar que la LCA agrega un aspecto de suma relevancia que hace una gran diferencia con lo establecido en el Derecho privado: la prescripción. El artículo 707 del Código Civil señala que la responsabilidad por daños y perjuicios prescribe con la obligación cuya falta de cumplimiento la produce. Esto no resulta aplicable a la contratación administrativa, toda vez que el artículo 35 de la LCA reza lo siguiente:

“En cinco años, prescribirá la facultad de la Administración de reclamar, al contratista, la indemnización por daños y perjuicios, originada en el incumplimiento de sus obligaciones. Si se trata de obras públicas, el término para el reclamo

³⁵⁰ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 82, 20 de mayo de 1992, 15 horas 05 minutos.

indemnizatorio originado en vicios ocultos, será de diez años, contados a partir de la entrega de la obra.”³⁵¹

Este plazo prescriptivo debe ser aplicado siempre que se esté en presencia de una relación jurídica entre el Estado y el administrado a causa de la actividad contractual del primero, aspecto que ha sido reforzado por la Procuraduría General de la República³⁵². Interesa definir el momento a partir del cual empieza a correr este plazo de prescripción de cinco años. Al respecto, la Procuraduría General de la República ha manifestado lo siguiente:

“En la resolución que nos ocupa, la Sala Primera señala en forma clara que no obstante lo dispuesto en el artículo 198 de mérito, para determinar cuándo comienza a correr la prescripción se debe tomar en cuenta tanto el elemento objetivo como el subjetivo, cual es la certeza de la causa de la lesión. Se expresa al efecto: “Así, al amparo de esos antecedentes, se concluye que, para determinar el inicio del plazo de la prescripción se necesitan dos requisitos, uno objetivo tal como lo es el hecho o la conducta que motiva el daño, y otro subjetivo constituido por la certeza en el sujeto que lo sufre, de que aquella es la causa de su lesión. Estos requisitos no siempre ocurren en forma simultánea, correspondiendo al interprete su determinación, que bajo el principio constitucional de tutela efectiva, no puede ser otro que aquel cuando se tiene conocimiento del hecho dañino”. La particularidad de esta interpretación, que se funda en el derecho a la tutela judicial efectiva, es que se dicta en relación no con el segundo párrafo del artículo 198 sino del primero. Párrafo que, como es sabido, determina que el plazo de prescripción para reclamar contra la Administración se cuenta a partir del hecho que causa la responsabilidad. Sea, es el hecho dañoso el elemento que debe ser tomado en consideración para establecer la prescripción. **La Sala agrega, empero, que es necesario que el administrado conozca que ese hecho le causa un daño.** Si ello es así en tratándose de la conducta de la Administración que origina un daño, pareciera que no es procedente sostener un criterio contrario en tratándose del ejercicio de las potestades administrativas, máxime cuando ese ejercicio requiere la realización de un procedimiento administrativo. **Y es claro que para iniciar un procedimiento, la Administración debe conocer que se ha podido cometer una infracción. Si ese conocimiento no existe, no puede atribuírsele a la Administración una inactividad, sea la omisión de ejercicio de la potestad sancionatoria. No puede dejarse de lado que uno de los presupuestos de la prescripción es la inactividad y no puede imputarse la existencia de ésta si el organismo no está en posibilidades jurídicas y reales de actuar.**”³⁵³ (El resaltado es mío)

Desde esta tesitura, es a partir de que la Administración contratante tiene conocimiento del incumplimiento, que empieza a correr el plazo de cinco años para reclamar los daños y perjuicios, ya que ese es el momento a partir del cual se encuentra en posibilidad de realizar el reclamo. Cuando se trata de incumplimiento por demora, es fácil determinar el comienzo del cómputo del plazo, por cuanto el incumplimiento es evidente. De manera que a partir de que el contratista se atrasa en el cumplimiento, es que el plazo

³⁵¹ Ley de Contratación Administrativa, artículo 35.

³⁵² Procuraduría General de la República, Dictamen No. C-138-2014, 05 de mayo del 2014.

³⁵³ Procuraduría General de la República, Dictamen No. C-120-2007, 18 de abril de 2007.

prescriptivo comienza a correr. Para efectos prácticos, se puede ver lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo en el caso tramitado bajo el número de expediente 11-004558-1027-CA.³⁵⁴

Sin embargo, el problema surge cuando el incumplimiento es de tal complejidad que implica un estudio detallado y/o técnico para ser determinado. Cuando esto sucede, es hasta que la Administración contratante tiene conocimiento del incumplimiento, que se empieza a computar el plazo prescriptivo, ya que antes se ve imposibilitada de realizar el reclamo. Así por ejemplo, si en un contrato de servicios de abogacía para realizar procedimientos disciplinarios, en el año 2009 el contratista incumplió en una audiencia oral una serie de condiciones contractuales, y el plazo de entrega no es, sino hasta un año después, momento cuando la Administración se percató de la existencia del incumplimiento, es a partir de ese último momento cuando debe empezar a correr el plazo de prescripción. Lo mismo sucede si para determinar que hubo incumplimiento, la Administración debe realizar un estudio técnico. En dicho supuesto, es hasta que se emita el estudio donde se extraiga que hubo incumplimiento, que empieza a correr el plazo prescriptivo.

El cumplimiento por equivalencia

El cumplimiento por equivalente en Costa Rica, al no contar con un desarrollo jurisprudencial suficiente, merece un análisis doctrinario y de derecho comparado. Éste se considera como un “remedio sustitutivo del derecho al cumplimiento específico de la obligación, que consiste en una indemnización compensatoria cuyo monto ha de ser calculado sobre la base del valor de la prestación específica incumplida (aestimatio rei).”³⁵⁵

Para que este remedio proceda ante un incumplimiento, el requisito es que la prestación específica de la obligación haya devenido imposible, lo que hace que el cumplimiento por equivalente sea subsidiario del cumplimiento específico. Así se ha establecido en estudios doctrinarios y jurisprudenciales de otros países.

El cumplimiento por equivalencia provoca controversia cuando se habla de su naturaleza. Esto por cuanto existen dos posiciones al respecto: 1) la que defiende que esta pretensión ha de quedar integrada en la indemnización de daños y perjuicios y 2) la que sostiene que se trata de remedios distintos e independientes. Esta última defiende que el

³⁵⁴ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 93, 04 de agosto de 2015, 13 horas.

³⁵⁵ Juan David Sánchez Castro, “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?”, *Anuario de Derecho Civil*, No. IV (2010), 1728.

cumplimiento por equivalente sustituye a la prestación, en virtud de la *perpetuatio obligationis*³⁵⁶, mientras que la indemnización de daños y perjuicios constituye una obligación nueva y distinta que surge de acuerdo con la Ley. En el caso de España, la indemnización de daños y perjuicios surge del artículo 1101 del Código Civil español, que señala: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”³⁵⁷

Por su parte, la primera posición es defendida por el autor Juan David Sánchez Castro quien, a su vez, cita a los doctrinarios que apoyan dicha tesis, dentro de los cuales cabe mencionar los siguientes autores: Albaladejo, M; Capilla Roncero, F; Castán Tobeñas, J; Delgado Echeverría, J; Díez-Picazo; Ponce de León, L; Ossorio Morales, J. y Ossorio Serrano, J.M; Rogel Vide, C; Verdura Server, R; entre otros.³⁵⁸ En igual sentido, el español Fernando Gómez Pomar defiende esta tesis al indicar lo siguiente:

“Tampoco creo que proceda entender que existe una suerte de espacio o remedio intermedio entre cumplimiento en forma específica e indemnización de daños, que sería el cumplimiento por equivalente u obtención de la *aestimatio rei*. Aunque es cierto que el lenguaje utilizado en algún caso por el CC y la LEC permitiría tal quiebro conceptual, se trata en realidad de una categoría artificial, sin excesivo sustento analítico y que no encuentra reflejo ni en la Convención de Viena ni en los PECL. En resumen, creo que el criterio esencial de distinción debiera ser más o menos como sigue: **allí donde hay remedio basado en la conducta del deudor, hay cumplimiento en forma específica. Allí donde el remedio se basa en el dinero, nos hallamos en el campo indemnizatorio.**”³⁵⁹ (El resaltado es mío)

Los defensores de esta postura en España, no encuentran motivos para atribuir al cumplimiento por equivalente un régimen especial de indemnización por incumplimiento distinto del general recogido en el artículo 1101 del Código Civil español. Para ellos, la hipótesis de partida es la siguiente: el acreedor perjudicado por el incumplimiento no desea resolver el contrato, pero el cumplimiento específico de la obligación ha devenido imposible.³⁶⁰ El artículo 1124 del Código Civil español propone que ante el incumplimiento contractual, “(...) El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.”³⁶¹

³⁵⁶ La *perpetuatio obligationis* es la perpetuación o permanencia de la obligación cuando ésta ha vencido y el deudor incumple.

³⁵⁷ Código Civil español, Real Decreto, BOE, 24 de julio de 1889, artículo 1101.

³⁵⁸ Cf., Sánchez Castro, 1731.

³⁵⁹ Fernando Gómez Pomar, “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*, No. 3 (Julio 2007), 15.

³⁶⁰ Ver Sánchez Castro, *óp. cit.*, pág. 1727.

³⁶¹ Código Civil español, artículo 1124.

Dado que en el caso concreto, el perjudicado no quiere resolver el contrato y el cumplimiento específico resulta imposible, entonces “(...) el acreedor tan sólo podrá solicitar una indemnización pecuniaria en la que se incluyan los correspondientes daños y perjuicios en compensación por la obligación específica incumplida.”³⁶² De manera que, “(...) la solicitud de la denominada *estimatio rei* nada tiene que ver con la pretensión de cumplimiento del artículo 1124 CC.”³⁶³

Es por esto que dichos autores critican una parte de la jurisprudencia española que trata ambos remedios como dos pretensiones autónomas e independientes que exigen requisitos distintos para su aplicación. El problema de separar y distinguir ambos remedios reside en que, a la hora de conceder la *aestimatio rei*, se obvian las condiciones imprescindibles (requisitos) en la estimación de toda pretensión indemnizatoria, a saber: daño resarcible adecuadamente acreditado, relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y el daño producido y culpa de la parte incumplidora. Es decir, tal y como lo explica Sánchez Castro:

“(...) si el cumplimiento por equivalente es considerado como una (parte de la) indemnización de daños y perjuicios, la aplicación de aquél exigiría también la concurrencia de estos requisitos, si, por el contrario, el cumplimiento por equivalente no se funda en el artículo 1101 CC sino en el arcaico argumento de la *pertuatio obligationis* se logra obtener el mismo resultado indemnizatorio sin atender los mencionados requisitos.”³⁶⁴

Para Sánchez Castro, resulta arbitrario e injustificado mantener un régimen indemnizatorio específico para el cumplimiento por equivalente al margen del general recogido en el artículo 1101 del Código Civil español. Además, critica el autor, “Dado que para el cumplimiento de esta tesis el cumplimiento por equivalente no puede fundarse en el régimen general indemnizatorio recogido en el Código Civil, las citadas resoluciones judiciales han buscado el fundamento de este remedio en otras normas, algunas de las cuales ni siquiera regulan pretensiones indemnizatorias.”³⁶⁵ Finalmente, concluye lo siguiente:

“Quizá la causa por la que, en ocasiones, no se exigen los requisitos derivados de toda pretensión indemnizatoria en los supuestos de cumplimiento por equivalente sea el temor a provocar un perjuicio de imposible reparación al acreedor. Si la prestación “*in natura*” no puede ser realizada objetivamente por el deudor, la obligación no se ha extinguido y no concurre alguno de los requisitos necesarios para conceder la indemnización de daños y perjuicios, ¿cómo reparar el perjuicio provocado al acreedor derivado del incumplimiento?

³⁶² Sánchez Castro, 1727.

³⁶³ *Ibíd.*

³⁶⁴ Sánchez Castro, 1733.

³⁶⁵ *Ibíd.*, 1756.

No debe olvidarse que la finalidad del cumplimiento por equivalente es obtener una prestación sustitutiva (la indemnización de daños y perjuicios) de la originaria que ha devenido imposible. Por ello, no se entiende el miedo a exigir la concurrencia de los requisitos necesarios para la estimación de la pretensión indemnizatoria en estos casos, sobre todo teniendo en cuenta que la apreciación del daño ha de realizarse siempre con independencia de la naturaleza otorgada al cumplimiento por equivalente (el daño es precisamente el equivalente pecuniario de la prestación originaria”, y su relación de causalidad con el incumplimiento contractual siempre es manifiesta, salvo en el extraño caso de que la falta de cumplimiento “in natura” por parte del deudor supusiera un beneficio para el acreedor o, sencillamente, no le ocasionara perjuicio alguno.

Tampoco el requisito de la culpa del deudor incumplidor debería suponer un obstáculo a la exigencia de estos requisitos ante la posible objetivación de la responsabilidad derivada del artículo 1101 CC.”³⁶⁶

En resumidas cuentas, en España existe una línea jurisprudencial consolidada que considera el cumplimiento por equivalente como una partida indemnizatoria más de los daños y perjuicios derivados del artículo 1101 de su Código Civil. No obstante, algunas resoluciones judiciales recientes han generado una confusión al distinguir el cumplimiento por equivalencia de la indemnización de daños y perjuicios y tratar ambos remedios como dos pretensiones autónomas e independientes que exigen requisitos distintos para su aplicación. Esta última decisión se fundamenta en el principio *perpetuatio obligationis*, según el cual se perpetúa o permanece la obligación cuando ésta ha vencido y el deudor incumple. Con base en este principio, en dichas resoluciones judiciales se abstienen de aplicar los artículos 1101 y 1124 del Código Civil español, creando así un régimen específico indemnizatorio diferente del régimen general propuesto en dicho artículo 1101. Esto ha generado una gran inseguridad jurídica para el deudor porque, en función de la naturaleza que se le conceda al cumplimiento por equivalente, será necesario examinar o no los requisitos propios de toda pretensión indemnizatoria.

Por tal razón, una gran cantidad de estudiosos del tema en España, proponen que se retome la naturaleza propia del cumplimiento por equivalente, en donde este remedio es considerado una partida indemnizatoria de daños y perjuicios y que, por ende, se apliquen los requisitos propios de toda pretensión indemnizatoria.

En Costa Rica, la situación no dista mucho de la de España. Ambos ordenamientos jurídicos carecen de regulación específica sobre el cumplimiento por equivalente, por lo que los tribunales judiciales se han visto obligados a crear una regulación especial a partir de una interpretación de la normativa vigente. Al igual que en España, ante la falta de cumplimiento, el Código Civil costarricense, en su artículo 692, propone dos remedios

³⁶⁶ Sánchez Castro, 1756.

generales para la parte que no ha incumplido: exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios. Aunado a esto, el artículo 702 señala que el deudor que falte al cumplimiento de su obligación, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor. Es decir, ante un incumplimiento contractual, el perjudicado puede exigir el cumplimiento específico de lo pactado (ejecución forzosa) o la resolución del contrato y/o la indemnización por los daños y perjuicios causados con su falta. Se cuenta, pues, con un articulado similar al de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil español.

Tal y como se explicó anteriormente, el cumplimiento por equivalencia es la sustitución del cumplimiento específico de lo pactado mediante la indemnización pecuniaria del equivalente y se da cuando el cumplimiento de la obligación resulta imposible. De modo que este remedio ante el incumplimiento, no se basa en exigirle al incumplidor que cumpla con lo pactado ya que dicho cumplimiento ha devenido imposible. Tampoco el perjudicado tiene interés de resolver el contrato. En este caso, ninguna de las dos opciones dadas por el artículo 692 de comentario resultan aplicables. Queda entonces un tercer remedio: solicitar la indemnización por los daños y perjuicios generados (artículo 702 del Código Civil). Es aquí donde surge la posibilidad de que el perjudicado solicite que se le indemnice con el equivalente económico de la obligación incumplida.

La jurisprudencia costarricense, a diferencia de la española, tiene solo una posición al respecto. El Tribunal Contencioso Administrativo acota que se debe distinguir entre la pretensión de prestación del cumplimiento debido y la pretensión de resarcimiento del daño. En este orden de ideas, únicamente ha indicado lo siguiente:

"... la "aestimatio rei" y la indemnización o "id quod interest" son conceptos que deben separarse inicialmente con absoluta nitidez. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento; el deudor debe cumplir "in natura", pero si lo hace, deberá cumplir prestando el equivalente, y por eso son incompatibles la ejecución forzosa de la obligación originaria y la prestación del equivalente. O se cumple con lo que era debido, o se paga la "aestimatio", pero ni una cosa ni otro son reparación de daño alguno, sino cabal cumplimiento o cumplimiento por equivalencia, respectivamente. No son medios de tutela del crédito que tengan que ver, en sentido técnico, con la responsabilidad contractual. Pero, eso sí, siendo incompatibles ambas formas de cumplir, cada una es individualmente compatible con la pretensión resarcitoria: cuando el acreedor, además de la prestación o su valor, quiere verse reintegrado de todos los efectos dañosos que el cumplimiento tardío (en el primer caso) o el incumplimiento definitivo de la primitiva obligación y su sustitución por la "aestimatio rei" (en el segundo) le hayan podido reportar, tratará de conseguir la

indemnización..." (Yzquierdo Tolsada Mariano. Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual. Editorial Dykinson, 2001. P. 119).³⁶⁷

Del anterior extracto, se obtienen varios elementos que ameritan ser analizados en este apartado. De conformidad por lo expuesto en dicha sentencia, ante un incumplimiento de las obligaciones contractuales, se puede exigir el cumplimiento de éstas de dos formas distintas: el cumplimiento forzoso de lo pactado y el cumplimiento por equivalencia (*aestimatio rei*). En el primer caso, se obliga al deudor a que cumpla a cabalidad con la obligación originaria aunque de forma tardía y, en el segundo, se da el incumplimiento definitivo de la obligación originaria y se obliga al deudor a que sustituya dicha obligación por un equivalente pecuniario. Ambos casos son incompatibles entre sí y se diferencian de la indemnización por daños y perjuicios pero no son excluyentes con estos. Es decir, paralelamente a la ejecución forzosa o al cumplimiento por equivalencia, puede ser solicitado por la parte afectada el pago de los daños y perjuicios.

El cumplimiento forzoso de lo pactado (ejecución forzosa), supone que la parte contractual insatisfecha pueda exigir la realización de la prestación o conducta incumplida, lo que comprende, a su vez, la entera terminación de lo parcialmente cumplido, la correcta realización de la prestación irregular y la reparación y/o destrucción de lo mal hecho. Este remedio frente al incumplimiento le permite a la Administración Pública que, mediante los medios coercitivos ya estudiados, proceda a hacer cumplir la obligación originaria. Esto fue estudiado en el apartado correspondiente a la ejecución forzosa.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento por equivalente, el Tribunal Contencioso Administrativo se apresura a tomar una posición sin realizar razonamiento ni fundamentación alguna. Esta posición resulta errada y no acorde con el ordenamiento jurídico costarricense, tal y como se procede a explicar.

Del estudio del Código Civil costarricense -normativa aplicable en contratación administrativa ante la total ausencia de regulación específica, como es el caso- y del concepto del cumplimiento por equivalente, se obtiene que el perjudicado en el incumplimiento contractual puede recurrir a este remedio basándose en el artículo 702 de dicho cuerpo normativo. En efecto, la naturaleza de este remedio no es otra más que una pretensión indemnizatoria y, contrario a lo que dispone la jurisprudencia costarricense, no corresponde al cumplimiento de lo pactado ya que el mismo ha devenido imposible. Se trata

³⁶⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 13, 30 de abril del 2008, 16 horas 25 minutos; resolución No. 44, 04 de julio del 2008, 10 horas 30 minutos y; Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, resolución No. 12, 23 de enero del 2009, 15 horas 20 minutos.

entonces de una partida indemnizatoria por medio de la cual se le compensa al perjudicado el equivalente de la prestación específica incumplida.

Aunado a esto, el artículo 149 de la LGAP, inciso c) -aplicable en este caso- sugiere que ante el incumplimiento del contratista de una obligación personalísima de dar, de hacer o de tolerar o de no hacer, la Administración puede exigir el cumplimiento forzoso, con la alternativa de convertir la obligación en daños y perjuicios a prudencial criterio de la Administración. Es decir, la Administración tiene la opción de exigir el cumplimiento por equivalente cuando prudencialmente lo considere oportuno. Resulta evidente que esta normativa le da al cumplimiento por equivalente una naturaleza indemnizatoria, con lo que se confirma lo expuesto anteriormente.

Aclarado lo anterior, se debe indicar que la jurisprudencia costarricense no puede dejar de lado en la *aestimatio rei*, el análisis de los requisitos y condiciones imprescindibles de la responsabilidad contractual -ya estudiadas en el apartado anterior- a saber: daño resarcible adecuadamente acreditado, relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y el daño producido y culpa de la parte incumplidora. Estos requisitos son parte de toda pretensión indemnizatoria y el cumplimiento por equivalente no es la excepción a la regla.

Dicho esto, es menester hacer referencia a las condiciones para que proceda esta figura. El español Juan David Sánchez Castro realiza un importante análisis de doctrina y jurisprudencia donde identifica las características que debe tener esta imposibilidad de la prestación específica para que proceda el cumplimiento por equivalente³⁶⁸:

- Debe tratarse de una imposibilidad objetiva. Es decir, "(...) no basta la negativa o incapacidad subjetiva del deudor para realizar la prestación específica debida, pues de ser así, quedaría en manos del deudor la posibilidad de optar entre realizar la prestación debida o su equivalente pecuniario."³⁶⁹ Sin embargo, recalca el autor que hay una excepción a la regla y es cuando hay vicios en las obras realizadas. En estos casos, el acreedor puede solicitar el cumplimiento por equivalencia, a pesar de que no exista una imposibilidad de la prestación originaria.³⁷⁰ Esto también resulta aplicable en Costa Rica, por cuanto el régimen de contratación administrativa prevé la posibilidad de que la Administración Pública realice el reclamo indemnizatorio originado en vicios ocultos (artículo 35 de la Ley de Contratación

³⁶⁸ Sánchez Castro, 1743-1747.

³⁶⁹ *Ibíd.*, 1743.

³⁷⁰ *Cf.*, Sánchez Castro, 1744.

Administrativa y párrafo cuarto y sexto del artículo 151, párrafo segundo del artículo 152 y párrafo final del artículo 195 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa).

En este último caso, la jurisprudencia española indica que para que proceda su estimación, se requiere:

“a) que el demandante haya requerido por cualquier medio (...) la realización de las reparaciones exigidas (...); b) que el demandado haya incumplido la obligación voluntariamente (...), y c) que el demandante prefiera la indemnización dado el constado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales.”³⁷¹

Es decir, para que proceda el cumplimiento por equivalente en presencia de vicios ocultos, la Administración Pública debe haberle solicitado -sin éxito- al contratista que reparara los defectos de la obra. Además, el incumplimiento del contratista ha de ser voluntario y, finalmente, la Administración Pública debe tener mayor interés en que se le indemnice, que en el cumplimiento de lo pactado.

- No se considera imposibilidad aquella prestación que no pueda ser realizada in natura debido a la actitud del propio acreedor, quien ha impedido dicha reparación in natura.³⁷² Esto surge del mismo artículo 702 del Código Civil costarricense, cuando señala que uno de los eximentes de la responsabilidad contractual es el hecho del acreedor.
- La imposibilidad puede ser física o jurídica.³⁷³
- “Si se trata de prestaciones divisibles y una de ellas deviene totalmente imposible, este requisito se entenderá cumplido para esa parte, esto es, el deudor podría solicitar el cumplimiento por equivalente de dicha prestación divisible. Sin embargo, si se trata de una única prestación o, existiendo varias fueran indivisibles, la posibilidad de un cumplimiento por equivalente parcial no resultaría posible.”³⁷⁴
- Cuando la prestación debida resulta extraordinariamente difícil de realizar o especialmente gravosa para el deudor, el deudor no estaría obligado a realizar lo pactado y, por consiguiente, sería posible que el acreedor acudiera al cumplimiento por equivalente.³⁷⁵

³⁷¹ *Ibíd.*

³⁷² *Cf.*, Sánchez Castro, 1744.

³⁷³ *Ibíd.*,

³⁷⁴ Sánchez Castro, 1745.

³⁷⁵ *Cf.*, Sánchez Castro, 1746.

- En alguna ocasión, se ha permitido que el cumplimiento por equivalente se dé cuando el cumplimiento in natura ya no sea útil al acreedor.³⁷⁶ Esto también podría emplearse en Costa Rica dado que cuando no procede la resolución contractual y no hay interés en ejecutar forzosamente el cumplimiento de la obligación originaria, se puede recurrir a la pretensión indemnizatoria del artículo 702 CC, solicitando tanto el cumplimiento por equivalente como otros daños y perjuicios irrogados. Igualmente, el artículo 149, inciso c) de la LGAP, le permite a la Administración que recurra a este remedio a su prudencial criterio. Así las cosas, la Administración se encuentra habilitada a aplicar el cumplimiento por equivalencia cuando no considere útil la ejecución in natura, no siendo necesario que dicha ejecución sea imposible.

Para efectos de valorar o fijar la aestimatio rei, el autor de marras señala los criterios utilizados por los tribunales judiciales españoles:

- Suma “ad valórem”: corresponde al valor del equivalente pecuniario al momento en que las partes quedaron obligadas. Aquí indica el autor que “En este caso es necesario tener en cuenta que el posible incremento del valor de la prestación debida vidaía de incluirse en la indemnización de daños y perjuicios. De lo contrario, al incremento supondría un enriquecimiento injusto para el deudor y una pérdida no indemnizada para el acreedor.”³⁷⁷
- La actualización del monto del equivalente pecuniario mediante la suma de los intereses legales. Agrega el autor que:
 “Este es un criterio válido de valoración siempre que se cumpla el principio de indemnización integral del daño, esto es, siempre que la suma del valor de la prestación originaria más los intereses legales coloquen al acreedor en una situación patrimonial idéntica a la que habría tenido lugar de no producirse el hecho del que surge deber de indemnizar.”³⁷⁸
- Precio de mercado de la prestación específica. El valor de mercado habrá de determinarse en el momento en que ha de cumplirse mediante el equivalente. Para el autor:
 “Este criterio proporciona una perfecta equivalencia entre el beneficio que el cumplimiento de la prestación originaria habría proporcionado al acreedor (de haberse cumplido “in natura”) y el montante de la aestimatio rei por el que se

³⁷⁶ *Ibíd.*

³⁷⁷ Sánchez Castro, 1754.

³⁷⁸ *Ibíd.*, 1754-1755.

sustituye. Por ello, este criterio de valoración es el que mejor se adapta al principio de indemnización integral del daño y a la hipótesis de la diferencia.”³⁷⁹

De conformidad con lo anterior, se logra entrever la ausencia de un desarrollo jurisprudencial adecuado y exhaustivo sobre el cumplimiento por equivalente, que se base, tanto en la naturaleza y características propias de dicho remedio, como en lo que dicta el ordenamiento jurídico costarricense. Es necesario un desarrollo jurisprudencial más amplio sobre el tema de manera que se tome una posición bien fundamentada.

También, se concluye que el remedio aquí estudiado no es utilizado por la Administración Pública, a pesar de que éste podría solventar muchos casos de incumplimiento por parte del contratista. Resulta urgente que la Administración sea capacitada al respecto para que así tenga conocimiento de los remedios que existen en el régimen de contratación administrativa costarricense ante los incumplimientos contractuales y que dichos conocimientos le permitan aplicar el que más se acerca a la satisfacción del interés público.

CAPÍTULO V: LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En el estudio del incumplimiento contractual, es ineludible hacer referencia a la excepción de contrato no cumplido (*non adimpleti contractus*), la cual puede ser interpuesta por una parte cuando la contraparte no ha cumplido las condiciones contractuales. Ha sido definida por Diego Baudrit Carrillo como “una defensa de hecho, cuyo efecto provisional, es el de autorizar al contratante que no ha incumplido para que no ejecute sus prestaciones mientras no lo haga la otra parte.”³⁸⁰ La justificación de dicha defensa se relaciona esencialmente con el principio de equidad, así lo explica la doctrina: “sería contrario a la equidad y a los motivos en que se fundamenta el derecho de resolución, el que su titular deba ejecutar su prestación, no obstante el incumplimiento de la otra parte.”³⁸¹

En el Derecho privado, la excepción de contrato no cumplido resulta aplicable a cualquier de las partes y ante cualquier incumplimiento. No obstante, en el Derecho de la contratación administrativa, esta excepción genera controversias. Llama la atención que, por ejemplo en España, el contratista no puede oponer de forma exitosa esta excepción

³⁷⁹ Sánchez Castro, 1755.

³⁸⁰ Baudrit, *Teoría General del Contrato*, 3ª. ed., 105.

³⁸¹ Pablo Casafont Romero, *Ensayos de Derecho Contractual*, 3era ed. (San José: Litografía e Imprenta LIL S.A., 1990), 22, citado en Meza, 157.

frente al incumplimiento de la Administración. El español García-Trevijano Garnica ha expuesto que, ante el incumplimiento de la Administración, el contratista, con carácter general, solo tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que por tal incumplimiento se le hayan irrogado.³⁸² Así figura tanto en la normativa española de contratación administrativa como en su jurisprudencia.³⁸³ Por lo que el contratista no puede dejar de ejecutar sus prestaciones como consecuencia de la infracción de la Administración. Esta posición pareciera responder a un tema de interés público, en donde se busca asegurar a toda costa el cumplimiento de las obligaciones contractuales de forma tal que no se vea perjudicada la satisfacción del objeto contractual que es de interés público, aunque ello conlleve a la posterior indemnización de los daños y perjuicios irrogados a causa de dicho incumplimiento.

Por su parte, en Argentina, la jurisprudencia y gran parte de la doctrina, permiten la aplicación de esta excepción ante el incumplimiento de la Administración, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: “a) la tempestiva advertencia a la administración y b) una razonable imposibilidad de cumplir, que, a su vez, deberá examinarse en función de: la necesaria existencia de una relación insostenible entre el monto de la deuda, el valor de la obra y el giro de la empresa.”³⁸⁴ Es decir, para que proceda, el contratista deberá avisarle con antelación a la Administración que no seguirá ejecutando el contrato y debe resultar razonablemente imposible que el contratista pueda continuar cumpliendo con el contrato a raíz del incumplimiento de la Administración.

En Costa Rica, esta facultad de resistirse a cumplir con las obligaciones contractuales hasta que la otra parte no cumpla con las suyas, surge de lo expuesto en el artículo 692 del Código Civil y tiene como fin que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas resulte simultáneo y no se rompa el sinalagma. La jurisprudencia costarricense también reconoce esta excepción, señalando de forma reiterada lo siguiente:

“Cuando, en un contrato bilateral, una de las partes no ha ejecutado la obligación que le corresponde, la otra está facultada para retener el cumplimiento de la suya hasta que el primero realice la prestación debida. Se trata pues de un incumplimiento autorizado por el incumplimiento de la obligación correlativa, cuyo fundamento se

³⁸² Cf., Ernesto García-Trevijano Garnica, *La resolución del contrato administrativo de obra*, (Madrid: Ed. Montecorvo, 1996), 116, citado en Barrero 36.

³⁸³ Cf., Barrero, 37.

³⁸⁴ Eduardo Mertehikian, “Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos”, *Ediciones Especiales Contratos Administrativos* (13 de marzo, 2013), 279.

encuentra en una protección que da el ordenamiento jurídico a la parte no incumplidora para evitarle mayores daños.”³⁸⁵

En el régimen jurídico de la contratación administrativa no hay regulación al respecto, debiendo recurrirse al artículo 692 del Código Civil para su aplicación. Ante la laguna normativa sobre normativa específica, esta excepción es aplicada de igual forma que el Derecho Privado, en el sentido de que ambas partes la pueden interponer. No obstante, el Tribunal Contencioso Administrativo ha resaltado que para que proceda la excepción de contrato no cumplido, debe quedarse demostrado que el incumplimiento de la Administración es la causal directa del incumplimiento del contratista. Así ha sido dispuesto por la Sección Segunda del Tribunal, en los siguientes términos:

“Es acertada la posición de la jueza a quo, desde el pragmatismo de la sana crítica cuando señala: "La situación que eventualmente sería aceptable, es si la Administración deja de cumplir sus obligaciones con el contratista, y esto impide de forma directa la ejecución del objeto contractual en los términos pactados con el contratista. Es decir, **no basta que exista incumplimiento por parte de la Administración, debe probarse un nexo causal, directo, de causa a efecto, entre dicho incumplimiento y el incumplimiento de los contratistas. Sea que la Administración ponga al contratista en una situación de imposibilidad material para cumplir con sus obligaciones. Si ello no se logra demostrar, el incumplimiento contractual deviene en injustificado y habilita para la aplicación de las consecuencias jurídicas que se deriven de ello (...)** e) No se demuestra ni se aporta ningún tipo de prueba dentro del procedimiento administrativo, para comprobar que en efecto lo atribuido a la Administración haya sido la causa inmediata, directa y necesaria que causó que se dieran las conductas atribuidas a la contratista. En síntesis, la parte recurrente únicamente dice que no se ponderaron los incumplimientos de la Administración, y que ellos directamente causaron que se diera su incumplimiento contractual o que produjeron sus omisiones en el cumplimiento de algunas cláusulas contractuales y cartelarias, por lo cual estaba excusada de cumplir por medio de la defensa dicha, pero en ningún momento prueba de forma certera, clara y precisa (incluso se requería prueba técnica por la materia de lo discutido) el nexo causal entre ese comportamiento y el de ella. Nunca se prueba dentro del procedimiento administrativo que no pudiera cumplir con sus obligaciones (las indicadas como no cubiertas) por una conducta de la Administración, que directamente lo impidiera, por lo que no cabía acoger los razonamientos de la parte actora.”³⁸⁶

Dicho de otro modo, de forma muy similar a la jurisprudencia argentina, el Tribunal exige como requisitos para la procedencia que el incumplimiento de la Administración le cause al contratista la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, lo cual no es suficiente con decirlo, sino que además, tiene que ser probado. Así las cosas, no es

³⁸⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 365, 26 de diciembre de 1990, 14 horas 20 minutos; resolución No. 80, 30 de noviembre de 1993, 15 horas 30 minutos; resolución No. 865, 16 de noviembre del 2000, 15 horas 35 minutos; resolución No. 589, 29 de agosto de 2008, 11 horas 05 minutos; resolución No. 189, 06 de febrero del 2014, 9 horas 10 minutos, entre otras.

³⁸⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución No. 46, 29 de mayo del 2015, 8 horas. Cabe resaltar que se presentó Recurso de Casación contra lo resuelto, el cual se encuentra en estudio.

cualquier incumplimiento de la Administración el que le permite al contratista dejar de cumplir su contrato. Este incumplimiento debe ser lo suficientemente grave como para impedirle al co-contratante cumplir con el objeto contractual.

En ese mismo sentido, también se puede agregar el caso de Rodolfo Golfín Leandro contra el Instituto Nacional de Seguros, expediente No. 8-1152-1027-CA, según el cual a la parte actora se le adjudicó un contrato directo de servicios profesionales en Derecho, para llevar a cabo un único procedimiento administrativo de investigación que determine la verdad real de los hechos, debiendo establecer la posible responsabilidad administrativa, civil y/o penal, según corresponda para 25 ex funcionarios y 7 funcionarios, en el cual se fijó un plazo máximo de 12 meses para emitir los respectivos informes finales y estableciendo que el primer pago se realizaría al finiquitar el trámite de notificación del acto de apertura, el segundo al finiquitarse las audiencias y el tercero al entregar el informe final y se hayan evacuado las consultas de la Junta Directiva sobre el mismo, si fuera necesario. No obstante, durante el procedimiento, se presentaron 22 recursos de apelación contra el traslado inicial, los cuales fueron resueltos por la Junta Directiva del Instituto hasta casi 10 meses después de remitidos. Durante ese primer año, el I.N.S le pagó al contratista únicamente el primer pago, el segundo no se lo hizo ya que el contratista había realizado 10 audiencias y hacían falta 22 más, las cuales no se podían realizar hasta que estuvieran resueltos los respectivos recursos de apelación. El contratista le solicitó a la Administración que le realizara el pago de esas 10 audiencias, solicitud que fue rechazada. Es por eso que el contratista demandó al I.N.S para que le pagaran, al menos, esas 10 audiencias ya realizadas. El I.N.S contestó la demanda alegando que el caso era muy complejo y que en estos procedimientos es común recibir apelaciones por parte de los investigados. Que el actor conocía de la complejidad del asunto no sólo porque tiene gran experiencia en la tramitación de procedimientos administrativos –según la Declaración Jurada que presentó-, sino también porque él mismo lo afirma cuando presenta su oferta de servicios. Que en ese sentido, debió prever -para efectos de presentar su oferta, de establecer el plazo de entrega del informe final y de proponer el precio total del contrato- que el procedimiento podía alargarse, no sólo por la complejidad del mismo, sino porque en el propio pliego de condiciones se establece que pueden darse un máximo de tres renovaciones al contrato.

El Tribunal Contencioso Administrativo -esta vez la Sección Sexta- determinó que el lapso que demoró la Junta Directiva resultó irrazonable y desproporcionado y además, le impidió al actor cumplir el plazo de 12 meses que estableció como máximo para la entrega del informe final, por lo cual consideró que “el demandado no ha prestado colaboración para

que el actor ejecute en forma idónea el objeto pactado, lo que implica no sólo un incumplimiento de la obligación que le impone a la entidad contratante el artículo 15 de la Ley de Contratación Administrativa, sino también y de forma correlativa, una violación del derecho que tienen los contratistas en ejecutar plenamente lo pactado, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Contratación Administrativa.³⁸⁷ Resulta de sumo interés citar una buena parte de lo indicado en esa ocasión por el Tribunal:

“Si bien es cierto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 de la Ley de Contratación Administrativa y 66 párrafo 2o. del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, "... 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...", también lo es, que ello implica la incorporación dentro del contenido de la relación contractual de las normas constitucionales, de la Ley de Contratación Administrativa, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, razón por la cual, lo dispuesto en el pliego de condiciones debe ser aplicado e interpretado de conformidad con las normas y principios que rigen la contratación administrativa, a efecto de no causar menoscabo a los derechos de las partes contratantes. En ese sentido, aún y cuando los contratos por servicios profesionales -como en este caso- no originan una relación de empleo público entre la Administración y el contratista (ver artículos 65 de la Ley de Contratación Administrativa y 163 párrafo segundo del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa), también lo es, que el precio o la retribución que se haga al contratista no puede ser contraria al Derecho al Trabajo y la dignidad de todo profesional de recibir una retribución adecuada y justa por los servicios que preste. (...) Todo lo anterior, implica que aún y cuando las partes de una relación de empleo o de un contrato de servicios, pueden convenir en ciertos aspectos de los elementos esenciales anteriormente citados o en otros derivados de esas relaciones, lo cierto es que, dichas condiciones deben ser más beneficiosas a las establecidas como mínimo por el Derecho de la Constitución y por la normativa infraconstitucional -ello siempre dentro del marco jurídico que establecen los principios de no discriminación, razonabilidad y proporcionalidad-, pues en caso contrario, se estaría dando no sólo un trato discriminatorio y por ende, no razonable en perjuicio de los personas que realizan el trabajo o prestan el servicio, sino que en definitiva, se tornaría nugatorio el contenido esencial del derecho fundamental al trabajo, en menoscabo de la dignidad que le es inherente a todo ser humano, al imponerles condiciones de trabajo desfavorables, que les impida desarrollarse como personas, porque son insalubres, inseguras, degradantes, crueles, no remuneradas o bien, remuneradas de forma tardía o por montos inferiores a los objetivamente establecidos como mínimo por el legislador. En síntesis, el principio de dignidad humana -contenido en los artículos 33 y 56 de la Constitución Política- tiene la virtud de permear y en consecuencia, de determinar los límites y alcances de los derechos fundamentales en general, que no pueden ser desconocidos ni por los entes u órganos que ejercen potestades legislativas o reglamentarias, ni por los sujetos de derecho público o privado que en ejercicio del principio de libertad de contratación, estén llamados a regular las relaciones de empleo o los contratos de servicios (ver en sentido similar, la sentencia número 798-08 dictada por la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, a las quince horas del ocho de octubre de dos mil ocho); c) Este derecho a la remuneración oportuna y justa del contratista, se extrae de la relación de los artículos 15, 17 y 18 de la Ley de Contratación Administrativa, en los cuales, se regula lo relativo a la obligación de cumplimiento de

³⁸⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 671, 13 de abril del 2009, 16 horas 30 minutos.

lo válidamente pactado por la Administración Pública contratante, y a los derechos del contratista a la ejecución del contrato y al mantenimiento del equilibrio económico de aquel. En ese sentido, cabe resaltar que **si bien es cierto, el contratista no puede ampararse en la excepción de incumplimiento por parte de la Administración contratante, para justificar la paralización del proceso de ejecución del contrato, en virtud tanto del interés público que se pretende satisfacer mediante dicha contratación (artículo 4 párrafo 1o. de la Ley de Contratación Administrativa), como por su plena sumisión al ordenamiento jurídico costarricense (artículo 10 de la Ley de Contratación Administrativa), también lo es, que de conformidad con el deber de tramitación previsto en el artículo 16 de esa misma Ley y en aras de proteger los derechos a la remuneración y a la ejecución, así como, el principio de intangibilidad del patrimonio de aquel, resulta contrario a derecho que la Administración no de una solución pronta y oportuna, que resulta necesaria para que el contratista no sólo pueda continuar con el proceso de ejecución de lo pactado, sino que además, no se le menoscaben -a consecuencia del incumplimiento contractual o de la falta de colaboración por parte del contratista para que se ejecute el contrato-, los derechos fundamentales a que se ha hecho referencia y que se desarrollan en las normas infra constitucionales ya indicadas. En ese tanto, cuando el incumplimiento de las obligaciones de trámite de la Administración Pública coloquen al contratista en una situación tal que le impida proseguir con la ejecución del contrato, sería inviable tal cumplimiento, pues en definitiva, se estaría frente a una imposibilidad material de ejecución provocada por la inercia pública, ergo, atribuible a la Administración contratante.**³⁸⁸ (El resaltado es mío)

Es decir, a pesar de que el I.N.S no realizó el segundo pago al contratista por considerar que no había cumplido con lo pactado, el Tribunal determinó que, dado que fue la Administración la que incumplió y le impidió al contratista continuar con la ejecución contractual, y por el derecho a la dignidad humana y, el consecuente derecho a la remuneración oportuna y justa del contratista, el I.N.S debía pagarle al contratista las 10 audiencias realizadas con su respectiva indexación. Asimismo, le ordenó al I.N.S que en el plazo de 2 meses definiera la continuación o no del contrato en mención, o bien, la extinción anormal del mismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 de la Ley de Contratación Administrativa y, 202 a 208 del Reglamento a esa Ley -según corresponda-, procedimiento en el cual caso de emplearse, se definirán los demás extremos económicos previstos en dichas normas.

De importancia para el presente estudio, se extrae de lo anterior que, ante el incumplimiento del deber de prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el contrato (artículo 15 LCA), el contratista puede interponer la excepción del contrato no cumplido. No obstante, nuevamente reitera el Tribunal, tal incumplimiento debe causar la imposibilidad del cumplimiento contractual por parte del contratista. Asimismo,

³⁸⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 671, 13 de abril del 2009, 16 horas 30 minutos.

agrega el Tribunal, el deber de colaboración de la Administración es necesario no solo para que el contratista pueda continuar con la ejecución del contrato, sino que para que no se vean trasgredidos el derecho a la remuneración y el principio de intangibilidad patrimonial.

Pareciera, entonces, que la jurisprudencia tiene un criterio sólido sobre la necesidad de que haya una imposibilidad razonable de que el contratista cumpla con las condiciones contractuales, para que opere la excepción del contrato no cumplido. Sin embargo, dado que se encuentra en juego la continuidad de la ejecución contractual y, por ende, la satisfacción del interés público, se considera necesario que este aspecto se regule en la normativa de contratación administrativa; de modo tal que no surjan confusiones al respecto. Se estima además, que se debe agregar otro requisito: la advertencia del contratista a la Administración, con una anticipación razonable, de la aplicación de esta excepción ante el no cumplimiento de la última. Resulta importante que la Administración se entere de las acciones por tomar por parte del co-contratante, máxime que se trata de la paralización de la ejecución contractual; lo que, en definitiva, afectaría el interés público.

Es claro que la excepción del contrato no cumplido también puede ser opuesta por la Administración. El caso típico es el no pago por parte de la Administración, producto del incumplimiento del contratista. A manera de ejemplo, cabe mencionar el caso de Rosmali S.A. contra el Estado, expediente No. 92-000082-0004-CA, donde la empresa contratista se comprometió a entregarle al Ministerio de Seguridad Pública unos motores en perfecto estado para su uso, pero, en su lugar, le suministró al Estado motores que no estaban en las condiciones a que se había obligado. Ante tal circunstancia, el Estado no le pagó al contratista el monto respectivo por concepto de dichos motores. La empresa contratista demandó al Estado y fue ahí donde, tanto el Tribunal Contencioso como la Sala Primera determinaron que procedía la excepción de contrato no cumplido por el incumplimiento gravoso del contratista, por lo que la Administración Pública actuó conforme a derecho. Desde esta tesitura, resulta notorio que los requisitos antes esbozados para la procedencia de la excepción, no aplican cuando es planteada por la Administración; la Administración no se veía imposibilitada para realizar el pago con el incumplimiento del contratista. A pesar de ello, la Administración podía no cumplir mediante la excepción en estudio.

De modo que esta excepción no aplica igual para ambas partes, lo que se encuentra debidamente justificado ya que, como se indicó, hay un interés público en juego que debe ser salvaguardado. Es por ello que a la Administración se le reconocen ciertos privilegios y potestades, en aras de velar por la pronta satisfacción del interés general.

TÍTULO III: LAS SANCIONES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En el capítulo anterior, se estudiaron los aspectos generales del incumplimiento contractual y se analizó cada uno de sus efectos. De manera que hasta aquí se tiene pleno conocimiento sobre esta figura. Ahora bien, en el presente capítulo se procederá a estudiar más concretamente todas las sanciones que son producto del incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista: el concepto y naturaleza de cada una, así como el procedimiento necesario para su aplicación. Para ello, el título se dividirá en capítulos: en el primero, se estudiarán las distintas modalidades de sanciones que existen, a saber: las contractuales y las administrativas; en segundo, se profundizará en las sanciones de corte contractual, para lo cual se determinará su naturaleza y el procedimiento procedente; finalmente, en el tercer capítulo, se examinarán las sanciones administrativas, su naturaleza, principios y procedimiento por aplicar.

CAPÍTULO I: MODALIDADES DE SANCIONES EN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La doctrina suele dividir las sanciones, según su naturaleza, clasificándolas en contractuales y administrativas. Las primeras no constituyen una sanción propiamente dicha, sino medidas que puede aplicar la Administración como consecuencia de su poder de dirección y control en la ejecución de los contratos administrativos. Así lo reconoce la doctrina al señalar: “Otra de las peculiaridades de la contratación administrativa está en la facultad que a la Administración se le reconoce de tomar las medidas necesarias para hacer efectiva la responsabilidad en que hubiese incurrido el contratista.”³⁸⁹

Esta facultad se diferencia de la potestad sancionatoria, pues “no se contempla aquí una infracción administrativa, sino el incumplimiento de una obligación contractual voluntariamente aceptada (...)”³⁹⁰ y, por ende, se caracteriza por encontrarse dentro del ámbito del contrato administrativo. Desde este orden de ideas, las sanciones contractuales son las que tienen como origen y fundamento el contrato y surgen a raíz de un incumplimiento de las condiciones del mismo.

³⁸⁹ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Contrato Administrativo*, (España: Instituto de Estudios Políticos, 1962), 96, citado en Bermúdez y Peña, 73.

³⁹⁰ García Pullés, Fernando, “Potestad sancionatoria de la Administración Pública en la contratación administrativa”, *Revista de Documentación Administrativa*, No. 267-268, (2003-2004), citado en Farrando, 930.

Su finalidad es compulsiva, es decir, consiste en “obtener la ejecución efectiva del contrato. Solo en los casos de extrema gravedad la sanción puede o debe consistir en la extinción del contrato.”³⁹¹ Esto es así porque, a diferencia del Derecho privado, en la contratación administrativa se pretende que el contrato se ejecute procurando que el interés público se vea satisfecho.

De modo tal que, en oposición a las penas tradicionales, la finalidad de la sanción contractual no es el castigo, sino que radica en asegurar que el contratista cumpla con lo pactado en el contrato y se satisfaga la necesidad pública comprometida. Solo en los casos muy graves, se puede aplicar la sanción resolutoria, cuando con la presencia del contratista, se vea obstaculizada la satisfacción del interés público. Aun así, la finalidad de la sanción resolutoria no sería la de castigar al contratista, sino la de velar por la satisfacción del bien común.

Sobre la finalidad de las sanciones contractuales, García de Enterría indica lo siguiente:

“Este poder de dirección y control de la ejecución del contrato se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones. **A la administración contratante interesa, ante todo, el fin último del contrato, correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general.**”³⁹² (El resaltado es mío)

Es decir, la Administración tiene que darle prioridad a la ejecución del contrato, antes que a la reparación de los daños y perjuicios irrogados. Con esto, se manifiesta una clara distinción con los contratos privados: en estos últimos predomina el interés particular, que le permite a la víctima no solicitar la ejecución del contrato, sino la reparación económica.

A pesar de esta importante distinción, se dice que las sanciones o penalidades contractuales “pertenecen al campo del Derecho de Obligaciones, más que a un Derecho Administrativo Sancionador”³⁹³, siempre salvaguardando las características propias del régimen de contratación administrativa, que cuenta con ciertas particularidades que lo distinguen de la contratación privada.

Estas sanciones difieren de las sanciones administrativas en que no les resultan aplicables los principios del Derecho Penal. Empero, sí cuentan con una serie de limitaciones que le impiden a la Administración la aplicación de sanciones arbitrariamente, las cuales se verán en la sección segunda del presente capítulo. La doctrina divide estas

³⁹¹ Farrando, 569.

³⁹² García de Enterría, 700.

³⁹³ Ronald Hidalgo Cuadra-Malespín, *La Sanción Administrativa* (San José: ISOLMA, 2010), 37.

sanciones en pecuniarias (multas y cláusulas penales), coercitivas o sustitutivas (ejecución directa o sustitutiva) y rescisorias (resolución contractual).

Esta distinción no suele realizarse en el ámbito costarricense, donde según se verá más adelante, estudiosos del tema han confundido las sanciones contractuales con las administrativas. No obstante, doctrinarios como Alejandro Nieto, insisten en la existencia de medidas que no son sanciones administrativas, a pesar de su carácter aparentemente punitivo. Para tal efecto, identifica un repertorio donde incluye lo siguiente:

- Intereses por mora en el pago a la administración: se distinguen de las sanciones porque tienen, aparte de un cometido resarcitorio, una función eminentemente disuasoria, lo que no es bastante para conducirla al campo de las sanciones, dada la ausencia de la finalidad represiva.³⁹⁴
- Indemnizaciones a favor de la Administración aunque se impongan al autor de una infracción como consecuencia de ella y al mismo tiempo que la sanción.³⁹⁵
- Multas coercitivas.³⁹⁶
- Consecuencias de los incumplimientos de contratos administrativos.³⁹⁷

Es decir, no son sanciones administrativas el cobro de los daños y perjuicios ni los intereses surgidos por la mora en el pago a la administración, tampoco lo son las multas ni cualquier consecuencia del incumplimiento que surja dentro del ámbito del contrato administrativo. Con esto distingue las sanciones administrativas de las contractuales y de otro tipo de medidas, como el cobro de daños y perjuicios producidos por el incumplimiento contractual.

Ahora bien, en cuanto a las sanciones administrativas, éstas son aquellas que pueden ser impuestas por la Administración en el ejercicio de sus facultades de policía (ius puniendi). El ius puniendi del Estado suele ser estudiado en el Derecho Penal, no así en el Derecho Administrativo. No obstante, se ha venido dando una gran tendencia a despenalizar muchos ilícitos para transformarlos en infracciones administrativas, otorgándole una mayor importancia al Derecho administrativo sancionatorio.³⁹⁸

³⁹⁴ Cf., Nieto, A., 157.

³⁹⁵ Cf., Nieto, A., 160.

³⁹⁶ *Ibíd.*

³⁹⁷ Cf., Nieto, A., 160.

³⁹⁸ Cf., H. Huertas y S. Sánchez, *Procedimiento administrativo sancionatorio a la luz de la jurisprudencia constitucional y administrativa*, Trabajo final de graduación para optar al grado de Magíster en Derecho Público, (San José: Universidad de Costa Rica, 2006), 10.

La doctrina apunta que el Derecho administrativo sancionador:

“es punitivo en la medida en que impone sanciones a consecuencia de quebrantamientos, por acción o por omisión, contra el orden establecido, pero no es penal propiamente pues carece del alcance desvalorativo que merecen las conductas sancionados por éste, porque, además de ser ilícitas por estar prescritas en una norma, son incuestionables e intolerablemente injustas.”³⁹⁹

Es decir, “el delito criminal ataca bienes jurídicamente protegidos, mientras que el delito administrativo no se proyecta a la conciencia jurídica o moral y solo representa una lesión a simples intereses administrativos.”⁴⁰⁰ Se trata, pues, de un derecho punitivo que protege únicamente lesiones a los intereses administrativos, las cuales generalmente son de menor gravedad que los delitos penales.

Ahora bien, la potestad sancionatoria o *ius puniendi* es con la que se pretende reprimir aquellas conductas que trasgredan la normativa. Se define en la doctrina como “(...) aquella en cuya virtud puede imponer sanciones a quienes incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que le son impuestas por el ordenamiento normativo, o el que sea aplicable por la administración pública en cada caso.”⁴⁰¹ Consiste entonces en una facultad propia de toda Administración Pública que no requiere de su mención en el contrato.

La Administración, pues, debe velar porque el contratista cumpla con lo establecido en la normativa de contratación administrativa. De no cumplir el contratista con dichas disposiciones, la Administración tiene la potestad de imponerle sanciones. Tal y como explica el abogado costarricense, Ronald Hidalgo Cuadra-Malespín, “el Estado aparece como una fuente de castigo para asegurarse la eficacia de sus propios actos (policía administrativa) o bien como mecanismo que busca un orden dentro de la sociedad.”⁴⁰² De manera que esta potestad tiene una doble función: la de mantener el orden y la de reprimir y castigar coactivamente las conductas contrarias al ordenamiento jurídico.

Al igual que las contractuales, las sanciones administrativas son medidas tomadas por la ejecución o inejecución del contrato. Sin embargo, a diferencia de las primeras, exceden al ámbito del contrato, toda vez que derivan directamente del ordenamiento jurídico y ya no del contrato, “rebasan el ámbito de la relación jurídica contractual por el bien jurídico que resulta lesionado”⁴⁰³, “(...) y se refieren a la idoneidad posterior del

³⁹⁹ Nelson Pinilla, “Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionatorio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 84, citado en Huertas y Sánchez, 11.

⁴⁰⁰ *Ibíd.*

⁴⁰¹ Escolá, *Compendio de Derecho Administrativo*, 207.

⁴⁰² Hidalgo, *La Sanción Administrativa*, 13.

⁴⁰³ *Ibíd.*, 44.

cocontratante.”⁴⁰⁴ Su finalidad es meramente punitiva: la de castigar por infringir el ordenamiento jurídico.

De forma similar a todas las demás prerrogativas del Estado, la potestad para sancionar infracciones administrativas, posee límites que deben ser respetados por la Administración. Estos límites se relacionan con los principios propios del Derecho Penal, lo cuales serán estudiados con mayor detalle más adelante. Las sanciones administrativas que se nombran en la doctrina, en materia de contratación administrativa, son: el apercibimiento y la inhabilitación.

CAPÍTULO II: LAS SANCIONES CONTRACTUALES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Aclarada la naturaleza y finalidad de las distintas modalidades de sanciones contractuales, conviene hacer un repaso de los requisitos generales de cada una de estas modalidades. En lo que a las sanciones contractuales se refiere, si bien no se rigen por los principios del Derecho Penal, al no existir un *ius puniendi* de por medio, cuentan con ciertas limitaciones que le impiden a la Administración aplicar las sanciones libremente.

Dentro de estas limitaciones, se encuentra la obligatoriedad de que estas sanciones se encuentren reguladas, al menos, vía reglamentaria y, en algunas ocasiones, es necesario además, que estén previstas en el cartel o en el contrato. Al respecto, menciona Ismael Farrando lo siguiente:

“(…) en materia de sanciones contractuales también necesitamos de una previsión anterior que tipifique dicha sanción para que ésta pueda tener validez, una vez ocurrido el incumplimiento que la justifique. **Si la previsión anterior de la sanción no existe, la sanción será nula.**”⁴⁰⁵ (El resaltado es mío)

Una parte de la doctrina considera que estas sanciones deben estar reconocidas en el mismo contrato. Sin embargo, otra gran parte de la doctrina considera que esta facultad puede resultar implícita, ante un incumplimiento de las obligaciones, aunque no estuvieran pactadas tales penalidades para esas infracciones en el mismo contrato, las leyes

⁴⁰⁴ García Pullés, Fernando, “Potestad sancionatoria de la Administración Pública en la contratación administrativa”, *Revista de Documentación Administrativa*, No. 267-268, (2003-2004), citado en Farrando, 932.

⁴⁰⁵ Farrando, 573.

específicas o los demás documentos de la contratación, siempre y cuando derive de la propia esfera del contrato y no fuera de ella.⁴⁰⁶ Al respecto, Marienhoff indica lo siguiente:

“El poder de aplicar sanciones existe como principio, y no obstante el silencio del contrato a su respecto. La posibilidad de su aplicación constituye una facultad “implícita” correspondiente a la Administración Pública. El poder de aplicarlas implica o representa una de las tantas cláusulas exorbitantes “virtuales” del derecho privado inherentes a los contratos administrativos.”⁴⁰⁷

Para justificar esto, García de Enterría y Fernández señalan lo siguiente:

“La justificación de estos poderes radica en el hecho evidente de que la Administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia. La competencia es irrenunciable...y tiene que ser forzosamente ejercida por los órganos que la tienen atribuida como propia; el contrato no implica una renuncia a esa competencia, sino solo una colaboración privada en su cumplimiento. Esto es especialmente claro en el contrato de gestión de servicios públicos, en el que la Administración cede la gestión o explotación, pero retiene siempre la titularidad del servicio.”⁴⁰⁸

Por ende, aún cuando el contrato administrativo omita la posibilidad de aplicar estas penalidades, se le reconoce a la Administración el derecho de su aplicación, siempre en aras de tomar las medidas adecuadas para que el interés público se vea satisfecho. Sin embargo, debo augurar que esto no es así en todos los tipos de penalidades, tal y como se verá más adelante. Igualmente, se debe recordar que aún cuando no esté en el contrato, debe estar regulada, al menos, mediante un reglamento, y debe cumplir con una serie de requisitos. Así lo explica el argentino Fernando García:

“Aun cuando se reconociera la existencia de una potestad sancionatoria administrativa implícita, ésta seguirá siendo una potestad; esto es, una facultad derivada directamente del ordenamiento y limitada al modo en que fue atribuida a la Administración, sólo válida con respecto al principio de legalidad, **con el presupuesto necesario de una remisión reglamentaria adecuada y con ejercicio calificado por la razonabilidad, que ilumine las teorías de la imputación, la culpabilidad y la fijación de la sanción.**”⁴⁰⁹ (El resaltado es mío)

Otra limitación propia de estas sanciones, corresponde al principio de razonabilidad y proporcionalidad. Esto es que toda sanción que la Administración imponga, debe ser proporcional a la falta cometida.

⁴⁰⁶ Cf., García Pullés, Fernando, “Potestad sancionatoria de la Administración Pública en la contratación administrativa”, *Revista de Documentación Administrativa*, No. 267-268, (2003-2004), citado en Farrando, 931.

⁴⁰⁷ Marienhoff, 411.

⁴⁰⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Tomo I (Madrid:Tecnos), 703, citado en Farrando 931.

⁴⁰⁹ García Pullés, Fernando, “Potestad sancionatoria de la Administración Pública en la contratación administrativa”, *Revista de Documentación Administrativa*, No. 267-268, (2003-2004), citado en Farrando, 933.

El otro principio que la Administración debe llevar a cabo previo a aplicar una sanción, es el del debido proceso. En tesis de principio, este debido proceso incluye la constitución en mora o previa intimación, por medio de la cual se le otorga oportunidad al contratista, para que cumpla con sus obligaciones, “(...) oportunidad que debe ser real (no ficta ni ficticia), objetiva (con plazos posibles de cumplimiento) y razonable (no arbitraria)”⁴¹⁰. Esto es así porque “como la finalidad no es la sanción por la sanción misma sino que el sistema sancionatorio tiende a asegurar –objetivamente- la realización concreta y efectiva del servicio, debe darse una amplia oportunidad al contratista (mediante intimación fehaciente) para que cumpla con sus obligaciones.”⁴¹¹

La constitución en mora procede en todos los casos, salvo que los plazos establecidos en el contrato sean perentorios, o que la mora se haya establecido expresamente por el no cumplimiento en término de las obligaciones del cocontratante.⁴¹² En un sentido similar, el autor Mario Torán, resalta que la constitución en mora es obligatoria, “(...) únicamente cuando lo permiten las circunstancias.”⁴¹³ Una vez operado ese plazo sin que el contratista cumpla con sus obligaciones, el contratista caerá en mora y se le podrá aplicar la sanción. Empero, el debido proceso requiere también llevar a cabo un procedimiento administrativo, que le otorgue el adecuado derecho de defensa al contratista y que permita averiguar la verdad real de los hechos y emitir un acto final en el cual se indique la sanción a aplicar, siguiendo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad antes citados. Es por esta razón que la doctrina manifiesta que la aplicación de la sanción no es automática e ineludible para la Administración.⁴¹⁴

Finalmente, a pesar de que algunos doctrinarios consideran que el principio non bis in ídem es requisito de las sanciones contractuales⁴¹⁵, se considera que en casos de gran gravedad, es posible aplicar varios tipos de sanciones contractuales ante el incumplimiento contractual. En todo caso, cabe recordar que por la naturaleza de las sanciones contractuales, los principios del Derecho Penal no le resultan necesariamente aplicables. El criterio expuesto por Marienhoff es conteste con la posibilidad de aplicar varias sanciones por la misma falta. Para tales efectos, señala: “(...) pero aun entonces las sanciones mencionadas en el contrato carecen de carácter limitativo o exclusivo: aparte de ellas, la

⁴¹⁰ Cf., Farrando, 574.

⁴¹¹ Cf., Farrando, 574.

⁴¹² Cf., Farrando, 574 y Bercaitz, 419-420.

⁴¹³ Mario Torán, “Los contratos administrativos en el Derecho Francés”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 46 (enero-abril, 1984), 110.

⁴¹⁴ Cf., Farrando, 574 y Bercaitz, 419-420.

⁴¹⁵ Cf., Farrando, 577.

Administración Pública puede aplicar otras sanciones requeridas por la índole de la falta cometida.”⁴¹⁶ Es decir, ante un incumplimiento contractual de tal gravedad, que resulta necesario extinguir el contrato, la Administración puede sancionar al contratista con la resolución contractual y con una multa o cláusula penal, según proceda. Igualmente, puede aplicar la ejecución sustitutiva y sancionar con una multa o cláusula penal. Asimismo, puede emplear una sanción contractual junto a una sanción administrativa. Así lo considera el costarricense experto en el tema, Ronald Hidalgo, quien desarrolla su postura y además cita el siguiente extracto de Hector Escolá:

“La presencia en el contrato administrativo de cláusulas que prevean ciertas faltas contractuales y las sanciones que ante su comisión deban aplicarse, **no implica, tampoco, ni la exclusión de la facultad de la administración para reprimir otras faltas, además de las previstas**, ni menos aún la de alterar las sanciones establecidas para aquellas faltas si se estimare que no son adecuadas o no sirven al propósito de asegurar el cumplimiento del contrato. **Las previsiones del acuerdo contractual no son excluyentes ni limitativas, no puede coartar el ejercicio de la potestad sancionatoria.**”⁴¹⁷ (El resaltado es mío)

Un último aspecto general por tomar en cuenta, es la posibilidad de que intervengan terceras personas en la aplicación de sanciones contractuales al contratista. En el primer capítulo se mencionó que una de las distinciones que tenía el contrato administrativo del privado, consiste en que, en ciertos casos, los contratos administrativos pueden ser opuestos a terceros o invocados por estos. Esto se ejemplificó con una concesión de servicio público, donde los usuarios del servicio pueden exigirle al concesionario que preste el servicio correspondiente.

En ese orden de ideas, una tercera persona puede denunciar ante la Administración los incumplimientos del contratista. La Administración deberá realizar una investigación, que le permitirá determinar la acción por tomar: archivar la denuncia o incoar un procedimiento para sancionar al contratista. En caso de proceder la tramitación de un procedimiento, cabe la posibilidad de que el denunciante sea parte, siempre y cuando los hechos denunciados le perjudiquen. Así lo consideran algunos doctrinarios costarricenses, como Ernesto Jinesta Lobo⁴¹⁸ y Ronaldo Hidalgo Cuadra-Malespín⁴¹⁹, y la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.⁴²⁰

⁴¹⁶ Marienhoff, 412.

⁴¹⁷ Héctor Escolá, *Tratado integral de los contratos administrativos*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977), 409, citado en Hidalgo, *La Sanción Administrativa*, 49.

⁴¹⁸ Cf., Ernesto Jinesta Lobo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III (San José: Editorial Jurídica Continental, 2007), 254, citado en Hidalgo, *La Sanción Administrativa*, 65.

⁴¹⁹ Cf., Hidalgo, *La Sanción Administrativa*, 65.

⁴²⁰ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1379, 31 de enero del 2007, 18 horas 23 minutos.

Se dejan así establecidos los requisitos y/o principios generales que deben perseguir todas las sanciones contractuales. A continuación, se detallará cada uno de los tipos de sanciones contractuales existentes en el ordenamiento jurídico costarricense, con las consideraciones específicas, según su naturaleza.

SECCIÓN I: SANCIONES COERCITIVAS O SUSTITUTIVAS

Las sanciones coercitivas o sustitutivas son aquellas medidas necesarias que dicta la Administración para asegurar provisionalmente el servicio o el cumplimiento del contrato.⁴²¹ Su función principal no es la de castigar al contratista, sino que reside en lograr el efectivo cumplimiento del contrato.

Estas sanciones surgen cuando el contratista incumple, y la Administración, en aras de evitar las consecuencias de esa inejecución, asume ella misma o, a través de un tercero, el cumplimiento de las prestaciones, ejecutando así el contrato. En tesis de principio, estas medidas son transitorias, pero de forma excepcional, terminan siendo definitivas.

Dado que los aspectos principales sobre este tipo de medidas o sanciones ya fueron analizados en el capítulo anterior, procede recabar más a fondo un aspecto que quedó aplazado, a saber: el procedimiento.

Procedimiento

Anteriormente se indicó que previo a aplicar esta sanción, se debe respetar el debido proceso legal. También, se precisó el procedimiento que se debe realizar para plasmar dicho principio. Así, la Administración debe seguir el procedimiento ordinario para determinar si, en efecto, hay un incumplimiento por parte de la Administración. Una vez determinado éste, se debe tramitar el procedimiento regulado en el artículo 150 LGAP anteriormente detallado. En caso de que se opte por la ejecución sustitutiva mediante un tercero, debe procederse, además a contratar los trabajos mediante los procedimientos regulados en el ordenamiento jurídico, pudiendo contratar directamente, previa autorización de la CGR (artículo 2 bis LCA).

En cuanto al plazo prescriptivo que tiene la Administración para aplicar esta sanción, no existe regulación alguna en la Ley de Contratación Administrativa ni su Reglamento. No obstante, tal y como se indicó en el capítulo anterior, el artículo 35 de la LCA señala que la

⁴²¹ Cf., Marienhoff, 419.

facultad de la Administración de reclamar al contratista, la indemnización por daños y perjuicios, originada en el incumplimiento de sus obligaciones, prescribirá en cinco años.

El tratadista Ernesto Jinesta considera que ese plazo prescriptivo de cinco años debe ser aplicado en materia de contratación administrativa, ante laguna normativa, lo que se puede ver en el siguiente extracto:

“Cabe advertir que la regla general de la prescripción quinquenal del artículo 35 LCA tiene, en caso de laguna normativa en materia de contratación administrativa, una virtualidad aplicativa muy profunda, por cuanto, el principio de la auto-integración del Derecho Administrativo (artículo 9º LGAP) manda a que, solamente, en caso de ausencia de norma administrativa aplicable –escrita o no escrita- se aplique el derecho privado y sus principios. Consecuentemente, tal principio y el de igualdad, imponen **colmar cualquier laguna, en materia de contratación administrativa, con ese plazo de prescripción quinquenal (...).**”⁴²² (El resaltado es mío)

La Sala Primera comparte este criterio de Jinesta.⁴²³ Este plazo se ve reforzado cuando se analiza el artículo 49 del RLCA que también señala un plazo de cinco años máximo para cobrar multas. No queda más que concluir que la potestad que tiene la Administración para aplicar la sanción coercitiva o sustitutiva, prescribe a los cinco años. Plazo que, según se indicó en el capítulo anterior, empieza a correr a partir de que la Administración tenga conocimiento del hecho generador.

El plazo en mención, puede resultar excesivo al tratarse de una sanción que pretende el cumplimiento efectivo del contrato. No es razonable que la Administración aplique una medida de este tipo –que, en la mayoría de los casos, su adopción es urgente y necesaria- hasta cinco años después de haber conocido los incumplimientos. Con esto, la sanción en estudio perdería su razón de ser.

SECCIÓN II: SANCIONES RESCISORIAS

Las sanciones rescisorias son aquellas que le ponen fin al contrato “cuando su ejecución resulta imposible por el cocontratante debido a su culpa, su incapacidad o su ineficiencia”⁴²⁴, declarando la resolución del mismo. Por lo tanto, son definitivas. Su origen siempre será contractual, “por lo que jamás podrá fundamentarse en las atribuciones de policía o de poder de policía (ius puniendi).”⁴²⁵ Cabe recordar que la finalidad de la sanción

⁴²² Jinesta, 399 y 400.

⁴²³ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 25, 28 de marzo del 2012, 11 horas y; resolución No. 302, 06 de marzo del 2014, 12 horas 05 minutos.

⁴²⁴ Farrando, 581.

⁴²⁵ Farrando, 582.

rescisoria consiste en extinguir un contrato con un contratista que, con su presencia, se impide satisfacer el interés público. De forma que no se pretende castigar al contratista sino proteger el interés colectivo.

Esta no es una sanción propiamente dicha, sino que es un efecto del incumplimiento contractual, según lo analizado en el capítulo anterior. Dado que sus aspectos básicos ya fueron estudiados en la presente investigación, se procede a examinar únicamente un elemento que quedó pendiente de análisis: el procedimiento.

Procedimiento

En el presente capítulo, se mencionaron los principios generales que deben seguir las sanciones contractuales, dentro de los cuales se encuentra el debido proceso. No resulta concebible que la resolución contractual, al ser el efecto más grave para el contratista que se puede generar como consecuencia del incumplimiento, omita este principio y le niegue el derecho de defensa al cocontratante. Esto implica que, para dictar un acto final de declaratoria de resolución contractual, se debe tramitar un procedimiento administrativo a priori. Así se reconoce tanto en la doctrina como en los ordenamientos jurídicos de otros países.⁴²⁶

El marco normativo costarricense no es la excepción. La incoación de un procedimiento administrativo que garantice el debido proceso y la defensa no es un punto de debate en la doctrina costarricense; la jurisprudencia y la normativa es reflejo de eso. A manera de ejemplo, se puede mencionar lo establecido por el Tribunal Contencioso Administrativo:

“IV.- DE LA POTESTAD MODIFICADORA Y EXTINTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS SUSCRITOS POR ELLA. (...) Sin embargo, estas potestades de variación, modificación, rescisión o extinción del contrato administrativo que posee la administración tienen límites, los que se encuentran consagrados en la legislación vigente de cada ordenamiento. Así, uno de tales límites a esa potestad, lo constituye el procedimiento administrativo que debe llevar a cabo la Administración, previo al dictado del acto final que modificará o extinguirá la relación entre las partes ya constituida; y con él se garantiza al administrado el cumplimiento del principio del debido proceso, y así los derechos derivados de él, con el fin de que el acto que lo culmina no sea nulo ni vulnere tal derecho. Dentro de ellos se encuentran: el conocimiento

⁴²⁶ Cf., Farrando, 576 y 577; Barrero, 311 y; Emilio Ménéndez, *Contratos Administrativos: Dirección de Obras Públicas* (Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2006), 367.

del traslado de los cargos, los derechos de audiencia y defensa, y el de doble instancia entre otros.⁴²⁷ (El resaltado es mío)

De forma similar, dicho Tribunal ha recalcado la importancia del debido proceso en el procedimiento de resolución contractual, basándose en lo ya dicho por la Sala Constitucional:

“En esta inteligencia al procedimiento deben incorporarse las diversas manifestaciones y garantías del principio constitucional del debido proceso, dispuesto por el canon 39 de la Carta Magna. El tema ya ha sido de vasto análisis por parte de la Sala Constitucional, quien en su amplia jurisprudencia sobre este particular ha sostenido que **deben converger en la especie, una serie de garantías elementales, que permitan al particular ejercer su derecho de defensa y que ofrezcan una certeza de que la decisión que en definitiva adopte la entidad pública, es el resultado de una ponderación objetiva del caso, y no una voluntad antojadiza y arbitraria (entre otras, resoluciones, 243-98, 3929-96, 632-99 y 2376-98). Dentro de estos elementos mínimos indicados, se impone **el derecho de defensa, como eje central del debido proceso y en virtud del cual, acude a la parte pasiva del procedimiento, el derecho de asistencia letrada, acceso irrestricto al expediente administrativo y sus piezas, incluidas las pruebas, oportunidad razonable y proporcional de formular los alegatos, derecho a una resolución motivada y el derecho de impugnación de las resoluciones cuando la ley así lo disponga.**”⁴²⁸ (El resaltado es mío)**

El objeto del procedimiento de resolución contractual consiste en determinar que los hechos en virtud de los cuales se instruye, realmente pueden ser imputados al supuesto responsable y por ende, imponerle las consecuencias jurídicas que de antemano dispone el ordenamiento jurídico.

El debido proceso es evocado siempre que se trate de la resolución contractual. No obstante, se debe considerar un aspecto de suma relevancia como parte del debido proceso. De previo a tramitar un procedimiento, es menester recordar la obligatoriedad de la intimación previa en toda sanción contractual. La Administración le debe otorgar un plazo prudencial y objetivo al contratista para que cumpla con lo pactado en el contrato o pliego cartelario. Ante la negativa o la omisión del contratista de cumplir, procede la incoación del respectivo procedimiento administrativo.

Si bien, la previa intimación no se encuentra regulada de forma específica en la normativa costarricense, toda Administración debe verse obligada por aplicarla, dado que es parte de las características propias de toda sanción contractual. Bien lo explican los

⁴²⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 19, 22 de febrero del 2006, 15 horas 40 minutos. En un sentido similar, ver Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 329, 30 de agosto del 2006, 15 horas 40 minutos.

⁴²⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206, 05 de octubre del 2011, 11 horas 30 minutos.

doctrinarios argentinos Ismael Farrando y Juan Carlos Cassagne en los siguientes extractos:

“(...) la regla en la materia es que la Administración debe procurar, en primer término el cumplimiento del contrato, intimando al contratista mediante el otorgamiento de un plazo razonable al efecto.”⁴²⁹

“Lo manifestado resulta debido a que la Administración Pública está interesada principalmente en que el contrato se cumpla y se haga efectiva la realización de la obra o se preste el servicio.”⁴³⁰

A pesar de la gran relevancia de realizar esta intimación al contratista, en nuestro país no solo no se encuentra regulada, sino que la Administración no suele aplicarla, ni la jurisprudencia la ha dado la importancia que amerita, lo que hace reflexionar sobre la necesidad de regularla de forma expresa, como parte del procedimiento de resolución contractual.

El procedimiento de resolución ha sido regulado por el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que, en su versión original, en el artículo 205 rezaba lo siguiente:

“Artículo 205. -Procedimiento de resolución. Una vez sea documentado preliminarmente el incumplimiento, la Administración emitirá la orden de suspensión de éste y dará al contratista audiencia por el plazo de diez días hábiles indicando los alcances del presunto incumplimiento; la prueba en que se sustenta; la estimación de daños y perjuicios; la liquidación económica, así como la respectiva ejecución de la garantía de cumplimiento y cualesquiera otras multas, todo lo cual se ventilará en un mismo procedimiento.

El contratista atenderá la audiencia refiriéndose a la causal invocada y a los cálculos económicos, aportando la prueba respectiva. En caso de no compartir los montos a cancelar deberá exponer sus propios cálculos acompañados de prueba pertinente. En el evento que acepte la causal y liquidación hecha por la entidad, la Administración dictará de inmediato la resolución correspondiente.

Una vez vencido el plazo de la audiencia, la Administración deberá determinar si requiere prueba adicional o bien disponer las medidas necesarias para valorar la prueba aportada por el contratista. En caso positivo y dentro del plazo de cinco días hábiles se formularán las respectivas solicitudes, incluidos peritajes e inspecciones.

Evacuada la prueba, se conferirá audiencia al contratista por cinco días hábiles. Vencido ese plazo, la Administración contará con un mes calendario para emitir la resolución. En caso de no requerirse prueba adicional, la Administración deberá resolver el contrato un mes después de vencida la audiencia conferida al contratista.

La resolución final tendrá los recursos ordinarios previstos en la Ley General de la Administración Pública.

⁴²⁹ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999), 102, citado en Farrando, 661.

⁴³⁰ Farrando, 661.

Una vez emitida la orden de suspensión del contrato, la Administración podrá contratar directamente los trabajos faltantes a fin de concluir la obra o también proveerse del bien o servicio, si la Contraloría General de la República así lo autoriza, de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento en cuanto a autorizaciones otorgadas por dicho Órgano.”⁴³¹

De conformidad con esta disposición, una vez que fuera documentado el incumplimiento, es decir, cuando la Administración tuviera pruebas que le permitieran considerar que existía un incumplimiento, debía iniciar el procedimiento mediante una medida cautelar inaudita altera parte, que consistía en la suspensión de la ejecución del contrato administrativo, en detrimento del contratista y sin otorgarle audiencia previa al respecto. Este aspecto fue interpretado por el Tribunal Contencioso Administrativo –y, posteriormente, confirmado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia–, de manera tal que se respetara los principios del debido proceso. Para tal efecto, el Tribunal estableció que la medida cautelar no se fundamentaba por el solo hecho de iniciar el procedimiento, sino que la Administración debía emitir una resolución donde motivara su decisión de dictar dicha medida. Así se puede ver en el voto de la Sección Sexta emitido en el año 2011, en un caso donde aún resultaba aplicable el artículo 205 RLCA:

“(…) el hecho de que se inicie un procedimiento tendente a determinar la verdad real sobre los presuntos incumplimientos imputados al contratista, no constituye en principio y por sí mismo, una causa que de manera automática implique per se, la aplicación de la medida cautelar de suspender al contratista en la ejecución del convenio, toda vez que **su aplicación necesariamente deberá estar sustentada en una indagación preliminar de los términos en que se ha desarrollado la ejecución contractual y por ende, en valoración y ponderación la eventual lesión al interés público, los daños y perjuicios provocados con la medida a terceros, y los caracteres de provisionalidad e instrumentalidad de la medida cautelar que pretende imponerse. Lo anterior, implica que el acto en que se dispone la medida cautelar de suspender la ejecución del contrato, no sólo deba estar motivado en los términos que establece el numeral 136 de la Ley General de la Administración Pública; sino también, que pueda ser impugnado de manera independiente y bajo las condiciones previstas al efecto por el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública -sin efectos suspensivos salvo las excepciones que allí se contemplan-, en virtud de los efectos propios –y en este caso definitivos- que tiene dentro del procedimiento administrativo principal.**”⁴³² (El resaltado es mío)

De esta forma, la medida cautelar de suspensión de la ejecución contractual no era obligatoria, sino que la Administración la podía emitir en caso de que resultara imprescindible. Para ello, debía emitir una resolución debidamente motivada, donde

⁴³¹ Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 205.

⁴³² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206, 05 de octubre del 2011, 11 horas 30 minutos. Esta resolución fue confirmada posteriormente por el voto No. 502-2013 de la 10:45 horas del 25 de abril del 2013, emitido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

estableciera las razones que hacían que la medida resultara necesaria para no lesionar el interés público. Esta resolución podía ser recurrida por los recursos ordinarios regulados en la LGAP, lo que no suspendería la aplicación de la medida cautelar, a menos que la misma pudiera causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación (artículo 148 LGAP).

Una vez emitida la suspensión de la ejecución del contrato, el artículo 205 le permitía la Administración contratar directamente los trabajos faltantes a fin de cumplir con el objeto contractual, siempre y cuando la Contraloría General de la República autorizara dicha contratación directa, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 bis de la LCA. Es decir, la Administración debía solicitar al ente contralor, permiso para contratar directamente, solicitud que dicho ente debía resolver en el término de 10 días hábiles.

El procedimiento de resolución contractual, en los términos del artículo 205, requería la emisión del traslado inicial, el cual debía incluir los alcances del presunto incumplimiento; la prueba en que se sustentaba; la estimación de daños y perjuicios; la liquidación económica, así como la respectiva ejecución de la garantía de cumplimiento y cualesquiera otras multas. Además, este traslado debía ajustarse a los principios propios del debido proceso, que resaltan la importancia del traslado de cargos, al tratarse de la herramienta por medio de la cual la Administración le comunica al destinatario con detalle preciso, los hechos u omisiones concretos que se le imputan y que, a juicio de la Administración, configuran una trasgresión de normativa, deberes, obligaciones o, en general, situaciones jurídicas de deber. En dicho traslado, el órgano director debía indicar las consecuencias jurídicas de los hechos investigados o las sanciones que se le podrán aplicar si se logran comprobar las faltas imputadas. Además, debía otorgarle una audiencia de 10 días hábiles al contratista, para que realizara su defensa, plazo que podía extenderse en casos muy complejos. Contra el mismo cabían los recursos ordinarios dispuestos en la LGAP. Si en ese plazo de 10 días, el contratista se allanaba y aceptaba la causal y liquidación hecha por la entidad, la Administración debía dictar de inmediato la resolución correspondiente.

Si bien, el artículo no decía expresamente que se podía realizar una audiencia oral y privada para que el contratista presentara la prueba pertinente y realizara su descargo, el Tribunal Contencioso Administrativo y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, entendieron que, con base en el derecho de defensa, si el contratista así lo requería, se debía realizar una audiencia oral.⁴³³ Para tales efectos, se debía ajustar a las reglas establecidas en la LGAP, en cuanto a que la citación de la comparecencia se debía hacer

⁴³³ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206, 05 de octubre del 2011, 11 horas 30 minutos.

con 15 días hábiles de anticipación y a que, de resultar necesario, se puede realizar una segunda comparecencia oral y privada, previa autorización del superior.

Rezaba dicho artículo que una vez vencido el plazo de la audiencia, la Administración debía determinar si requería prueba adicional, o bien, disponer las medidas necesarias para valorar la prueba aportada por el contratista. En caso de no requerirse prueba adicional, la Administración debía emitir resolución final un mes calendario después de vencida la audiencia conferida al contratista.

De requerir prueba adicional, debía formular las solicitudes dentro del plazo de cinco días hábiles, lo que podía incluir peritajes e inspecciones. Contra el acto que rechazaba la prueba, el contratista podía presentar recurso de revocatoria con apelación en subsidio, de conformidad con lo establecido en los artículos 342 y siguientes de la LGAP. Evacuada la prueba, se debía conferir nuevamente audiencia al contratista por cinco días hábiles. Vencido ese plazo, la Administración contaba con un mes calendario para emitir la resolución final. Cabe resaltar que en la práctica, los procedimientos tenían un órgano director y un órgano decisor, lo que implicaba que al órgano director le correspondía emitir un informe de recomendaciones o conclusiones y remitírselos al órgano decisor, para que fuera ese último el que dictara el acto final. Según la normativa recién expuesta, todo esto debía realizarse en el plazo de un mes, una vez evacuada toda la prueba.

Contra la resolución final, cabían los recursos ordinarios de revocatoria con apelación en subsidio, los cuales debían ser resueltos en el plazo máximo de un mes, contados a partir de su interposición, de conformidad con lo regulado en la LGAP.

Esta disposición normativa fue declarada inconstitucional mediante el voto N° 4431-2011 de las diez horas con treinta y dos minutos del 01 de abril de 2011 (corregido por el voto N° 4518-2011 de las catorce treinta horas del 06 de abril del 2011) de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En este voto de mayoría, se argumenta que la disposición reglamentaria resultaba contraria a los principios constitucionales de reserva de ley en materia de limitación de derechos fundamentales (artículos 28 de la Constitución Política, artículos 19 inciso 1) y 59 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública), ya que establecía un procedimiento que habilitaba a la Administración a resolver sus contratos administrativos (potestad de resolución unilateral), ante el incumplimiento del contratista, mediante un procedimiento especial distinto del ordinario contemplado en la Ley General de la Administración Pública, cuando esta potestad de imperio se encuentra prevista en la Ley de Contratación Administrativa,

pero no así el procedimiento para ejercerla o encausarla, que es lo que regulaba "ex novo" el artículo 205 RLCA.

Además, este procedimiento contenía limitaciones a los derechos de defensa y de debido proceso (derechos fundamentales), como lo era la medida cautelar de suspensión sin realizar audiencia previamente, lo que debía estar regulado mediante ley, no en un reglamento. En efecto -señala la Sala- es la ley la que debe establecer los rasgos esenciales del respectivo procedimiento administrativo, mientras que el reglamento debe limitarse únicamente a desarrollarlos, complementarlos, aclararlos o precisarlos. Así las cosas - dispuso la Sala Constitucional- hasta tanto la Ley de Contratación Administrativa no establezca las características esenciales o fundamentales del procedimiento administrativo para ejercer la potestad de resolución unilateral de las administraciones públicas contratantes, éstas deberán observar y atenerse al procedimiento administrativo ordinario establecido en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, el cual "si es cuidadosa y adecuadamente dirigido, puede ser sustanciado en plazos razonables y breves."⁴³⁴

Este voto contó con opiniones disidentes; los Magistrados Gilbert Armijo Sancho, Fernando Cruz Castro y Luis Paulino Mora Mora salvaron su voto, quienes consideraron que el artículo 205 no era inconstitucional. En su razonamiento, los Magistrados determinaron que la Constitución lo que exige en sus artículos 39 y 41 es respetar el derecho de defensa de las personas, no la aplicación forzosa del trámite indicado de la LGAP. Que inclusive, el procedimiento administrativo de la LGAP ni siquiera tenía la intención de ser vinculado a la materia de contratación pública (art. 367 LGAP). Consideran que el procedimiento regulado en el artículo 205 RLCA, es armonioso con esos artículos constitucionales: "le permite a la parte exponer sus argumentos, ofrecer prueba, pedir la corrección de los cálculos que se hayan efectuado e impugnar la decisión."⁴³⁵ Que del procedimiento ahí reglamentado, dicen los Magistrados disidentes que:

"(...) puede derivar tanto una actividad administrativa respetuosa del derecho de defensa del contratista, como actividad violatoria de los derechos fundamentales. Iguales resultados opuestos podrían nacer del procedimiento de los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública. El problema constitucional no se residencia en la norma, ni en el esquema procedimental, sino en su aplicación concreta. Para la fiscalización de la ejecución del procedimiento se cuenta con las vías administrativas y jurisdiccionales pertinentes."⁴³⁶

⁴³⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 4431, 01 de abril de 2011, 10 horas 32 minutos.

⁴³⁵ *Ibíd.*

⁴³⁶ *Ibíd.*

Los Magistrados minoritariamente advirtieron sobre lo perjudicial que resultaría anular el procedimiento del artículo de cita, ya que el mismo dispone la posibilidad de la Administración de suspender cautelarmente e inaudita altera parte la ejecución del contrato. Sin esa medida cautelar –argumentan– el contratista podría prolongar el procedimiento resolutorio, en perjuicio de la actividad administrativa y los fondos públicos:

“Pues, anejos al derecho de defensa, tienen igual relevancia constitucional los principios básicos de contratación administrativa recogidos en el artículo 182 de la Constitución, así como, en general, las disposiciones de los artículos 176 a 184, también de la Carta Fundamental, sobre control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de propiciar la sana administración de los fondos públicos. (...) Eso sí, (...) aunque la medida cautelar se dispone sin audiencia a la parte, está sustentada en una indagación preliminar de los términos en que se ha desarrollado la ejecución contractual. Y permitir que se continúe desarrollando un contrato, respecto del cual hay motivos válidos para considerar que el contratista no está cumpliendo sus obligaciones, puede acarrear una severa lesión a las finanzas públicas, en dos vertientes fundamentales: significa continuar erogando recursos públicos a favor de un contratista que no está satisfaciendo la contraprestación que le atañe y cuya recuperación podría ser tardía o materialmente imposible; e impide adoptar medidas prontas para alcanzar el fin público que está llamado a llenar el contrato administrativo de que se trate. Los poderes extraordinarios que detenta el Estado –lato sensu– al contratar están llamados, primero, a defender el interés público, norte de su actividad, pero adicionalmente compensan dificultades que no enfrentan los particulares, como procedimientos más complejos para escoger su cocontrante y el principio de previsión presupuestaria para efectuar erogaciones, por solo mencionar dos, con lo que es esencial que cuente con opciones ágiles para paliar una situación de incumplimiento. La potestad pública de suspensión cautelar y de resolución del contrato derivan de la Constitución y la Ley de la Contratación Administrativa, con lo que el argumento de violación al principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales debe también descartarse.”⁴³⁷

El voto de mayoría de la Sala Constitucional fue confirmado recientemente, mediante sentencia No. 16039-2015⁴³⁸, donde los Magistrados declararon inconstitucional el artículo 183 del Decreto Ejecutivo No. 35148, denominado “Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones”. Dicho artículo regulaba el procedimiento de resolución contractual de la misma forma que lo hacía el artículo 205 RLCA, por lo que fue declarado inconstitucional por las mismas razones.

Retomando el voto de la Sala que declaró inconstitucional el artículo 205 RLCA, es importante analizar varios aspectos. El primero de ellos es la violación al principio de reserva de ley. Lleva razón la Sala al determinar que la disposición reglamentaria anulada, contrariaba el principio constitucional de reserva legal cuando existen derechos

⁴³⁷ *Ibíd.*

⁴³⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 16039, 14 de octubre del 2015, 9 horas.

fundamentales de por medio. En dicha ocasión, el derecho fundamental que se encontraba en juego era el derecho a un debido proceso y el de defensa, los cuales deben estar previstos en una ley y no en un reglamento. Bajo este orden de ideas, no se puede concebir que mediante un reglamento se regule “ex novo” un procedimiento administrativo para resolver un contrato por incumplimientos achacables al contratista, cuando la Ley de Contratación Administrativa no menciona de forma alguna el procedimiento para desplegar esa potestad resolutoria. De manera tal que, si se desea implementar un procedimiento distinto del ordinario de la LGAP para tal efecto, lo pertinente es, al menos, hacer mención de esa posibilidad en la Ley de Contratación Administrativa y, posteriormente, regular con mayor detalle el procedimiento vía reglamento.

Ahora bien, el segundo aspecto por examinar a propósito del otrora artículo 205 del RLCA, es si el procedimiento ahí regulado cumplía con en el derecho de defensa, para lo cual es necesario reflexionar sobre los argumentos expuestos en el voto salvado. En los términos ya expuestos en los párrafos atrás, el procedimiento de marras era respetuoso del debido proceso y del derecho de defensa. Oportunamente el Tribunal Contencioso Administrativa y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁴³⁹, determinaron que el procedimiento le permitía al contratista ejercer estos principios constitucionales, siempre y cuando la medida cautelar de suspensión fuera debidamente fundamentada; se le permitiera al contratista recurrir, tanto la resolución de suspensión como la del traslado inicial y la resolución final; se convocara a una audiencia oral, en caso de así requerirlo el contratista; y que, en general, fuera integrado e interpretado por los principios de la LGAP, en lo que resultara omiso. Bajo estas circunstancias, el voto salvado lleva razón en cuanto a que dicho procedimiento podía ser aplicado respetando el derecho de defensa y el debido proceso, criterio que se comparte en el presente estudio.

En otro orden de ideas, los Magistrados disidentes hicieron bien al darle importancia al procedimiento que se pretendía anular, el cual se trataba de un procedimiento abreviado y creado especialmente para la contratación administrativa, que propulsaba una mayor celeridad y asegurar la defensa de los fondos públicos. De previo a emitir una opinión sobre este criterio, procedo a detallar el procedimiento ordinario dispuesto en los artículos 308 y siguientes de la LGAP, ahora aplicable para la resolución contractual.

Al igual que el procedimiento declarado inconstitucional, el procedimiento ordinario debe incluir una investigación previa, donde la Administración recopile y documente toda la

⁴³⁹ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206, 05 de octubre del 2011, 11 horas 30 minutos.

información que le permita considerar que existe un presunto incumplimiento contractual por parte del contratista. El procedimiento se inicia con el traslado de cargos. Este traslado de cargos, requiere de una serie de formalidades, según lo establecido en la LGAP y la jurisprudencia⁴⁴⁰:

- 1) Debe incluir los hechos, cargos, motivos, carácter y fines por los cuales se abre el respectivo procedimiento administrativo.
- 2) Debe ponerse a disposición el expediente levantado al efecto, citando los documentos que contenidos. Para tal efecto, le debe indicar al contratista el lugar en el que se encuentra ubicado y el horario en el que se puede revisar y obtener copias del mismo.
- 3) Se notifica al administrado, con un plazo no menor de 15 días hábiles de antelación, la convocatoria a una comparecencia oral y privada ante la Administración. Esta comparecencia debe indicar (artículo 249 LGAP):
 - a. El nombre y dirección del órgano que cita;
 - b. Nombre y apellidos de la persona citada;
 - c. El asunto a que se refiere la citación, la calidad en que se cita a la persona y el fin para el cual se le cita;
 - d. Si el citado debe comparecer personalmente o puede hacerlo por medio de apoderado;
 - e. El día, la hora y el lugar de la comparecencia, con indicación clara de la naturaleza y medida de las sanciones en caso de no comparecer;
 - f. La firma del órgano director con el nombre y apellidos del respectivo servidor público.
- 4) Se hace la prevención de señalar lugar para oír notificaciones.
- 5) Se indican los recursos, plazos en que proceden y el órgano ante quién se deben interponer.
- 6) La indicación de que puede contar con patrocinio letrado.

Se reitera que este auto inicial debe detallar de forma clara y sucinta los hechos u omisiones que se le imputan, así como los cargos y las posibles sanciones o medidas que resultan como consecuencia de dichas faltas. Consecuentemente, en el traslado de cargos se le debe indicar las consecuencias de las faltas imputadas, a saber: resolución

⁴⁴⁰Cf., Procuraduría General de la República, *Manual de Procedimiento Administrativo* (San José: La Institución, 2006), 152 a 153.

contractual, ejecución de la garantía, ejecución de multas o cláusulas penales, o algún tipo de sanción administrativa, para que así el contratista pueda ejercer su defensa según la sanción a aplicar. Igualmente, en caso de existir posibles daños y perjuicios con las faltas imputadas, se debe estimar el monto de los mismos. De lo contrario, se le estaría dejando en indefensión.

En este auto, se debe convocar a una comparecencia oral y privada, cuya citación debe ser notificada al contratista con 15 días de antelación. Contra el traslado inicial, cabe el recurso de revocatoria y/o el de apelación, el cual, en tesis de principio, no suspende la comparecencia a la que se convocó, excepto que con ello se pueda causar un perjuicio grave o de imposible reparación (artículo 148LGAP).

En cuanto a la posibilidad de dictar medidas cautelares, el artículo 332 de la LGAP le permite a la Administración emitir medidas provisionales de oficio o a gestión de parte, siempre y cuando existan razones de necesidad o conveniencia evidentes” Estas medidas provisionales deben estar orientadas a la protección del interés público. Aquí resulta imprescindible traer a colación el análisis realizado por el doctrinario costarricense, Ronald Hidalgo Cuadra-Malespín, en su obra “La Sanción Administrativa”, donde muy acertadamente hace una distinción entre las medidas provisionales que ordena la Administración y las que ordena el juez en un proceso judicial. Las primeras “se orientan a proteger el bien jurídico que está siendo afectado por la conducta presumiblemente sancionable y parten del poder de policía administrativa”⁴⁴¹, mientras que las segundas, “su fundamento en el derecho a una tutela efectiva preservando las condiciones para que la pretensión del actor pueda ser satisfecha. Una responde al bien jurídico y la otra al objeto del proceso.”⁴⁴²

Esta clara distinción hace que las medidas dictadas por la Administración no cuenten con los mismos presupuestos y la misma tramitología de una medida cautelar dictada en un proceso judicial. De modo tal que las medidas de la Administración no requieren la obligatoria concurrencia de los presupuestos de las medidas cautelares de un proceso judicial, tales como la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora, la ponderación de intereses en juego y la instrumentalidad y provisionalidad. El único presupuesto que debe considerar la Administración a la hora de emitir una medida provisional, es que exista el peligro de que el bien jurídico que está siendo afectado por la conducta presumiblemente sancionable, se vea perjudicado.

⁴⁴¹ Hidalgo, *La Sanción Administrativa*, 66.

⁴⁴² *Ibíd.*

A pesar de la anterior observación, la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional, opta por aplicar los presupuestos de las medidas cautelares establecidos en el Código Procesal Contencioso Administrativo, artículo 18 y siguientes, lo que se refleja en el siguiente extracto:

“Ahora bien, la posibilidad que tienen las administraciones públicas para adoptar las medidas cautelares está subordinada a la concurrencia de los presupuestos y requisitos propios de las mismas. Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la instrumentalidad y provisionalidad, lo primero significa que es accesoria respecto del procedimiento principal y lo segundo que tiene una eficacia limitada o rebuc sic stantibus, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final. Otra característica es la urgencia que permite, en ocasiones especiales e intensas, la derogación de las reglas generales del proceso. Finalmente, se tiene la cognición sumaria o summaria cognitio, que parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que presupone la verificación por parte del órgano administrativo del periculum in mora y del fumus boni iuris.”⁴⁴³

En cualquier caso, ya sea aplicando los presupuestos del CPCA, como acogiendo al tenor literal de la LGAP, no se puede obviar que en la misma resolución donde se dicte la medida provisional, la Administración debe detallar los motivos que la llevaron a tomar dicha decisión, con indicación de la lesión al interés público que se pretende evitar con la medida. Esta motivación del acto es parte del debido proceso, tal y como lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional⁴⁴⁴ De igual forma, el Tribunal Contencioso Administrativo ha manifestado lo siguiente:

“En criterio de éste Tribunal, este segundo acto de inicio del procedimiento **administrativo padece de un vicio de falta de motivación para la adopción de la medida cautelar, toda vez que no basta en señalar como fundamento para su adopción el inicio del procedimiento sancionatorio y de resolución contractual, sin indicar los motivos de urgencia o necesidad que sustentan dicha medida provisional que imposibilita la continuación de la relación contractual**, aun cuando no se ha dictado acto final de resolución del contrato.”⁴⁴⁵(El resaltado es mío)

Este último voto, le agrega a la motivación de la medida provisional, el presupuesto de urgencia o necesidad. En efecto, se pretende prevenir los efectos lesivos al interés público de las conductas imputadas que, de no dictar dicha medida, se estarían generando. Lo que hace inminente la aplicación de las medidas en mención. La no motivación de las medidas, acarrea la nulidad del acto, tal y como lo ha dispuesto el Tribunal Contencioso

⁴⁴³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2740, 28 de febrero del 2014, 9 horas 15 minutos y; resolución No. 16242, 04 de noviembre del 2016, 10:00 horas.

⁴⁴⁴ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5708, 26 de mayo del 2004, 15 horas 51 minutos; entre otros.

⁴⁴⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, resolución No. 85, 29 de setiembre de 2014, 10 horas 30 minutos.

Administrativo:

“Si bien éste Tribunal entiende las razones de interés público que debe amparar las actuaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social en razón de la protección de la salud de los pacientes respecto de la calidad de los medicamentos que deben ser suministrados por la entidad aseguradora, lo cierto es que en el caso tratado en autos, debe declararse con lugar la demanda en cuanto a la nulidad de la medida cautelar contenida en los Actos de Inicio del Procedimiento Administrativo (...) toda vez que dicha medida careció de fundamentación.”⁴⁴⁶

Aunado a lo anterior, se debe agregar que una medida dictada provisionalmente por la Administración, puede ser inaudita altera parte, sin tener que otorgarle audiencia previa al administrado, siempre y cuando se haya iniciado el procedimiento administrativo. Así lo permite el artículo 332 de la LGAP y fue confirmado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando señaló lo siguiente:

“No llevan razón los recurrentes al afirmar que la suspensión temporal del plan de ventas a plazo que desarrolla la empresa "Fortunas en Movimiento, Sociedad Anónima", dispuesta por la Comisión Nacional del Consumidor en su contra mediante resolución número 548-97 de las ocho horas treinta minutos del doce de junio del año en curso, constituya una sanción que le fue impuesta sin darle oportunidad de proveer a su defensa, toda vez que la medida que impugna no es definitiva sino de carácter meramente cautelar -pues lo que pretende es garantizar que los intereses económicos de los consumidores no sufran menoscabo, mientras dure el trámite del proceso administrativo incoado en contra de la amparada, por presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley número 7472- (ver folios 56 y 57 del expediente), **por ese motivo no resulta válido argumentar que es un requisito sine qua non, el que la autoridad recurrida le concediera oportunidad de manifestarse sobre la oportunidad y conveniencia de la medida que se impugna, ya que al constituir una determinación de carácter meramente preventivo, el órgano competente tiene la potestad de adoptarla de oficio**, aunque con posterioridad podrá revisar la conveniencia de la misma, cuando así lo solicite la parte afectada o la propia Comisión Nacional del Consumidor (ver folio 57 del expediente), pues -como se apuntó- se trata de una medida meramente cautelar y preventiva, llamada a desaparecer una vez definida la situación que la motiva, por esa razón no se observa que lo actuado cause menoscabo a derecho fundamental alguno de la recurrente de manera directa.”⁴⁴⁷ (El resaltado es mío)

De esta forma, se le reconoce a la Administración la potestad de emitir medidas provisionales inaudita altera parte, en aras de proteger un bien jurídico, mientras se resuelve definitivamente el procedimiento administrativo.

Ahora bien, en cuanto al tipo de medidas que la Administración puede tomar, conviene resaltar que, las mismas no pueden tener carácter punitivo ni pueden equivaler a una sanción. Es decir, tal y como explica Hidalgo Cuadra-Malespín⁴⁴⁸, no se puede

⁴⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 3787, 02 de julio de 1997, 18 horas 06 minutos.

⁴⁴⁸ Cf., Hidalgo, 60.

sancionar provisionalmente. Esto porque ese no es el objetivo de dichas medidas, sino que pretenden proteger el interés público.

La medida más usual es la suspensión de la ejecución del contrato, hasta que no se resuelva el proceso. Junto a la suspensión, la Administración puede proceder a la contratación de los trabajos faltantes, si así lo considera necesario. Lo anterior mediante la contratación directa, previa solicitud ante la Contraloría General de la República (Artículo 2 bis LCA).

Aunado a estas medidas, cabe recordar que, si dentro del mismo procedimiento de resolución contractual, se pretende ejecutar la garantía de cumplimiento, la Administración puede ejecutarla de forma preventiva, ante la negativa del contratista de cumplir con el mantenimiento de la vigencia de la misma (artículo 40RLCA). Esto solo procede si el contratista se niega a renovar la vigencia, previa solicitud de renovación por parte de la Administración. No se debe olvidar que contra la resolución en la que se dicta la medida provisional, el contratista puede presentar los recursos ordinarios de revocatoria y/o de apelación, de conformidad con el artículo 332 LGAP. No obstante, en principio, los recursos interpuestos no suspenden la ejecución de la medida (artículo 148 LGAP).

Con base en lo dicho hasta acá, es posible concluir que no llevan razón los Magistrados Luis Paulino Mora Mora, Fernando Cruz Castro y Gilbert Armijo Sancho, en el voto constitucional antes indicado, en cuanto a que con la anulación del artículo 205 de RLCA, se le estaría impidiendo a la Administración la posibilidad de suspender provisionalmente y sin otorgar audiencia al contratista, la ejecución contractual. Como se dejó claro en los párrafos precedentes, dicha suspensión es posible, siempre y cuando la Administración motive adecuadamente su decisión.

Eso sí, no se puede perder de vista que el objetivo de estas medidas provisionales es la protección del interés público, por lo que van acompañadas de una actuación célere y eficiente por parte de la Administración en el proceso de contratación de una tercera persona para que finalice los trabajos. A manera de ejemplo, resulta pertinente mencionar el mediático caso del Consorcio Euroestudios S.L. e Imnsa Ingenieros Consultores S.A contra el Estado y el Consejo Nacional de Concesiones, expediente No. 09-003286-1027-CA.

En dicho caso, la empresa demandante resultó adjudicada para la contratación de servicios de consultoría, a fin de apoyar y asesorar a la Administración Concedente en su obligación de supervisar técnica, operativa, legal y financiera la etapa de construcción y operación del Proyecto de Concesión de la carretera San José-Caldera. Por una serie de

presuntos incumplimientos del concesionario, el Consejo Nacional de Concesiones dispuso iniciar un procedimiento de resolución contractual el día 10 de setiembre del 2009, en aplicación del artículo 205 RLCA. En virtud de ello, por resolución número RE/SET 46-2009 de las 13:00 horas del 10 de setiembre del 2009, ordenó la suspensión del contrato, a partir del día 11 de setiembre del 2009. Por su parte, la Contraloría General de la República, por oficio número DJ-1354 del 29 de setiembre del 2009, la División Jurídica de la Contraloría General de la República, en atención a los oficios DST-OF-1206-2009 del 31 de agosto del 2009 y DST-OF-1330-2009 del 22 de setiembre del mismo año, presentados por el Secretario Técnico del CNC, concedió autorización para que el CNC contratara en forma directa con el Consorcio Cacisa- Cano Jiménez, los servicios de supervisión pendientes de ejecutar del proyecto de concesión de la carretera San José- Caldera. A pesar de que ya se tenía la autorización de la CGR, no fue sino hasta el 26 de noviembre del 2009 que el CNC y el Consorcio Cacisa-Cano Jiménez, firmaron el contrato, el cual fue refrendado el 11 de diciembre del 2009, por la Unidad Interna de Aprobaciones del Consejo Nacional de Concesiones. La orden de inicio fue emitida el 01 de diciembre del 2009, día en que inició la prestación de los servicios por parte de la nueva concesionaria.

El proceso judicial fue finalizado por medio de la sentencia No. 206-2011 de la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo y, posteriormente, por medio del voto de la Sala Primera, No. 502-2013, que confirmó lo dicho por el Tribunal. Ambos votos fueron ya analizados en el presente apartado, los cuales determinaron que el Consejo Nacional de Concesiones aplicó el artículo 205 RLCA violando el derecho de defensa del Consorcio demandante.⁴⁴⁹

Para lo que interesa, conviene resaltar un aspecto de gran relevancia. Según se logran entrever en el detalle de los hechos aquí mencionados, las obras fueron suspendidas desde el 11 de setiembre del 2009 y no fue sino hasta el 01 de diciembre del 2009, que la nueva contratista emprendió la ejecución del contrato. Consecuentemente, transcurrió un periodo de casi 3 meses en el cual no hubo empresa alguna que ejerciera supervisión sobre la empresa que se encontraba construyendo la carretera San José-Caldera, lo que pudo haber generado –o generó- graves perjuicios en la calidad de la construcción de una obra con gran trascendencia para el país. Al tratarse de una contratación que pretendía impedir que se pusiera en riesgo la seguridad y la vida de los usuarios de dicha carretera, el CNC debió considerar que una orden de suspensión contractual requería de una actuación célere

⁴⁴⁹ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206, 05 de octubre del 2011, 11 horas 30 minutos.

de la Administración. De lo contrario, la medida provisional dejaría de tener razón de ser. A pesar de que desde el 29 de septiembre del 2009 se tenía la autorización de la CGR para contratar directamente al Consorcio Cacisa-Cano Jiménez, la orden de inicio se dio hasta el 09 de diciembre del 2009. La Administración dejó pasar un gran periodo de tiempo, poniendo en riesgo el interés público, lo que hizo nugatorio los efectos y la finalidad misma de la medida cautelar.

Ahora bien, continuando con el procedimiento ordinario administrativo, es conveniente hacer una breve referencia a la comparecencia oral y privada. De conformidad con el artículo 218 de la LGAP, es obligatorio realizar esta comparecencia, siempre que la decisión final pueda causar daños graves al contratista, salvo que la urgencia amerite prescindir de forma excepcional de la misma, para evitar daños graves a las personas o de imposible reparación en las cosas (artículo 219 LGAP). Es decir, la Administración puede excluir la realización de la comparecencia, mediante una resolución debidamente motivada.

Esta comparecencia, será dirigida por el órgano director (artículo 314 LGAP). En la audiencia, se admitirá y recibirá toda la prueba, alegatos y conclusiones del contratista, que resulten pertinentes. Antes de dicha comparecencia, se pueden realizar inspecciones oculares y periciales, de resultar necesario. También existe la posibilidad de una segunda audiencia, solo si en la primera haya resultado imposible dejar listo el expediente para su decisión final y las diligencias pendientes así lo requieran (artículo 309 LGAP), para lo cual debe el órgano director consultarlo a su superior. El superior debe decidir en cuarenta y ocho horas y si aprueba, debe fijar un plazo máximo de quince días más para otra comparecencia (artículo 319 LGAP).

La comparecencia se puede llevar a cabo sin intervención del contratista, en el caso de que exista ausencia injustificada, lo que no significa que el contratista acepta los hechos, pretensiones o pruebas de la Administración (artículo 315 LGAP).

Una vez consumada la comparecencia, el expediente queda para resolución final, la cual debe dictar el órgano competente, en tesis de principio, dentro del plazo de quince días hábiles, contado a partir de la fecha de la comparecencia (artículo 319 LGAP). En total, el procedimiento debe concluirse, por acto final, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación (artículo 261 LGAP).

Contra la resolución final, caben los recursos ordinarios de revocatoria con apelación en subsidio, que se deben interponer dentro del término de tres días hábiles, contados a partir de la comunicación del acto. El recurso de revocatoria lo debe resolver el órgano director dentro de los ocho días posteriores a su presentación. De igual forma, el recurso

de apelación debe resolverse dentro de los ocho días posteriores al recibo del expediente (artículo 352 LGAP). El artículo 261, inciso 2) establece que la Administración tiene el plazo total de un mes para tramitar la fase de revisión por recurso ordinario contra el acto final, plazo que se contabiliza a partir de la presentación del mismo.

En la práctica, ninguno de estos plazos se suele cumplir, por la complejidad de algunos casos, por el exceso de trabajo que tienen muchas administraciones y/o por la simple inercia de la Administración. Sobre estos plazos, se deben realizar varias consideraciones. En primer lugar, luego de la comparecencia oral y privada, el órgano director hace un informe de conclusiones y recomendaciones y se lo remite al órgano decisor, para que sea este último el que dicte el acto final. La LGAP es omisa en regular el plazo en que se debe emitir dicho informe, por lo que los tribunales judiciales se han visto en la obligación de interpretar, que el plazo máximo para emitir el mismo, es el de 6 meses. Si se extralimita ese plazo, operarí la caducidad. Así lo ha determinado recientemente la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo:

“En efecto, una vez que culmina la audiencia oral, el órgano director debe rendir el citado informe al jerarca para adoptar la decisión final. El que no exista regulación expresa sobre el plazo para cumplir con ese cometido, no supone, ni por asomo, de la liberación y liberalidad de emitirlo en cualquier tiempo, pues de otro modo, el administrado no contaría con remedio alguno para reprochar la disfunción pública que le afecta. Desde este plano, el plazo de seis meses que impone el mandato 340 LGAP se considera suficientemente amplio para posibilitar el análisis, estudio y recomendación, aún (sic) tratándose de casos que presenten especial complejidad. Aun lo extenso del expediente y lo complejo de algún tema, entiende este cuerpo colegiado, **ese plazo semestral es más que suficiente para poder emitir una recomendación o elenco de hechos acreditados dentro del procedimiento.**”⁴⁵⁰
(El resaltado es mío)

Desde esta tesitura, el órgano director tiene un plazo máximo de 6 meses para rendir el informe de conclusiones y, una vez remitido al órgano decisor, se debe dictar el acto final en el plazo de 15 días hábiles.

En segundo lugar, se debe considerar que, tanto para el plazo de 15 días hábiles para dictar el plazo final, como para el plazo de un mes para tramitar los recursos ordinarios interpuestos contra el acto final, no opera la caducidad, según lo regula la LGAP en su artículo 340, inciso 2). Por lo que podrían pasar más de 6 meses sin que el órgano decisor resuelva acto final y otros 6 meses o más sin que la Administración termine de resolver los recursos de revocatoria y apelación interpuestos, y aun así no operarí la caducidad, lo que

⁴⁵⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 88, 28 de mayo del 2015, de las 10 horas 30 minutos; resolución No. 90, 28 de mayo del 2015, 13 horas 45 minutos y; resolución No. 94, 12 de junio del 2015, 10 horas 20 minutos.

resulta a todas luces injusto para el contratista. Ante tal circunstancia, el único mecanismo que tiene el contratista para poder continuar con el proceso, sería aplicar el artículo 261, inciso 3) de la LGAP, que señala que “si al cabo de los términos indicados no se ha comunicado una resolución expresa, se entenderá rechazado el reclamo o petición del administrativo en vista del silencio de la Administración (...).”⁴⁵¹ Al emplearse el silencio negativo, la vía administrativa se vería agotada y el contratista podría recurrir a la vía contencioso-administrativa, mediante la interposición de una demanda.

Se deja así expuesto tanto el procedimiento administrativo para la resolución por incumplimiento del contratista que se aplicaba cuando se encontraba vigente el artículo 205 RLCA y el procedimiento que la Administración se encuentra obligada a aplicar actualmente. Dado que anteriormente se estudió el respeto al debido proceso y al derecho de defensa del procedimiento del artículo 205 del RLCA, se procede a hacer referencia únicamente a los plazos establecidos en cada procedimiento, en aras de determinar cuál es más célere.

En tesis de principio, se dice que el procedimiento regulado originalmente, era abreviado en comparación con el ordinario de la LGAP. Esto responde a la necesidad de que la Administración con la mayor brevedad posible, determine si resulta imprescindible extinguir un contrato, con el objeto de impedir que el interés público se vea perjudicado. Si bien es cierto, tanto el procedimiento anteriormente establecido como el ordinario de la LGAP, puede resultar extenderse injustificadamente según la forma en que sea aplicado por la Administración, cada uno establece plazos que deben ser cumplidos, aunque en la práctica esto no suceda.

Dentro de las diferencias que tienen ambos procedimientos, se deben destacar las siguientes. En primer lugar, el procedimiento del declarado inconstitucional artículo 205 RLCA, parecía resultar muy breve ya que únicamente se le otorgaba una audiencia de 10 días al contratista para que presente la prueba y los alegatos pertinentes. Una vez cumplido ese plazo, la Administración tenía un mes para dictar acto final y un mes más para resolver los recursos interpuestos contra el acto final. No obstante, en los casos complejos, donde resultaba necesario evacuar prueba testimonial, realizar inspecciones oculares y/o peritajes, la Administración la debía solicitar en un plazo de 5 días y proceder a evacuarla. Igualmente, si el contratista así lo solicitaba, se debía realizar una comparecencia oral y privada en los términos establecidos en la LGAP. De resultar necesario, se podía incluso

⁴⁵¹ Ley General de la Administración Pública, artículo 261.

convocar a una segunda comparecencia. Una vez evacuada toda la prueba, se le confería al contratista un plazo de 5 días hábiles para hacer referencia a la prueba. Vencido ese plazo, la Administración tenía un mes para resolver.

Por su parte, el procedimiento ordinario de la LGAP, resulte complejo o no el caso, se convoca a una comparecencia oral y privada, donde se evacua toda la prueba y el contratista expone sus conclusiones., pudiendo realizar inspecciones oculares o peritajes antes de la comparecencia. Se puede convocar también a una segunda comparecencia, de resultar necesario. Posterior a la comparecencia, el expediente queda para resolución final.

En este aspecto, se considera más eficiente y célere el procedimiento ordinario de la LGAP, por las razones que de seguido se exponen. En una gran mayoría de casos, se debe considerar que el contratista solicitará una comparecencia oral y privada, y en aras de respetar su derecho de defensa, esa comparecencia se debe realizar. En estas situaciones, el procedimiento del artículo 205 RLCA se volvería más extenso que el ordinario, porque además, de la comparecencia, se le debe otorgar al contratista un plazo de 10 días hábiles para contestar el traslado y otro plazo de 5 días hábiles en caso de que se haya evacuado algún tipo de prueba en dicha comparecencia. Mientras que en la comparecencia convocada en el procedimiento ordinario, el contratista puede evacuar la prueba, contestar el traslado y emitir las conclusiones y todos los alegatos que considere pertinentes, en un mismo acto. Esto último, en efecto, resulta más práctico.

A pesar de lo anterior, hay otro aspecto de sumo interés que se debe invocar. Consiste en el plazo en que la Administración debe dictar el acto final. En el procedimiento ordinario, este plazo es de 15 días. Si el órgano director y el decisor es el mismo, el plazo de 15 días empieza a correr una vez que se haya realizado la comparecencia. Empero, cuando los órganos son distintos, el plazo corre a partir de que al órgano decisor se le remite el informe de conclusiones o recomendaciones del órgano director. Y, muy a pesar de que la LGAP establece que todo el procedimiento ordinario se debe tramitar en un plazo máximo de dos meses hasta el acto final, la jurisprudencia le ha permitido a la Administración tramitar el procedimiento en un plazo mucho mayor a esos dos meses. Tal y como se dejó en evidencia anteriormente, inclusive se le ha permitido al órgano director emitir el informe de conclusiones dentro de un plazo de 6 meses, dada la omisión de la LGAP en regular lo anterior. Ante esta circunstancia, el artículo 205 RLCA hacía bien, obligando a que la Administración dictara el acto final en el plazo máximo de un mes, una vez evacuada toda la prueba.

No es acertado que en un procedimiento donde se pretende resolver un contrato que estaría afectando gravemente el interés público y en donde pueden haberse dictado medidas cautelares de suspensión del contrato, las cuales muy posiblemente estarían perjudicando las finanzas del contratista, se le permita a la Administración contar con un plazo máximo de 6 meses para rendir el informe de conclusiones y además, otro plazo ilimitado para dictar el acto final. Máxime que en este último no opera la caducidad. Las interpretaciones de los jueces y magistrados en ese sentido, sobre el procedimiento ordinario, no pueden ser utilizadas en los procedimientos de resolución del contrato. La Administración debe evitar incurrir en dilaciones excesivas e injustificadas. El hecho de que tengan mucho trabajo no es una justificante válida.

Para evitar esos atrasos garrafales, y ante lo permisivo que han resultado los jueces en la tramitación del procedimiento ordinario de la LGAP, se considera urgente realizar ajustes a la Ley de Contratación Administrativa, de modo tal que se establezca un procedimiento abreviado para la resolución del contrato, donde se obligue nuevamente a la Administración, por emitir un acto final en el plazo máximo de un mes, el cual incluye, tanto la emisión del informe del órgano director, como la notificación de la resolución final del órgano decisor. De esta manera, al menos, se impediría que el órgano director cuente un plazo tan amplio para emitir sus recomendaciones. Pero es claro que, para obtener un procedimiento célere, también se requiere de la colaboración de la Administración Pública, en el cumplimiento de los plazos establecidos y, además, del apoyo de los jueces y magistrados de la República, quienes no pueden resultar tan permisivos con la Administración, cuando hay intereses, tanto públicos como privados, que se pueden estar viendo perjudicados gravemente.

Dicho lo anterior, los Magistrados Cruz, Castillo y Mora en el voto citado supra, llevan razón parcialmente, al resaltar los peligros de quedar sin un procedimiento abreviado de resolución contractual. No obstante, contrario a los argumentos expuestos en su voto salvado, el peligro no reside en que el procedimiento se puede alargar por los atrasos que puede generar el contratista, sino todo lo contrario. Esos peligros consisten en que, con el procedimiento ordinario de la LGAP, la Administración puede incurrir en atrasos considerables, en perjuicio del contratista.

En relación con los plazos que tiene la Administración para tramitar el procedimiento de resolución contractual, es importante resaltar la obligación de evitar la caducidad, especialmente porque se trata de un procedimiento con el que se pretende proteger el interés público, ante incumplimientos graves por parte del contratista. Si los incumplimientos

imputados son de tal gravedad, entonces la resolución contractual resultaría inminente y la caducidad podría impedir alcanzar ese objetivo.

A manera de ejemplo, se puede mencionar el caso de Global Farma Sociedad Anónima contra la Caja Costarricense De Seguro Social, expediente No. 11-004341-1027-CA, donde la Sala Primera, en el voto No. 286-2014, consideró que en el procedimiento de resolución contractual y de responsabilidad por daños y perjuicios incoado contra la contratista, por presuntos incumplimientos, operó la caducidad. Las actuaciones del procedimiento consistieron en: 1) El 01 de octubre de 2008, la CCSS emitió el auto de apertura, el cual fue atendido por el contratista el 15 de octubre de 2008. 2) El 6 de enero de 2009, el Área de Gestión de Medicamentos de la CCSS le solicitó al Área de Contabilidad de Costos que le explicara el rubro de los costos administrativos, gestión que le fue contestada el 2 de febrero de 2009. Ambos oficios no fueron notificados al contratista. 3) El 25 de junio la CCSS emitió acto final. Además de la evidente violación del debido proceso en que se dio el procedimiento, la Sala estimó que entre el auto de apertura y el acto final, transcurrieron más de 6 meses en los cuales la CCSS estuvo en inactividad, a pesar de que en enero del 2009 se emitió oficio interno dirigido a otro departamento. Esto en razón de que "(...) dicha actuación no puede tomarse como el momento desde cuando empezaron a correr los seis meses de la caducidad, no tiene tal virtud, dado que no se notificó a la actora sobre el particular."⁴⁵² Consecuentemente, la Sala ordenó archivar el procedimiento por haber operado la caducidad y, al haber pasado los 5 años del plazo prescriptivo, también operó la prescripción, por lo que la CCSS perdió la potestad de reclamarle cualquier indemnización al contratista.

Del anterior caso, se extrae la importancia de que la Administración cumpla a cabalidad con los plazos establecidos en el ordenamiento jurídico, ya que de operar la caducidad del procedimiento, el erario público se estaría viendo afectado y, claro está, el interés público no se estaría protegiendo, perdiéndose de vista el objetivo final de la resolución contractual.

Finalmente, un último aspecto de gran relevancia que amerita su análisis, es el de la prescripción de la potestad unilateral de resolución contractual que tiene la Administración. La Ley de Contratación Administrativa ni su Reglamento mencionan esta prescripción. Empero, según lo indicado en el apartado anterior sobre la sanción coercitiva o sustitutiva, cuando se trata de materia de contratación administrativa, el plazo aplicable

⁴⁵² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 286, 06 de marzo del 2014, 09 horas 40 minutos.

es el de cinco años del artículo 35 LCA, a partir de que la Administración tenga conocimiento del hecho generador.

Aquí resulta preciso agregar el tema de los vicios ocultos. Si bien, el artículo 35 RLCA establece un plazo prescriptivo especial cuando hay vicios ocultos en las obras públicas, esto no es óbice para considerar que estos vicios ocultos no son tomados en cuenta en el plazo prescriptivo de las otras modalidades contractuales. Los vicios ocultos son considerados como “todos aquellos aspectos donde a simple vista lo recibido parece corresponder a lo adquirido, pero que de manera ulterior a partir del uso, de una revisión más técnica o minuciosa, por engaño o por el mero transcurso del tiempo, se hacen presentes las diferencias entre lo pretendido adquirir con respecto a lo recibido.”⁴⁵³

El vicio oculto constituye una deficiencia en el objeto contractual recibido, que se percibe después de que la Administración haya recibido definitivamente el servicio, bien u obra. Se trata, pues, de una vulneración al principio de buena fe, dado que normalmente ese tipo de deficiencias es conocido por el contratista, pero éste lo oculta a fin de percibir la contraprestación.

Es claro que el contratista debe responder por esos vicios ocultos detectados a posteriori. No en vano el artículo 195 RLCA indica que “La recepción definitiva no exime al contratista de responsabilidad por vicios ocultos.”⁴⁵⁴ El Tribunal Contencioso Administrativo ha determinado las características principales que deben tener estos vicios ocultos para que proceda su reclamo por parte de la Administración:

“Naturalmente, tenemos que estar frente a un vicio grave que afecte de manera real y efectiva la voluntad de las partes, para poder corresponder al supuesto. Además el vicio debe resultar oculto, pues tampoco debe ser un medio para reconocer la carencia de planificación administrativa o menos aún para eficacia administrativa. De manera que la Administración contratante debió verificar el bien al momento de su entrega, y constatar que para aquel momento histórico se cumplía con los requisitos solicitados. Siendo que de manera posterior ser evidencia que la satisfacción no era tal, a partir de aspectos que se desconocían y que solo se puso en evidencia con el uso normal de los bienes.”⁴⁵⁵

En resumen, los vicios deben ser de tal gravedad que se afecte de manera real y efectiva la voluntad de las partes. Además, deben ser verdaderamente ocultos, en el sentido de que la Administración se vio realmente imposibilitada de detectarlos en el momento de recibirlos, ya que se pusieron en evidencia posteriormente.

⁴⁵³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 30, 03 de abril del 2013, 14 horas.

⁴⁵⁴ Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 195.

⁴⁵⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 30, 03 de abril del 2013, 14 horas.

La potestad que tiene la Administración de reclamarle al contratista por estos vicios ocultos, también prescribe en cinco años, cuando no sean contratos de obra pública. En cualquier caso, el plazo empieza a correr, una vez que la Administración tenga conocimiento de estos. Así también, lo ha interpretado la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo, al expresar que “Incluso en interpretación coherente con el tema, el derecho al reclamo debe contarse a partir del conocimiento de la situación irregular y no desde la acuerdo o su entrega, pues es el momento que se conoce la situación que vicia la voluntad o afecta el acuerdo, generando a partir de ese momento un efecto retroactivo.”⁴⁵⁶

Con lo anteriormente expuesto en el presente apartado, se atiende el principio del debido proceso, requerido en todo momento que la Administración opte por resolver el contrato. A pesar de lo atinado que han resultado la mayoría de criterios de los jueces y magistrados de la República en el tema, surge una gran preocupación a raíz del estudio jurisprudencial realizado, la cual procedo a externar mediante el análisis de varios casos.

El primer caso, guarda relación con la importancia que la jurisprudencia costarricense le ha dado a la defensa non adimpleti contractus, en detrimento del debido proceso. Esta observación es necesaria luego de revisar lo expuesto por la Sala Primera mediante resolución 18-2011, expediente 08-000730-1027-CA. En este caso, se suscribió un contrato administrativo para la construcción de una escuela, el cual fue incumplido por el contratista al no finalizar la construcción en el plazo establecido. Ante tal circunstancia, la Administración Pública optó por sustituirlo por otra persona para que finalizara las obras. El contratista demandó a la Administración alegando que se procedió a contratar a otra persona estando aún vigente el contrato y sin que mediara una orden de suspensión, violando el debido proceso establecido en el entonces vigente artículo 205 del RLCA. Es recalable lo dicho por la Sala en el siguiente extracto:

“En el caso en discusión, la recurrente alega violación al debido proceso, por cuanto se contrató al arquitecto Denis Jiménez Calderón, a fin de terminar las obras en la escuela, aún estando vigente la relación contractual entre la junta y la empresa Intec S.A. Sin embargo, de las pruebas que constan en autos, ha quedado demostrado, que la empresa referida fue quien incumplió sus obligaciones contractuales, al no haber finalizado las obras en el plazo estipulado. Situación que trajo como consecuencia, que la junta se viera en la urgencia de buscar alternativas para concluir la construcción. A criterio de este Órgano Decisor, **de conformidad con la excepción non adimpleti contractus, si la casacionista no ejecutó la obligación que le correspondía**, es decir, entregar la planta física de la escuela completamente terminada, **no le asiste ningún derecho de reclamar la falta al debido proceso. Pues se trata de un incumplimiento por la junta que es autorizado, dado la no ejecución del objeto contractual por Intec S.A, cuyo fundamento se encuentra**

⁴⁵⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 30, 03 de abril del 2013, 14 horas.

en una protección que da el ordenamiento jurídico a la parte cumplidora para evitarle mayores daños.”⁴⁵⁷ (El resaltado es mío)

En el anterior extracto, la Sala Primera incurre en varios errores. En primer lugar, olvida que el debido proceso no es una obligación contractual, sino que es un derecho constitucional. Por tal razón, si la Administración incurre en una violación del debido proceso, no debe ser considerada como un incumplimiento contractual y por ende la excepción del contrato no cumplido no aplica en esos términos. En ese caso, la Administración podría aplicar dicha excepción al no cumplir con la contraprestación, que corresponde al pago al contratista, pero eso no es óbice para que la Administración realice el debido proceso respectivo. En segundo lugar, la Sala Primera le reconoce a la excepción *non adimpleti contractus* tal importancia, que incluso autoriza a la Administración Pública a violar el debido proceso, lo que resulta a todas luces contrario a los principios constitucionales de la contratación administrativa y a los requisitos básicos de las sanciones contractuales ya estudiados.

Al mismo tiempo, la Sala Primera fundamenta su decisión en el Derecho a la Educación, tal y como se logra ver en el siguiente extracto:

“Además, en el caso particular, existía un interés jurídico superior que debía ser tutelado, cual es el Derecho a la Educación, este en sus tres vertientes (derecho a educar, a elegir los educadores y a aprender), no puede, al igual que cualquier otro derecho fundamental o humano, estar sujeto a restricciones, limitaciones o condicionamientos. Los Derechos Fundamentales y Humanos son el fundamento y la base del entero ordenamiento jurídico y poseen una eficacia directa e inmediata y, ante todo, vinculan muy fuertemente a todos los poderes públicos, los que están obligados a crear las condiciones para su ejercicio efectivo y pleno respeto. El derecho a la educación (contenido en el Título VII de la Constitución Política), es, sin duda, uno de los más importantes derechos sociales o prestacionales, pues en buena medida, a través de la educación, en sus distintas formas y modalidades, el ser humano adquiere las condiciones y capacidades necesarias para vivir en sociedad. En razón de la dimensión prestacional, que envuelve el derecho a la educación, no es procedente considerar como incorrecto, tal y como alega la recurrente, la decisión tomada por la junta, de contratar a una persona distinta para que terminara de construir las obras. Debido a que se trata de un derecho, el cual no reviste el carácter de opcional para los poderes públicos, sino que, por el contrario, constituye un mandato incuestionable desde el momento en que se consagró en la Norma Fundamental y en los instrumentos del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos, así como desde que el Estado es concebido y definido como Social y de Derecho. En la especie, el objeto contractual ameritaba la determinación que tomó la junta, en relación a continuar con la construcción de las aulas, servicios sanitarios, gradas y rampa, infraestructura que resultaba indispensable para el adecuado desarrollo educativo de los y las niñas. Consientes, entonces, de la necesidad ineludible de que las obras fueran concluidas, y de que

⁴⁵⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 18, 04 de agosto de 2011, 09 horas.

en materia contractual, quien ha incurrido en incumplimiento del contrato no puede exigir su cumplimiento, se rechaza el agravio acusado.”⁴⁵⁸

Es cierto que existía un derecho fundamental de por medio -el derecho a la educación- el cual exigía que la Administración tomara las medidas que le permitieran resguardar ese derecho. Empero, el principio de legalidad le impide a la Administración actuar sin ajustarse a lo que la normativa establezca. Desde esta tesitura, la Administración tenía varias opciones para finalizar la construcción de la escuela, sin atentar contra el derecho a la educación, y atendiendo, a su vez, el debido proceso.

Según se ha visto en este estudio, ante el incumplimiento del contratista, la Administración puede realizar varias acciones. Una de ellas es proceder a la ejecución forzosa, para lo cual debe intimar al contratista y darle un plazo razonable para que cumpla. De no cumplir el contratista, debe realizar un procedimiento ordinario, que le permita emitir una resolución final por medio de la cual se determine el incumplimiento del contratista y, por ende, se proceda a contratar a una tercera persona para que finalice las obras. Otra opción es efectuar el procedimiento de resolución contractual en la vía administrativa, de conformidad con el entonces vigente artículo 205 RLCA, que le permitía suspender las obras y contratar a otra persona, mientras se resolvía el contrato.

En el caso de cita, la Administración optó por una tercera opción: acudir a la vía judicial para resolver el contrato, ante lo cual lo más oportuno era solicitarle al Tribunal que emitiera una medida cautelar de suspensión de las obras o, al menos, que acudiera al artículo 332 de la LGAP que le permite suspender las obras, mediante resolución motivada, para proceder a una nueva contratación, ante la inminente necesidad de terminar la construcción de la escuela. Nada de esto fue realizado por la Administración. A pesar de ello, procedió a contratar a una tercera persona, sin emitir resolución alguna de suspensión de las obras y sin que el Tribunal hubiera dictado resolución de medida cautelar. Es claro que hubo una evidente arbitrariedad por parte de la Administración, quien burló todos los procedimientos establecidos en la normativa. Lo más peligroso es lo permisiva que resultó la sentencia de la Sala Primera, al manifestar de forma funesta que el contratista que incumple, no tiene derecho a exigir el debido proceso. Las graves consecuencias de este deleznable precedente, ya dieron fruto.

A la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo le correspondió resolver el caso No. 14-002127-1027-CA, donde el contratista tenía adjudicado el alquiler de una soda en un centro educativo. El contratista dejó de pagar varios meses y además,

⁴⁵⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 18, 04 de agosto de 2011, 09 horas.

antes de finalizar el curso lectivo, cerró la soda, lo que generó un evidente incumplimiento de las condiciones contractuales. Dado que el contratista no había señalado un medio para atender notificaciones en el contrato, la Administración no podía contactarse con él. Por tal razón, la Junta de Educación decidió resolver el contrato, mediante resolución motivada, procediendo a alquilar nuevamente la soda a una nueva persona. Todo esto sin realizar el procedimiento ordinario regulado en la LGAP (traslado inicial, notificación, comparecencia oral y privada). El contratista demandó a la Junta por violación al debido proceso. El Tribunal, mediante resolución No. 42-2015, y citando el recién mencionado voto de la Sala Primera, dispuso lo siguiente:

“En materia de resolución contractual, si bien debe cumplirse en sede administrativa con los principios que informan el debido proceso administrativo, y propiamente el procedimiento ordinario administrativo como lo dispusiera la Sala Constitucional. Es lo cierto que como lo estableciera la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto supracitado número 18-F-TC-2011, de las nueve horas del 04 de agosto del 2011, en materia de resolución contractual con base en el principio de pacta sunt servanda (de ser el contrato ley entre las partes), si una parte incumplió primero, la otra está eximida de cumplir, de modo tal que el incumpliente no puede exigir ni la resolución del contrato, ni la ejecución forzosa. **De modo tal que el cumpliente no está obligado a ejecutar sus obligaciones, si la otra parte incumple y sin que pueda el incumpliente reclamar la falta al debido proceso ante su falta e incumplimiento evidente.** (...)

De este modo, ante tal falta flagrante, anormal e irregular, constatada en forma clara por la nueva Junta de Educación, es que autorizaba a dicha entidad a no cumplir con mantenerle la soda, sin que resultara necesario el incoar un procedimiento administrativo ordinario para constatar tal falta evidente. (...)

No puede pretender una persona a la cual se le ha adjudicado el servicio de soda de una Escuela, que no deposite el pago mensual, que deje en abandono el servicio y que además de ello espere que se le siga un procedimiento administrativo y que se le mantenga tal servicio y tal contrato, sin saberse si quiera donde se localizaba al no haber señalado medio o lugar para atender notificaciones. De este modo, no podía esperar la parte actora que se antepusieran sus intereses, ante el interés superior de las personas menores de edad que demandaban la continuidad del servicio de la soda. (...)

es evidente que no existe indefensión, ni violación alguna al debido proceso en el hecho de que no se le haya notificado la resolución del contrato, y en que se haya adjudicado dicho servicio a la señora Mercedes Venegas Ugalde, para el año 2014, porque aparte de que **había un evidente incumplimiento que por si sólo justificaba el que fuera innecesario la apertura de procedimiento administrativo ordinario para constatar una situación que resultaba evidente y violatoria de todos los términos contractuales pactados**, el actor no podía ser localizado debido a que no existía información suya por cuanto la anterior Junta de Educación no había dejado expediente alguno de dicha licitación, el libro de actas se había perdido y no se sabía nada del actor.”⁴⁵⁹ (El resaltado es mío)

⁴⁵⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, resolución No. 42, 11 de mayo del 2015, 13 horas.

El Tribunal nuevamente, basándose en la excepción del contrato no cumplido, le permitió a la Administración obviar el debido proceso. Además, consideró que cuando se trata de incumplimientos evidentes del contratista, la Administración puede resolver el contrato y proceder a una nueva contratación, sin realizar procedimiento administrativo alguno. Esta interpretación está generando graves perjuicios al principio del debido proceso. Si bien es cierto, la Administración debe velar por resguardar el interés público que se ve trasgredido con los incumplimientos evidentes del contratista, el ordenamiento jurídico le da a la Administración los medios para amparar ese bien común, sin atentar contra el debido proceso del contratista.

SECCIÓN III: SANCIONES PECUNIARIAS

Las sanciones pecuniarias son definidas por la tratadista argentina, Aida Kemelmajer, como aquellas que “consisten en las indemnizaciones que el contratante debe pagar a la Administración en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento irregular de las prestaciones a su cargo (...) y que tienen un objeto preventivo, el de intimidarlo, y un fin de reparación del perjuicio ocurrido.”⁴⁶⁰ Empero, según se verá en esta sección, no todas las sanciones pecuniarias tienen una función indemnizatoria, por lo que este concepto debe ser descartado para efectos del presente trabajo.

Por su parte, el autor Mario Torán las conceptualiza de la siguiente forma como aquellas que “están provistas en el contrato, consisten en penalidades que la Administración podrá imponer a su cocontratante cuando estén cumplidas las condiciones previstas en el contrato para justificar una sanción, y aunque la administración no haya sufrido un perjuicio.”⁴⁶¹

Las sanciones pecuniarias no son otra cosa más que las medidas equivalentes al cobro de un monto económico, que la Administración puede aplicar, ante el incumplimiento del contratista. Su finalidad puede variar, según lo que establezca cada ordenamiento jurídico. Existen dos tipos de sanciones pecuniarias, a saber: cláusulas penales y multas. En ausencia de ellas, cabe acudir a los daños y perjuicios, para efectos de obtener una indemnización.⁴⁶²

⁴⁶⁰ Aida Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal* (Buenos Aires: EDITORIAL Depalma, 1981), 487 y 488.

⁴⁶¹ Torán, 109.

⁴⁶² Cf., Bercaitz, 418.

Multas y Cláusulas penales

Naturaleza

Previo a definir estas figuras, es imprescindible determinar su naturaleza. Esta labor no resulta tan simple, dadas las extensas discusiones y posiciones encontradas al respecto, según se detallará a continuación.

En primera instancia, para entender las figuras en estudio, es preciso acotar que tienen su origen en el Derecho de las obligaciones por lo que su estudio debe considerar necesariamente lo discutido por los especialistas en esa área.

Así, por ejemplo, la jurista argentina Aida Kemelmajer De Carlucci ahonda con profundidad en el tema y realiza un estudio de los diferentes criterios que existen en torno a la naturaleza de la figura de la cláusula penal en el Derecho de las obligaciones, indicando las pautas de las que surge la función compulsoria y la indemnizatoria.⁴⁶³ De forma resumida, el carácter compulsorio se da por las siguientes circunstancias:

- Que puede pactarse la acumulación de la cláusula penal compensatoria y el cumplimiento de la principal. Esto implica que la pena se paga aunque no se haya sufrido perjuicio alguno por cuanto también se ha cumplido con la prestación principal.
- Que la cláusula se debe no obstante que el deudor acredite que el acreedor no sufrió daño alguno.
- Que no se exige el cumplimiento de la principal, pero mediante la cláusula penal se compele al deudor a su realización. Indica la autora que la naturaleza compulsiva y aflictiva se refiere a que “como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación. Es aflictiva porque el deudor está constreñido psicológicamente al pago de la principal: sabe que si no cumple deberá afrontar graves consecuencias patrimoniales.”⁴⁶⁴
- Que puede ser establecida en favor de un tercero. En este caso la función indemnizatoria aparece muy desdibujada, por cuanto el deudor es quien sufre el daño; en cambio, el tercero es quien percibe la supuesta indemnización. Claro está que esa función siempre estará latente si existen relaciones jurídicas previas entre el acreedor de la principal y el tercero beneficiario de la cláusula.

⁴⁶³Cf., Kemelmajer, 8 -10.

⁴⁶⁴ *Ibíd.*, 3.

Todos estos argumentos llevan a pensar que la cláusula penal no guarda relación con los daños y perjuicios. No obstante, la autora agrega que la figura en estudio también tiene un carácter indemnizatorio, que se observa en las siguientes circunstancias:

- En la mayoría de los códigos civiles rigen disposiciones que señalan que la pena entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses.
- Para algunos la posibilidad de reducir la cláusula cuando se ha operado el cumplimiento parcial es también un efecto de su carácter indemnizatorio.
- Muchas veces la cláusula se torna insuficiente y es entonces evidente que no cumple ninguna presión psicológica sobre el deudor.

Finalmente, la autora concluye que, en el ordenamiento legal argentino, la cláusula penal cumple una función ambivalente, teniendo ambos caracteres igual importancia.⁴⁶⁵ Gran parte de la doctrina moderna apoya dicha tesis. Nótese que en el Derecho civil, no se realiza distinción entre cláusula penal y multa, teniendo ambos conceptos igual trato.

Ahora bien, en la contratación administrativa, las cláusulas penales/multas cuentan con algunas diferencias en comparación con las de los contratos privados. La doctrinaria Aida Kemelmajer resalta esta distinción, indicando lo siguiente:

- “La cláusula penal típica surge de la voluntad libre de las partes; en cambio, en el derecho administrativo, el contratista de la obra pública o el adjudicatario de la concesión del servicio público se ha limitado a adherirse a un pliego de condiciones impuesto unilateralmente.”⁴⁶⁶ Si bien es cierto, la Administración es la que establece las condiciones, el contratista por su propia voluntad decide contratar en esas circunstancias. Asimismo, tal y como resalta Kemelmajer, “(...) esta diferencia no siempre se percibe con justeza, pues en ciertos contratos típicos del derecho privado, como pueden serlo el de seguro o transporte, etc., de ninguna manera podría afirmarse que se está en presencia de una voluntad autónoma.”⁴⁶⁷ Bajo esta tesitura, esta distinción entre un contrato y otro, no es tal ni provoca que la cláusula penal sea tratada de forma distinta en el régimen de contratación administrativa.
- “La función indemnizatoria se desdibuja si se analizan las siguientes circunstancias: en el ámbito de la concesión de servicios públicos las cláusulas no satisfacen al verdadero perjudicado. Sabido es que el incumplimiento perjudica más al administrado que a la Administración, y la cláusula penal no le compensa a aquél el

⁴⁶⁵ Cf., Kemelmajer, 10.

⁴⁶⁶ Kemelmajer, 490.

⁴⁶⁷ *Ibíd.*

mal funcionamiento del servicio. (...) No basta que se otorguen daños e intereses a la Administración, ni que se rescinda el contrato. Es el público beneficiario del servicio público quien se perjudica con su inejecución. Toda sanción cuya aplicación entrañe una interrupción del servicio es imperfecta e inadecuada. La interrupción del servicio causaría daños que pueden ser incalculables en razón de las repercusiones económicas, políticas y sociales."⁴⁶⁸ Por tal razón, se podría deducir que estas sanciones pecuniarias no siempre se vinculan con el daño causado, debido a la inestimabilidad y la inexistencia de comparación posible entre las consecuencias del incumplimiento y las sumas estipuladas. Por ejemplo, con la paralización de un servicio público se puede comprometer la vida económica del país y no hay forma de calcular esos daños.

- “La regla vigente en el derecho administrativo es que cuando el contrato prevé expresamente cierta sanción para una obligación determinada, en principio, la administración no puede aplicar otra más rigurosa. En tal sentido, el principio es coincidente con el vigente en el derecho civil (art. 656 del C. Civil). Pero ocurre que el primero ofrece una flexibilidad mayor que el segundo. La Administración sólo debe sujetarse a esta regla en los casos en que el incumplimiento tiene consecuencias de importancia secundaria. En cambio, cuando el contratante incumple de manera persistente, siendo sus retardos prolongados, la cláusula no opera como única sanción.”⁴⁶⁹ De lo expuesto por la autora, se deduce que la aplicación de las cláusulas penales o multas opera solo en los casos de falta leve, de negligencia accidental, de simple retardo. Cuando se trata de faltas graves, de negligencia persistente, o de mora prolongada, la Administración está autorizada para adoptar sanciones distintas de las incluidas en el contrato. No obstante, indica la autora lo siguiente: “En realidad, la diferencia con el régimen civil no es tan notable, porque tampoco aquí la Administración podrá solicitar una indemnización mayor, sino que además de ésta, está facultada para acudir a otras sanciones de distinta naturaleza (coercitivas o resolutorias), como pueden ser el secuestro, la caducidad del contrato, etc. Lo que ocurre es que la gama de sanciones a que puede echar mano la Administración es muchísimo más amplia que el espectro que el derecho civil ofrece al acreedor.”⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Kemelmajer, 491.

⁴⁶⁹ Kemelmajer, 491.

⁴⁷⁰ Kemelmajer, op.cit, p. 492.

De las anteriores distinciones, se puede concluir que la distinción que precisa mayores consideraciones, es la de la naturaleza indemnizatoria de las cláusulas penales, que en la contratación administrativa podría perder su rumbo cuando se trata de daños de tal gravedad para el bien común, que resultan inestimables. En estos casos, con la aplicación de las cláusulas penales no se cumpliría la función indemnizatoria, toda vez que los más afectados (los administrados) no percibirían reparación alguna. Es por esta razón que la Administración debe considerar que tiene la potestad de dejar de aplicar las cláusulas penales y, en su lugar, aplicar otras sanciones o medidas que permitan satisfacer el interés público, como lo son las sanciones resolutorias o las coercitivas. De esta manera, las cláusulas penales no perderían su naturaleza indemnizatoria, siempre y cuando se apliquen en faltas leves, tal y como recién indicó la autora.

En otro orden de ideas, es importante agregar otro elemento que distingue a las sanciones pecuniarias en la contratación administrativa: la cláusula penal tiene un trato distinto de la multa. En efecto, la doctrina le da un concepto y una naturaleza diferente de cada figura. Así, Marienhoff hace referencia a que la cláusula penal tiene naturaleza principalmente resarcitoria, donde las partes prevén y fijan “ab initio” el monto de los daños y perjuicios que representará el incumplimiento, sin que sea necesario probar los daños sufridos y su valor en dinero, mientras que el infractor sabe anticipadamente a cuánto ascenderá la indemnización respectiva; por su parte, la multa tiene un fin meramente compulsivo, que consiste en sancionar el incumplimiento, sin tomar en consideración los daños y perjuicios.⁴⁷¹ En igual sentido, el tratadista colombiano, Allan Brewer-Carías le otorga a las cláusulas penales una función resarcitoria.⁴⁷²

Por su parte, la doctrina costarricense cuenta con criterios encontrados. El Magistrado Ernesto Jinesta parece seguir la misma posición de Marienhoff, al considerar que la cláusula penal es “una estipulación contractual por la que la administración contratante liquida, anticipadamente, los daños y perjuicios derivados de una ejecución prematura o tardía por el contratista”⁴⁷³ y que las multas “tienen, preponderantemente, una finalidad compulsiva para asegurar la ejecución adecuada y de calidad del contrato.”⁴⁷⁴ No obstante, para fundamentar su dicho, cita jurisprudencia en donde se le otorga a ambas figuras, una naturaleza resarcitoria y además compulsiva.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Marienhoff, 412-415.

⁴⁷² Cf., Allan Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, (Bogotá: Montoya y Araujo Ltda, 1986), 119.

⁴⁷³ Jinesta, 396.

⁴⁷⁴ Jinesta, 395.

⁴⁷⁵ Cf., Jinesta, 395-397.

Contrariamente al criterio de Jinesta, el jurista Ronald Hidalgo considera que en la contratación pública, las sanciones de multa y cláusula penal:

“(...) pretenden conminar al cumplimiento exacto del pacto, independientemente de si con la trasgresión contractual que se contempla en la cláusula penal se ocasionó un daño. (...) En los contratos administrativos, la multa por ejecución defectuosa o atrasos en la entrega no tiene esa connotación resarcitoria, sino que es un mecanismo para desalentar atrasos.”⁴⁷⁶

El Autor Víctor Manuel Ariza Vargas, en sus tesis de Licenciatura, determinó que, tanto las multas como las cláusulas penales, tiene una función sancionatoria y no indemnizatoria. Para llegar a esta conclusión, consideró que en Costa Rica rige un régimen monista y, por ende, se debe excluir en lo posible la aplicación supletoria del Código Civil, para, en su lugar, aplicar primero los principios de Derecho Administrativo o los otros del ordenamiento jurídico, antes que el Código Civil.⁴⁷⁷ Para el autor, el concepto de cláusula penal establecido por Marienhoff, no resulta procedente en el ordenamiento costarricense, desde el siguiente análisis:

“porque esa posibilidad de negociación es utilizada en los países donde el ordenamiento jurídico permite que la Administración Pública realice contrataciones administrativas como sujeto de derecho privado, situación que no es posible en Costa Rica por mandato del artículo 3 de la Ley 7494, que somete todos los contratos de la Administración Pública al ordenamiento jurídico administrativo, por tanto en Costa Rica la cláusula penal está concebida como sanción compulsiva y no resarcitoria como pretende el Órgano Contralor, ya que dicha cláusula penal no fue negociada, sino impuesta mediante reglamento, sea reglamento ejecutivo y el cartel de la contratación respectiva, este último definido por el Órgano Contralor como el reglamento específico de la contratación realizada.”⁴⁷⁸

Posteriormente, el autor indica que el monto de la cláusula penal es determinado:

“(...) por la Administración contratante de forma discrecional en el cartel, que es un acto administrativo, situación que corresponde más al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración contratante (...) que a un mecanismo resarcitorio de naturaleza civil, donde el monto de la cláusula penal si es negociado por las partes, y no es impuesto, como si sucede en la contratación administrativa costarricense. (...) Y la sanción se tratará de acuerdo al ordenamiento jurídico en que este inserta, para nuestro caso, en el ordenamiento jurídico administrativo, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 3 de la Ley 7494 de cita, y tendrá función de penal y no resarcitoria, porque el fin de la Administración Pública es satisfacer un interés público, no obtener ganancias a través de la indemnización.”⁴⁷⁹

El análisis del autor resulta a todas luces errado. Es cierto que las cláusulas penales son impuestas por la Administración. No obstante, según se expuso en el primer capítulo del presente trabajo, el régimen jurídico costarricense es de corte dualista, donde se le

⁴⁷⁶ Hidalgo, 37-38.

⁴⁷⁷ Cf., Ariza, 92.

⁴⁷⁸ Ariza, 94.

⁴⁷⁹ Ariza, 95 y 107.

permite a la Administración efectuar contratos de derecho común, obrando en su capacidad de derecho privado, y utilizar instrumentalmente las figuras del Derecho privado cuando se trata de satisfacer el fin público. Además, en el Derecho Privado no siempre las cláusulas penales son negociadas ya que hay contratos privados en los que éstas son impuestas. En todo caso, nada de esto es óbice para que la Administración imponga una cláusula penal de naturaleza indemnizatoria. El autor considera que toda sanción impuesta por la Administración debe tener una finalidad sancionatoria o penal por el solo hecho de pertenecer al ordenamiento jurídico administrativo y por la potestad sancionatoria del Estado.

En este capítulo, se expusieron las diferentes sanciones que existen, a saber: contractuales y administrativas. Mientras que las primeras surgen de la potestad de control y dirección que tiene la Administración, las segundas surgen del ius puniendi del Estado. El autor no tiene conocimiento de esta distinción y es por eso que pretende darle el mismo trato a las sanciones contractuales y a las administrativas, cuando cada modalidad de sanción cuenta con regímenes distintos. Incluso, en la página 106 de su trabajo investigativo, clasifica las sanciones administrativas en pecuniarias, coercitivas y represivas, con lo que se evidencia que el autor confunde ambas modalidades. Además, según se vio anteriormente, las sanciones contractuales no pretenden castigar al contratista por sus faltas, sino que su fin último es el de procurar que el contrato se ejecute de la forma pactada, satisfaciendo así el interés público. El autor obvia todas estas circunstancias y es por eso que determina que el Estado tiene una función meramente sancionatoria y de ahí concluye, erróneamente, que no es posible que aplique sanciones de tipo resarcitorias.

Para definir cuál es la naturaleza de las cláusulas penales y multas en el ordenamiento jurídico costarricense, es menester efectuar un estudio y análisis de la normativa existente. La Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento son omisas en manifestar de forma expresa la naturaleza de estas figuras. No obstante, en su artículo 48, párrafo primero, señala que para el cobro de las multas, no será necesario demostrar la existencia del daño o perjuicio, lo que también resulta aplicable para la cláusula penal, según lo dispone el artículo 50. Pareciera entonces que el RLCA le da a ambas figuras una función indemnizatoria, ya que se deduce de dicho articulado que surgen ante la existencia de daños o perjuicios, sin que sea necesario su demostración. Igualmente, el artículo 41 del RLCA señala que solo cuando no se haya pactado cláusula penal por demora en la ejecución contractual, la garantía de cumplimiento puede ser ejecutada por ese mismo motivo. Asimismo, agrega en el tercer párrafo, que la aplicación de la cláusula penal, no

exime al contratista de indemnizar a la Administración, por los mayores daños y perjuicios que no cubran esas garantías. Es evidente que le otorga a la cláusula penal la misma función que posee la garantía de cumplimiento, una función indemnizatoria. En igual sentido, el artículo 48 del RLCA establece que “en caso de incumplimiento total de las obligaciones por parte del contratista, no procede el cobro de multas, posteriores a ese momento, sino la ejecución de la garantía de cumplimiento y la adopción de cualquier otra medida que resulte necesaria.”⁴⁸⁰ Nuevamente, le da a la multa un carácter resarcitorio, estableciendo que cuando no procede el cobro de la multa, entonces se ejecuta la garantía de cumplimiento, para así resarcirse los daños y perjuicios ocasionados.

Es importante aquí, también, considerar lo que establece el ordenamiento jurídico privado costarricense porque, cabe recordar, de ahí se originan estas figuras. El artículo 708 del Código Civil señala que “el efecto de la cláusula penal es determinar con anticipación y a título de multa los daños y perjuicios debidos al acreedor, por el deudor que no ejecute su obligación o que la ejecute de una manera imperfecta.”⁴⁸¹ En primer lugar, se extrae de este artículo que no se distingue la cláusula penal de la multa, por lo que les da igual trato a ambos conceptos. En segundo lugar, la naturaleza de la cláusula penal es claramente resarcitoria. Sin embargo, a esta última función, se le debe agregar además, una naturaleza compulsiva, por cuanto es evidente que habiendo determinado de forma anticipada el monto que deberá pagar el deudor ante el incumplimiento, este último se ve constreñido psicológicamente a cumplir con su obligación principal para que el cobro no resulte efectivo. Así lo ha establecido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al analizar las cláusulas penales en el Derecho Civil:

“(...) el acreedor en defensa de sus intereses pacta con el deudor un compromiso condicionado y éste promete pagarle una determinada suma de dinero o en la producción de otra prestación, si no cumple con su obligación principal o no la hace debidamente. Tal convención recibe el nombre de cláusula penal y **cumple un doble objetivo: por un lado estimular o inducir al deudor al adecuado cumplimiento de la prestación debida; y por el otro facilitar al acreedor, en caso de violación de la obligación contractual, de quedar liberado de los daños y perjuicios sufridos con más facilidad dispensándolo de la prueba de ellos y su cuantía.** De esa manera, no se discute luego la indemnización, salvo si hubiere dolo o cumplimiento parcial, pudiendo el acreedor reclamar de forma directa la cuantía prefijada. Se trata entonces, resumiendo, de una obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual, a la vez valora en forma anticipada los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento. Como tal la cláusula penal constituye una obligación dineraria, pues si bien toda obligación de indemnizar daños y perjuicios es una obligación de valor, al convenir las partes

⁴⁸⁰ Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 48.

⁴⁸¹ Código Civil, artículo 708.

contractualmente una suma fija por estos conceptos, no puede calificarse ya de deuda de valor sino dineraria.”⁴⁸² (El resaltado es mío)

Se reconoce, pues, la doble funcionalidad de las cláusulas penales en el Derecho Civil. En aplicación de esto a la contratación administrativa, se obtiene que las cláusulas penales y las multas, también, deben correr con la misma suerte, asumiendo así una doble función.

Aquí hay que tomar en cuenta la razón de ser de la doble función de ambas figuras. La primera de ellas corresponde a conminar al contratista para que cumpla con lo pactado y, la segunda, tiene como objetivo permitirle a la Administración cobrar los posibles daños que puedan surgir con el incumplimiento contractual sin tener que determinar su cuantía posteriormente ni que probar el daño, con lo que se agiliza el trámite resarcitorio y, por ende, los fondos públicos del Estado se ven resguardados. Para hacer efectivo su derecho, la Administración tendría nada más que demostrar que en el cartel se había fijado la ejecución de una cláusula penal por determinados incumplimientos y que el contratista incumplió esas condiciones previstas. Otorgarle la naturaleza resarcitoria a las cláusulas penales y a las multas, resulta conveniente para el Estado. No obstante, nuevamente es preciso resaltar la importancia de que la Administración considere que estas figuras proceden ante faltas leves y que, cuando los incumplimientos y sus efectos sean de mayor gravedad, lo mejor es que deje de aplicarlas y proceda con otro tipo de sanciones, de modo que se procure satisfacer de la mejor forma el interés público.

La jurisprudencia, tanto administrativa como judicial, reconoce esta doble funcionalidad en la naturaleza de ambas figuras. Así, se tienen los criterios de la Contraloría General de la República, que le otorgan a ambas figuras, una función indemnizatoria y compulsiva, tal y como se detalla a continuación:

“La cláusula penal figura en un contrato administrativo, como una eventual sanción que persigue garantizar de mejor manera a la Administración, que el contratante cumplirá con la prestación dentro del plazo pactado, y prefija, de antemano y en sede administrativa, la reparación de los perjuicios que se causarían con un eventual atraso en el plazo establecido.”⁴⁸³

“Las multas son aquellos montos o porcentajes que la Administración en el ejercicio de sus potestades de imperio y facultades discrecionales, establece en el cartel para sancionar el incumplimiento de ciertos requerimientos del objeto contractual o para sancionar algunos defectos ya previsibles de la ejecución del contrato, pues la Administración ha tomado en consideración los daños y perjuicios que

⁴⁸² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 731, 25 de setiembre del 2002, 10 horas 55 minutos.

⁴⁸³ Contraloría General de la República, oficio No. RSL 213-97, 19 de setiembre de 1997, 9 horas.

eventualmente estos le causen y ha tipificado esos eventuales defectos de la ejecución contractual.”⁴⁸⁴

En un mismo sentido, la Procuraduría General de la República se ha referido a que la cláusula penal tiene varias funciones, dentro de las cuales se encuentran: “estimar de forma anticipada y convencional los perjuicios (daño emergente y lucro cesante que puede sufrir cualquiera de las partes por el incumplimiento o por el mero retardo en el cumplimiento de la obligación (...)) y asegurar el cumplimiento de la obligación principal.”⁴⁸⁵

Por su parte, en el año 2009, el Tribunal Contencioso Administrativo le otorgó a las figuras en estudio, una naturaleza meramente compulsiva. Así, la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, estableció que “la cláusula penal al igual que las multas, consisten en sanciones pecuniarias determinadas de antemano por el cartel o pliego de condiciones, cuyo fin específico es garantizar la adecuada ejecución del contrato, razón por la cual, tiene una función compulsiva para el contratista.”⁴⁸⁶ No obstante, esa misma Sección, unos meses después indicó, expresamente, que las multas ostentan una función compulsiva y a la vez indemnizatoria⁴⁸⁷, lo que confirmó nuevamente en los años 2010 y 2011.⁴⁸⁸ En la misma línea, la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo manifestó que las cláusulas penales tienen esa doble función.⁴⁸⁹

Finalmente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, no vacila en otorgarle a ambas figuras una función resarcitoria y compulsiva, en concordancia con el criterio expuesto en este capítulo, según se observa a continuación:

“Se constituyen en mecanismos que buscan asegurar la fiel observancia de lo pactado, o en su defecto, lograr una indemnización por el perjuicio sufrido. De ahí, que tengan dos funciones básicas, la compulsiva y la resarcitoria. Figuran en el contrato administrativo, como eventuales sanciones, que persiguen garantizar de mejor manera a la Administración, que el contratante cumplirá con la prestación dentro del plazo y con las condiciones pactadas, prefijando de antemano la reparación de los perjuicios que se causarían ante un eventual atraso en el plazo señalado o un incumplimiento.”⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ Contraloría General de la República, oficio No. 13793-DAGJ-423-99, 29 de noviembre de 1999 y oficio No. RC-759, 15 de noviembre del 2002, 13 horas.

⁴⁸⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen No. 365, 03 de diciembre del 2004.

⁴⁸⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 2204, 08 de octubre del 2009, 13 horas 30 minutos.

⁴⁸⁷ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 2327, 22 de octubre del 2009, 09 horas 05 minutos.

⁴⁸⁸ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 1666, 04 de mayo del 2010, 15 horas 45 minutos y; resolución No. 221, 21 de octubre del 2011, 14 horas 30 minutos.

⁴⁸⁹ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 35, 26 de abril del 2013, 14 horas.

⁴⁹⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 750, 05 de octubre del 2006, 10 horas 45 minutos.

Desde esa arista de examen, se cuenta con criterios compartidos por parte de las distintas entidades administrativas y judiciales, sobre la doble función aquí señalada. Esta sincronización es un signo positivo toda vez que, si se reconoce la función indemnizatoria en ambas figuras, la Administración no puede optar por cobrar las multas o cláusulas penales y además, resarcirse los daños y perjuicios por otros medios. Es decir, se trata de mecanismos excluyentes. Solo en el caso de que no se hayan establecido cláusulas penales o multas, la Administración puede recurrir a cobrar los daños y perjuicios mediante el procedimiento analizado en el capítulo anterior. Esto es así porque la Administración no puede cobrar nuevamente los daños y perjuicios ya recaudados mediante la cláusula penal o la multa. De lo contrario, resultaría confiscatorio del patrimonio del contratista. Es por esta razón que la LCA y el RLCA, en tesis de principio, prohíben que, la garantía de cumplimiento sea ejecutada por los mismos motivos que las cláusulas penales o multas. Así, la LCA en el artículo 35 dispone que “cuando exista cláusula penal por demora en la ejecución, la garantía no podrá ejecutarse con base en este motivo, salvo la negativa del contratista para cancelar los montos correspondientes por ese concepto”⁴⁹¹ y, en un mismo sentido, el artículo 41 RLCA expresa que “la garantía no podrá ejecutarse por demora en la ejecución del objeto contractual, en el evento de que no se haya pactado una cláusula penal por ese motivo; en caso contrario se procederá a la ejecución de esta última.”⁴⁹²

El problema surge, además cuando los daños y perjuicios causados con el incumplimiento son de tal gravedad, que su cuantía es mayor a la fijada mediante las figuras en estudio. El artículo 41 del RLCA resuelve esta situación de una forma equitativa, al permitirle a la Administración, cobrar los daños y perjuicios que no cubra la cláusula penal. De forma análoga, esto también debe ser aplicado cuando se trate de multas. En cualquier caso, se advierte nuevamente sobre la relevancia de que en esos supuestos, la Administración no ejecute la cláusula penal o la multa y, en su lugar, cobre la totalidad de los daños ocasionados y ejecute la garantía de cumplimiento, en aras de que no se den pérdidas económicas en perjuicio del Estado.

Concepto

La cláusula penal en el Derecho Civil, es definida por Aida Kemelmajer, como “un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de

⁴⁹¹ Ley de Contratación Administrativa, artículo 35.

⁴⁹² Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 41.

reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente.”⁴⁹³

Ernesto Jinesta se ajusta más a definir la cláusula penal en el derecho de la contratación administrativa costarricense, al establecer que consiste en “una estipulación contractual por la que la administración contratante liquida, anticipadamente, los daños y perjuicios derivados de una ejecución prematura o tardía por el contratista.”⁴⁹⁴

Por su parte, la multa ha sido definida como aquella pena pecuniaria que se impone, en este caso, por un incumplimiento contractual.⁴⁹⁵

El ordenamiento de contratación administrativa costarricense, es claro en definir conceptualmente cada una de estas figuras. El artículo 47 del RLCA se encarga de establecer que la multa es aquella que procede “por defectos en la ejecución del contrato”⁴⁹⁶, y el artículo 50 del mismo cuerpo reglamentario, es el encargado de definir la cláusula penal como aquella que “procede por ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales.”⁴⁹⁷ Ergo, no existe confusión conceptual en cuanto a estas figuras.

Presupuestos de exigibilidad

Que exista una obligación principal válida

El primer presupuesto del que dependen las multas y cláusulas penales, es la existencia de un contrato válido del cual surjan las obligaciones principales. Debido a la accesoriadad de estas figuras, éstas dependen estrechamente de la validez de esas obligaciones, por lo que esta última resulta imprescindible.

Que se encuentren previstas en el cartel

Las figuras en estudio poseen una serie de requisitos para que puedan ser aplicadas por la Administración. Uno de ellos, y con el que concuerda la mayoría de la doctrina es que haya sido previamente establecidas en el cartel. Tal y como lo señala Marienhoff

⁴⁹³ Kemelmajer, 17.

⁴⁹⁴ Jinesta, 396.

⁴⁹⁵ Cf., Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 18ª ed. (Buenos Aires: Heliasta, 2006), 248.

⁴⁹⁶ Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 47.

⁴⁹⁷ Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 50.

“pretender sancionar una penalidad (cláusula penal o multa) no integrante del contrato, implica apartarse del contrato, actitud evidentemente ilícita o contraria a derecho: en la especie faltaría la causa jurídica.”⁴⁹⁸

Acorde con lo anterior, el RLCA en los artículos 47 y siguientes, dispone que, tanto la cláusula penal como las multas deben preverse en el cartel, donde se debe incluir aspectos, tales como los supuestos que originan el cobro, el monto, el plazo, el riesgo y las repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas. Se está, entonces, ante un régimen sumamente estricto, el cual obliga a la Administración, establecer todas las condiciones en las que estas sanciones pecuniarias proceden, lo que ha sido reforzado por la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que indica que para que ambas figuras puedan ser aplicadas, “(...) han de formar parte del cartel y estar claramente señaladas e incluir de forma pormenorizada y cristalina los incumplimientos en los que tiene la posibilidad de aplicarlas en la práctica.”⁴⁹⁹ Posteriormente, en ese mismo voto, la Sala analizó el caso concreto en el cual la Administración contratante aplicó una multa sin haberla previsto detalladamente en el cartel, concluyendo lo siguiente:

“(...) en el cartel deben puntualizarse y detallarse claramente los incumplimientos en los cuales la Administración los podrá hacer efectivos, de modo que los oferentes conozcan antes de someter su oferta, los montos que deberán pagar en caso de ocurrir determinado incumplimiento. JASEC en la especie no lo estipuló en el cartel, por ende no se establecieron los supuestos y mecanismos mediante los cuales aplicaría la cláusula penal (“multa”) de ser necesario. En la especie la actora-reconvenida no pudo conocer a qué atenerse sobre el particular, y JASEC no puede pretender su aplicación con base en una disposición general que dice forma parte de todas las contrataciones con esa institución, tampoco con fundamento en el canon 36.3 citado, porque no dispone que éstas estarán contenidas en toda contratación, sino que el ente público los podrá incluir, lo cual no hizo JASEC en este asunto. En consecuencia, lo resuelto por el Ad quem se encuentra en franca contradicción con el marco normativo que rige lo relativo a la contratación administrativa en el ordenamiento jurídico patrio, porque sea que se trate de cláusulas penales o multas, lo correcto es que consten en el cartel y contrato administrativo correspondientes, por ende, ha de acogerse la inconformidad sobre este extremo.”⁵⁰⁰

No queda duda de que el cartel debe prever estas sanciones, estableciendo igualmente las circunstancias en que proceden para que el contratista tenga plena certeza sobre su aplicación, prefijando así una proyección de la reparabilidad económica por los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato pueda causarle.

⁴⁹⁸ Marienhoff, 415.

⁴⁹⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 750, 05 de octubre del 2006, 10 horas 45 minutos.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*

Que se haya fijado la cuantía de forma previa

El carácter estricto del establecimiento de las multas y cláusulas penales de forma previa en el cartel, incluye el monto, tal y como se advirtió en el apartado anterior. Este aspecto es de suma relevancia dado que una vez firme el cartel, se entiende que el monto de la multa es definitivo y, por ende, no se admiten reclamos posteriores (artículo 47, párrafo tercero del RLCA).

Este monto, señala el RLCA, debe ser arreglado a criterios de proporcionalidad y razonabilidad (artículo 47 RLCA, párrafo primero) y no puede superar el veinticinco por ciento del precio total (artículo 48, párrafo cuarto del RLCA). En concordancia con esto, el artículo 712 del Código Civil establece, que “Cuando sólo se reclamen la pena, ésta no puede exceder en valor ni en cuantía de la obligación principal; y en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquél.”⁵⁰¹ Esto implica que, aunque el cartel no lo establezca, el cobro de las multas o cláusulas penales no puede superar ese veinticinco por ciento.

En caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo se considerará sobre el mayor valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones (artículo 47, párrafo segundo del RLCA).

Si bien, la normativa costarricense no agrega más elementos para determinar el monto, estudiosos del tema han invocado la necesidad de que la Administración realice, de forma previa, estudios técnicos que justifiquen la razonabilidad del cuántum tanto de las multas como de las cláusulas penales establecidas en el cartel. Tal es el caso de Ana Matilde Rojas Rivas, fuerte propulsora de dicho estudio técnico y que, para lo que interesa, señala:

“En este caso particular, el órgano contralor es del criterio que la Administración debe efectuar un estudio cuidadoso que le sirva para tomar una decisión adecuada. No obstante lo anterior, en mi criterio, la Administración está obligada a elaborar un estudio técnico financiero, en el cual se fundamente y se justifique el quantum de la multa a cobrar y la estimación de daños y perjuicios por concepto de cláusula penal, respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad y no debe ser visto como una potestad discrecional sino más bien como una obligación de la Administración. (...)”

En este orden de ideas, si no se ha procedido de esa manera, es decir, si para el caso concreto no se determinó el efecto dañoso mediante un estudio debidamente

⁵⁰¹ Código Civil, artículo 712.

fundamentado por escrito, se considera que la Administración debe hacer -antes de ejecutar la cláusula penal- una cuantificación de los daños y perjuicios efectivamente producidos, con el fin de no incurrir en cobros injustificados o excesivos y, de esa manera, evitar que se produzcan efectos que puedan significar un enriquecimiento sin causa de la Administración, a partir de cláusulas indebidamente establecidas.”⁵⁰²

Es decir, la autora Rojas Rivas considera que no se trata de una simple justificación basada en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino que demanda un cuidadoso estudio previo por parte de la Administración respectiva, por medio del cual se estime con el mayor rigor posible, el daño o los perjuicios que podrá ocasionar los incumplimientos del contratista. Para tal efecto -agrega la autora- se deben atender “las particularidades del negocio concreto que se deba tramitar.”⁵⁰³ Si no se cumple con este estudio de corte financiero, entonces la Administración deberá, a la hora de ejecutar la cláusula penal o la multa, cuantificar esos daños y perjuicios finalmente producidos.

Este criterio debe ser tomado en consideración por toda la Administración Pública siempre que se pretenda instaurar cláusulas penales y/o multas en el cartel, ya que la naturaleza de ambas figuras -al tratarse de un cobro de los eventuales daños y perjuicios irrogados con determinado incumplimiento- requiere que esa eventualidad sea fijada de antemano.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia comparte también este criterio, según se observa a continuación:

“Esto evidencia que, en efecto, el establecimiento de la cláusula penal no tiene como base el criterio discrecional de la Administración, pues para fijarla debe contar con elementos que no sólo descarten el enriquecimiento sin causa, como se ha advertido por los juzgadores de las instancias precedentes, sino también, y particularmente, que el fin público insatisfecho por la demora en el cumplimiento sea resarcido conforme al parámetro fijado por el canon 41 de la Constitución Política, esto es, de manera integral. Para ello debe acreditarse entonces que la cláusula fue el resultado de un análisis que tomó en cuenta tres variables; el monto del contrato, el plazo convenido y las repercusiones de un eventual retardo en el cumplimiento. De echarse de menos estos elementos, no pudo actuarse la cláusula. En el sub-lite, RECOPE no demostró que un análisis de este tipo sirva de basamento a la cláusula penal que pretende ejecutar, ante lo cual deviene en ineficaz por ausencia de un requisito reglamentario. Ahora bien, esto en modo alguno supone que la Administración no tenga derecho a reclamar el pago de esos daños y perjuicios, pero no por la vía que pretende ahora, por insubsistencia de la cláusula, sino a través de la demostración fehaciente de los daños que soportó ante el retraso en el cumplimiento (...).”⁵⁰⁴

⁵⁰² Ana Matilde Rojas Rivas, “Obligación de la administración de realizar un estudio técnico justificador de la razonabilidad del quantum de las multas y cláusulas penales establecidas en los carteles”, *Ivstitia*, No. 281-282 (mayo-junio, 2010).

⁵⁰³ *Ibíd.*

⁵⁰⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1176, 22 de setiembre de 2011, 9 horas 15 minutos.

La Sala Primera expone los elementos que se deben considerar en la fijación del monto de la cláusula penal, otorgándole especial énfasis a la necesaria demostración de daños y perjuicios. De no cumplirse con estos elementos, la cláusula no puede ser ejecutada, por lo que la Administración se vería obligada a cobrar los daños y perjuicios por otras vías. Sobre este tema, agrega esta Sala lo siguiente:

“(…) dentro de un marco de razonabilidad y lógica, la Administración a la hora de incluirla y fijar su contenido (importe de la sanción), debe contar con estudios previos que permitan determinar y cuantificar los posibles daños y perjuicios que podría sufrir en caso de que se cumpla de forma tardía con lo pactado. Se trata entonces de una determinación anticipada de los menoscabos económicos que pudiera causarle los retrasos por parte de la contratista. Tal y como indica el voto salvado, en línea con tesis de esta Sala: “No es una inclusión irrestricta y “machotera” que puede hacer cada institución al elaborar el cartel de licitación pública, sino que la cláusula penal debe venir antecedida de un estudio que demuestre cuales son efectivamente los daños y perjuicios que se ocasionarán por parte del contratista, y precisamente debido a ello es que una vez que la situación se da, la administración no tiene que probar aquellos, pues los mismos ya fueron debidamente analizados antes de prepararse el cartel licitatorio.”⁵⁰⁵

En este último caso, la Sala confirmó que la Administración contratante no realizó el estudio en mención y que dicha institución suele fijar el cuántum de forma machotera. Por ende, resolvió que no debió haberse ejecutado la cláusula penal, con lo cual anuló el voto de primera instancia emitido por la Sección V del Tribunal Contencioso Administrativo, donde el Tribunal había expresado lo siguiente:

“(…) la ausencia de un estudio previo para fijar la cláusula, por sí solo no causa la nulidad de la misma, pues ésta no se impone para cubrir eventuales daños y perjuicios generados, sino que corresponde finalmente a una multa ya definida, por la junta Directiva del accionado, en caso de incumplimiento, siendo improcedente realizar un estudio en cada caso para detallar las lesiones que pudieran surgir de dicha falta temporal.”⁵⁰⁶

De esta manera, la Sala obstaculizó cualquier intento de los Tribunales de permitirle a la Administración contratante que prescinda de ese estudio previo. En la misma línea de la Sala Primera, ha fallado la Sección Séptima del Tribunal Contencioso Administrativo, quien ha manifestado sobre la cláusula penal lo siguiente:

“Su establecimiento en el cartel respectivo por tanto, y la fijación de la cuantía de la sanción como penalidad, a título de resarcimiento de daños y perjuicios, demandan un riguroso estudio previo, exclusivamente de parte de la Administración interesada, que determine la objetividad del importe con el que se habrá de sancionar el atraso. Ese el el (sic) único supuesto derivado del cual la demostración del daño al ejecutar la cláusula dicha deviene en innecesario, cuando se ha cumplido con lo anterior. (...) De lo anterior, es claro que la cláusula penal se debe establecer, en lo que toca a su cuantía, atendiendo a las particularidades del negocio concreto que se deba tramitar, y tomando en cuenta que la inclusión de la misma, lo que pretende es resarcir un

⁵⁰⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 416, 09 de abril del 2013, 14 horas 25 minutos.

⁵⁰⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta, resolución No. 200, 03 de agosto del 2011, 9 horas.

daño, por lo que no puede esta establecerse, atendiendo solamente al ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, sino lo es con el rigor indicado, so pena de incurrir en arbitrariedad, en ausencia de un debido estudio que de (sic) sustento legal y fundamento técnico a tal acto de inclusión en el cartel.

(...) cuando una empresa no objete una cláusula penal, si el monto a cobrar con fundamento en ella carece del respectivo estudio (fijación antojadiza), y por ende, del respectivo razonamiento previo en el Expediente Administrativo, no puede alegar la Administración que tal punto se había consolidado con la presentación de la oferta, pues en esos casos sí se requiere de un adecuado estudio para cuantificar el daño con base en la „verdad real o material“, ejercicio que antes no se ha hecho y por lo cual el monto de las multas no refleja necesariamente la justa indemnización. El fundamento lógico y legal de ello es en realidad muy básico: de frente a un incumplimiento contractual en un negocio SIN CLÁUSULA PENAL que genera daño a la Administración, no podemos pensar que la Administración fije la indemnización de ese daño de modo antojadizo y sin fundamento. Según esto, si el daño se va a cuantificar de previo, tampoco puede ser antojadizo, porque se desborda el principio de legalidad en cuanto a los límites de la discrecionalidad administrativa.”⁵⁰⁷

Nuevamente, el Tribunal Contencioso Administrativo confirma la necesidad de que la Administración efectúe un estudio donde proyecte los posibles daños perjuicios que se ocasionarían y, deja en evidencia la negligencia de la Administración al imponer cláusulas penales o multas sin haber realizado dicha proyección.

El examen de los anteriores casos, permite concluir lo siguiente: 1) De lo dispuesto en la normativa, así como de la naturaleza misma de estas figuras, se extrae que previo a establecerse en el cartel, las multas y cláusulas penales requieren un estudio técnico detallado donde se consideren todos los elementos antes mencionados. El incumplimiento de este aspecto por parte de la Administración conlleva a que las cláusulas penales o las multas resulten inejecutables y, por ende, se deba recurrir a la vía más larga para cobrar esos daños y perjuicios, perdiéndose la razón de ser de las figuras en estudio. 2) A pesar de que las cláusulas penales y las multas establecidas en el cartel no se impugnen mediante el recurso de objeción en el momento oportuno, al contratista le surge la posibilidad de acudir a la vía judicial, con el objeto de refutar el monto cobrado por la administración por incumplimientos la etapa de ejecución contractual, cuando existan defectos por la ausencia de los presupuestos fundamentales para imponer la multa –como lo es la falta del estudio en mención- o bien, cuando se utilicen alícuotas superiores a los límites establecidos. Nada impide que el contratista pueda impugnar este aspecto también en el procedimiento administrativo de aplicación de la multa o cláusula penal. 3) La ausencia de esos estudios en los procesos de contratación administrativa son reiterados, producto de una indebida interpretación y aplicación de lo dispuesto en la normativa. Lo anterior, se observa en los

⁵⁰⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, resolución No. 40, 12 de mayo del 2010, 14 horas.

argumentos utilizados por cada administración en su defensa, donde, entre otras cosas, aducen que el RLCA no especifica que se deba realizar dicho estudio y que, dado que el daño no debe ser demostrado, entonces tampoco es obligatorio demostrar la cuantía correspondiente a los posibles daños. El desconocimiento de la Administración sobre la forma como se debe determinar el monto de las cláusulas penales y/o multas está generando que se apliquen éstas de forma arbitraria y, consecuentemente, la Administración se esté viendo enriquecida ilícitamente.

Otro caso por analizar, es el resuelto por la Contraloría General de la República en el año 2006.⁵⁰⁸ En una licitación del Registro Nacional, el oferente objetaba que el cartel establecía un porcentaje desproporcionado y arbitrario (multa de 0,5% sobre el valor del equipo hasta llegar a un 25% del valor de todos los equipos informáticos), por cuanto el máximo de 25% de todos los equipos, es una suma que excede a la ganancia de la empresa por la contratación, la cual corresponde a un 10% por tratarse de un mercado competitivo. Es decir, la utilidad del eventual contratista, sería mucho menor que ese 25% que debería pagar en caso de más de 50 días hábiles de atraso en la entrega del equipo. El recurso de objeción fue rechazado; el razonamiento de la Contraloría consistió en que, para llegar a ese 25%, el contratista tendría que haber incumplido en una forma que ameritaría tal sanción rigurosa, y esto podría ser mucho tiempo en un equipo que es necesario para el cumplimiento del fin público de la Institución. Es cierto que la CGR se ajustó a lo establecido en la normativa al remitirse a los principios de proporcionalidad y razonabilidad y considerar proporcionada la cuantía por el solo hecho de considerar que el incumplimiento era de gran gravedad. Sin embargo, con esto se evidencia nuevamente que la Administración licitante –en este caso, el Registro Nacional- no realizó el estudio financiero respectivo para determinar la cuantía de los eventuales daños y perjuicios que se podrían generar con ese atraso de la entrega de los equipos y la CGR avaló esa situación, con lo que se confirma el desconocimiento de la Administración al respecto.

Aquí, hay que recordar que el objeto de estas figuras es el cobro anticipado de los eventuales daños y perjuicios provocados por el contratista, lo que permite que la Administración se vea indemnizada sin recurrir a procedimientos largos y tediosos, siempre en beneficio del interés público. No obstante, estas deficiencias en la aplicación de ambas figuras por parte de la Administración, implican que la finalidad indemnizatoria que se persigue se vea desnaturalizada, lo que debe ser evitado a toda costa. Esta circunstancia,

⁵⁰⁸ Contraloría General de la República, resolución No. R-DCA-240-2006, 24 de mayo del 2006, 9 horas.

amerita que se establezca de forma expresa en la normativa costarricense, la obligación de toda la Administración de realizar un estudio técnico, donde se consideren todos los elementos aquí expuestos, el cual debe hacerse constar en escrito dentro del mismo expediente administrativo levantado al efecto.

Un aspecto importante por considerar en el último caso analizado, reside en la proporcionalidad de la cuantía fijada con el precio y la utilidad de la empresa. Ya se dijo que el monto no puede superar el 25% de la totalidad del precio, pero en muchos casos, ese 25% supera la utilidad obtenida por el contratista en la contratación. En este caso específico, la Administración hizo bien al no incluir dentro del análisis de proporcionalidad, la ganancia obtenida por la contratista. Sin embargo, este criterio no fue el mismo en la resolución No. R-DCA-424-2006, donde dicho ente estableció lo siguiente:

“(…) resultan atendibles los argumentos dados por la objetante en el sentido de que la fórmula establecida para aplicar las multas es totalmente desproporcionada, lo cual roza con el principio de equilibrio de intereses que rige la contratación administrativa, en el tanto la fórmula establecida para calcular la multa afecta directamente uno de los elementos fundamentales del contrato que es el precio, y que es de donde el contratista obtiene su utilidad. En consecuencia, lo procedente es declarar con lugar el recurso en este extremo a fin de que la Administración establezca una fórmula de valoración de la multa que sea razonable, de forma tal que la multa no vacíe el contenido del factor precio.”⁵⁰⁹

La Contraloría determinó, pues, que esa proporcionalidad debe ir de la mano con el precio, de forma tal que la utilidad del contratista no se vea afectada. Esto muy a pesar de que la Administración licitante en la contestación del recurso, alegó que ese monto fijado correspondía al perjuicio económico que se le ocasionaría al M.O.P.T con ese incumplimiento. Este criterio errado de la CGR, deja de lado que la función de la multa es indemnizatoria, por lo que su monto debe equivaler a los eventuales daños y perjuicios que se le pueda ocasionar a la Administración, independientemente de que ese monto supere las ganancias del contratista con la contratación. Esto, claro está, siempre que no supere el 25% del precio total. Afirmar lo contrario, implicaría que la Administración se vea limitada a cobrar el monto correspondiente a esos daños y perjuicios causados. Desde esta tesitura, no es acertado que la utilidad del contratista influya en la fijación de la cuantía, toda vez que no es un elemento propio de las cláusulas penales ni de las multas.

⁵⁰⁹ Contraloría General de la República, resolución No. R-DCA-424-2006, 18 de agosto del 2006, 9 horas 30 minutos.

Que exista un incumplimiento demostrado

Aida Kemelmajer explica que las cláusulas penales y, en este caso, también las multas, son exigibles en la medida "(...) que exista un vínculo jurídico nacido con anterioridad al hecho que motiva la aplicación de la pena; es decir, encontramos una obligación principal previa que el deudor incumplió o cumplió parcial o defectuosamente, fuera de tiempo, lugar o modo convenido."⁵¹⁰

En el ordenamiento costarricense, ese incumplimiento varía, según se trate de una multa o una cláusula penal. En el primer supuesto, el incumplimiento debe consistir en defectos en la ejecución del contrato y, en el segundo, consiste en la ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales, pudiendo en ambos casos, tratarse de incumplimientos parciales o por líneas, siempre y cuando se haya establecido esa posibilidad en el cartel (artículo 47 RLCA). Se trata, en tesis de principio, en incumplimientos de fácil constatación. No obstante, esto no obsta para que la Administración se vea obligada a demostrar su existencia.

Este incumplimiento requerido, señala el RLCA, artículo 47, debe haberse dispuesto expresamente en el cartel, tal y como lo ha establecido la CGR, al manifestar que "Para utilizar el mecanismo de las multas, en el cartel deben puntualizarse y detallarse claramente los incumplimientos bajo los cuales la Administración las podrá hacer efectivas, de modo que los oferentes conozcan antes de someter su oferta, las multas que deberán pagar en caso de que la ejecución resulte defectuosa."⁵¹¹

De no cumplirse con este aspecto, la aplicación de las figuras en estudio no es posible. Es aquí donde surge la importancia de que la Administración determine y detalle de antemano, cuáles son los incumplimientos ante los que debe responder el contratista mediante el pago de multas o cláusulas penales.

Finalmente, cabe precisar que el sistema de multas y cláusulas penales solo funciona cuando el incumplimiento es parcial, pues en caso de que sea total, no procede su aplicación, sino la ejecución de la garantía de cumplimiento y la adopción de cualquier otra medida que resulte necesaria (artículo 48, párrafo segundo, RLCA).

⁵¹⁰ Kemelmajer, 175.

⁵¹¹ Contraloría General de la República, oficio N° 13793, 29 de noviembre de 1999.

Que el incumplimiento le sea imputable al contratista

Otro presupuesto que reconoce la doctrina para la aplicación de multas o cláusulas penales, en que el incumplimiento contractual le sea imputable al contratista.⁵¹² Esto implica la presencia de todos los elementos propios de la culpabilidad vistos en el presente estudio, a saber: existencia de dolo o culpa y ausencia de eximentes de responsabilidad.

Aquí, es importante efectuar una acotación que podría generar debate y consiste en lo que establece el artículo 705 del Código Civil: “Cuando el deudor por una cláusula penal se ha comprometido a pagar una suma determinada como indemnización de daños y perjuicios, el acreedor no puede, salvo si hubiere dolo, exigir por el mismo título una suma mayor; pero tampoco podrá el deudor pedir reducción de la suma estipulada.”⁵¹³

Esta disposición viene a confirmar que es necesario fijar con anticipación el monto a cobrar por concepto de multa o cláusula penal, monto que no podrá ser variado a la hora de su aplicación. La excepción de lo anterior, se da cuando el deudor actuó con dolo. No obstante, para el tratadista Alberto Brenes Córdoba, no es suficiente la presencia del dolo, sino que además, se tiene que demostrar que los daños y perjuicios ocasionados fueron mayores del monto dispuesto. Para tal efecto, señala que “(...) cuando exista dicha cláusula, no es lícito demandar cosa distinta o fuera de lo estipulado con carácter penal, a no ser que el deudor hubiese procedido con dolo, caso en que es exigible suma mayor de la convenida en concepto de pena, si el acreedor llegase a justificar que los daños y perjuicios excedieron de aquélla.”⁵¹⁴

Nada impide que esta regla sea aplicada en el ámbito de la contratación administrativa, pudiendo entonces la Administración contratante, cobrar un monto mayor ante la existencia de dolo comprobado en el actuar del contratista, pero para tal efecto, debe comprobar que los daños y perjuicios exceden esos montos, remitiéndose entonces al artículo 41 RLCA, párrafo tercero, que permite cobrar esos montos de más, pero ya no por la vía de la cláusula penal o la multa.

Todo este análisis de culpabilidad requiere, pues, un procedimiento donde se le otorgue el contradictorio al contratista. Pensar lo contrario implicaría trasgredir el derecho al debido proceso.

⁵¹² Kemelmajer, 176 y siguientes.

⁵¹³ Código Civil, artículo 705.

⁵¹⁴ Brenes, 80 y 81.

Que se otorgue debido proceso

Según se analizó párrafos atrás, el debido proceso es inherente a las sanciones contractuales, del cual no se ven exentas las cláusulas penales ni las multas. En el Derecho civil, la cláusula penal se ejecuta automáticamente, empero, en el Derecho administrativo, existen principios que obligan a la Administración a respetar los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado. Es por eso que, cuando la Administración pretenda aplicar sanciones pecuniarias, que implican un perjuicio económico al administrado, debe otorgarle el derecho al debido proceso, para que el administrado pueda ejercer su defensa y así evitar actos arbitrarios por parte de la Administración.

Un primer aspecto que se debe considerar en este tema, es el de la constitución en mora. Anteriormente, se mencionó que la mayoría de la doctrina propone que la aplicación de las sanciones contractuales se vea precedida por la constitución en mora. Sin embargo, en este caso, se comparte el criterio emitido por Ernesto Jinesta Lobo y la Contraloría General de la República, en cuanto a que la Administración está revelada de constituir en mora al contratista.⁵¹⁵ Esto responde a la finalidad propia de la constitución en mora de las sanciones contractuales, la cual consiste en procurar que se cumpla con el objeto contractual por lo que, en pro del interés público, se procura que la Administración le otorgue un plazo razonable al contratista para el cumplimiento respectivo. Empero, cuando se trata de cláusulas penales y multas, la situación cambia, toda vez que con ellas se pretende no solo que se cumpla con lo convenido, sino que también, resarcir a la Administración por la lesión patrimonial ocasionada con el incumplimiento. Ergo, si la Administración emplaza al contratista incumpliente para que se ajuste conforme a derecho y el contratista cumple en el plazo otorgado, entonces la Administración no se podría ver resarcida por las lesiones que le generó el incumplimiento, por medio de la ejecución de estas figuras, sino que debería recurrir a la vía indemnizatoria más larga. Así las cosas, esa función indemnizatoria propia de la multa y la cláusula penal perdería su razón de ser.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento que se debe seguir para la ejecución de cláusulas penales y multas, es menester realizar un estudio de la normativa costarricense y las líneas jurisprudenciales que se han generado durante los últimos años, las cuales han sido objeto de grandes variaciones.

⁵¹⁵ Cf., Jinesta, 399 y; Contraloría General de la República, oficio 13793 DAGJ-423-99, 29 de noviembre de 1999.

En el año 2005, la Sala Constitucional, conformada por los Magistrados Luis Fernando Solano C, Ana Virginia Calzada M, Adrián Vargas B, Ernesto Jinesta Lobo, Fernando Cruz Castro, José Luis Molina Q y Teresita Rodríguez A, en voto de mayoría, determinó que el debido proceso se da en ese caso con un procedimiento simple y de mera constatación, mediante la emisión de resoluciones debidamente motivadas, y la posibilidad del afectado de ejercer los recursos que corresponda contra la decisión que lo sancione.⁵¹⁶ En concordancia con esto, la Contraloría General de la República, en el año 2006, dispuso que no se requería de procedimiento alguno y que únicamente se produce una simple constatación del incumplimiento en la ejecución del contrato y “se aplica una medida que expresamente es aceptada por la parte al presentar la oferta y posteriormente al suscribir el contrato.”⁵¹⁷

En el año 2006, la Sala Constitucional, esta vez conformada por Ana Virginia Calzada M., Fernando Cruz Castro, Teresita Rodríguez A., Gilbert Armijo Sancho, Marta María Vinocour F y Jorge Araya G., se declaró incompetente para conocer si se había cumplido con el debido proceso en la ejecución de una cláusula penal, por cuanto implicaba la revisión de la legalidad de la aplicación de cláusulas contractuales. En esa ocasión, la Magistrada Marta María Vinocour, salvó su voto y declaró con lugar el recurso, para lo cual consideró que dado que la cláusula penal implica una consecuencia de carácter sancionatorio o gravoso, debe estar precedida de un procedimiento administrativo con audiencia previa y posibilidad de recurso, de no darse esta circunstancia –estimó– se violaría el principio constitucional del debido proceso.⁵¹⁸ No obstante, su razonamiento no fue suficiente para modificar el criterio de la mayoría.

En el 2009, la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo resolvió un caso en el que se rebajó automáticamente de la orden de pago un monto por concepto de cláusula penal, sin haber seguido un procedimiento propiamente dicho, más que la comunicación al contratista del monto que se le aplicaría, donde se advirtió que no cabía recurso contra lo ahí comunicado. Ante las reiteradas alegaciones realizadas por el contratista ante la Administración, en contra del cobro de la multa, la Administración emitió diversos oficios donde señaló las razones por las cuales consideró que no había ninguna eximente de responsabilidad y que el incumplimiento le es imputable al contratista y justificó

⁵¹⁶ Cf., Sala Constitucional, resolución No. 17517, 20 de diciembre del 2005, 19 horas minutos.

⁵¹⁷ Contraloría General de la República, resolución No. R-DCA-240-2006, 24 de mayo del 2006, 9 horas.

⁵¹⁸ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 11874, 15 de agosto del 2006, 9 horas 18 minutos.

el monto cobrado, dándole respuesta a todas sus solicitudes. Todo esto sin darle trámite a procedimiento alguno. Esas actuaciones –determinó el Tribunal- le permitieron al contratista ejercer su derecho de defensa, por lo que la garantía del debido proceso no se vio menoscabada en su perjuicio. Asimismo, el Tribunal señaló lo siguiente:

“(…) para ejecutar la cláusula penal, no se requiere de un procedimiento previo en que se intime al contratista, pues únicamente basta constatar el incumplimiento por parte del contratista en el plazo de entrega del objeto pactado, para hacerla efectiva (ver artículos 47, 48 y 50 del Reglamento de Contratación Administrativa, y 88 del Reglamento Interno de Contratación Administrativa del ICE).”⁵¹⁹

Ese mismo año, la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, se volvió a referir al tema, esta vez basándose en el voto No. 17517-2005 de la Sala Constitucional ya referido, y señalando lo siguiente:

“(…) si la Administración tipifica un determinado incumplimiento con un efecto proyectado de imponer una multa pecuniaria, una vez que de conformidad con los mecanismos internos, se haya acreditado el incumplimiento en la ejecución del contrato, puede proceder a imponer la sanción que corresponda, si así fue expresamente advertido en el cartel.”⁵²⁰

Desde esta arista, el criterio del Tribunal iba dirigido a que la Administración podía ejecutar cláusulas penales y multas únicamente constatando a nivel interno la existencia del incumplimiento, sin tener que otorgarle audiencia al contratista y resultando innecesario, en tesis de principio, la instrucción de un procedimiento administrativo como presupuesto de la imposición de esa tipología de sanciones. En la misma línea, en el año 2010, nuevamente la Sección Sexta del Tribunal expresó que la aplicación de estas figuras no exige procedimiento administrativo alguno, debido a que su intensidad represiva es de menor grado, en comparación con otra modalidad de sanciones, como la resolución contractual.⁵²¹

No obstante, a partir del año 2010, la Sala Constitucional, integrada en esa ocasión por Ana Virginia Calzada M., Ernesto Jinesta Lobo, Fernando Cruz Castro, Gilbert Armijo Sancho, Fernando Castillo Víquez, Aracelly Pacheco S.y Ricardo Guerrero, en voto de mayoría, revirtió este criterio y decidió reconocerle a las faltas de mera constatación un debido proceso que se cumplía con el procedimiento sumario, para lo cual expresó lo

⁵¹⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 2204, 08 de octubre del 2009, 13 horas 30 minutos.

⁵²⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 2327, 22 de octubre del 2009, 09 horas 05 minutos.

⁵²¹ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 1666, 04 de mayo del 2010, 15 horas 45 minutos y; resolución No. 2597, 09 de julio del 2010, 15 horas.

siguiente:

“Incluso, en los supuestos de faltas de “mera constatación” es preciso que el órgano o ente administrativo competente observe y sustancie un procedimiento administrativo que, en tal caso, debe ser el sumario previsto y normado en los ordinales 320 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, el cual se caracteriza por su naturaleza concentrada y temporalmente reducida, al no haber una comparecencia oral y privada, extremo que no exime a la respectiva administración pública de comprobar exhaustiva, fiel y completamente la verdad real de la falta o hecho imputado y de otorgar una audiencia para conclusiones (artículos 321, 322 y 324 ibídem). Así las cosas, tratándose de la imposición de las sanciones gravosas para la esfera jurídica (...) resulta imperativo para la Administración instruir un procedimiento administrativo en el que se respeten las garantías que integran el debido proceso, de modo que el posible afectado pueda ejercer su derecho de defensa. (...)”⁵²²

En el 2013, la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo, reconoció de forma escueta ese derecho de defensa del contratista en la aplicación de multas⁵²³ y meses después ahondó más a fondo en el tema y reforzó el respeto al debido proceso, no solo anulando los actos por medio de los cuales se ejecutó las multas y ordenando la devolución de esos montos al contratista, sino que además, llamándole la atención a la Administración contratante, en este caso el I.C.E, a fin de evitar que trasgreda nuevamente el debido proceso.⁵²⁴ En un mismo sentido, resolvió el caso No. 12-1887-1027-CA, en donde le ordenó a la Municipalidad de Oreamuno abrir procedimiento administrativo con las garantías legales y constitucionales correspondientes, en contra de la empresa contratista, con el objeto de determinar el cumplimiento tardío o no, en las obras contratados con los efectos jurídicos que se deriven, en un plazo máximo de dos meses, o en su defecto, devolverle al contratista el monto retenido por concepto de cláusula penal.⁵²⁵

Hasta acá, el Tribunal Contencioso Administrativo reconocía el debido proceso en la aplicación en multas y cláusulas penales, sin reconocer expresamente la necesidad de que fueran tramitadas mediante un procedimiento de corte sumario, según lo había indicado la Sala Constitucional. No fue sino hasta que la Sala Constitucional declaró la

⁵²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 11495, 30 de junio del 2010, 16 horas 52 minutos. En un mismo sentido, ver los votos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8735, 1 de julio de 2011, 09 horas 29 minutos; No. 8602, 28 de junio de 2011, 17 horas 44 minutos; No. 4203, 29 de marzo de 2011, 17 horas 47 minutos; No. 21508, 24 de diciembre de 2010, 09 horas 22 minutos y; No. 19712, 26 de noviembre de 2010, 08 horas 33 minutos.

⁵²³ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 1, 15 de enero del 2013, 10 horas.

⁵²⁴ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 19, 08 de marzo del 2013, 11 horas.

⁵²⁵ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 34, 26 de abril del 2013, 13 horas 30 minutos.

inconstitucionalidad de la palabra “automáticamente” dispuesta en el ordinal 107 del Reglamento Interno de la Contratación Administrativa del ICE, por las siguientes razones:

“Así las cosas, este Tribunal estima que previo a la ejecución de una cláusula penal debe corroborarse a través de un debido proceso si el cumplimiento tardío o prematuro fue efectivamente responsabilidad del contratista o, por el contrario, existió alguna circunstancia eximente de responsabilidad.(...) lo procedente es instaurar al menos un procedimiento administrativo sumario, con lo que queda satisfecha la garantía del debido proceso y la defensa, dada la naturaleza jurídica de la cláusula penal que está referida a un tipo de incumplimiento contractual muy preciso y de fácil constatación (lo que no obsta para analizar si hay alguna circunstancia eximente de responsabilidad). En tal procedimiento no se analizaría el quantum de la sanción -pues esto ya quedó fijado al aceptar el cocontratante la adjudicación-, sino solamente si el cumplimiento tardío o prematuro de la obligación contractual resulta imputable o no al cocontratante particular.”⁵²⁶

En esa acción de inconstitucionalidad, el accionante peticionaba la nulidad del artículo 107 que permitía la ejecución automática de las cláusulas penales y multas, al señalar:

“Artículo 107.-

Las multas y cláusulas penales se ejecutarán automáticamente, en apego estricto a lo señalado en el artículo 41 del Reglamento a la Ley N° 8660 o en el cartel o pliego de especificaciones una vez detectado el incumplimiento. Será responsabilidad del AC en coordinación con el CCA en lo que le corresponde, solicitar a la Proveeduría, mediante acto debidamente motivado el cobro de las mismas en aquellos contratos que están bajo su tutela. Para el cobro de las multas no existen recursos.”

Para la mayoría de la Sala, esa disposición reglamentaria así redactada, trasgredía el debido proceso, por lo que consideró suficiente eliminar la palabra “automáticamente”. Para complementar lo anterior, dispuso que la ejecución de estas figuras, debía estar precedida de, al menos, un procedimiento sumario, dejando abierta la posibilidad de aplicar inclusive un procedimiento ordinario. De esta manera, a su criterio, el debido proceso se veía satisfecho.

El accionante solicitó además, la nulidad de la segunda frase del párrafo tercero, del artículo 41 del Decreto Ejecutivo número 35148-MINAET del 24 de febrero de 2009, Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, así como la del párrafo tercero del artículo 47 del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa. Ambos señalan que “Una vez en firme el cartel, se entenderá que el monto de la multa es definitivo por lo que no se admitirán

⁵²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 6639, 15 de mayo del 2013, 16 horas 01 minutos.

reclamos posteriores.”⁵²⁷ La Sala consideró que ese párrafo no resulta inconstitucional por la siguiente razón:

“el monto de la multa o de la cláusula penal está preestablecido en el cartel y en el contrato, de manera que en su momento fue aceptado voluntariamente por el adjudicatario. Esta condición no debe ser demostrada ni acreditada por la Administración contratante, de manera que el debido proceso que se debe garantizar al contratista no es para que se demuestre este quantum, sino para verificar si el incumplimiento le resulta imputable o no al adjudicatario.”⁵²⁸

Con lo anterior, el Tribunal Constitucional realizó una aseveración de suma gravedad, al determinar que el único reclamo que se puede realizar en el procedimiento, es relativo al incumplimiento y la responsabilidad del contratista y no así al monto cobrado. Es decir, la Sala olvidó que el hecho de que el contratista no haya objetado ese monto en el momento oportuno, no quiere decir que la Administración contratante haya omitido cumplir con los presupuestos requeridos para determinar ese monto, como lo es la falta del estudio previo que cuantifique los eventuales daños y perjuicios irrogados, así como el cobro superior del límite fijado en la normativa. Desde este punto de vista, existe error al disponer que en el procedimiento no se pueden hacer reclamos sobre el quantum, lo que deja sin efecto los esfuerzos que han realizado acertadamente la Sala Primera y el Tribunal Contencioso Administrativo en interpretar la normativa de la forma más acorde con la naturaleza propia de estas figuras en materia de contratación administrativa.

En este punto, merece destacar además, que el voto no fue unánime: los Magistrados Ana Virginia Calzada M., Ernesto Jinesta Lobo, Paul Rueda Leal y Aracelly Pacheco V determinaron que la ejecución automática de las cláusulas penales y las multas era inconstitucional; mientras que los Magistrados, Fernando Cruz Castro, Fernando Castillo Viquez y Enrique Ulate Chacón, consideraron que la ejecución de dichas figuras, debe ser automática. La justificación de estos últimos, se basó en lo siguiente: 1) Para hacer efectiva la cláusula penal por defectos en la ejecución no es necesario la demostración de la existencia de daños. 2) La fijación del monto de la cláusula penal no puede ser arbitraria o antojadiza, pues la Administración debe ponderar cuidadosamente la inserción de la cláusula penal en el cartel y el quantum de la sanción debe guardar proporcionalidad con los intereses públicos. 3) La cláusula penal debe utilizarse única y exclusivamente cuando la entidad pública estime que ello es conveniente para la mejor satisfacción del fin público

⁵²⁷ Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento, Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo No. 35148, diario La Gaceta No. 72, 24 de febrero de 2009, artículo 41; Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa, artículo 47.

⁵²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 6639, 15 de mayo del 2013, 16 horas 01 minutos.

comprometido en la contratación, sea por la importancia de disponer el suministro, obra o servicio en un plazo determinado, o cuando se haga necesario, por la complejidad de la obra, bien o servicio, asegurar en debida forma que la prestación será cumplida conforme fue pactada. 4) Cuando el atraso puede tener origen en una causa no imputable al contratista o a demoras ocasionadas por la propia Administración contratante, el ordenamiento jurídico prevé mecanismos o institutos para que no opere de forma automática; para tal efecto, el numeral 198 del Reglamento a la Ley de Contratación permite la prórroga del plazo, por lo que en esos supuestos no resulta justa la aplicación de la cláusula penal. 5) La cláusula penal debe de operar necesariamente, por regla de principio, en forma automática y por el monto total fijado, una vez ocurrido el atraso en el cumplimiento de la prestación, de lo contrario, se le desnaturaliza.

Existen varios aspectos que deben ser analizados en la fundamentación del voto de minoría: 1) Los respetables Magistrados infieren que, por no requerirse la demostración del daño, su ejecución puede ser automática, cuando la aplicación de las cláusulas penales y multas es más compleja y requiere del examen de otros elementos, como lo es que la fijación del monto esté acorde con lo que dicta la normativa y que el incumplimiento sea, en efecto, imputable al contratista. 2) Asumen que la Administración fija el cuántum en el cartel, basándose en criterios de proporcionalidad, cuando la realidad indica que las instituciones suelen imponer esos montos de forma machotera, sin realizar los estudios previos pertinentes. Ante esta circunstancia, el contratista se ve desamparado, por lo que resulta prudente que se le otorgue la oportunidad de recriminar esas actuaciones arbitrarias. 3) Los Magistrados hacen mención únicamente a la cláusula penal, refiriéndose exclusivamente a los atrasos en cuanto al plazo. Sin embargo, olvidan que las multas no se ejecutan por atrasos, sino por defectos en el objeto contractual. Por lo que en ese último supuesto, el contratista no puede recurrir al artículo 198 RLCA para eximirse de toda responsabilidad y ejercer su derecho de defensa, por cuanto en muchos casos esos defectos no se resuelven con la ampliación del plazo. En todo caso, el trámite del numeral 198 no garantiza que el debido proceso se vea satisfecho. Asimismo, cabe reiterar que, la aplicación de estas figuras en el Derecho de la contratación administrativa, no puede ser automática, al contar con la presencia de principios que le impiden a la Administración perjudicar la esfera económica del administrado, sin otorgarle un procedimiento previo para que ejerza su defensa.

A pesar de los anteriores desaciertos, el voto de la Sala Constitucional tuvo un papel fundamental en el reconocimiento del debido proceso en la aplicación de multas y cláusulas

penales. A raíz de este voto, la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, cambió el criterio, en pro del administrado. Así, en el voto No. 101-2013, mencionó que se debe instaurar, al menos, el procedimiento sumario para garantizar el debido proceso en la ejecución de las figuras de cita.⁵²⁹

Aún en el año 2015, la Sala Constitucional continuaba reconociendo el debido proceso. A manera de ejemplo, vale la pena traer a colación el caso con No. de expediente 15-003660-0007-CO, donde el Banco Nacional ejecutó una cláusula penal por atrasos del contratista y, posterior a ello, le otorgó audiencia para que ejerciera su defensa. En esa ocasión los Magistrados declararon con lugar el recurso de amparo al considerar que, si bien, le otorgó la audiencia para su defensa, ésta fue posterior a la ejecución de la cláusula penal, por lo que el debido proceso fue violentado. Los Magistrados Cruz Castro y Castillo Víquez se allanaron al criterio de la mayoría, a pesar de considerar que la aplicación automática de estas figuras no resulta contraria al Derecho de la Constitución. Por su parte, la Magistrada Nancy Hernández López salvó su voto y declaró sin lugar el recurso por cuanto la contratista pactó y aceptó esa cláusula penal a la hora de contratar, por lo que debía aceptar las consecuencias jurídicas resultantes de lo contratado.⁵³⁰

No obstante, meses después este criterio dio un giro total con el complejo voto No. 6057-2015⁵³¹, por medio del cual se analizó acción de inconstitucionalidad contra los artículos 5.3 y 5.2.6 de las “Condiciones Generales para la Contratación Administrativa Institucional de Bienes y Servicios Desarrollada por todas las Unidades Desconcentradas y No Desconcentradas de la Caja Costarricense de Seguro Social.”⁵³²

La disposición 5.2.6 señalaba que las sumas por concepto de cláusulas penales serían deducidas “(...) de las facturas pendientes de pago y sin perjuicio del derecho de cualquier otro tipo de reclamo administrativo o judicial que en derecho proceda.”⁵³³ En este punto, hubo posiciones encontradas. La mayoría -Gilbert Armijo Sancho, Fernando Cruz Castro, Fernando Castillo Víquez y Nancy Hernández López- dispuso que no era inconstitucional toda vez que “por la naturaleza de la cláusula penal, en términos generales,

⁵²⁹ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.

⁵³⁰ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5861, 24 de abril del 2015, 11 horas 34 minutos.

⁵³¹ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 6057, 29 de abril del 2015, 08 horas 31 minutos.

⁵³² Condiciones Generales para la Contratación Administrativa Institucional de Bienes y Servicios Desarrollada por todas las Unidades Desconcentradas y No Desconcentradas de la Caja Costarricense de Seguro Social, Reglamento No. 8335, diario La Gaceta No. 73, 16 de abril del 2009.

⁵³³ *Ibíd.*, artículo 5.2.6.

su aplicación debe ser automática, de lo contrario, perdería sentido.”⁵³⁴ Para arribar a esa conclusión, los Magistrados recurrieron a los mismos argumentos que utilizaron en el voto salvado No. 6639-2013, que ya fueron debatidos párrafos atrás. Por lo que, en lo que concierne a esta disposición en particular, la acción de inconstitucionalidad fue declarada sin lugar. Sin embargo, los Magistrados Ernesto Jinesta Lobo, Paul Rueda Leal y Luis Fernando Salazar Alvarado hicieron constar su voto salvado, por medio del cual consideraron que lo procedente es instaurar un procedimiento sumario, de previo a deducir de las sumas facturadas pendientes de pago al contratista, el cobro automático de la cláusula penal, para lo cual reiteraron los alegatos utilizados en el voto No. 6639-2013.

Por su parte, el artículo 5.3 señalaba lo siguiente:

“Contra el acto que comunique el cobro de las multas o cláusulas penales no cabrá recurso administrativo, sin perjuicio del eventual reclamo que formule el contratista que se considere amparado en una causa eximente de responsabilidad. El pago previo, aún bajo protesta, de la multa o cláusula penal correspondiente será considerado requisito de admisibilidad del reclamo.”⁵³⁵

Esta disposición normativa obligaba al contratista a pagar previamente la cláusula penal como requisito para que pudiera presentar un reclamo contra dicho cobro. La opinión de mayoría (Ernesto Jinesta Lobo, Paul Rueda Leal, Luis Fernando Salazar, Fernando Castillo Víquez) radicó en que lo ahí transcrito era inconstitucional por cuanto:

“obstaculiza el libre acceso a la justicia (en este caso, a la fase recursiva de la justicia administrativa) poniendo requisitos que van más allá de lo razonable, a pesar de que la Administración contratante podría hacer uso de otras disposiciones legales (como el ordinal 149 de la LGAP) para obtener el pago de tales sumas de manera forzada y sin depender de la interposición o no de un recurso.”⁵³⁶

Es decir, la mayoría consideró que el reclamo no podía estar condicionado porque el principio de acceso a la justicia establecido en el artículo 49 constitucional, se vería violentado gravemente. En caso de que la Administración quisiera asegurarse el pago de esas sumas -razonaron los Magistrados- puede recurrir a la ejecución forzosa regulada en el artículo 149 de la LGAP. Este razonamiento contó con una minoría disidente, a saber: los Magistrados Gilbert Armijo Sancho, Fernando Cruz Castro y Nancy Hernández López quienes consideraron constitucional lo dispuesto en el artículo 5.3, dado que, en primera

⁵³⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 6057, 29 de abril del 2015, 08 horas 31 minutos.

⁵³⁵ Condiciones Generales para la Contratación Administrativa Institucional de Bienes y Servicios Desarrollada por todas las Unidades Desconcentradas y No Desconcentradas de la Caja Costarricense de Seguro Social, artículo 5.3.

⁵³⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 6057, 29 de abril del 2015, 08 horas 31 minutos.

instancia, el acto que informa del cobro de las multas o cláusulas penales es inimpugnable y, en segunda instancia, sujetar la admisión del examen de la causa de exoneración de responsabilidad contractual a la cancelación de las multas o cláusulas penales es congruente con un sistema que busca resguardar el erario público, la ejecución regular del contrato y el principio de ejecutoriedad del acto administrativo.

En resumen, en el voto de mayoría se dispuso que la ejecución automática de las cláusulas penales y las multas, sin debido proceso, es constitucional, pero que para que los reclamos del contratista por concurrir una eximente de responsabilidad sean procedentes, no es necesario que el contratista haya pagado el monto en cuestión. Lo que resulta contradictorio por cuanto, por un lado, no reconoce el derecho al debido proceso, pero por otro, reconoce la posibilidad de presentar reclamos cuando medien eximentes de responsabilidad, los cuales inclusive pueden ser incoados aunque no se haya procedido con el pago cobrado por la Administración. Este voto, que fue publicado en su totalidad hasta la segunda mitad del año 2016, aumenta la incerteza jurídica ya de por sí presente en el tema en estudio.

En el año 2016, el mismo Tribunal Constitucional resolvió de forma unánime que en la ejecución de estas figuras, se debe garantizar el ejercicio de un debido proceso, que permita determinar si el cumplimiento fue efectivamente responsabilidad del contratista o, por el contrario, existió alguna circunstancia eximente de responsabilidad.⁵³⁷ De forma similar, en su voto más reciente donde se trata el asunto en estudio, la Sala unánimemente consideró que la Universidad de Costa Rica violentó el debido proceso, cuando declaró inadmisibles los recursos de revocatoria impugnados por el contratista contra el acto final en el procedimiento sumario levantado al efecto.⁵³⁸

Esta inseguridad jurídica, también, se ve reflejada en la Sección VIII del Tribunal Contencioso Administrativo, quien resolvió un caso en el que el contratista incumplió las condiciones contractuales, situación que le fue comunicada por ella misma a la Administración. Producto de ello, la Administración contratante le ordenó el pago de un monto por concepto de multa, sin realizar procedimiento alguno. En la especie, el Tribunal consideró que no se violentaba el debido proceso ya que se trataba de un incumplimiento de mera constatación, que incluso el contratista había confesado, y además porque la

⁵³⁷ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 4693, 08 de abril del 2016, 10 horas 30 minutos.

⁵³⁸ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 14931, 14 de octubre del 2016, 09 horas 05 minutos.

Administración le previno en varias ocasiones que cumpliera. De esta forma, determinó el Tribunal, "(...) se otorgó el derecho de defensa suficiente de previo a emitir el acto de gravamen consistente en la aplicación de la multa."⁵³⁹ El asunto se encuentra en la Sala Primera, en estudio del recurso de casación interpuesto.

Se detalla así lo que han dicho los tribunales judiciales de Costa Rica en los últimos diez años. Según se observa, aún no hay un criterio definido y en cada caso las opiniones varían drásticamente lo que genera una gran inseguridad jurídica en la aplicación de ambas figuras. Así las cosas, el reconocimiento al debido proceso depende de cómo se encuentre conformada la Sala Constitucional en el momento de resolverse el caso en específico. Consecuentemente, las resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo también cuentan con grandes fluctuaciones.

Esta situación, obliga a que se regule en la Ley de Contratación Administrativa, un procedimiento breve que permita demostrar de forma fehaciente que el incumplimiento de fácil constatación se dio y que no medió alguna eximente de responsabilidad. Asimismo, en ese procedimiento, cabe también la posibilidad de reclamar si la cuantía cobrada no se basó en estudios técnicos previos de los posibles daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento y/ o si ese monto superó el límite dispuesto en la normativa (25%) y en el cartel. Por lo pronto, hasta que la ley no se vea modificada en ese sentido, el criterio que debe imperar es aquel que sea respetuoso del debido proceso, y que obliga a la Administración a tramitar, al menos, el procedimiento sumario para su ejecución.

En relación con el procedimiento sumario, éste se encuentra regulado en los artículos 320 y siguientes y su trámite es muy sencillo. Contiene una etapa de investigación previa, donde se documenta en un expediente, toda la prueba que servirá para imputar los hechos del contratista que, en criterio de la Administración, llevan a un incumplimiento del contrato. Una vez nombrado el órgano director, este pondrá el expediente administrativo en conocimiento de los interesados, mediante traslado inicial, con el objeto de que en un plazo máximo de tres días formulen conclusiones sucintas sobre los hechos alegados, la prueba producida y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones (artículo 324 LGAP). Contra el traslado inicial, no cabe recurso alguno (artículo 344 LGAP). La Administración tiene un plazo máximo de un mes para emitir el acto final, contado a partir de que dio inicio el procedimiento (artículo 325).

⁵³⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, resolución No. 35, 30 de marzo del 2016, 15 horas.

Contra el acto final, caben los recursos ordinarios de revocatoria y apelación en subsidio (artículo 344 LGAP), que se deben interponer dentro del término de tres días hábiles, contados a partir de la comunicación del acto. El recurso de revocatoria debe ser resuelto dentro de los ocho días posteriores a su presentación, mientras que el de apelación se debe resolver dentro de los ocho días posteriores al recibo del expediente (artículo 352 LGAP). El artículo 261, inciso 2) establece que la Administración tiene el plazo total de un mes para tramitar la fase de revisión por recurso ordinario contra el acto final, plazo que se contabiliza a partir de la presentación del mismo. En total, el procedimiento sumario debe ser tramitado en un plazo máximo de dos meses, incluyendo la fase recursiva.

Este procedimiento se puede convertir en ordinario, cuando se torne complejo o cuando, en el curso del procedimiento, se logre constatar que la falta es de tal gravedad que amerite la extinción del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 326 LGAP.

Vale recordar que el artículo 332 LGAP posibilita la adopción de medidas provisionales dentro del procedimiento, siempre y cuando existan “razones de necesidad o conveniencia evidentes”. Lo anterior, mediante acto motivado, y basado en criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Dentro de estas medidas por tomar en la aplicación de cláusulas penales y multas, a manera de ejemplo, se puede mencionar la retención de las facturas pendientes de pago al contratista. Sin embargo, es requerida la presencia de esas razones de necesidad o conveniencia. Igualmente, la medida se debe tomar solo si el procedimiento se encuentra incoado y siempre por medio de acto motivado. Nada de esto fue tomado en cuenta en el asunto con expediente No. 11-003025 -1027-CA, donde se describe que el I.C.E, a título de medida cautelar, le retuvo a la empresa contratista las facturas pendientes por concepto de multa, sin haber incoado procedimiento alguno, sin motivar debidamente su acto y sin constatar la necesidad o conveniencia requerida.⁵⁴⁰ La misma suerte se corrió en el caso No. 12-4496-1027-CA, donde nuevamente el ICE retuvo facturas pendientes como medida preventiva, prescindiendo de todos los elementos requeridos para ello. Ante esa eventualidad, el Tribunal Contencioso Administrativo le recaló al I.C.E que “(...) tanto la aplicación cautelar de las retenciones, así como imposición de las multas requiere de actos debidamente motivados, justificados, probados y razonados (...).”⁵⁴¹

⁵⁴⁰ Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 1, 15 de enero del 2013, 10 horas.

⁵⁴¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 35, 26 de abril del 2013, 14 horas.

Otro aspecto por considerar en este apartado, es el del plazo prescriptivo que tiene la Administración para cobrar las multas y cláusulas penales. Este plazo se define de forma expresa en el artículo 49 de la LCA, que lo establece en cinco años a partir del hecho generador. Este plazo coincide con el del cobro de daños y perjuicios del artículo 35 de la LCA. El último párrafo del artículo 49 es enfático al indicar que la omisión de cobro, ocasionará responsabilidad civil y administrativa del funcionario omiso, cuando éste fuere procedente. Esto responde a la naturaleza indemnizatoria propia de estas figuras, que obliga a la Administración a cobrar todo daño y/o perjuicio ocasionado con el incumplimiento imputable del contratista.

Procedimiento para el cobro

Una vez que la Administración determine que procede el cobro de las cláusulas penales y/o multas, previo trámite de procedimiento sumario con resolución final, el cobro de estas figuras se puede efectuar por distintas vías. La primera de ellas es el pago en efectivo por parte del contratista. Por su parte, el artículo 48 RLCA ofrece otros medios: que el cobro se haga con cargo a las retenciones del precio, que se hubieran practicado o a los saldos pendientes de pago. En caso de que ninguna de esas dos alternativas resulte viable, se puede ejecutar la garantía de cumplimiento hasta por el monto respectivo, siempre y cuando el contratista se niegue a cancelar el mismo (artículo 34 LCA).

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo ha confirmado que el cobro se puede realizar por medio del rebajo de la orden de pago y de la deducción de las facturas.⁵⁴²

Otra vía a la que puede recurrir la Administración para cubrir los montos adeudados por cláusula penal, es la dación en pago; es decir, la ejecución de una prestación distinta de la convenida, aceptada por el acreedor. Si bien, ni la LCA ni el RLCA regulan nada al respecto, la Contraloría General de la República ha abordado este tema, concluyendo que, en estos casos, la dación en pago puede emplearse siempre y cuando atienda a un interés público superior de parte de la Administración, conforme los siguientes supuestos:

- i) “Debe existir una necesidad por adquirir el bien sustituido, de manera que la Administración debe efectivamente necesitar para el cumplimiento de sus funciones la nueva prestación, por lo que no sería aceptable que se le ofrezcan bienes que no requiere y que si bien poseen valor debidamente cuantificable, lo cierto es que pueden no requerirse en un momento determinado, por ejemplo cuando se ofrecen en dación en pago vehículos pero la flota de la Administración se encuentra

⁵⁴² Cf., Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 2204, 08 de octubre del 2009, 13 horas 30 minutos y; No. 2327, 22 de octubre del 2009, de las 09 horas 05 minutos.

completa. De esa manera, debe existir una resolución administrativa, que razonadamente se refiera a los motivos por los cuales se acepta la nueva prestación, es decir, que la prestación sustitutiva realmente satisface una necesidad actual de la Administración (...) es decir, necesariamente la nueva prestación debe encontrarse contenida en el Plan de Adquisiciones de la Institución, con todas las particularidades que la elaboración ese plan conlleva.

ii) En los casos en que proceda debe existir un avalúo de Tributación Directa o realizado por el personal especializado de la Administración, de tal manera que se determine el justo valor de la nueva prestación en relación con lo debido a la Administración por el particular. (...)

iii) No procede aplicar esta figura en aquellos casos en que la Administración de frente a una determinada situación necesariamente requiere el cumplimiento de la prestación original, al punto que ella de ninguna manera puede sustituirse sin que lesione el interés público; por ejemplo que el contratista se comprometió a entregar computadoras y pretenda sustituirlas por software, mientras que la necesidad de adquirir las computadoras se mantenga, es decir, no haya perdido actualidad.

iv) Los bienes, servicios u otra prestación que se pretenda realizar como dación en pago, debe ser verificada por la Administración, a efectos de corroborar que se ofrece en las mejores condiciones no sólo de mercado, sino también en cuanto a las particularidades de cada uno, por ejemplo si se ofrece una dación en pago de equipo de cómputo, no sólo debe valorarse la necesidad de adquirir el equipo, sino si se ofrece el debido mantenimiento preventivo y/o correctivo según proceda, o por el contrario deberán utilizarse los recursos institucionales para brindarlo (promover un concurso o ampliar un contrato existente).⁵⁴³

Desde esta tesitura, la dación en pago sólo es posible cuando la Administración lo consienta, para lo cual debe realizar un estudio técnico de las circunstancias en las que se dará, que le permita determinar mediante resolución debidamente razonada e incorporada en el expediente administrativo, si con ello la Administración se verá beneficiada; esto es que exista necesidad de recibir esa nueva prestación, que el valor de esa nueva obligación tenga relación con lo debido originalmente, que no sea necesario el cumplimiento de la prestación original y que esa nueva obligación sea realizada en las mejores condiciones.

Otra vía posible para cobrar cláusulas penales o multas, es la compensación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 806 y siguientes del Código Civil. Esto procede cuando la Administración contratante y el contratista reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho, siempre y cuando ambas deudas sean líquidas y exigibles, y de cantidades de dinero de igual suma. Si no fueran de igual suma, la compensación se efectúa en la parte correspondiente. El artículo 808 del Código Civil prohíbe la compensación 1) cuando una de las partes hubiere renunciado de antemano al derecho de compensación, 2) cuando la deuda consista en cosa de que el propietario ha sido despojado injustamente, 3) cuando la deuda tuviera por objeto una cosa depositada, 4) cuando la deuda sea de una pensión alimenticia o de otros bienes no embargables y

⁵⁴³ Contraloría General de la República, oficio No. DAGJ-747-2002 (5068), 07 de mayo del 2002 y; oficio No. DCA-3231 (12336), 07 de diciembre del 2011.

5) cuando perjudique derechos adquiridos por terceros o produzca el efecto de impedir que una de las sumas se aplique al objeto a que estaba especialmente destinada por la naturaleza de la convención o por la voluntad formalmente expresada de la parte que hace la entrega a la otra.

En el caso específico de la contratación administrativa, la compensación se puede dar cuando la Administración tiene facturas que aún no ha cancelado, y la actora tenía un adeudo por concepto de la cláusula penal, ya que la garantía de cumplimiento resultó insuficiente para cubrir el total determinado por ese concepto, siempre y cuando ambas partes lo han aceptado expresamente.

En cualquiera de los anteriores casos, la Administración debe, en primera instancia, recurrir a lo que se haya fijado en el cartel. A falta de acuerdo respecto de la forma de ejecutarlas, se acudirá a los mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico. A manera de ejemplo, se puede mencionar el asunto con No. de expediente 10-001313-1027-CA, donde las partes contratantes, desde el cartel y luego en el contrato, acordaron una cláusula penal, según la cual serían rebajados los montos de la garantía de cumplimiento. Esta condición cartelaria fue obviada por la Administración, quien optó por deducir esas sumas de las facturas pendientes de pago, lo que fue considerado ilegal, tanto por el Tribunal Contencioso Administrativo, como por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.⁵⁴⁴ Se refleja así la importancia de recurrir primero a las disposiciones del pliego de condiciones y del contrato, antes de optar por otras vías.

Pago de intereses moratorios

En honor de los principios de justicia y equidad, la lógica lleva a considerar que la ejecución de las cláusulas penales y de las multas lleva consigo el cobro de intereses moratorios desde el momento cuando se ordena el pago hasta cuando éste se haga efectivo. Esto porque, de lo contrario, el contratista que incumple se estaría viendo beneficiado con el no pago adeudado. Así ha sido interpretado por la jurisprudencia a raíz de lo que establece el artículo 706 del Código Civil⁵⁴⁵, interpretación que de seguido se

⁵⁴⁴ Cf., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 415, 20 de marzo del 2014, 14 horas 30 minutos.

⁵⁴⁵ El artículo 706 del Código Civil dispone lo siguiente: “Si la obligación es de pagar una suma de dinero, los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo.”

expone:

“La cláusula penal, como deuda dineraria conlleva el pago de intereses moratorios desde su incumplimiento, pues a partir de ese momento resulta exigible el monto pactado por ese concepto. Estos réditos no los cobija la indemnización compensatoria de la obligación definitivamente incumplida. Los intereses, reitera esta Sala, refieren a la eventual ejecución tardía del pago de la suma establecida a manera de cláusula penal. Se trata de un resarcimiento de los daños moratorios a cargo del deudor moroso que no cumple a su debido tiempo con su obligación de pagar. En estos casos es posible hablar de dos incumplimientos: el primero produce la aplicación de la cláusula penal y, su declaratoria mediante el fallo judicial, sólo consolida la existencia de la obligación dineraria pactada por esa vía indemnizatoria. El segundo resulta del no pago de esa suma adeudada, cuya consecuencia para el deudor es reconocer intereses legales. Razonar distinto sería admitir que el incumpliente, con pleno conocimiento de esa circunstancia, constriña al acreedor a plantear un proceso y evitar, de esa manera, el pago de intereses desde su incumplimiento.”⁵⁴⁶

La Sala Primera entonces le da a las cláusulas penales, la posición de una obligación dineraria que, al ser incumplida por el deudor, acarrea la consecuencia legal del pago de dicho monto con sus respectivos intereses moratorios. Este principio debe ser aplicado de igual forma en la contratación administrativa y ampliado a la figura de las multas. De esta manera, el contratista debe pagar los intereses moratorios generados a causa del no pago.

Distinción con la indemnización de daños y perjuicios propiamente dicha

El estudio de estas figuras puede generar confusión con la indemnización de daños o perjuicios ocasionados con el incumplimiento. Inclusive, la misma normativa civil ha dispuesto que la aplicación de la cláusula penal solo puede exigirse en los casos y cuando concurren las circunstancias en que, a no haber cláusula penal, se podrían reclamar daños y perjuicios (artículo 714 del Código Civil). El tratadista Alberto Brenes Córdoba confirma lo anterior en el siguiente extracto:

“La pena viene a ser, en realidad, una regulación anticipada de los posibles daños y perjuicios, hecha de común acuerdo de partes. De lo cual se desprenden dos consecuencias: es la primera, que lo estipulado en la cláusula penal sólo es exigible en los casos y cuando ocurran las circunstancias en que aún faltando ella, habrá derecho para reclamar daños y perjuicios; de ahí, que si el incumplimiento hubiese dependido de caso fortuito o fuerza mayor, no es exigible las pena (...).”⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 731, 25 de setiembre del 2002, 10 horas 55 minutos y; resolución No. 1019, 21 de diciembre del 2005, 16 horas 25 minutos.

⁵⁴⁷ Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de las Obligaciones* (San José: Editorial Juricentro, 1977), 80 y 81.

Es decir, para la aplicación de estas figuras, resulta imprescindible la presencia de todos los elementos de la indemnización de daños y perjuicios estudiados en el capítulo anterior: existencia de daños y perjuicios y de un nexo causal entre el incumplimiento de la obligación y el daño cuya indemnización se reclama. No obstante, más adelante, el mismo tratadista, manifiesta que “A diferencia de lo que sucede con los daños y perjuicios corrientes, que es preciso demostrar que se han producido, la pena es exigible de por sí, con entera prescindencia de toda comprobación.”⁵⁴⁸ Por lo que, según su criterio, no es necesario la demostración de daños y perjuicios.

Esto último se ve regulado más específicamente en el Derecho de la contratación administrativa, donde no es necesario demostrar la existencia de esos daños y perjuicios (artículo 48 RLCA). Esta eximente de la carga de la prueba, posibilita a la Administración, cobrar la cláusula penal y/o la multa, aun cuando no exista daño o perjuicio alguno. La Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo ha confirmado que ante este supuesto donde no existe daño causado a la Administración- igualmente la aplicación de la cláusula penal o de la multa, es procedente, ya que “(...) el elemento que determina la ejecución de la cláusula penal, es la verificación del incumplimiento en el plazo de entrega del objeto del contrato y no la existencia del daño o perjuicio.”⁵⁴⁹ Así las cosas, no existe coincidencia con la indemnización de daños y perjuicios, por cuanto no se requiere la presencia de todos sus elementos para su procedencia.

En conclusión, las cláusulas penales y las multas son mecanismos que le permiten a la Administración asegurarse el cumplimiento de lo pactado, así como resarcirse los posibles daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento imputable al contratista. La Administración debe ponderar cuándo la inserción de esos mecanismos resulta necesaria, conveniente y oportuna, atendiendo a las especiales particularidades de cada contratación. Para su fijación, debe realizar un estudio técnico que permita definir la cuantía equivalente a los eventuales daños y perjuicios que se generarían con el incumplimiento, el cual debe hacerse constar en el expediente administrativo. Determinado el cuántum, lo que procede es establecer en el pliego de condiciones, todos los supuestos en los que procede su aplicación: monto, plazo, incumplimientos, entre otros.

Una vez que se hayan fijado y de resultar procedente, deben ser ejecutados, toda vez que la Administración tiene el deber de cobrar los daños y perjuicios ocasionados a la

⁵⁴⁸ *Ibíd.*, 82.

⁵⁴⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 2204, 08 de octubre del 2009, 13 horas 30 minutos.

Administración, en el plazo de cinco años. Para su ejecución, debe tramitarse al menos un procedimiento sumario, que le permita al contratista ejercer su defensa. Mientras que para su cobro, debe aplicarse lo que establezca el cartel. De no existir nada acordado al respecto, y de negarse el contratista al pago, entonces procede recurrir a otros medios: retenciones del precio, saldos pendientes de pago, garantía de cumplimiento, dación en pago o compensación. En cualquier caso, el contratista debe pagar los intereses generados desde la orden en firme de pago hasta que éste se concrete.

La LCA y RLCA tiene graves vacíos legales en cuanto a las figuras en estudio. El primero de ellos es la omisión de obligar a la Administración por realizar un estudio técnico previo que determine el cuántum correspondiente a los eventuales daños y perjuicios que se ocasionarían con el incumplimiento del contratista. Esta disposición resulta necesaria porque, a pesar de que la Sala Primera ha realizado un gran esfuerzo en velar porque se la Administración realice los estudios necesarios, las Administraciones contratantes han evidenciado seguir utilizando machotes en la fijación del cuántum y, en muchas ocasiones, el Tribunal Contencioso Administrativo y la Contraloría General de la República han avalado el actuar negligente de la Administración. Esta omisión es de suma gravedad, por cuanto los montos fijados, al carecer de estudios técnicos, pueden generar enriquecimiento ilícito para la Administración o, bien, para el contratista.

Otra deficiencia encontrada consiste en la carencia de un procedimiento para la ejecución de estas figuras, lo que ha generado que los distintos tribunales de justicia de Costa Rica emitan criterios contradictorios, produciendo al mismo tiempo inseguridad jurídica. El contratista no tiene certeza de si tiene derecho a ejercer su defensa cuando se le aplican cláusulas penales o multas o si, por el contrario, la Administración puede aplicarlas automáticamente, quedando el contratista en desamparo. Es por eso, que resulta necesario y fundamental, que la LCA regule expresamente la obligación de tramitar un procedimiento abreviado, previo a la ejecución de cualquiera de estas figuras.

CAPÍTULO III: LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS POR INCUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al inicio de este capítulo, se explicó que las sanciones administrativas son las que impone la Administración en el ejercicio de sus facultades de policía (*ius puniendi*) y surgen por las infracciones normativas por parte del contratista. Su función es meramente punitiva, es decir, pretenden castigar al co-contratante por infringir el ordenamiento jurídico y, con ello, proteger los intereses comunes en una sociedad que son lesionados o puestos en

peligro. Esto se extrae de lo dispuesto otrora por la Sala Constitucional, en cuanto a que la “potestad sancionadora no es pues, un fin en sí misma, sino un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales.”⁵⁵⁰

Tal y como se indicó, estas sanciones administrativas son medidas tomadas por la ejecución o inejecución del contrato, pero además, exceden el ámbito del contrato, toda vez que derivan directamente del ordenamiento jurídico.

Esta potestad punitiva por medio de la cual la Administración puede sancionar infracciones administrativas, posee límites y principios que se asemejan a los del Derecho Penal, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, pero con ciertos matices que la distinguen. Es decir, esos principios no le aplican plenamente.

Los principios que aplican en las sanciones administrativas han sido ampliamente desarrollados, tanto en la doctrina nacional e internacional, como en la jurisprudencia costarricense, según se expone a continuación.

SECCIÓN I: PRINCIPIOS APLICABLES EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

El principio de legalidad y sus subprincipios

El principio de legalidad es aquel por el cual la Administración Pública actúa, según lo que le señale el ordenamiento y por el que el ciudadano particular se encuentra sometido, pudiendo hacer todo lo que no se encuentre prohibido. Se encuentra resguardado en el artículo 11 constitucional, así como en el 11 y 18, ambos de la LGAP.⁵⁵¹ Dentro del marco

⁵⁵⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 8191, 13 de septiembre del 2000, 15 horas 03 minutos.

⁵⁵¹ Artículo 11 de la Constitución Política de Costa Rica: “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Artículo 18 de la Ley General de la Administración Pública (...)”

Artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública:

“1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.”

Artículo 18 de la Ley General de la Administración Pública:

“1. El individuo estará facultado, en sus relaciones con la Administración, para hacer todo aquello que no le esté prohibido.

de este principio, explica García Pullés, se encuentran varios sub-principios esenciales⁵⁵², a saber: la reserva legal; el mandato de tipificación; la prohibición de la retroactividad de la ley in peius y la obligación de admitir la retroactividad o la ultraactividad de la ley más benigna y; la prohibición de la analogía in peius.

La reserva legal

Esto es que debe existir una norma legal expresa que establezca la sanción. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el principio de legalidad en la potestad sancionatoria administrativa, se aplica con menor intensidad que en el Derecho penal, lo que se refleja en la discrecionalidad presente en el ejercicio de primera. La Sala Constitucional ha reconocido esa discrecionalidad al señalar que:

“(...) los principios "nullum crimen sine lege", "nullum poena sine lege" no tienen la rigidez y exigencia que les caracteriza en el derecho penal sustantivo, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes, y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado.”⁵⁵³

Si bien, queda claro que existe cierta discrecionalidad en la potestad sancionatoria administrativa, surge la duda de cuáles son las implicaciones jurídicas de esta distinción con el Derecho Penal. Esto se responde con la presencia de una reserva de ley relativa y ya no absoluta.

La reserva de ley relativa es la que admite el uso del “reglamento en materia reservada a la ley a condición de que éste circunscriba y dirija el contenido del reglamento. La ley crea y atribuye la potestad reglamentaria y enmarca dentro de los límites y fines la normativa reglamentaria, pero no fija el contenido de las normas aplicables a la materia.”⁵⁵⁴ Dicho de otro modo, el reglamento puede introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de sanciones previamente establecidas por ley formal, siempre y cuando no se aparte de los parámetros dispuestos en la ley, por lo que no puede ampliar la sanción ni crear hechos generadores; se trata, pues, de que únicamente complemente la ley. Para tal

2. Se entenderá prohibido todo aquello que impida o perturbe el ejercicio legítimo de las potestades administrativas o de los derechos del particular, así como lo que viole el orden público, la moral o las buenas costumbres.”

⁵⁵² García Pullés, 922.

⁵⁵³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5594, 27 de septiembre de 1994, 15 horas 48 minutos.

⁵⁵⁴ Rubén Hernández Valle, *El Derecho de la Constitución*, Tomo I, 2ª ed. (San José: Editorial Juricentro, 2004), 529.

efecto, Nieto resalta que “(...) la ley sancionadora tiene que estar redactada en unos términos que hagan posible su aplicación –aunque no sea sencilla por la sumariedad del texto- sin necesidad del complemento reglamentario.”⁵⁵⁵ Si la ley no se formula de esa forma, entonces es imposible que el reglamento la pueda complementar.

Alejandro Nieto explica que la reserva de ley relativa es necesaria porque, de lo contrario, los infractores se verían beneficiados, “(...) puesto que la red legal nunca puede ser tan densa ni modificarse tan rápidamente como la reglamentaria.”⁵⁵⁶ Es decir, responde a la necesidad de que exista una mayor celeridad y eficiencia en la regulación de infracciones administrativas -que suelen ser de menor gravedad que los delitos penales-, para que el orden público se vea salvaguardado.

El mandato de tipificación

Esa norma legal debe describir de forma precisa la conducta infractora y las características de la sanción que le corresponde, así como el procedimiento que se debe seguir para su aplicación. Este principio, también, cuenta con cierta discrecionalidad por parte de la Administración, a diferencia de su aplicación en el Derecho penal; discrecionalidad que permite el uso de conceptos jurídicos indeterminados para definir conductas sancionables, con el objeto de que sea el órgano encargado de su aplicación, “el que determine tanto la conducta a sancionar como la sanción correspondiente, en concordancia con la gravedad de la falta cometida.”⁵⁵⁷ No obstante, es importante aclarar que el uso de los conceptos indeterminados, no exime que las conductas constitutivas de infracción estén reguladas, de modo tal que la Administración se vea impedida por realizar apreciaciones abiertas e inespecíficas al respecto.

Esta flexibilidad es necesaria, explica la Sala Constitucional, por la imposibilidad materia de consignar todas y cada una de esas conductas infractoras.⁵⁵⁸ Ejemplos claros de estos conceptos en el Derecho Administrativo son: “la urgencia”, “el orden público”, “la calamidad pública”, “la necesidad pública” o “el interés público”.

⁵⁵⁵ Nieto, 277.

⁵⁵⁶ Nieto, 258.

⁵⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5594, 27 de septiembre de 1994, 15 horas 48 minutos.

⁵⁵⁸ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5594, 27 de septiembre de 1994, 15 horas 48 minutos.

La prohibición de la retroactividad de la ley in peius y la obligación de admitir la retroactividad o la ultraactividad de la ley más benigna

La norma legal que tipifica la sanción, debe ser anterior a la comisión del hecho que se pretende sancionar, por lo que aquí aplica el numeral 34 constitucional que señala que a las infracciones cometidas antes de la entrada en vigencia de la ley, no se les puede dar efecto retroactivo, solo si esa retroactividad favorece al infractor.

La prohibición de la analogía in peius

Existe analogía, “cuando un hecho no contemplado de forma expresa por ninguna norma, se sanciona aplicando una norma que contempla un hecho similar o análogo.”⁵⁵⁹ Esta analogía es prohibida en el derecho sancionatorio administrativo, por lo que ante la presencia de vacíos en una norma sancionatoria, se debe rechazar cualquier tipo de interpretación analógica.

El principio de non bis ídem

Este principio se origina en el artículo 42 constitucional que dispone que nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible y, también, se fundamenta en el principio de cosa juzgada material, según el cual la firmeza de la sentencia conlleva la inmutabilidad de lo resuelto. En igual sentido, se ve integrado por la “litispendencia o la imposibilidad de tramitar un proceso igual en las personas, objeto y causa a uno ya iniciado y pendiente de resolución definitiva, existiendo un paralelismo de causas que desconoce la necesidad de seguridad y orden en las relaciones jurídicas (...).”⁵⁶⁰

Esto quiere decir que por un mismo hecho no pueden aplicarse dos o más sanciones administrativas. Sin embargo, sí es posible aplicar una sanción administrativa junto a una sanción contractual por los mismos hechos, toda vez que se tratan de sanciones de distinta naturaleza y, tal y como se expresó anteriormente, a las sanciones contractuales no les aplica el principio de cita. Lo mismo sucede cuando el infractor es objeto de una sanción administrativa y, al mismo tiempo de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios

⁵⁵⁹ José María Rodríguez Devesa, *Derecho penal. Parte general*, 11ª ed. (Madrid: Dykynson, 1988), 253, citado en Belén Marina Jalvo, Belén, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, 3ª ed. (Lex Nova: Madrid, 2006), 170.

⁵⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2005, 26 de abril del 2005, 17 horas 51 minutos.

ocasionados o de responsabilidad penal. En esa circunstancia, tampoco procede su aplicación.

El principio de inocencia

El principio de inocencia corresponde a la célebre presunción jurídica de que una persona es inocente hasta tanto no se establezca lo contrario por sentencia firme. Se encuentra asentado en el artículo 39 constitucional⁵⁶¹ y la Sala Constitucional ha determinado que es plenamente aplicable en el derecho sancionatorio administrativo.⁵⁶²

La presunción en mención, obliga a la Administración a demostrar la culpabilidad del contratista y si hay dolo o culpa de por medio, recayéndole así la carga de probar que el contratista infringió la normativa. En este aspecto, Alejandro Nieto detecta una distinción con el Derecho penal, y es que en este último, el dolo cuenta con una característica esencial de la culpabilidad, mientras que en el derecho sancionatorio administrativo, es la culpa la que se ve enfatizada.⁵⁶³ Para Nieto, actúa con culpa o imprudencia (o negligencia) aquel que "(...) realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionadamente sino por haber infringido un deber de cuidado que personalmente le era exigible y cuyo resultado debía haber previsto"⁵⁶⁴ y agrega, para el caso específico del derecho administrativo sancionador, lo siguiente:

"El grado de diligencia que se impone en el derecho administrativo sancionador, estará en función de diversas circunstancias: a) el tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deben ser desarrolladas por profesionales en la materia; c) actividades que requieren previa autorización administrativa."⁵⁶⁵

En definitiva, estos son elementos que requieren ser considerados en el estudio de la culpabilidad, aunado a lo referido en el capítulo anterior al respecto.

En la aplicación de sanciones administrativas, la demostración de la culpabilidad es requisito esencial para la exigencia de responsabilidad y "opera doblemente: primero para determinar la gravedad de la falta cometida y, segundo, para la elección de la sanción

⁵⁶¹ Artículo 39 de la Constitución Política: "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad (...)"

⁵⁶² Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5970, 11 de octubre de 1994, 16 horas 06 minutos.

⁵⁶³ Cf., Nieto, 341.

⁵⁶⁴ Nieto, 341.

⁵⁶⁵ Nieto, 341-342

correspondiente.⁵⁶⁶ Según el grado de culpabilidad, y de acuerdo con lo que dispone la norma determinada, así será la sanción.

Por último, este principio es generador del in dubio pro administrado, según el cual, ante ausencia de pruebas ciertas que demuestren que el investigado cometió las infracciones imputadas, no puede ser sancionado.

Principio de proporcionalidad y razonabilidad

La doctrina define el principio de proporcionalidad como aquel que exige "(...) la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicable."⁵⁶⁷ En materia sancionatoria este principio opera en dos momentos: 1) "en la determinación que hace el legislador de las sanciones"⁵⁶⁸ y 2) "al seleccionarse el umbral de la sanción que acompaña la formulación de cargos."⁵⁶⁹ De forma que es el legislador quien debe primeramente regular en la ley con base en criterios de proporcionalidad y, puede delimitar, además el margen dentro del cual la Administración pueda ejercer su discrecionalidad para intimar y dar inicio a un procedimiento sancionatorio, lo que va a depender del peso que posea el bien jurídico que se encuentra en juego.⁵⁷⁰

En caso de que se le otorgue amplia discrecionalidad a la Administración en el derecho sancionatorio administrativo, toda vez que, según se dejó expuesto en párrafos atrás, las sanciones administrativas pueden aparecer tipificadas de forma imprecisa e indeterminada, pudiéndose incluso "(...) optar entre varias sanciones para sus castigos que, con frecuencia, consienten amplios márgenes"⁵⁷¹, el principio de proporcionalidad viene a limitarla. Desde esta tesitura, la Administración debe realizar una consideración de los hechos imputados y el fin establecido en la norma por el legislador para determinar las sanciones a aplicar.

El estudioso del tema, Ronald Hidalgo, realiza una distinción entre la proporcionalidad y la culpabilidad. La primera responde a una fase previa al estudio de proporcionalidad, de modo que es el legislador el que impone las sanciones de forma proporcional al fin perseguido y que se desea proteger⁵⁷² y es el órgano director el que, con

⁵⁶⁶ Marina, 234.

⁵⁶⁷ Marina, 243.

⁵⁶⁸ Hidalgo, *Las Sanciones Administrativas*, 140.

⁵⁶⁹ *Ibíd.*

⁵⁷⁰ Cf., Hidalgo, *Las Sanciones Administrativas*, 141.

⁵⁷¹ Marina, 243

⁵⁷² Cf., Hidalgo, *Las Sanciones Administrativas*, 145.

base en ese mismo principio, intima al infractor, las eventuales sanciones por aplicar por los hechos imputados.⁵⁷³ La segunda –culpabilidad- surge cuando el órgano decisor analiza el caso y los hechos demostrados, para definir si corresponde o no imponer una sanción; consiste en una individualización de la pena donde emerge un juicio de reproche visible en el acto administrativo final que declara la existencia de responsabilidad.⁵⁷⁴ En el análisis de la culpabilidad es cuando “los conceptos jurídicos indeterminados que han gravitado a lo largo del procedimiento, deben ser concretizados gracias al discurso jurídico correspondiente.”⁵⁷⁵

En concordancia con esta posición, Marina Jalvo señala lo siguiente:

“En principio el juicio sobre proporcionalidad de la pena prevista por la ley con carácter general, con relación a un hecho punible, que es presupuesto de la misma es de competencia del legislador. (...) Por ello, el juicio de proporcionalidad que corresponde al legislador será revisado por el Tribunal Constitucional cuando quebrante dichos valores.”⁵⁷⁶

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que “(...) la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea “exigible” al individuo.”⁵⁷⁷

De lo transcrito en los párrafos anteriores, se extrae que el juicio de proporcionalidad le corresponde, en primera instancia, al legislador a la hora de regular sanciones y a la Sala Constitucional que tiene la potestad de verificar la constitucionalidad y, en segunda instancia, al órgano director, que en el traslado de cargos debe especificar cuáles son las posibles infracciones por los hechos investigados. Sin embargo, resulta necesario ampliar este principio al órgano decisor, que es el que va a determinar en última instancia si la aplicación de la sanción se encuentra en proporción a su fin y a las circunstancias en las que se dio la infracción, así como a los jueces, quienes son los encargados de revisar que el órgano decisor efectuó el juicio de proporcionalidad pertinente.

⁵⁷³ Cf., Hidalgo, *Las Sanciones Administrativas*, 146.

⁵⁷⁴ Cf., Hidalgo, *Las Sanciones Administrativas*, 146 y 147, donde el autor señala que “Como componente subjetivo del tipo, la culpabilidad exige constatar elementos volitivos y cognitivos presentes en el sujeto que ha cometido la infracción y con ello, el grado de gravedad de la sanción de conformidad con las atenuantes o agravantes el caso. El análisis de las formas de presentación de la culpabilidad que se configuran en un caso concreto para decidir la pena, ninguna vinculación presenta con la proporcionalidad.”

⁵⁷⁵ Hidalgo, *Las Sanciones Administrativas*, 147.

⁵⁷⁶ Marina, 244 a 245.

⁵⁷⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 3933, 12 de junio de 1998, 9 horas 59 minutos.

Finalmente, se concluye que esta proporcionalidad va a consistir en la adecuación entre los supuestos de hecho, las consecuencias jurídicas y el fin perseguido y resguardado por la norma respectiva, ampliándose así el concepto dado por la doctrina.

Por su parte, el juicio de razonabilidad precisa dos análisis: a) el de la razonabilidad técnica, donde se elige la norma más adecuada para regular la materia, verificando que hay proporción entre el medio escogido y el fin buscado; y b) el de la razonabilidad jurídica, que incluye el examen de: i) la razonabilidad ponderativa (valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente, se exige una determinada prestación, debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada), ii) la razonabilidad de igualdad (parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias) y iii) la razonabilidad en el fin (se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución; no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin, es necesario, además verificar la índole y el tamaño de la limitación que por este medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable.⁵⁷⁸

Desde este orden de ideas, al órgano decisor le corresponde emitir un acto final, para el cual debe confrontar que la norma aplicada sea la más adecuada al fin buscado y que, con ello, se intente limitar lo menos posible los derechos personales del imputado.

Principio del debido proceso

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 41 y, más, específicamente, en el 39, de la Constitución Política y pretende asegurarle al administrado un mínimo de garantías de carácter procesal o instrumental, que le permitan tener un procedimiento que finalice con una resolución final debidamente fundamentada, sin que la Administración incurra en arbitrariedades.

⁵⁷⁸ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5236, 07 de julio de 1999, 14 horas; resolución No. 1738, 01 de julio de 1992, 11 horas 45 minutos y; resolución No. 8858, 15 de diciembre de 1998, 16 horas 33 minutos.

SECCIÓN II: TIPOS DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Tanto la doctrina internacional como la normativa costarricense, son enfáticos en nombrar dos modalidades de sanciones administrativas por incumplimiento del contratista en la contratación administrativa, a saber: el apercibimiento y la inhabilitación. A continuación, se caracterizará cada una, según lo que establece el ordenamiento jurídico costarricense y las interpretaciones resultantes de los principios ulteriormente analizados.

Apercibimiento

El capítulo X de la LCA codifica las sanciones administrativas, dividiéndolas en sanciones contra los funcionarios públicos y sanciones a los particulares. En su numeral 99, regula la sanción de apercibimiento, detallando los supuestos de hecho en los que procede su aplicación, así como el órgano competente para aplicarla (Administración o Contraloría General de la República). Sin embargo, no especifica en qué consiste ésta, aspecto que por el principio de reserva de ley relativa, puede quedar expuesto en el RLCA.

El RLCA viene a definir, entonces, el apercibimiento como aquella formal amonestación escrita dirigida al particular, a efecto de que corrija su conducta, cuando fuere posible (artículo 215). Dentro de los supuestos en los que procede esta sanción, interesa para el presente trabajo, los relativos al incumplimiento de las condiciones contractuales y que constan en el inciso a) del artículo 99 LCA, a saber:

- Cuando el contratista (persona física o jurídica) incumple el objeto del contrato.
- Cuando el contratista (persona física o jurídica) cumple defectuosamente con el objeto del contrato
- Cuando el contratista (persona física o jurídica) cumple tardíamente con el objeto del contrato.

Se trata de tres supuestos específicamente tipificados y que deben ser identificados de forma separada, tanto en el traslado cargos como en el acto final. El contratista imputado debe tener certeza de cuál de esos tres es el supuesto específico que se le endilga.

La finalidad de esta sanción guarda proporción con los supuestos de hecho: se está ante incumplimientos del contratista que perjudican el interés público, sin embargo, dado que en los últimos tres años, no han cometido esos mismos hechos con idéntico bien o producto, su castigo no es de gran intensidad. La punición en este caso, realmente consiste

en constituir un precedente para que, si dentro de los siguientes tres años incurre en la misma infracción, se le aplica una sanción más perjudicial: la inhabilitación. Todo esto sin perjuicio de que se empleen otras sanciones contractuales, así como el cobro de los daños y perjuicios ocasionados por esos hechos o la responsabilidad penal que proceda (artículo 94 LCA y artículo 212 RLCA). Cabe recordar que en todas esas eventualidades, el principio non bis in ídem no es procedente.

Inhabilitación

El artículo 100 de la LCA regula las pautas por seguir para la sanción de inhabilitación. En este caso sí se indica en qué consiste y los supuestos específicos en los que procede, así como el órgano competente para su aplicación (la Administración o la Contraloría General de la República).

Esta sanción consiste en el impedimento para participar en procedimientos de contratación administrativa, por un periodo de dos a diez años, según la gravedad de la falta. Son varios los supuestos en los que procede, pero para lo que interesa, es conveniente destacar los siguientes:

- Inciso a): Cuando el contratista (persona física o jurídica), después del apercibimiento previsto en el artículo 99 LCA, reincida en la misma conducta, con idéntico bien o producto, dentro de los tres años siguientes a la sanción. En todos los casos, la inhabilitación se dictará exclusivamente para participar ofreciendo el mismo producto o bien objeto del contrato por el cual fue sancionado previamente. En caso de contratos de obra o servicios, la inhabilitación se aplicará al contratista en general.

Este inciso hace referencia a un incumplimiento o un cumplimiento tardío o defectuoso del objeto contractual, reincidente en una conducta similar a aquella que constituyó la base fáctica para imponer el apercibimiento, por idéntico bien o producto, en los últimos tres años. Es decir, después de establecido el apercibimiento, el contratista pasa a un periodo de prueba por tres años, de tal suerte que si reincide en conducta similar y con el mismo objeto, su sanción es la inhabilitación para contratar con la entidad que la sancionó. La CGR agrega que:

“si esa empresa incurre en una tercera falta con el mismo bien, dentro de ese mismo plazo de tres años de prueba, pero después de haber sido inhabilitada, se le sumaría otra inhabilitación pero esta vez para todo el sector público. Si la tercera falta se diera

superados los tres años del anterior apercibimiento, lo que procede es empezar de nuevo, en el sentido de que se requeriría un nuevo apercibimiento (...).⁵⁷⁹

En este tópico, es necesario transcribir lo expuesto por el Tribunal Contencioso Administrativo sobre el supuesto en estudio, en la sanción de inhabilitación:

“(...) Ello implica que el nuevo comportamiento debe suponer similar lesión a la ejecución contractual previamente sancionada. No sería viable esta causal por ende, cuando la nueva conducta se refiera a otras irregularidades, v.gr., que el apercibimiento haya sido por entrega defectuosa de productos o bienes y la nueva trate de entrega inoportuna o tardía. En ese ejemplo, la sanción inhabilitante solo sería viable si con la misma Administración licitante, el contratista incurre en similar marco general de comportamiento u omisión, esto es, si se incurre nuevamente en la entrega de bienes de calidad deficiente o bien, si anteriormente se sancionó por entrega tardía e incurre de nuevo en esas dilaciones. En este punto es claro que **de previo a disponer la inhabilitación ha de acreditarse por parte de la Administración que se ha incurrido en esa deficiencia reiterativa, para lo cual, ha de sustentarse la imputación en la prueba pertinente y seguir el procedimiento administrativo de rigor.**”⁵⁸⁰ (El resaltado es mío)

De lo anterior, se colige que las conductas deben coincidir y que así debe constar en el traslado de cargos y en la resolución final. Aunado a esto, se debe agregar que la sanción de apercibimiento debe encontrarse firme en sede administrativa, para que este supuesto proceda.

Cabe recordar que la sola reincidencia de conductas, no conlleva la ejecución de la inhabilitación, sino que se requiere un examen de proporcionalidad y razonabilidad, para determinar su pertinencia.

- Inciso d): Cuando el contratista (persona física o jurídica), suministre un objeto, servicio u obra de inferior condición o calidad del ofrecido.

En este supuesto, se ve que hay un incumplimiento de las condiciones contractuales, por cuanto se está entregando un objeto, servicio u obra distinta de la ofrecida. “Por CONDICIÓN, desde el plano conceptual se entiende: ‘Índole, naturaleza o propiedad de las cosas’ y por CALIDAD: ‘Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor’.”⁵⁸¹ En cuanto a la calidad, es importante remitirse al artículo 34 de la Ley del Sistema Nacional para la Calidad, que señala que:

“Todas las instituciones públicas que, para el cumplimiento de sus funciones, requieren servicios de laboratorios de ensayo, laboratorios de calibración, entes de inspección y entes de certificación, deberán utilizar los acreditados o reconocidos

⁵⁷⁹ Contraloría General de la República, oficio No. 12679 (DCA-940), 20 de diciembre del 2010.

⁵⁸⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 45, 12 de enero del 2010, 9 horas 30 minutos y; resolución No. 206, 28 de septiembre del 2012, 16 horas.

⁵⁸¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206, 28 de septiembre del 2012, 16 horas.

por acuerdos de reconocimiento mutuo entre el ECA y las entidades internacionales equivalentes.”⁵⁸²

Esa disposición, obliga a que el incumplimiento de la calidad de un producto, o bien, se acredite –cuando así proceda- mediante prueba de ensayo de un laboratorio acreditado ante el ECA. De lo contrario, la prueba se encontraría viciada por no cumplir con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en cuanto al inciso d) aludido, pareciera que se encuentra integrado en el inciso a) del mismo ordinal, dado que se trata de un cumplimiento defectuoso. No obstante, el inciso d) hace referencia al caso específico del incumplimiento de condiciones en cuanto a condición y calidad.

Al igual que el resto de supuestos, es importante que la Administración contratante que ha recibido los embates del incumplimiento, sea diligente en efectuar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad en cada caso concreto, a fin de determinar si la conducta del contratista, por su grado de intensidad y afectación al interés público, amerita la imposición de esta medida sancionatoria que le impide participar en ciertos procedimientos de contratación administrativa por un plazo mínimo de dos años. En dicho análisis -señala el Tribunal Contencioso Administrativo-:

“(…) ha de valorarse, entre otras cosas, si la merma en la calidad del producto, bien o servicio fue total o parcial, sea, en todos los bienes o solo en una parte de estos, en este escenario, el porcentaje de cosas cuya calidad es menor a la ofertada. Aún en ese caso, se considera relevante ponderar el efecto lesivo que esa desatención tuvo en el marco de los intereses públicos a satisfacer con el contrato administrativo.”⁵⁸³

De no evaluar todos esos aspectos adecuadamente, se estaría violentando el principio de proporcionalidad propio de la potestad sancionatoria administrativa, provocando la nulidad de la sanción impuesta.

En este tema, a manera de ejemplo, es de interés recalcar el asunto tramitado bajo el número de expediente 11-001159-1027-CA contra la C.C.S.S, en donde se impugna el acto que impuso la sanción de inhabilitación por dos años, a la empresa contratista, por los siguientes hechos: la empresa debía entregar 1.800.000 ampollas "Tramadol Clorhidrato 50mg inyectable", las cuales fueron entregadas en su totalidad, pero la C.C.S.S constató que 432.000 de ellas no cumplían en calidad, mientras que las otras 1.368.000 fueron aceptadas sin problema alguno. Es decir, la deficiencia en la calidad fue parcial,

⁵⁸² Sistema Nacional para la Calidad, Ley No. 8279, diario La Gaceta No. 96 del 21 de mayo del 2002, artículo 34.

⁵⁸³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206, 28 de septiembre del 2012, 16 horas.

produciéndose respecto del 24% del total contratado. La C.C.S.S impuso la inhabilitación limitándose a señalar únicamente que esa conducta se encontraba tipificada en el artículo 100, inciso d), por lo que procedía su ejecución, sin realizar análisis de proporcionalidad alguno y sin expresar los razonamientos que le llevaron a considerar que frente a ese panorama fáctico, en el caso particular, el efecto impuesto se constituye en el medio jurídico más apto para proteger el bien jurídico tutelado. Ante tal circunstancia, el Tribunal Contencioso Administrativo declaró la nulidad del acto donde se imponía dicha sanción, al considerarlo desproporcional, por las siguientes razones: a) tal desatención del contratista no llegó a producir desabastecimiento del citado medicamento; b) no existió un perjuicio grave para la continuidad del servicio público y una afectación sustancial al objeto jurídico tutelado del contrato; c) en el aparte de estimación de daños, se hace referencia a la aplicación de la multa de \$3.006.72, indicando expresamente que no existía ninguna cuantificación de daños por liquidar; d) la CCSS omitió referencia en cuanto al origen de las desatenciones, pues la causante del imperfecto no fue la contratista, sino el fabricante del producto, quien incluso garantizó la seguridad del producto; e) la contratista intentó enmendar el error, indicándole a la C.C.S.S. mediante nota que, independientemente de la aplicación de la sanción, se encontraba haciendo todos los esfuerzos para que el producto ingresara lo antes posible cumpliendo con todo lo señalado por el Laboratorio de Normas y Calidad de Medicamentos, y así podérselo suministrar a la Institución; f) en el último período de renta, la contratista direccionó el 83.78% de sus ventas a la CCSS. Sobre este último punto, el Tribunal señaló:

“Claro está que el solo hecho de contar con un determinado nivel de ventas a un ente público no excluye la pertinencia de una sanción, pues aún en el caso que el 100% de sus ventas las realizara a ese ente, si concurren los presupuestos de la sanción (razonablemente y proporcionadamente ponderados), bien puede imponerse, aún si es el único oferente. Sin embargo, no se trata de un análisis que pueda sustentarse en consideraciones separadas de las condiciones del caso, sino que debe sostenerse sobre la base de una ponderación integral de las circunstancias.”⁵⁸⁴

Desde este orden de ideas, el Tribunal consideró el porcentaje de producto defectuoso, la afectación al servicio público, los daños remanentes por el incumplimiento y la cantidad de productos que el contratista ofrece a la CCSS a nivel de registro de proveedores, como parte del análisis de proporcionalidad, para considerar finalmente que la sanción no resultaba pertinente. Si bien, la conducta se encontraba dentro de los

⁵⁸⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206, 28 de septiembre del 2012, 16 horas.

supuestos del artículo 100 LCA, la C.C.S.S. no se veía eximida de realizar el análisis respectivo. Cabe aclarar que no todo incumplimiento parcial supone una negación de la posibilidad de aplicar la inhabilitación. Por el contrario, la lección que deja el voto aludido consiste en que el análisis de proporcionalidad debe ser integral, considerando todas las condiciones en que surge ese incumplimiento, así como la lesión al interés público producto de la desatención y el posible perjuicio que la sanción le generaría al contratista. Todos estos elementos deben considerarse no solo en el supuesto del inciso d), sino en la totalidad del numeral 100 LCA.

- Inciso g): Sin motivo comprobado de caso fortuito o fuerza mayor, no inicie las labores propias de la obra de que se trate, dentro del mes siguiente al refrendo del contrato respectivo por parte de la Contraloría General de la República.

En cuanto al inciso g), igualmente se trata de un incumplimiento en cuanto a plazo pero su diferencia con el primer supuesto, reside en que el incumplimiento es de mayor gravedad al tratarse de una obra y de un atraso injustificado y excesivo, por lo que el contratista se vuelve merecedor del castigo.

Según se observa en los anteriores supuestos del artículo 100 LCA, existe proporción entre la sanción y el fin perseguido, por cuanto se trata de incumplimientos reiterados o de gran gravedad que ameritan el ejercicio punitivo del Estado en resguardo del interés público. Sobre el tema, tanto la Sala Constitucional como el Tribunal Contencioso Administrativo han reconocido esta proporcionalidad:

“Más aún, ya dentro de la supuesta afectación a la libre concurrencia, también debe apuntarse que la gravedad de su afectación es mucho menor de lo que se pretende, si observamos que la empresa accionante puede perfectamente continuar con su actividad de contratación administrativa con otras administraciones públicas diferentes de la que haya impuesto la sanción (...) y además (...) puede incluso continuar participando en todas las contrataciones administrativas realizadas por la misma Administración que lo sancionó, siempre que se trate del bienes u objeto contractuales diferentes del que haya dado origen a la sanción (...) el establecimiento legislativo de una sanción de inhabilitación por la realización de ciertas conductas en las contrataciones administrativas **responde a la necesidad de protección de una importante finalidad social como lo es la necesaria eficiencia y calidad de las funciones y servicios públicos, mientras que, por otra parte, la afectación de derechos fundamentales de particulares resultante de dicha sanción no alcanza a ser de una magnitud tal que pueda decirse que la lesión o cuota de sacrificio es desproporcionada en relación con la protección de los bienes constitucionales que soportan a la norma impugnada.**

De ese modo, puede afirmarse que se trata de una limitación válida al derecho a la libre competencia.”⁵⁸⁵ (El resaltado es mío)

Es decir, la imposición de esta sanción es proporcional en el tanto protege un fin social (la eficiencia y calidad de las funciones y servicios públicos) y su lesión al contratista no es de tanta gravedad, puesto que puede seguir contratando con otras administraciones y otros bienes o productos, por lo que el principio de la libre competencia no se ve limitado en su totalidad. Según este razonamiento, en el artículo 100 LCA, existe una proporcionalidad constitucionalmente admisible entre la gravedad de la conducta respecto de los intereses que pretenden proteger y las características y tipo de sanción establecida legislativamente. Por su parte, el Tribunal Contencioso Administrativo ha agregado lo siguiente:

“(…) si bien en su contexto genérico y abstracto la norma no ha sido considerada desproporcionada, ello no es óbice para que en determinados supuestos, el acto concreto y particular de aplicación de esa normativa, sea desproporcionado e irrazonable, en los casos en que dado el nivel de incumplimiento, la poca o nula infracción al bien jurídico tutelado, o bien, el comportamiento histórico de determinado oferente de buen cumplimiento, entre otros datos, tal consecuencia jurídica suponga un efecto en demasía intenso y gravoso en comparación con las desatenciones que han dado paso a la sanción.”⁵⁸⁶

De lo anterior, se extrae que, si bien, la sanción se encuentra proporcionalmente establecida por el legislador, ésta puede ser aplicada de forma desproporcionada por parte de la Administración. Es aquí donde es preciso que la Administración realice un adecuado análisis de proporcionalidad, según se ejemplificó supra, de modo que la aplicación de la sanción aludida surja ante incumplimientos que generen efectos de gran magnitud en el bien jurídico tutelado. Es por ello que no es obligatorio para la Administración iniciar un proceso sancionatorio contra el contratista en todos los casos, sino que debe valorar su apertura de forma casuística, tal y como lo indica la Contraloría General de la República, quedando dicha decisión “(…) sujeta a una valoración de oportunidad mérito y conveniencia en función de la pertinencia o no que se determine a partir de las condiciones propias del caso y de los elementos que existen para sentar una eventual responsabilidad.”⁵⁸⁷

Esta sanción requiere de algunas anotaciones para su aplicación. La primera de ellas es que en caso de que proceda, el contratista queda inhabilitado para volver a

⁵⁸⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 14027, 01 de septiembre del 2009, de 14 horas 45 minutos.

⁵⁸⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206 de las 16:00 horas del 28 de septiembre del 2012.

⁵⁸⁷ Contraloría General de la República, oficio No. 2581 (DJ-1043-2010), 17 de marzo del 2010. En un mismo sentido, ver de la Contraloría General de la República, oficio No. 3077 (DCA-978), 10 de abril del 2008.

contratar en el periodo ahí establecido y únicamente en el ámbito de la misma Administración (incluidos todos los órganos concentrados que la componen) en cuyo vínculo convencional, se ha configurado la aplicación del régimen de inhabilitación aludido, sin que pueda extenderse ese efecto a otras administraciones (artículo 100 bis, párrafo segundo).⁵⁸⁸ En el supuesto del inciso a), la inhabilitación aplica solo en las contrataciones del mismo bien o producto por el que fue inhabilitado, a menos de que se trate de obras o servicios, en cuyo caso, la inhabilitación es en general. En el resto de los supuestos, la inhabilitación aplica en general.

En cualquiera de los supuestos aquí esbozados, y de forma excepcional, la Administración podría contratar con una persona física o jurídica que se encuentre inhabilitada, siempre y cuando se solicite autorización a la C.G.R, donde se acredite que la persona inhabilitada es la única que puede satisfacer el objeto contractual requerido y que, de no hacerlo, se estaría ante una grave afectación del interés público. La CGR tiene un plazo de diez días hábiles para resolver la solicitud y podrá ordenarle a la Administración que le exija al contratista una garantía de cumplimiento superior al 10% del monto del contrato (artículo 100 bis). Según se dejó expuesto en el capítulo anterior, esta exigencia de una garantía de cumplimiento superior, no se suele dar en los casos estudiados, ante lo cual, la Administración se ve comprometida a realizar una fiscalización mayor a la usual, en aras de prevenir cualquier desatención del contratista inhabilitado que conlleve un grave perjuicio al interés público.

La otra anotación es que si el contratista es inhabilitado nuevamente por la misma entidad, esta vez la sanción cubriría a toda la Administración Pública (artículo 100 bis, párrafo segundo).

La siguiente observación va dirigida a resaltar que la sanción se hace efectiva hasta que se encuentre en firme y publicada en el diario oficial La Gaceta, de ser necesario, por lo que el contratista puede participar en una contratación, a pesar de que exista procedimiento administrativo iniciado por medio del cual se le ejecutará dicha sanción. Esto porque la sanción aún no se encuentra en firme.⁵⁸⁹ Es por eso que el artículo 215 RLCA, párrafo segundo, señala que el impedimento es para participar en procedimientos en los que la decisión inicial se haya dictado con posterioridad a la firmeza de la sanción. Una vez

⁵⁸⁸ Mediante resolución No. 14027 de las 14:45 horas del 01 de septiembre del 2009, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la aplicación a todo el sector público a que alude el párrafo segundo del canon 215 del RLCA.

⁵⁸⁹ Cf., Contraloría General de la República, resolución No. R-DCA-417-2008, 14 de agosto del 2008.

que se encuentre en firme la inhabilitación que tenga cobertura para toda la Administración Pública, debe ser publicada en el diario oficial La Gaceta para que cada Administración actualice su Registro de Proveedores.

Finalmente, cabe recordar que el principio non bis in ídem no permite que se apliquen el apercibimiento y la inhabilitación por el mismo hecho. Empero, nada obsta para que la Administración, por esas mismas conductas, cobre los daños y perjuicios irrogados, ejecute las cláusulas penales o multas pertinentes o aplique una sanción rescisoria o sustitutoria.

SECCIÓN III: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

El debido proceso y el derecho de defensa que integran los principios de la potestad sancionatoria administrativa se ven necesariamente representados por un procedimiento administrativo que permita averiguar la verdad real de los hechos y le asegure las garantías mínimas al investigado.

En el caso específico de la inhabilitación y el apercibimiento regulados en el ordenamiento jurídico costarricense, el artículo 217 RLCA era el encargado de detallar las condiciones en que debía ser tramitado dicho procedimiento. Al igual que los procedimientos de la LGAP, requería de una etapa previa de investigación, en la que la Administración debía conformar un expediente con las pruebas en las que se fundamentan para inculpar al contratista. Recopilada la información necesaria, se emitía el traslado de cargos y se le otorgaba un plazo de quince días hábiles para que el imputado formulara por escrito sus alegatos y presentara sus pruebas de descargo. Si de dicha audiencia resultaba necesario obtener alguna prueba, debía ser recabada. Una vez producida ésta, se daría nueva audiencia al contratista por tres días hábiles, transcurridos los cuales se dictaba la resolución definitiva. Contra ésta, cabían los recursos de revocatoria y apelación. En ese mismo procedimiento de inhabilitación o apercibimiento, se podía incluir, además el cobro de daños y perjuicios producidos por el incumplimiento y la ejecución de la respectiva garantía de cumplimiento.

Esta disposición corrió la misma suerte que el ya estudiado numeral 205 RLCA; la declaratoria de inconstitucionalidad fue inminente. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en voto No. 17791-2015, anuló todo el artículo por limitar derechos fundamentales (debido proceso), lo que está reservado únicamente a la ley. Para la mayoría

de Magistrados (Paul Rueda Leal, Fernando Castillo Víquez, José Paulino Hernández y Ernesto Jinesta Lobo), este artículo limitada el derecho de defensa al suprimir la comparecencia oral y al establecer plazos más cortos que los dispuestos en el procedimiento ordinario de la LGAP. Por su parte, los Magistrados minoritarios (Fernando Cruz Castro, Aracelly Pacheco y Nancy Hernández), consideraron que el procedimiento en cuestión no es violatorio del debido proceso, sino que, por el contrario, respeta todos los requisitos mínimos que la propia Sala Constitucional ha identificado como elementos esenciales del debido proceso. Estos últimos también indicaron que la ausencia de comparecencia oral, así como los plazos mayores o menores, no significan un menoscabo en los principios y derechos constitucionales del contratista.⁵⁹⁰

Ante ausencia expresa en la LCA y RLCA que regule procedimiento específico para sancionar administrativamente al contratista y, de conformidad con lo que indica el artículo 93 LCA, la Administración se ve obligada por aplicar el procedimiento ordinario de la LGAP. Este procedimiento se caracteriza por ser el ejemplo por seguir en trámites sancionatorios administrativos. Inclusive, ante lagunas o vacíos sobre algún aspecto determinado, se recurre al mismo, así como a las interpretaciones jurídicas que han realizado los jueces y magistrados sobre lo regulado en la LGAP sobre procedimientos. De modo tal que, parece ser preferible que la Administración aplique el procedimiento ordinario de la LGAP y, con ello, se evite regular un procedimiento específico para cada Administración.

Este procedimiento incluye lo ya analizado en el apartado correspondiente al procedimiento de la sanción rescisoria. Esto es que, debe tener una etapa de investigación preliminar, donde la Administración recopile y documente toda la información que le permita considerar que existe un presunto incumplimiento contractual por parte del contratista. Además, debe iniciarse con el traslado de cargos que incluya puntualmente los hechos, cargos, posibles sanciones y/o consecuencias de dichas faltas (sanción de inhabilitación o apercibimiento, sanciones contractuales, cobro de daños y perjuicios con el respectivo monto estimado, ejecución de garantías, entre otros), motivos, carácter y fines por los cuales se abre el respectivo procedimiento administrativo y todas las formalidades especificadas supra. En ese auto inicial, se debe convocar a una comparecencia oral y privada, cuya citación debe ser notificada al contratista con 15 días de antelación. Contra el traslado inicial, cabe el recurso de revocatoria y/o el de apelación, el cual, en tesis de

⁵⁹⁰ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 17791, 11 de noviembre del 2015, 12 horas.

principio, no suspende la comparecencia a la que se convocó, excepto que con ello se pueda causar un perjuicio grave o de imposible reparación (artículo 148 LGAP).

La posibilidad de dictar medidas cautelares provisionales e inaudita altera parte -de oficio o a gestión de parte- es parte de este procedimiento, siempre y cuando existan “razones de necesidad o conveniencia evidentes” y la Administración la emita mediante acto motivada, donde haga constar que, efectivamente, existe el peligro de que el bien jurídico que está siendo afectado por la conducta presumiblemente sancionable, se vea perjudicado. Contra la resolución en la que se dicta la medida provisional, el contratista puede presentar los recursos ordinarios de revocatoria y/o de apelación, de conformidad con el artículo 332 LGAP. No obstante, en principio, los recursos interpuestos no suspenden la ejecución de la medida (artículo 148 LGAP).

En este tópico, es conveniente traer a colación que la Sala Constitucional ha considerado constitucional el establecimiento de medidas cautelares consistentes en la inhabilitación del contratista, durante el procedimiento sancionatorio. En el asunto con número de expediente 13-2578-0007-CO, se analizó que la empresa licitante –la C.C.S.S- dictó resolución de medida cautelar ante causam contra la contratista, donde se le impidió provisionalmente cotizar en cualquier procedimiento ordinario o excepcional para el medicamento Anastrozol y ordenó el inicio del procedimiento sancionatorio en contra de la empresa. Lo anterior se debió a que, de acuerdo con los reportes de los médicos oncólogos –y así se hizo constar debidamente en dicha resolución- se aseveró que los pacientes con cáncer habían experimentado efectos adversos severos por el uso del medicamento, por lo que la medida respondía a la protección del derecho a la salud de los ciudadanos, ante el cual es evidente que deben ceder los intereses legítimos del contratista. Para llegar a su conclusión, la Sala consideró que la medida se apegaba a la instrumentalidad, dado que era accesoria y se subordinada al procedimiento principal; a la provisionalidad, dado que sus efectos cederían ante el dictado de la resolución final; y a la urgencia, por cuanto se pretendía evitar un daño o perjuicio a los usuarios del producto, por lo que la medida era razonablemente objetiva.⁵⁹¹

El procedimiento ordinario, además obliga a realizar una comparecencia oral y privada, siempre que la decisión final pueda causar daños graves al contratista (artículo 218 LGAP), salvo que la urgencia amerite prescindir de forma excepcional de la misma, para evitar daños graves a las personas o de imposible reparación en las cosas (artículo 219

⁵⁹¹ Cf., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 3928, 22 de marzo del 2013, 9 horas 05 minutos.

LGAP). Es decir, la Administración puede excluir la realización de la comparecencia, mediante una resolución debidamente motivada. Consumada esta comparecencia, el expediente queda para resolución final, la cual debe dictar el órgano competente, en tesis de principio, dentro del plazo de quince días hábiles, contado a partir de la fecha de la comparecencia (artículo 319 LGAP). En total, el procedimiento debe concluirse, por acto final, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación (artículo 261 LGAP).

Contra la resolución final, caben los recursos ordinarios de revocatoria con apelación en subsidio, que se deben interponer dentro del término de tres días hábiles, contados a partir de la comunicación del acto. El recurso de revocatoria lo debe resolver el órgano director dentro de los ocho días posteriores a su presentación. De igual forma, el recurso de apelación debe resolverse dentro de los ocho días posteriores al recibo del expediente (artículo 352 LGAP). El artículo 261, inciso 2) establece que la Administración tiene el plazo total de un mes para tramitar la fase de revisión por recurso ordinario contra el acto final, plazo que se contabiliza a partir de la presentación del mismo.

Finalmente, el plazo de prescripción que opera en estos casos, se detalla concretamente en el artículo 100 bis de la LCA. Para la sanción de apercibimiento, la Administración cuenta con un plazo de tres años. Lo mismo aplica para la inhabilitación en los supuestos de los incisos d) y g) del artículo 100. Por su parte, cuando se trata de la sanción de inhabilitación por reiteración de conductas (inciso a del artículo 100), el plazo es de cinco años. En todos los casos, el plazo empieza a contabilizarse desde el momento en que se ha dado la conducta generadora de la sanción.

Se deja expuesto así, los aspectos básicos del procedimiento ordinario regulado en la LGAP. Ahora bien, no se puede dejar pasar que todo procedimiento administrativo sancionatorio cuenta con principios propios, que deben ser examinados con detalle en este apartado.

A continuación, se realizará un análisis de dichos principios, confrontados con lo que dispone la Ley General de la Administración Pública al respecto; para así finalmente determinar si el procedimiento utilizado en Costa Rica para la aplicación de sanciones administrativas en contratación administrativa, se encuentra conforme a los mismos.

Principios de los procedimientos administrativos sancionatorios en el procedimiento ordinario de la LGAP

En primera instancia, resulta imprescindible exponer la síntesis que ha efectuado la Sala Constitucional de los principios básicos que conforman el debido proceso, los cuales consisten en:

“a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada.”⁵⁹²

Todas estas actuaciones y principios son obligatorios, también, en los procedimientos administrativos sancionatorios y así lo ha determinado la Sala Constitucional: “los principios del debido proceso extraíbles de la Ley General y señalados por esta Sala en su jurisprudencia, son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador.”⁵⁹³

El procedimiento administrativo sancionatorio se conforma, además, por otros principios que a continuación se destacan.

Verdad real

La Administración tiene la obligación de tomar en consideración toda la prueba y los hechos pertinentes para determinar la verdad real del caso. La LGAP resguarda este enunciado en su artículo 214, al manifestar que el objeto del procedimiento administrativo es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final, lo que se ve confirmado en el numeral 221 del mismo cuerpo normativo:

“En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible, para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de éstas últimas.”⁵⁹⁴

⁵⁹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 15, 5 de enero de 1990, 16 horas minutos; resolución No. 1734, 26 de junio de 1992, 10 horas 18 minutos y; resolución No. 1739, 01 de julio de 1992, 11 horas 45 minutos.

⁵⁹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5653, 5 de noviembre de 1993, 8 horas 27 minutos y; resolución No. 2945, 17 de junio de 1994, 8 horas 42 minutos.

⁵⁹⁴ Ley General de la Administración Pública, artículo 221.

Más adelante, en el artículo 297 indica que la Administración debe ordenar y practicar todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite, a petición de parte o, inclusive, de oficio. Es decir, la LGAP es insistente en recordarle a la Administración que tiene una orden expresa de introducir toda la prueba necesaria, de manera que cuente con todos los elementos fácticos y probatorios requeridos para dictar un acto final debidamente fundamentado y basado en la verdad real.

Este principio está relacionado con el de la amplitud de la prueba, que obliga al juzgador administrativo, a investigar la verdad objetiva y diligentemente, "(...) sin menospreciar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria."⁵⁹⁵

Valoración razonable de la prueba

El órgano juzgador tiene cierta discrecionalidad, pero eso no implica que cuenta con libre convicción para juzgar. Es por eso que se ve obligado a "(...) valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, que reconocen su discrecionalidad pero la someten a criterios objetivos, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea."⁵⁹⁶

En concordancia con lo anterior, el artículo 216 de la LGAP obliga a la Administración por adoptar resoluciones dentro del procedimiento, no solo con estricto apego al ordenamiento, sino que también, cuando se trata de actuaciones discrecionalidad, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél.

Celeridad, eficiencia, simplicidad y economía procesales

La Constitución Política en su artículo 41 establece una justicia pronta y cumplida, mientras que el artículo 8, párrafo 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe el derecho a un proceso en un plazo razonable. Los procedimientos administrativos sancionatorios no se encuentran exentos de estos enunciados y, es por eso que la LGAP se ha esforzado en dejar en su cuerpo normativo, disposiciones que deben acatar todas las administraciones en su ejercicio. Así, el artículo 225 le ordena al órgano director, conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y

⁵⁹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 4882, 04 de junio del 2003, 14 horas 42 minutos.

⁵⁹⁶ *Ibíd.*

eficiencia, dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado y, ante cualquier retardo grave e injustificado, serán responsables la Administración y el servidor.

En igual sentido, el numeral 269 establece que la actuación administrativa se debe realizar con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia, siendo las autoridades superiores de cada centro o dependencia las encargadas de velar, respecto de sus subordinados, por el cabal cumplimiento de este precepto, que servirá, también, de criterio interpretativo en la aplicación de las normas de procedimiento.

De forma que no se puede obviar que los entes públicos tienen la obligación imperativa de substanciar los procedimientos administrativos sancionatorios dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable.

No obstante, en la práctica, esos plazos razonables se prolongan de forma excesiva e injustificada. Esto suele suceder por la complejidad de algunos casos, por el exceso de trabajo que tienen muchas administraciones y/o por la simple inercia de la Administración. Aquí, resulta conveniente mencionar un aspecto de suma importancia que se dejó en evidencia en el apartado del procedimiento de la sanción rescisoria y consiste en que la LGAP es omisa en regular el plazo en que se debe emitir el informe de recomendaciones del órgano director, luego de finalizada la comparecencia oral y privada, por lo que los tribunales judiciales han interpretado de forma permisiva, que el plazo máximo para emitir éste, es el de 6 meses. Solo si se extralimita ese plazo, operaría la caducidad. Por lo que, transcurrida la comparecencia, el órgano director tiene seis meses máximo para emitir el informe, y una vez que se lo remita al órgano decisor, a este último le empieza a correr el supuesto plazo de 15 días.

Sin embargo, aunado a lo anterior, la LGAP dispone que la caducidad no opera, cuando el expediente se encuentre listo para dictar el acto final (artículo 340, inciso 2). De modo que, tanto para el plazo de 15 días hábiles para dictar el plazo final, como para el plazo de un mes para tramitar los recursos ordinarios interpuestos contra el acto final, no opera la caducidad. Por lo que, según la jurisprudencia nacional, podrían pasar más de 6 meses sin que el órgano decisor resuelva acto final y otros 6 meses o más sin que la Administración termine de resolver los recursos de revocatoria y apelación interpuestos, y aún así no operaría la caducidad.

Desde esta tesitura, a pesar de que la LGAP establece que todo el procedimiento ordinario se debe tramitar en un plazo máximo de dos meses hasta el acto final, la jurisprudencia le ha permitido a la Administración tramitar el procedimiento en un plazo mucho mayor a esos dos meses y hasta se le ha permitido al órgano director emitir el informe de conclusiones dentro de un plazo de 6 meses, dada la omisión de la LGAP al respecto.

Lo aquí transmitido, expone una notoria violación al principio constitucional de celeridad por parte de los juzgadores, quienes no solo han permitido que la Administración extienda los plazos de la LGAP, sino que además, han integrado las omisiones de la ley, con interpretaciones que afectan esa eficiencia y rapidez requerida. Con esta situación, no solo se están viendo trasgredidos los principios en mención, sino que además, se está obligando al particular por sufrir prolongadamente los embates de un procedimiento sancionatorio.

Para solucionar este aspecto, se requiere la colaboración de la Administración Pública, en el cumplimiento de los plazos establecidos y, además, del apoyo de los jueces y magistrados de la República, quienes no pueden resultar tan permisivos con la Administración, cuando hay intereses, tanto públicos como privados, que se pueden estar viendo perjudicados gravemente.

Oficialidad

Esto significa que “la Administración está obligada a desarrollar la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final, independientemente de que las partes insten los autos.”⁵⁹⁷ El artículo 222 de la LGAP obliga a la Administración a impulsar de oficio el procedimiento. De no hacerlo, inclusive puede operar la caducidad, cuando se trata de un procedimiento iniciado por ella (artículo 340 LGAP).

Informalismo

El informalismo hace referencia a que “las nulidades procedimentales se producen únicamente, con la omisión de formalidades sustanciales”⁵⁹⁸, es decir, cuando la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o cuya omisión causar indefensión (artículo 223 LGAP).

⁵⁹⁷ Hidalgo, *La Sanción Administrativa*, 84.

⁵⁹⁸ *Ibíd.*

Amplia participación

Este principio busca que una mayor participación de interesados en el procedimiento “(...) para que sean incrementadas las probabilidades de que ninguna prueba sea omitida en la decisión.”⁵⁹⁹

Imparcialidad

Es aquel principio donde se busca “favorecer lo que el interés público ha identificado una vez aquilitados los intereses particulares.”⁶⁰⁰

Tanto el órgano director como el decisor, deben dejar de lado cualquier interés particular que exista, así como cualquier subjetividad, procurando siempre la mayor imparcialidad posible, especialmente en la decisión final.

Publicidad

El artículo 30 constitucional otorga el derecho de acceder a la información de interés público, como lo es el caso, claro está de los procesos de contratación administrativa, tanto en su etapa de contratación, como durante la ejecución contractual, lo que incluye también, los procedimientos sancionatorios que surjan de esta última. Se exceptúan de este precepto, los secretos del Estado o la información confidencial, o cuando el examen de las piezas del expediente confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente (artículo 273 LGAP).

La publicidad de los expedientes, fue robustecida con el criterio de la Sala Constitucional que indicaba lo siguiente:

“Solo tratándose de procedimientos administrativos contra los administradores o funcionarios de la administración, la información únicamente puede darse a los interesados en el proceso o a quienes figuren como parte. Pero, tratándose de otros trámites administrativos (...) tienen un carácter eminentemente público, por lo que cualquier particular sea interesado directo o no, tiene derecho a imponerse de la información que allí conste (...).”⁶⁰¹

Es decir, los procedimientos disciplinarios sí cuentan con la restricción en el acceso del expediente. Empero, en los procedimientos sancionatorios en contratación

⁵⁹⁹ Hidalgo, *La Sanción Administrativa*, 85.

⁶⁰⁰ *Ibíd.*

⁶⁰¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 4235, 12 de agosto de 1994, 15 horas 03 minutos.

administrativa, donde media un interés público de por medio, dicha restricción no es procedente, pudiendo cualquier parte acceder a esa información.

No obstante, este principio constitucional, se ve limitado con el artículo 272 de la LGAP al permitir el acceso al expediente únicamente a las partes, sus representantes y a cualquier otro abogado, excluyendo a los ciudadanos que no son partes, representantes de las partes, ni abogados.

La aplicación de esta disposición en los procedimientos sancionatorios de contratación administrativa, lesiona el principio de publicidad y de transparencia, dado que le impide a los ciudadanos informarse sobre procedimientos en los cuales hay fondos públicos de por medio. Por lo que debe procurarse una aplicación de la normativa de la forma más apegada al principio constitucional de publicidad en asuntos de interés públicos, permitiendo el acceso de cualquier ciudadano al expediente, con la excepción de que exista un secreto estatal de por medio.

De lo expuesto en este apartado, se concluye que el procedimiento ordinario de la LGAP se ajusta, en general, a los principios de los procedimientos sancionatorios administrativos, con algunas excepciones, relativas al principio de celeridad y publicidad. No obstante, dichas inconsistencias no surgen necesariamente de lo expresado en el texto normativo, sino de las interpretaciones que han realizado al respecto los tribunales de justicia costarricenses. De modo que, para su correcta apreciación, no se precisan modificaciones al procedimiento, tampoco se requiere la implementación de un procedimiento específico para la aplicación de las sanciones de inhabilitación y apercibimiento estudiadas, toda vez que el regulado en la LGAP cumple a cabalidad con los principios en alusión. Lo que sí es necesario es que los juzgadores y aplicadores del derecho, empleen este procedimiento, tomando siempre en consideración cada uno de los principios analizados que, valga mencionar, son de origen constitucional.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- El concepto dado por la doctrina y jurisprudencia costarricense al **incumplimiento contractual en la contratación administrativa** es poco preciso, en el tanto, para su total comprensión, se debe recurrir al concepto de cumplimiento, lo que impide que el incumplimiento contractual sea definido por sí mismo. Aunado a esto, excluye los casos en los que el deudor realiza la conducta o el comportamiento obligado, pero el acreedor no recibe la prestación pactada, sea por la existencia de una causal eximente de responsabilidad. Por tales razones, tanto la doctrina como la jurisprudencia debe inclinarse por un concepto de corte objetivo sobre el resultado de la prestación. De esta forma, se daría un incumplimiento cuando la prestación efectivamente recibida por el acreedor no corresponde a la pactada, independientemente de las razones por las cuales el acreedor no vio satisfecho su interés negocial.
- La **ejecución forzada o ejecución in natura** es un remedio procesal que, en muchos casos, puede ser muy eficaz, por cuanto intenta satisfacer el interés público y cumplir con el objeto contractual a toda costa. Por lo que, en aras del principio de eficacia y eficiencia, según el cual todos los actos relativos a la actividad de la contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general (artículo 4 de la LCA), la Administración debe procurar que su primera opción ante un incumplimiento del contratista, sea recurrir a la ejecución forzosa del contrato, en los términos expuestos en el presente estudio, pero para ello, debe existir regulación expresa al respecto.

No obstante, a pesar de esta crucial importancia que presenta la ejecución forzosa, La LCA y la RLCA son omisas en su regulación, por lo que en aras de aplicarla, se debe hacer un esfuerzo en acudir a la LGAP e interpretar lo ahí establecido, generando una gran inseguridad jurídica en el tema. Esto ha originado que la Administración desaplique una figura importantísima para la satisfacción del interés público y que, en su lugar, opte por otras medidas más drásticas e ineficaces, como lo es la resolución contractual. Ante esta circunstancia, resulta esencial que esta figura quede regulada expresamente en la normativa, de modo tal que se tenga certeza de las condiciones en las que es procedente, así como del procedimiento por aplicar.

En cuanto al **procedimiento** actual para establecer la ejecución forzosa, éste es en demasía extenso, dado que se requiere no sólo el trámite del procedimiento ordinario, sino las dos intimaciones previas del artículo 150 LGAP y, en el caso específico de la ejecución sustitutiva, se requiere además, realizar la nueva contratación mediante los procedimientos establecidos en la LCA y el RLCA, con lo que se desnaturaliza la figura en mención. Es por eso que deviene ineludible la regulación de un procedimiento abreviado en la LCA, que le permita a la Administración satisfacer el interés público en el menor plazo posible y sin dejar indefenso al contratista, cumpliendo con el debido proceso y atendiendo principios como el de la oralidad y celeridad.

Vía jurisprudencial se ha determinado que el **plazo prescriptivo** que tiene la Administración para aplicar la ejecución forzosa, es de cinco años. No obstante, este plazo resulta excesivo al tratarse de una sanción que pretende el cumplimiento efectivo del contrato. No es razonable que la Administración aplique una medida de este tipo – que, en la mayoría de los casos, su adopción es urgente y necesaria- hasta cinco años después de haber conocido los incumplimientos. Con esto, la sanción en estudio perdería su razón de ser. De modo que debe regularse de forma expresa en la normativa, que la potestad de ejecutar forzosamente el contrato por parte de la Administración, prescribe en un plazo máximo de un año a partir de que se tiene conocimiento de los hechos. Esta situación obligaría a la Administración por realizar el trámite respectivo con la mayor celeridad posible.

- La **resolución contractual** por incumplimiento del contratista, requiere para su procedencia, que el incumplimiento sea de tal gravedad que la extinción del contrato sea ineludible. Le recae a la Administración el gran peso de determinar el nivel de gravedad del incumplimiento, sin que el concepto jurídico “gravedad” se encuentre definido en el ordenamiento jurídico costarricense. Es por eso que es imperioso que se establezca, tanto en la normativa como en la jurisprudencia, pautas generales que le permitan a la Administración identificar y calificar los incumplimientos, motivando en todos los casos su decisión con base en dichas pautas. No se debe olvidar que la resolución contractual es la sanción más grave por lo que su justificación debe ser lo más íntegra posible, lo que debe incluir no solo la mención de que el interés público y el objeto contractual no se verá satisfecho con la continuación del contrato, sino que

además, la respectiva demostración del dicho de la Administración. Sin embargo, del estudio de casos, se logró observar que la Administración ha emitido actos donde resuelve contratos por presuntos incumplimientos del contratista, sin realizar la debida motivación, lo que es avalado, posteriormente, en la vía judicial. De modo que, se ha optado indebidamente por la medida más extrema y perjudicial para las partes, sin tomar en consideración que existen otros remedios más satisfactorios para el interés público.

En relación con el **procedimiento** de resolución contractual, la Administración debe procurar que éste sea precedido por una intimación en donde la Administración le otorgue un plazo prudencial y objetivo al contratista para que cumpla con lo pactado en el contrato o pliego cartelario y, solo ante la negativa o la omisión del contratista de cumplir, procede la incoación del respectivo procedimiento administrativo. Pese a la gran relevancia de realizar esta intimación al contratista, en Costa Rica no solo no se encuentra regulado, sino que la Administración no suele aplicarla, ni la jurisprudencia la ha dado la importancia que amerita, lo que hace reflexionar sobre la necesidad de establecerla de forma expresa en la LCA, como parte del procedimiento de resolución contractual.

A pesar de la anulación del artículo 205 de RLCA, que regulaba el procedimiento de resolución contractual, el actual procedimiento que se debe aplicar -el ordinario de la LGAP- posibilita la emisión de medidas provisionales, sin otorgar audiencia al contratista, siempre y cuando la Administración motive adecuadamente su decisión. Eso sí, no se puede perder de vista que el objetivo de estas medidas provisionales es la protección del interés público, por lo que van acompañadas de una actuación célere y eficiente por parte de la Administración en el proceso de contratación de una tercera persona para que finalice los trabajos.

Los plazos regulados en el procedimiento ordinario de la LGAP son más extensos que los del otrora regulado en el artículo 205 RLCA, especialmente, porque dicha disposición reglamentaria obligaba a la Administración a dictar el acto final en el plazo máximo de un mes, una vez evacuada toda la prueba; mientras que la actual interpretación judicial del procedimiento de la LGAP, le concede a la Administración un plazo máximo de 6 meses para rendir el informe de conclusiones y además, otro plazo ilimitado para dictar el acto final. No es acertado que un procedimiento donde se

pretende resolver un contrato que estaría afectando gravemente el interés público y en donde pueden haberse dictado medidas cautelares de suspensión del contrato, las cuales muy posiblemente estarían perjudicando las finanzas del contratista, se vea extendido de forma exorbitante. Para evitar esos atrasos, es necesario que la Administración Pública colabore en el cumplimiento de los plazos establecidos y, además, se requiere del apoyo de los jueces y magistrados de la República, quienes no pueden resultar tan permisivos con la Administración, cuando hay intereses, tanto públicos como privados, que se pueden perjudicar gravemente. De modo que el procedimiento ordinario de la LGAP debe ser interpretado de forma tal que el principio de celeridad se vea resguardado y así el interés público se vea afectado lo menos posible.

Aunado a esto, es importante que la Administración cumpla a cabalidad con los plazos establecidos en el ordenamiento jurídico, ya que, de operar la caducidad del procedimiento o la prescripción de la potestad resolutoria, el erario público se vería afectado y, claro está, el interés público no se estaría protegiendo, con lo que se pierde de vista el objetivo final de la resolución contractual.

Finalmente, en cuanto al derecho a un debido proceso en la resolución contractual, se logró revelar del estudio de casos, un reciente criterio jurisprudencial, según el cual, basándose en la excepción del contrato no cumplido, la Administración puede obviar el debido proceso y, ante incumplimientos evidentes del contratista, la Administración puede resolver el contrato y proceder a una nueva contratación, sin realizar procedimiento administrativo alguno. Esta interpretación está generando graves perjuicios al principio del debido proceso por lo que debe ser reconsiderada. Si bien es cierto, la Administración debe velar por resguardar el interés público que se ve trasgredido con los incumplimientos del contratista, el ordenamiento jurídico le da a la Administración los medios para amparar ese bien común, sin atentar contra el debido proceso del contratista.

- La determinación real y exacta de la cuantía de los **daños y perjuicios** irrogados es de suma importancia, toda vez que con ella se evitaría incurrir en un enriquecimiento sin causa a favor del ente público, en perjuicio del patrimonio del contratista, en los casos en que la magnitud del daño sea de menores alcances pecuniarios en relación con el

monto depositado y automáticamente ejecutado; así como en una lesión para la Administración, en beneficio irregular del contratista, en los casos que los daños y perjuicios excedan la cuantía fijada. Es por ello que se debe insistir en que la Administración realice todos los esfuerzos necesarios, para determinar de la forma más exacta esos daños y perjuicios, en aras de que se cumpla a cabalidad con el principio de reparación integral.

El criterio de vieja data de la Procuraduría General de la República, según el cual el **procedimiento** que debe ser aplicado para el cobro de los daños y perjuicios irrogados cuando no existe garantía de cumplimiento, es el ordinario de la LGAP, amerita una reconsideración de forma tal que se ajuste a la normativa vigente. Esto por cuanto, ante ausencia de procedimiento regulado en la LCA y la RLCA, el artículo 41 RLCA debe ser interpretado analógicamente, de modo tal que el procedimiento ahí reglamentado, es el que procede para el cobro de los daños y perjuicios, exista garantía de cumplimiento o no. Para tal efecto, se debe entender que dicho procedimiento le permite a la Administración reclamar la responsabilidad contractual por el incumplimiento del contratista, pudiendo cobrar el monto determinado, mediante la ejecución de la garantía de cumplimiento y/o las retenciones realizadas, así como los saldos de pago pendientes y, de ser necesario, le permite recurrir a la vía judicial, resultando así satisfactorio para el debido proceso e, inclusive, más expedito que el ordinario de la LGAP, lo que beneficia al interés público.

No obstante, el artículo 41 RLCA corre el riesgo de ser declarado inconstitucional por violentar el principio de reserva de ley y regular derechos fundamentales. Por tal razón, es conveniente que lo ahí expuesto sea transferido al articulado de la LCA y además, en aras de evitar confusiones, se especifique que su aplicación es apta en todos los casos de cobros de daños y perjuicios, aún cuando no exista garantía de cumplimiento que ejecutar.

- Es necesario contar con una Administración vigilante y fiscalizadora, que ejerza esas funciones de la mejor forma, velando por el mantenimiento de la vigencia de la **garantía de cumplimiento** y cumpliendo con los plazos y los requisitos para establecer los procedimientos regulados en la normativa, como lo es el de liquidación de daños y

perjuicios y la ejecución de la garantía de cumplimiento, entre otros. De estas funciones depende la satisfacción del interés público y del objeto contractual.

- El **cumplimiento por equivalencia** constituye una figura que no ha sido regulada en la LCA ni en el RLCA y no ha sido desarrollada jurisprudencialmente. Lo poco que ha determinado el Tribunal Contencioso Administrativo sobre el tema, carece de razonamiento o fundamentación alguna, resultando errado y contrario a la naturaleza y a las características propias del cumplimiento por equivalente, así como a lo que establece el ordenamiento jurídico costarricense. Esto ha generado, a su vez, que no sea utilizado por la Administración Pública, a pesar de que podría solventar muchos casos de incumplimiento por parte del contratista. Desde esta tesitura, resulta urgente que la Administración sea capacitada al respecto para que así tenga conocimiento de los remedios que existen en el régimen de contratación administrativa costarricense ante los incumplimientos contractuales y que dichos conocimientos le permitan aplicar el que más se acerca a la satisfacción del interés público.
- La jurisprudencia costarricense tiene un criterio sólido sobre la necesidad de que, para que proceda la **excepción del contrato no cumplido**, exista una imposibilidad razonable de que el contratista cumpla con las condiciones contractuales. No obstante, ha omitido otro requisito de suma importancia, a saber: que el contratista le haya anticipado a la Administración que, ante su no cumplimiento, dejaría de ejecutar las condiciones contractuales, requisito que es de suma importancia, toda vez que la Administración se debe enterar de las acciones por tomar por parte del co-contratante, máxime que se trata de la paralización de la ejecución contractual; lo que, en definitiva, afectaría el interés público. Por esta situación, dado que se encuentra en juego la continuidad de la ejecución contractual y, por ende, la satisfacción del interés público, se considera necesario que este último presupuesto se regule en la normativa de contratación administrativa.
- La naturaleza de las **cláusulas penales y multas**, obliga a la Administración por realizar un estudio técnico que le permita definir la cuantía equivalente a los eventuales daños y perjuicios que se generarían con el incumplimiento, el cual debe hacerse constar en el expediente administrativo. No obstante, del estudio de casos, se concluye que, en los procesos de contratación administrativa, la ausencia de esos estudios técnicos, es reiterado, producto de una indebida interpretación y aplicación de lo dispuesto en la

normativa. A pesar de que la Sala Primera ha realizado un gran esfuerzo en velar porque la Administración realice dichos estudios, las administraciones contratantes han evidenciado seguir utilizando machotes en la fijación del quántum y, en muchas ocasiones, el Tribunal Contencioso Administrativo y la Contraloría General de la República han avalado el actuar negligente de la Administración. Esta situación genera que el monto se fije de forma arbitraria y, consecuentemente, la Administración, o bien, el contratista, se estén viendo enriquecidos ilícitamente. Desde este orden de ideas, es necesario que se establezca de forma expresa en la normativa costarricense, la obligación de toda la Administración de realizar un estudio técnico, donde se consideren todos los elementos aquí expuestos, el cual debe hacerse constar en escrito dentro del mismo expediente administrativo levantado al efecto.

En cuanto al **procedimiento** de ejecución de cláusulas penales y multas, hay una evidente omisión normativa, por lo que le ha correspondido a los tribunales determinarlo. No obstante, estos últimos han emitido criterios contradictorios, generando una gran inseguridad jurídica, donde el contratista no tiene certeza de si tiene derecho a ejercer su defensa cuando se le aplican cláusulas penales o multas o si, por el contrario, la Administración puede aplicarlas automáticamente, quedando el contratista en desamparo. Es por eso, que resulta necesario y fundamental, que la LCA establezca expresamente la obligación de tramitar un procedimiento de tipo abreviado, previo a la ejecución de cualquiera de estas figuras., que permita demostrar de forma fehaciente que el incumplimiento de fácil constatación se dio y que no medió alguna eximente de responsabilidad. Asimismo, en ese procedimiento, cabe también la posibilidad de reclamar si la cuantía cobrada no se basó en estudios técnicos previos de los posibles daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento y/ o si ese monto superó el límite dispuesto en la normativa (25%) y en el cartel. Por lo pronto, hasta que la ley no se vea modificada en ese sentido, el criterio que debe imperar es aquel que sea respetuoso del debido proceso, y que obliga a la Administración a tramitar, al menos, el procedimiento sumario para su ejecución.

- **El apercibimiento y la inhabilitación** se encuentran debidamente tipificados y proporcionalmente establecidas en la LCA, según el fin social que protegen y la lesión al contratista que generan. Sin embargo, esto no obsta para que sean aplicada de forma desproporcionada por parte de la Administración. Es aquí donde es preciso que la

Administración que ha recibido los embates del incumplimiento, realice un adecuado análisis de proporcionalidad y razonabilidad, de modo que le permita determinar si la conducta del contratista, por su grado de intensidad y afectación al interés público, amerita la imposición de la sanción. Es por ello que no es obligatorio para la Administración iniciar un proceso sancionatorio contra el contratista en todos los casos, sino que debe valorar su apertura de forma casuística, quedando dicha decisión sujeta a una valoración de oportunidad mérito y conveniencia en función de la pertinencia o no que se determine a partir de las condiciones propias del caso y de los elementos que existen para sentar una eventual responsabilidad. Este análisis de proporcionalidad debe ser integral, considerando todas las condiciones en que surge el incumplimiento, así como la lesión al interés público producto de la desatención y el posible perjuicio que la sanción le generaría al contratista.

El **procedimiento** para ejecutar la inhabilitación y el apercibimiento, es el ordinario de la LGAP, que se caracteriza por ser el ejemplo por seguir en trámites sancionatorios administrativos. De modo tal que, parece ser preferible que la Administración aplique el ordinario de la LGAP y, con ello, se evite regular uno específico para cada Administración. Dicho procedimiento ordinario, según se encuentra regulado en la LGAP, acata a cabalidad los principios propios de los sancionatorios, con algunas excepciones, producto de las interpretaciones que han realizado al respecto los tribunales de justicia costarricenses. Por lo que, para su correcta apreciación, no se precisan modificaciones al procedimiento, tampoco se requiere la implementación de uno específico para la aplicación de las sanciones de inhabilitación y apercibimiento estudiadas, toda vez que el regulado en la LGAP cumple a cabalidad con los principios en alusión. Lo que sí es necesario es que los juzgadores y aplicadores del derecho, empleen este procedimiento, tomando siempre en consideración cada uno de los principios analizados que, valga mencionar, son de origen constitucional.

- Como se logra observar, en la presente investigación, la Administración Pública cuenta con una gran gama de medidas por las que puede optar ante la presencia de un incumplimiento contractual del contratista. No obstante, cada una cuenta con particularidades, que limitan a la Administración a la hora de aplicarlas. De modo tal que, es preciso que la Administración tenga plena conocimiento de cada medida

existente en el ordenamiento jurídico costarricense para que así se encuentre capacitada para optar por la más adecuada para la satisfacción del interés público.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones-Parte General*. Barcelona: Bosch, 1970.
- Arana García, Estanislao et al. *Nociones básicas de contratación pública*. Madrid: Editorial Tecnos, 2014.
- Ariño, Gaspar. *Derecho Administrativo y regulación económica*. 1era ed. Madrid: La Ley, 2011.
- Ariño y Asociados. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Granada: Comares, 2003.
- Barrero Rodríguez, Concepción. *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*. 2da ed. Valladolid: Lex Nova S.A., 2011.
- Baudrit, Diego. *Teoría General del Contrato*. San José: Editorial Juricentro, 1982).
- Baudrit, Diego. *Teoría General del Contrato*. 2ª ed. San José: Juricentro, 1990.
- Baudrit, Diego. *Derecho Civil IV: Teoría General del Contrato*. 3ª ed. San José: Juricentro, 2000.
- Bercaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2da ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. San José: Editorial Juricentro, 1977.
- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los contratos*. San José: Juricentro, 1985.
- Brewer-Carías, Allan. *Estudios de Derecho Administrativo*. Bogotá: Montoya y Araujo Ltda, 1986.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. 18ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006.
- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. 2da ed. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública*. 2da ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- Escolá, Hector. *Compendio de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1984.

- Farrando, Ismael. *Contratos administrativos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 5ta ed. Madrid: Civitas, 1989.
- Hernández Valle, Rubén. *El Derecho de la Constitución*. Tomo I. 2ª ed. San José: Editorial Juricentro, 2004.
- Hernández Valle, Rubén. *Instituciones de Derecho Público Costarricense*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2005.
- Hidalgo Cuadra-Malespín, Ronald. *La Sanción Administrativa*. San José: ISOLMA, 2010.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Responsabilidad Administrativa*. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica DIKÉ, 2005.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *Contratación Administrativa: Tomo IV, Tratado de Derecho Administrativo*. San José: Guayacán, 2010.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida. *La cláusula penal*. Buenos Aires: EDITORIAL Depalma, 1981.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- Marina Jalvo, Belen. *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*. 3ª edición. Madrid: Lex Nova, 2006.
- Ménéndez, Emilio. *Contratos Administrativos: Dirección de Obras Públicas*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2006.
- Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2002.
- Ortiz Ortiz, Eduardo. *Derecho Administrativo. Tomo II. Tesis XXIV*. San José: Universidad de Costa Rica, 1976.
- Pérez Vargas, Víctor. *Principios de responsabilidad extracontractual*. San José: INS, 1984.
- Pérez Vargas, Víctor. *Derecho Privado*, 3era ed. San José: LIL S.A., 1994.
- Procuraduría General de la República. *Manual de Procedimiento Administrativo*. San José: La Institución, 2006.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *Los Contratos del Estado: medios de selección del contratista público*. San José: EUNED, 1989.
- Sayaguez Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo I*. Montevideo: Ediciones DePalma, 1953.
- Torrealba Navas, Federico. *Lecciones de Contratos*. San José: Editorial Isolma, 2009.

Artículos de revista

- Ariño, Gaspar. “El enigma del contrato administrativo”. *Revista de Administración Pública*. No.172 (Enero – Abril 2007).
- Baudrit, Diego. “Incumplimiento contractual: dolo y culpa”. *Revista Ivstita*. No. 51. (marzo, 1991).
- Gómez Pomar, Fernando. “El incumplimiento contractual en Derecho español”. *InDret*. No. 3 (Julio 2007).
- Hidalgo Cuadra-Malespín, Ronald. “Reflexiones sobre el concepto de contrato administrativo”. *Revista de Derecho Público*. No. 3 (Julio-Diciembre, 2006).
- Jiménez, Jorge. “Caso fortuito y fuerza mayor diferencia conceptual”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. No. 123 (setiembre-diciembre 2010).
- Mertehikian, Eduardo. “Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos”. *Ediciones Especiales Contratos Administrativos* (13 de marzo, 2013).
- Ortiz Ortiz, Eduardo. “Renuncias y limitaciones de responsabilidades en contratos públicos”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. No. 46 (enero-abril, 1982).
- Rodríguez, Libardo. “El incumplimiento de los contratos administrativos”. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. No. 9 (Enero-Junio, 2009).
- Rodríguez, Libardo. “Los efectos del incumplimiento de los contratos administrativos”. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*. No. 5 (enero-junio 2009).
- Rojas Rivas, Ana Matilde. “Obligación de la administración de realizar un estudio técnico justificador de la razonabilidad del cuántum de las multas y cláusulas penales establecidas en los carteles”. *Ivstítia*. No. 281-282 (mayo-junio, 2010).
- Sánchez Castro, Juan David. “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?”. *Anuario de Derecho Civil*, No. IV (2010).
- Torán, Mario. “Los contratos administrativos en el Derecho Francés”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. No. 46 (enero-abril, 1984).
- Umaña, Ana Lía. “Algunas consideraciones en torno a la ejecución contractual en la contratación administrativa costarricense”. *Revista Escuela Judicial*. No. 7 (setiembre 2010).

Tesis de grado

- Ariza Vargas, Víctor Manuel. *Medios para cobrar los daños y perjuicios en la contratación administrativa: la estimación del daño y perjuicio y el procedimiento de cobro en sede administrativa*. Trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, 2012.
- Bermúdez, Rosibel y Peña, J.M. *El incumplimiento del contratista en los contratos administrativos: mecanismos que aseguren la indemnización a la administración pública*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, 2002.
- Campos Herrera, Juan Carlos. *Procedimiento de contratación administrativa y su Incidencia en la prestación de los servicios públicos*. Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, 2009.
- Huertas, H. y Sánchez, S. *Procedimiento administrativo sancionatoria a la luz de la jurisprudencia constitucional y administrativa*. Trabajo final de graduación para optar al grado de Magíster en Derecho Público. San José: Universidad de Costa Rica, 2006.
- Meza Villalobos, José Andrés. *La aplicación de las instituciones de la contratación privada a los contratos de la administración pública*. Trabajo final de graduación para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, 2010.
- Paniagua Guevara, Luis Diego. *La Potestad de Rescisión y resolución unilateral de la Administración Pública, con causa y sin causa, en la nueva Ley de la Contratación Administrativa*. Trabajo final de graduación para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, 1998.
- Quesada, Wilberth y Solano Jorge. *Las sociedades públicas municipales de economía mixta y su regulación en Costa Rica. Una laguna jurídica*. Investigación final para optar al grado de Máster en Derecho Económico con mención en Comercio Internacional. (San José: Universidad Nacional a Distancia, 2012).

Ponencias

- Medina, Mariano. “La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil” (ponencia llevada a cabo en VI Congreso de Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Cáceres,

Noviembre, 2006), url:
“<http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Mariano%20Medina%20Crespo%20parte1.pdf>” (20 de agosto, 2016)

Normativa

Constitución Política

- Constitución Política de Costa Rica, 08 de noviembre de 1949.

Leyes

- Código Civil, Ley No. 63, 28 de setiembre de 1887.
- Código Civil español, Real Decreto, BOE No. 206, 24 de julio de 1889, artículo 1101.
- Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227, diario La Gaceta No. 102, 2 de mayo de 1978.
- Ley No. 7494, Ley de Contratación Administrativa, diario La Gaceta No. 110, San José, Costa Rica, 08 de junio de 1995.
- Sistema Nacional para la Calidad, Ley No. 8279, diario La Gaceta No. 96 del 21 de mayo del 2002.
- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo No. 3/2011, BOE No. 276, 16 de noviembre del 2011

Decretos Ejecutivos

- Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 33411, diario La Gaceta No. 210, 02 de noviembre de 2006.
- Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento, Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo No. 35148, diario La Gaceta No. 72, 24 de febrero de 2009.

Reglamentos

- Condiciones Generales para la Contratación Administrativa Institucional de Bienes y Servicios Desarrollada por todas las Unidades Desconcentradas y No Desconcentradas

de la Caja Costarricense de Seguro Social, Reglamento No. 8335, Diario La Gaceta No. 73, 16 de abril del 2009.

Resoluciones judiciales

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 15, 5 de enero de 1990, 16 horas.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1027, 29 de agosto de 1990, 17 horas 30 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1734, 26 de junio de 1992, 10 horas 18 minutos
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1738, 01 de julio de 1992, 11 horas 45 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1739, 01 de julio de 1992, 11 horas 45 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5653, 5 de noviembre de 1993, 8 horas 27 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2945, 17 de junio de 1994, 8 horas 42 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 4235, 12 de agosto de 1994, 15 horas 03 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5594, 27 de septiembre de 1994, 15 horas 48 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5970, 11 de octubre de 1994, 16 horas 06 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1205, 15 de marzo de 1996, 9 horas.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 3787, 02 de julio de 1997, 18 horas 06 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 998, 16 de febrero de 1998, 11 horas 30 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 3933, 12 de junio de 1998, 9 horas 59 minutos.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 8858, 15 de diciembre de 1998, 16 horas 33 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5236, 07 de julio de 1999, 14 horas.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 8191, 13 de septiembre del 2000, 15 horas 03 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 4882, 04 de junio del 2003, 14 horas 42 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5708, 26 de mayo del 2004, 15 horas 51 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5960, 28 de mayo del 2004, 12 horas 06 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2005, 26 de abril del 2005, 17 horas 51 minutos. .
- Sala Constitucional, resolución No. 17517, 20 de diciembre del 2005, 19 horas.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 11874, 15 de agosto del 2006, 9 horas 18 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1379, 31 de enero del 2007, 18 horas 23 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 9044, 29 de mayo del 2008, 18 horas 43 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 11210, 16 de julio del 2008, 15 horas.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 14027, 01 de septiembre del 2009, de 14 horas 45 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 11495, 30 de junio del 2010, 16 horas 52 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 19712, 26 de noviembre de 2010, 08 horas 33 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 21508, 24 de diciembre de 2010, 09 horas 22 minutos
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 4203, 29 de marzo de 2011, 17 horas 47 minutos.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 4431, 01 de abril de 2011, 10 horas 32 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 8602, 28 de junio de 2011, 17 horas 44 minutos
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 8735, 1 de julio de 2011, 09 horas 29 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 3928, 22 de marzo del 2013, 9 horas 05 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 6639, 15 de mayo del 2013, 16 horas 01 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicias, resolución No. 2740, 28 de febrero del 2014, 9 horas 15 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 5861, 24 de abril del 2015, 11 horas 34 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 6057, 29 de abril del 2015, 08 horas 31 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 16039, 14 de octubre del 2015, 9 horas.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 17791, 11 de noviembre del 2015, 12 horas.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 4693, 08 de abril del 2016, 10 horas 30 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 14931, 14 de octubre del 2016, 09 horas 05 minutos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 16242, 04 de noviembre del 2016, 10:00 horas.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 309, 31 de octubre de 1990, 14 horas 50 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 320, 09 de noviembre de 1990, 14 horas 20 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 354, 14 de diciembre de 1990, 10 horas.

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 365, 26 de diciembre de 1990, 14 horas 20 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 34, 22 de marzo de 1991, 14 horas 21 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 227, 20 de diciembre de 1991, 14 horas 15 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 82, 20 de mayo de 1992, 15 horas 05 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 23, 21 de abril de 1993, 14 horas 40 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 80, 30 de noviembre de 1993, 15 horas 30 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 9, 13 de enero de 1995, 14 horas 40 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 865, 16 de noviembre del 2000, 15 horas 35 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 731, 25 de setiembre del 2002, 10 horas 55 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 314, 4 de junio del 2003, 11 horas 25 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 460, 30 de julio del 2003, 10 horas 45 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 473, 06 de agosto del 2003, 10 horas 40 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 903, 21 de octubre de 2004, 9 horas 25 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 30, 27 de enero del 2005, 10 horas 45 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 153, 17 de marzo de 2005, 10 horas 30 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1019, 21 de diciembre del 2005, 16 horas 25 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 329, 30 de agosto del 2006, 15 horas 40 minutos.

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 750, 05 de octubre del 2006, 10 horas 45 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 263, 13 de abril de 2007, 10 horas 30 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 212, 28 de marzo del 2008, 8 horas 15 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 527, 01 de agosto de 2008, 14 horas 10 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 589, 29 de agosto de 2008, 11 horas 05 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 371, 16 de abril del 2009, 11 horas.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 285, 04 de marzo del 2010, 9 horas 02 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 683, 09 de junio del 2010, 8 horas 25 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 18, 4 de agosto de 2011, 9 horas.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1176, 22 de setiembre de 2011, 9 horas 15 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 25, 28 de marzo del 2012, 11 horas.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1137, 13 de setiembre del 2012, 08 horas 40 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 172, 14 de febrero de 2013, 9 horas 05 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 416, 09 de abril del 2013, 14 horas 25 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 502, 25 de abril del 2013, 10 horas 45 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1455, 31 de octubre de 2013, 9 horas 10 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 189, 06 de febrero del 2014, 9 horas 10 minutos.

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 286, 06 de marzo del 2014, 09 horas 40 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 302, 06 de marzo del 2014, 12 horas 05 minutos.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 415, 20 de marzo del 2014, 14 horas 30 minutos.

Tribunal Contencioso Administrativo

- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución No. 289, 31 de marzo de 1992.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, resolución No. 4, 05 de enero del 2001, 14:30 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, resolución No. 319, 12 de octubre de 2001, 11 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 19, 22 de febrero del 2006, 15 horas 40 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, resolución No. 329, 30 de agosto de 2006, 9 horas 40 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 13, 30 de abril del 2008, 16 horas 25 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, resolución No. 362, 5 de junio de 2008, 15 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 44, 04 de julio del 2008, 10 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, resolución No. 2, 16 de enero del 2009, 14 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, resolución No. 12, 23 de enero del 2009, 15 horas 20 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 671, 13 de abril del 2009, 16 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, resolución No. 29, 24 de abril del 2009, 15 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 2204, 08 de octubre del 2009, 13 horas 30 minutos.

- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 2327, 22 de octubre del 2009, 09 horas 05 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 45, 12 de enero del 2010, 9 horas 30 minutos
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 1349, 15 de abril del 2010, 7 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 1666, 04 de mayo del 2010, 15 horas 45 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, resolución No. 40, 12 de mayo del 2010, 14 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, resolución No. 2597, 09 de julio del 2010, 15 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 118, 16 de mayo de 2011, 11 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta, resolución No. 200, 3 de agosto del 2011, 9 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206, 05 de octubre del 2011, 11 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 221, 21 de octubre del 2011, 14 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 206, 28 de septiembre del 2012, 16 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 261, 14 de noviembre de 2012, 15 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 1, 15 de enero de 2013, 10 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 15, 27 de febrero de 2013, 16 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 19, 08 de marzo de 2013, 11 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 30, 03 de abril del 2013, 14 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, resolución No. 29, 18 de abril del 2013, 16 horas 02 minutos.

- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 34, 26 de abril del 2013, 13 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 35, 26 de abril del 2013, 14 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 69, 15 de mayo del 2013, 11 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 101, 06 de agosto del 2013, 10 horas 26 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 117, 20 de diciembre de 2013, 08 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 31, 09 de abril del 2014, 8 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 83, 07 de octubre del 2014, 11 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, resolución No. 85, 29 de setiembre de 2014, 10 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 1, 08 de enero de 2015, 15 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución No. 39, 30 de abril del 2015, 8 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, resolución No. 42, 11 de mayo del 2015, 13 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 88, 28 de mayo del 2015, de las 10 horas 30 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 90, 28 de mayo del 2015, 13 horas 45 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución No. 46, 29 de mayo del 2015, 8 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 94, 12 de junio del 2015, 10 horas 20 minutos.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 93, 04 de agosto de 2015, 13 horas.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, resolución No. 35, 30 de marzo del 2016, 15 horas.

- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 38, 29 de marzo del 2017, 13 horas 45 minutos.

Tribunal Segundo Civil

- Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, resolución No. 175, 12 de mayo de 2010, 13 horas 40 minutos.

Resoluciones Administrativas

Contraloría General de la República

- Contraloría General de la República, oficio No. 5076, 22 de junio del 1979.
- Contraloría General de la República, oficio No. 13758, 02 de noviembre de 1989.
- Contraloría General de la República, oficio No. 14267, 14 de noviembre de 1989.
- Contraloría General de la República, oficio No. 213, 19 de setiembre de 1997, 9 horas.
- Contraloría General de la República, oficio No. 3527 (DGCA 309-98), 07 de abril de 1998.
- Contraloría General de la República, oficio No. 2071 (DGCA-216-99), 26 de febrero de 1999.
- Contraloría General de la República, oficio No. 4047 (DGCA-396-99), 08 de abril de 1999.
- Contraloría General de la República, oficio No. 13793 (DAGJ-423-99), 29 de noviembre de 1999.
- Contraloría General de la República, resolución No. R-DAGJ-014-2000, 13 de enero de 2000, 14 horas 30 minutos.
- Contraloría General de la República, resolución No. RC-015-00, 07 de febrero del 2000, 15:00 horas.
- Contraloría General de la República, oficio No. 10811, 13 de octubre del 2000.
- Contraloría General de la República, oficio No. 7294 (DAGJ-1119-2001), 03 de julio de 2001.
- Contraloría General de la República, oficio No. 10415, 18 de setiembre del 2001.
- Contraloría General de la República, oficio No. 5068 (DAGJ-747-2002), 07 de mayo del 2002.

- Contraloría General de la República, oficio No. RC-759, 15 de noviembre del 2002, 13 horas.
- Contraloría General de la República, resolución No. R-DCA-240-2006, 24 de mayo del 2006, 9 horas.
- Contraloría General de la República, resolución No. R-DCA-424-2006, 18 de agosto del 2006, 9 horas 30 minutos.
- Contraloría General de la República, oficio No. DCA-1252, 13 de abril del 2007.
- Contraloría General de la República, resolución No. RDCA- 427-2007, 2 de octubre del 2007, 8 horas.
- Contraloría General de la República, Oficio No. 12259 (DCA-3445), 16 de octubre del 2007.
- Contraloría General de la República, oficio No. 3077 (DCA-978), 10 de abril del 2008.
- Contraloría General de la República, resolución No. R-DCA-417-2008, 14 de agosto del 2008.
- Contraloría General de la República, oficio No. 2581 (DJ-1043-2010), 17 de marzo del 2010.
- Contraloría General de la República, oficio No. 8045 (DJ-3327), 23 de agosto de 2010.
- Contraloría General de la República, oficio No. 8268 (DJ-3446), 27 de agosto de 2010.
- Contraloría General de la República, oficio No. 12679 (DCA-940), 20 de diciembre del 2010.
- Contraloría General de la República, oficio No. 157 (DCA-0050), 13 de enero del 2011.
- Contraloría General de la República, oficio No. 12.261 (DJ-1327-2011), 06 de diciembre de 2011.
- Contraloría General de la República, oficio No. DCA-3231 (12336), 07 de diciembre del 2011.
- Contraloría General de la República, oficio No. 171 (DCA-048), 13 de enero del 2012.

Procuraduría General de la República

- Procuraduría General de la República, dictamen No. C-061-96, 30 de abril de 1996.
- Procuraduría General de la República, dictamen No. 137-96, 6 de agosto de 1996.
- Procuraduría General de la República, opinión jurídica No. OJ-039-1999, 24 de marzo de 1999.
- Procuraduría General de la República, dictamen No. C-084-1999, 3 de mayo de 1999.

- Procuraduría General de la República, dictamen No. C-035-2003, 11 de febrero del 2003.
- Procuraduría General de la República, dictamen No. 365, 03 de diciembre del 2004.
- Procuraduría General de la República, dictamen No. C-120-2007, 18 de abril de 2007.
- Procuraduría General de la República, dictamen No. C-138-2014, 05 de mayo del 2014.
- Procuraduría General de la República, dictamen No. C-257-2014, 19 de agosto del 2014.