



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

FINIQUITO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO:

1. Oficios de la Contraloría General de la República.

- I. Oficio N° 694.
- II. Oficio N° 1614.
- III. Oficio N° 5223.
- IV. Oficio N° 14550.
- V. Oficio N° 0013.
- VI. Oficio N° 3765.



DESARROLLO:

1. Oficios de la Contraloría General de la República.

I. Oficio N° 694.

"Aclarado este aspecto, este Despacho procede a referirse a cada una de sus preguntas en el mismo orden en que fueron formuladas.

1. *¿Puede la Administración transar con un contratista los términos del finiquito de una relación contractual tomando en cuenta la cláusula penal, así como los daños y perjuicios estimados?*

Observamos que la Asesoría Legal de ese Tribunal analiza este punto a la luz de lo dispuesto en la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social No. 7727, sin embargo hemos de indicar que dicha normativa no resulta aplicable al tema bajo análisis.

La citada Ley No. 7727 propone algunos institutos como medios alternativos a los judiciales para resolver conflictos patrimoniales surgidos entre particulares, como son el arbitraje, la mediación, la conciliación y otras técnicas similares (artículo 2 de la ley).

En el caso consultado, por el contrario, lo que se consulta es la posibilidad de finiquitar una relación contractual, sea darla por finalizada, situación que se encuentra expresamente regulada en el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa y 13 de su Reglamento General.

En dichas normas se contemplan dos formas distintas por las cuales el Estado puede finiquitar sus relaciones contractuales, sea la vía de la rescisión o la resolución unilateral. En lo que interesa dispone el numeral 11 de la ley:

"Artículo 11.- Derecho de rescisión y resolución unilateral

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.

Cuando se ponga término al contrato, por causas que no se



le imputen al contratista, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.

En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato.

La Administración podrá reconocer, en sede administrativa, los extremos indicados en los incisos anteriores. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación de la Contraloría General de la República."

Como puede observarse, la ley faculta a la Administración para dar por terminadas unilateralmente sus relaciones contractuales no iniciadas o en curso de ejecución por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público.

En este sentido, el reglamento a la ley regula en forma separada la **resolución contractual**, sea la finalización del contrato en caso de incumplimiento imputable al contratista (artículo 13.2); y la **rescisión contractual**, sea la finalización por motivos de interés público, caso fortuito o fuerza mayor (artículo 13.3).

Si el finiquito a la relación contractual se produce por incumplimiento imputable al contratista (resolución), las normas reglamentarias disponen que la Administración deber realizar todos los trámites necesarios para resarcirse en los daños y perjuicios causados, incluyendo la ejecución de la garantía de cumplimiento y de las cláusulas penales.

En este sentido, indica el reglamento:

"13.2.5 Una vez firme la decisión administrativa de resolver, se procederá a la ejecución de la garantía de cumplimiento y de ser procedente, a la ejecución de las cláusulas penales previstas contractualmente.

13.2.6 La garantía de cumplimiento se ejecutará en la proporción necesaria para resarcir a la Administración de los daños y perjuicios causados.

13.2.7 En caso que el incumplimiento del contratista haya ocasionado a la Administración daños y perjuicios no



compensados con la ejecución de la garantía de cumplimiento, se dispondrá la adopción de las medidas necesarias para el debido resarcimiento."

En consecuencia, hemos de concluir que en estos casos, si la Administración decide finiquitar la relación contractual, es claro que sí debe tomar en cuenta dentro de dicho finiquito los daños y perjuicios que el contratista le haya ocasionado.

Ahora bien, si el finiquito se produce por motivos de interés público, caso fortuito o fuerza mayor (rescisión), la normativa parte del supuesto de que más bien es la Administración la que eventualmente tendría que indemnizar al contratista (vid. artículos 13.3.5 y 13.3.6).

En este segundo supuesto, se permite que la Administración indemnice al contratista por la parte efectivamente ejecutada del contrato y los gastos en que haya debido incurrir.

Así las cosas, hemos de concluir que en estos casos, si la Administración decide finiquitar la relación contractual, las normas también permiten que en el finiquito se tomen en consideración los daños y perjuicios causados al contratista, a fin de proceder a indemnizarle lo que legalmente le corresponda. Sin embargo, como en estos casos la finalización del contrato se produce por causas no imputables al contratista, carecería de sentido pensar en aplicar las cláusulas penales, las cuales proceden únicamente en contra de éste.

Finalmente, el numeral 13.3.7 del reglamento permite la finalización del contrato por mutuo acuerdo, cuando medien circunstancias de interés público suficientes para ello; y en este caso, se dispone que antes de acordarse la rescisión, las partes deben fijar con todo detalle las modalidades de liquidación o indemnización que correspondan.

2. En virtud de tal finiquito, ¿puede la Administración recibir bienes y servicios complementarios al objeto contractual?

En ninguno de los supuestos analizados anteriormente se prevé la posibilidad de que la Administración pueda aceptar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con otros bienes o servicios, en consecuencia, hemos de considerar que tal negociación no es factible.



3. ¿Tal finiquito requiere o no refrendo contralor?

Dentro de las disposiciones normativas analizadas, no existe la obligación para la Administración de que el acuerdo que las partes contratantes suscriban para resolver o rescindir una contratación administrativa deba contar con la aprobación de este Órgano Contralor, toda vez que lo acordado es de absoluta y exclusiva responsabilidad de las partes contratantes.

Lo que sí requiere de nuestra aprobación, por conllevar disposición de fondos públicos, son las eventuales liquidaciones que en carácter de indemnización reconozca la Administración en beneficio del particular; ello claro está, en casos de una rescisión unilateral por motivos de interés público, caso fortuito o fuerza mayor, o por mutuo acuerdo.

En este sentido, dispone el citado reglamento:

"13.3.4 Una vez firme el acuerdo de rescisión se procederá a la liquidación de las indemnizaciones que correspondan."

"13.5 Aprobación de la liquidación. Las liquidaciones de los extremos anteriores podrán ser reconocidos en sede administrativa, y requerirán para su pago, de la aprobación de la Contraloría General, órgano que dispondrá de treinta días hábiles para aprobar o improbar la resolución o efectuar las observaciones que considere pertinentes."

Finalmente, hemos de advertir que la decisión que en definitiva se tome respecto a la resolución o rescisión del contrato de referencia le compete en forma exclusiva a la Administración. No obstante, todo lo actuado podrá ser objeto de fiscalización posterior por parte de esta Contraloría General, en aplicación de las potestades que nos competen como ente de fiscalización superior de la Hacienda Pública".¹

II. Oficio N° 1614.

"El artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa faculta a la Administración para rescindir o resolver unilateralmente, según corresponda, sus relaciones contractuales, todo con apego al debido proceso. En el caso de la resolución nos encontramos ante un incumplimiento imputable al contratista, mientras que en la rescisión se da la situación contraria, es decir la causante es la Administración misma. De esta manera, únicamente será posible



llevar a cabo un finiquito contractual en el segundo supuesto, toda vez que solamente en esta hipótesis será procedente efectuar un pago al contratista.

Respecto a la rescisión, el reglamento a la ley contempla dos situaciones de rescisión diferentes, a saber, cuando la rescisión se origine en caso fortuito o fuerza mayor (artículo No. 13.3.5) o cuando se fundamente en motivos de interés público (artículo No. 13.3.6).

En el primer caso, cuando se trate de caso fortuito o fuerza mayor, se dispone que la Administración deberá resarcir únicamente la parte efectivamente ejecutada del contrato, así como los gastos en que haya debido incurrir -razonablemente- el contratista para la ejecución total del contrato.

En el segundo supuesto, la rescisión se fundamenta en motivos de interés público, se permite que la Administración indemnice, además de los costos ya incurridos, cualquier daño o perjuicio que causare al contratista con motivo de la terminación del contrato.

En este mismo orden de ideas, el numeral 13.5 dispone que la Contraloría General de la República se encuentra obligada a **aprobar la resolución que acuerde la liquidación de las eventuales indemnizaciones a cargo de la Administración.**

III- Sobre el caso particular.

Acorde con los antecedentes que nos fueron anexados, vemos que el Convenio celebrado entre ambas entidades en el año 1999 no fue refrendado por esta Contraloría General, por lo que ante la ausencia de refrendo en el negocio sujeto a finiquito, esta Contraloría General no determinó la legalidad del convenio acordado, en especial, si era posible que el ICCC otorgara en concesión el Hospital contra el Cáncer basados en la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, No. 7762-98.

Precisamente, se observa que la imposibilidad de llevar a cabo la concesión por medio de la ley de mérito, es el hecho que motiva la rescisión del acuerdo de voluntades y el pago que se pretende cobrar a través del finiquito; aspecto que debe ser resaltado en virtud de que la liquidación a que alude el numeral 13 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, únicamente se materializa en la eventualidad de ocurrir una rescisión unilateral por parte de la Administración **de un contrato ajustado**



al ordenamiento jurídico. Cabe advertir que aún en este supuesto, lo que aprueba este Órgano de Fiscalización Superior no es propiamente el documento de finiquito de la relación negocial, sino la resolución administrativa que deviene de él y que fundamenta cualquier monto a cancelar al contratista.

En esta línea de análisis, el eventual pago por parte del Instituto de un monto por concepto de indemnización - al haberse ejecutado un contrato vacío de sustento legal- requiere cancelarse por medio de una resolución de la Administración, estructurada de manera tal que contemple en forma clara tanto los hechos que la originaron.

Sobre el particular, resulta procedente transcribir, en lo que nos interesa, el oficio No. DGCA-1437-98 de la anterior Dirección General de Contratación Administrativa:

"Al respecto, ciertamente ni en la Ley de Contratación Administrativa, ni en su Reglamento General se contempla la posibilidad de realizar pagos en contrataciones irregulares, como si estaba previsto en los artículos 272 y 290 del anterior Reglamento de la Contratación Administrativa. No obstante, este Despacho es del criterio que ante tal vacío normativo debe aplicarse el principio indemnizatorio que contempla el artículo 191.1- **entiéndase 190.1-** de la Ley General de la Administración Pública, bajo los siguientes supuestos: **a)** que se trate de servicios ejecutados efectivamente, **b)** que exista un evidente provecho para la Administración; **c)** que exista buena fe de parte del contratista; **d)** que la compensación económica que se le otorgue sea a título de indemnización y no de "pago", en cuyo caso la Administración debe determinar el costo puro y simple del servicio, de acuerdo con los parámetros de mercado aplicables a la actividad, en forma razonada y documentada, rebajando cuando así se haya indicado en la oferta, la utilidad, o bien, rebajando un porcentaje fijo a título de lucro de la operación (...)

Adicionalmente, como consecuencia necesaria y paralela de una erogación de esta naturaleza, resulta obligatorio iniciar la investigación



pertinente para determinar si corresponde abrir procedimientos sancionatorios contra los funcionarios responsables de que el hecho se haya dado, para sentar las responsabilidades disciplinarias y pecuniarias del caso." (La negrilla es nuestra)

Asimismo, en el oficio No. DGCA-457-97 se manifestó:

"En ese sentido, debe aplicarse de manera extensiva el principio indemnizatorio que se contempla en el artículo 191.1 **-entiéndase 190.1-** de la Ley General de la Administración Pública, bajo el entendido de que se cumplen con los siguientes supuestos:

1. Que se trate de trabajos ejecutados o suministros recibidos efectivamente.
2. Que exista un evidente provecho para la Administración. Como nadie puede enriquecerse a costa del patrimonio de otro sin que medie justa causa, procede la repetición de lo recibido, y cuando ello no sea posible, la conversión a una suma de dinero.
3. Existencia de buena fe por parte del contratista. En ese sentido, la buena fe se presume, salvo que se logre demostrar que el "contratista" estaba advertido de la ilegalidad de la forma de contratación y a sabiendas, se aprovechó de ello. Ese aspecto deberá verificarlo la Administración.
4. La compensación económica que se otorgue, deberá ser a título de indemnización y no de "pago". El pago es una consecuencia directa de una obligación válidamente originada y en esta clase de casos, no podemos establecer esa condición.
5. Consecuencia necesaria y paralela de una erogación de esta naturaleza, es determinar de inmediato a las personas responsables de que el hecho se haya dado, para sentar las sanciones internas del caso, si fueran procedentes.



Finalmente, por ser necesario para un control posterior de esta clase de asuntos, se deberá elaborar un expediente independiente en el cual conste la resolución respectiva con los antecedentes que la motivan." (La negrilla es nuestra).

Como se observa de lo expuesto, al acaecer una contratación irregular lo que procede para reconocer al contratante es una indemnización por los servicios prestados, que en modo alguno tiene el carácter de pago, porque éste es una consecuencia de una obligación válidamente originada, o en otro decir, que fue ajustada a derecho".²

III. Oficio N° 5223.

"La norma que faculta a la Contraloría General para conocer del trámite de finiquitos la encontramos en el numeral 11 de la Ley de Contratación Administrativa y 13 de su Reglamento.

Dispone el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa lo siguiente:

"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.

Cuando se ponga término al contrato, por causas que no se le imputen al contratista, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.

En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato.

La Administración podrá reconocer, en sede administrativa, los extremos indicados en los incisos anteriores. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación de la Contraloría General de



la República."

Del texto de este numeral es posible extraer diversas conclusiones. En primer lugar, la norma transcrita faculta a la Administración para poner término a sus relaciones contractuales en forma unilateral en caso de que se presenten determinados supuestos. Así por ejemplo, se estará ante la figura de la resolución en aquellas situaciones en que existan razones de incumplimiento imputables al contratista, o por el contrario, si los móviles son externos a éste, se podría estar ante una circunstancia que origine la rescisión del contrato, lo cual podría presentarse por caso fortuito, fuerza mayor o por consideraciones de interés público.

Cuando se pone fin a una relación contractual mediante la rescisión unilateral, al no ser imputables al contratista las razones de la terminación, se prevé en la norma la necesidad de llevar a cabo una liquidación del contrato, para determinar las eventuales indemnizaciones que tendría que asumir la Administración, por no haber realizado el contrato tal y como se había acordado.

En ese sentido, los párrafos 2 y 3 del artículo antes transcrito se refieren a esta situación, incluso, como puede apreciarse, el numeral distingue cuáles rubros pueden ser reconocidos por la Administración en cada uno de los supuestos que justifiquen su actuar. De tal forma que, si se trata de una situación de caso fortuito o fuerza mayor, se dispone que la Administración deberá resarcir únicamente la parte efectivamente ejecutada del contrato, así como los gastos en que hubiera incurrido el contratista para la ejecución total del contrato. Ahora, si la rescisión se fundamenta en motivos de interés público, se permite que la Administración indemnice, además de los costos ya incurridos, cualquier daño o perjuicio que causare al contratista con motivo de la terminación del contrato.

Finalmente, el último párrafo del artículo, permite que los extremos a liquidar por cuenta de la Administración, se reconozcan en sede administrativa a través de un procedimiento que ella realice para esos efectos, del cual se emita una resolución de pago que debe ser aprobada por este Órgano de Fiscalización Superior para que pueda hacerse efectiva.

En complemento a lo anterior, el numeral 13.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa indica que "**las liquidaciones de los extremos anteriores podrán ser reconocidos en**



sede administrativa, y requerirán **para su pago**, de la aprobación de la Contraloría General, órgano que dispondrá de treinta días hábiles para aprobar o improbar **la resolución** o efectuar las observaciones que considere pertinentes." (La negrilla es nuestra).

Así las cosas, y tomando en cuenta que la Contraloría General es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública, se concluye que este Órgano de Fiscalización Superior únicamente ostenta competencia para aprobar **la resolución que acuerde la liquidación de las eventuales indemnizaciones a cargo de la Administración**, producto de rescindir un contrato administrativo, según lo indica el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa y 13 de su Reglamento General.

Considerando lo antes expuesto, de conformidad con el documento que fuera sometido a nuestro estudio, en el caso que nos ocupa nos encontramos ante una situación particular en la ambas administraciones acuerdan un finiquito para definir la forma de pago sobre el saldo que realizará el INVU de los recursos de FODESAF pendientes de recuperación, por lo que dicho convenio de finiquito no se enmarca dentro de los supuestos que establece el Artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa para que esta Contraloría General apruebe las resoluciones de pago, producto de finalizaciones anormales de los contratos estatales, según lo ya indicado. En consecuencia, se procede a la devolución sin trámite del convenio aportado.

Cabe agregar, que la situación planteada en dichos documentos, queda bajo exclusiva responsabilidad de las administraciones pactantes, debiendo realizar los actos necesarios para evitar cualquier daño al interés público, sin perjuicio del control posterior que este Órgano Contralor pueda llevar a cabo en el ejercicio de sus competencias constitucional y legalmente asignadas".³

IV. Oficio N° 14550.

"1. En su primera consulta, solicita criterio respecto a la posibilidad de "revivir" una contratación debidamente finiquitada, por motivo de la presentación de una enmienda a otra orden de modificación, alegando el contratista el pago de reajustes de precios.

Sobre el particular, creemos necesario analizar en que consiste la



figura jurídica del llamado "finiquito" y su relación con el tema de los reajustes de precios. Para ello, nos basaremos en lo dispuesto por la Sala Constitucional en su Voto No. 7261-94, cuando indica:

"...a falta de una norma legal expresa, que evidentemente para el caso concreto no existe, nos lleva a la conclusión que el derecho de reclamar y obtener el pago integral del precio de un contrato, incluyendo los reajustes, prescribe, por razones de seguridad jurídica, en los términos que se señalan en el artículo 868 del Código Civil, es decir, en diez años, **salvo que las partes hubieran puesto punto final a los derechos y obligaciones derivados del contrato, mediante la firma de liquidación y finiquito del mismo.** Esta conclusión es consecuencia de la naturaleza especial de la irrenunciabilidad de los reajustes de precios y derivada, también, del derecho a percibir el precio íntegro del contrato, que surge del artículo 228 del Reglamento de la Contratación Administrativa. **En otro sentido, el derecho de percibir los reajustes, prescribe junto con el derecho de percibir el precio, puesto que forman parte de éste, por lo que resulta una verdad de perogrullo, afirmar que los reajustes deberán sufrir el mismo destino que el precio.** En consecuencia, y habiéndose comprobado en el expediente que el contrato está todavía en la etapa de ejecución, no procede la excepción de prescripción en los términos que ha sido opuesta en el recurso...". (El destacado es nuestro).

Como lo manifiesta la Sala en su resolución, el finiquito es un acuerdo entre la Administración Pública y el contratista por el cual, se pone **fin a todas las obligaciones derivadas de dicha relación contractual**, dando por concluida la misma. Ello incluye lógicamente, el pago de los reajustes de precios que se adeuden con motivo del desequilibrio patrimonial del contrato, por lo que, una vez fenecido el mismo, no podrían volver a liquidarse.

En este sentido, nuestra anterior Dirección General de Asuntos Jurídicos, con motivo de varias consultas que formuló la Asesoría Legal del Instituto Nacional de Aprendizaje sobre los alcances del Voto No. 6432-98, señaló en su oficio No. 12236-99 del pasado 27 de octubre lo siguiente:

"En el citado voto, la Sala Constitucional estableció qué se consideran derechos adquiridos para efectos de la sentencia. Así, determinó -entre otros- como tales derechos los siguientes:



"b) igualmente lo son, todas las relaciones contractuales ya fenecidas y finiquitadas, en las que no existan reclamos por concepto de pago de reajustes de precios, independientemente del tiempo en que fueron formuladas y jurídicamente terminadas y de lo que se haya resuelto en aplicación de la normativa vigente".

No define en ese Voto qué se entiende por relaciones fenecidas y finiquitadas, ni se entra a hacer distinción alguna entre ambos conceptos. No obstante, pareciera desprenderse del texto de comentario, que el Tribunal Constitucional utilizó ambos términos para no dejar lugar a dudas respecto al estado de la relación que se dio entre las partes. De esta manera, en lo que se refiere a esta materia, se establece como requisito para estimar que existen derechos adquiridos de buena fe cuando no existan reclamos por concepto de pago de reajuste de precios.

En tal sentido, consideramos que en una relación fenecida y finiquitada, las partes no podrán ejercer reclamo alguno sobre la ejecución contractual, liquidándose así las obligaciones que subsistieren de la relación. Es decir, se presenta en este caso una situación jurídica en la que existe conformidad con las prestaciones derivadas de la ejecución contractual, sin perjuicio de la responsabilidad por vicios ocultos que se determina del artículo 35 de la Ley de Contratación Administrativa". (El destacado es nuestro).

La sola entrega definitiva de la obra no finiquita las responsabilidades derivadas de la ejecución contractual, ya que la misma se puede realizar aún bajo protesta. Así, no resultaría pertinente afirmar que una relación contractual se encuentre finiquitada con la entrega definitiva de la obra, si aún se mantienen algunos pagos pendientes. Debe recordarse que además del documento de finiquito, las partes pueden dar por concluidas sus relaciones, por una resolución judicial en la que se resuelvan sus conflictos, o por la aplicación de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos como lo indica el artículo 13 inciso 4.2) del Reglamento General de la Contratación Administrativa.

2. En su segundo punto, nos consulta si en las contrataciones con motivo de urgencia que efectúa la Administración, en las que por sus particularidades no puede confeccionarse un cartel o un procedimiento normal de contratación, tampoco existen finiquitos de obra, resultando difícil constatar si el empresario formuló una inconformidad por el no pago de reajustes. En esa situación nos indica si bastaría admitir el reclamo por reajustes con la sola



manifestación del ingeniero encargado de la obra, que hubo una entrega bajo protesta del contratista.

En cuanto a las contrataciones de emergencia, cabe señalar que éstas se producen por el acaecimiento de fenómenos naturales que afecten el normal desenvolvimiento de actividades de una zona o región del país en los cuales la Administración debe restablecer el orden, de manera que amerite la declaratoria de emergencia -como se pregunta en términos generales en este punto- para apartarse de las formalidades de la contratación administrativa, como lo es la preparación de un cartel, publicación de una invitación a participar de un concurso, recepción y evaluación de las ofertas, y demás actos necesarios que deben cumplirse en una contratación administrativa normal.

Esa situación se encuentra regulada con la actual Ley Nacional de Emergencias No. 7914 del pasado 28 de setiembre en sus numerales 25 y 42, en cuanto a los aspectos relacionados sobre contratos que se efectúen mientras éste permanezca.

En el artículo 25 se indica que le corresponde a la Comisión Nacional de Emergencias, luego de declarado el estado de emergencia planear, coordinar, dirigir y controlar las acciones orientadas a resolver necesidades urgentes, quedando obligada a ejecutar las contrataciones del personal especial requerido, para realizar las obras por ese período determinado, conforme a los términos de la declaración de emergencia.

Por su parte en el artículo 42 se manifiesta que luego de celebrados los contratos y las medidas que en forma inmediata debieron adoptar el Poder Ejecutivo o la Comisión ante una declaración de emergencia, para resolver las necesidades imperiosas de las personas y la protección de los bienes, existe la obligación de rendir las cuentas y los informes demandados por las leyes de control respectivas.

Junto a ese numeral, el artículo 7 de esta norma indica que esa declaratoria de emergencias le permite al Gobierno obtener con mayor agilidad los suficientes recursos económicos, materiales o de otro orden, pero con la obligación de rendir, a posteriori, las cuentas que demandan las leyes de control económico, jurídico y fiscal.

De lo antes expuesto, debemos señalar que si bien la ley permite que la Administración en situaciones de emergencia se aparte de los



mecanismos normales para llevar a cabo una relación contractual, no significa que la esté facultando para que incumpla con los principios generales de la contratación administrativa, debiendo también rendir cuentas, una vez finalizada la declaratoria de emergencia.

Dentro de ellos encontramos el principio de intangibilidad patrimonial, que busca mantener el equilibrio financiero de las prestaciones durante todo el transcurso de la relación, por lo que no encontramos motivo alguno para que no se retribuyan los reajustes de precios, cuando se hayan dado los supuestos necesarios para su reconocimiento -tal como la existencia previa de una estructura de precios y de una fórmula matemática-, aún cuando esa relación se inició para resolver una situación apremiante y finalice una vez concluida ésta.

Por otra parte, no compartimos las apreciaciones que formulan en su oficio, en cuanto a la imposibilidad de realizar un acuerdo de finiquito para las relaciones contractuales derivadas de una emergencia, dado que las situaciones excepcionales que originan esa contratación no impiden que cuando se haya cumplido con el objeto de la misma, las partes puedan finiquitar la relación a través de los medios establecidos al efecto. Por esta razón, no resulta atendible el motivo por el cual se pretenda en estas contrataciones de emergencia, desaplicar los medios para dar por concluida la relación contractual.

Asimismo, el hecho de asimilar el finiquito de la relación comercial con la entrega de las obras, es una apreciación incorrecta, ya que como lo indicamos en el punto anterior, podría darse bajo protesta, y formular posteriormente los reclamos por las obligaciones pendientes, que no han sido debidamente canceladas o ejecutadas, de acuerdo con las distintas modalidades de conclusión de los contratos.

3. Por último, consultan sobre la necesidad de que el contratista, una vez finalizado el contrato, manifieste su disconformidad de manera que tenga "vivo" su derecho al cobro de reajuste de precios.

Sobre este aspecto, es necesario remitirse a todo lo antes expuesto, en el sentido de que en tanto las partes no lleguen a un acuerdo de finiquito, donde se comprometan de común acuerdo y mediante un documento, a no ejercer ningún reclamo sobre la ejecución contractual -liquidando así las obligaciones que subsistieren de la ejecución del contrato-persistirá su derecho a



reclamar la satisfacción de las obligaciones pendientes. De igual forma, como lo hicimos al contestar el primer punto de su consulta, debe recordarse que además del finiquito, las partes pueden dar por finalizadas sus relaciones por una resolución judicial en la que se resuelvan sus conflictos, o por la aplicación de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos como lo indica el artículo 13 inciso 4.2) del Reglamento General de la Contratación Administrativa".⁴

V. Oficio N° 0013.

"Toda vez que al parecer existe una confusión entre los pagos que se efectúan a un contratista por la ejecución de una contratación irregular y los extremos que deben liquidarse ante una rescisión unilateral por parte de la Administración bajo la figura del finiquito contractual, procederemos en forma previa al análisis del caso concreto, a esbozar a grandes rasgos ambas situaciones.

1. DEL PAGO POR INDEMNIZACIÓN

Respecto al reconocimiento de montos correspondientes a indemnizaciones derivados de una contratación irregular, esta Contraloría General ha avalado esta posibilidad, siempre y cuando la misma se de por medio de una resolución administrativa estructurada de manera tal, que contemple en forma clara tanto los hechos que la originaron, como la normativa en la que se fundamenta.

Sobre el particular, cabe transcribir, en lo que nos interesa, el oficio No. DGCA-1437-98 de la anterior Dirección General de Contratación Administrativa:

"Al respecto, ciertamente ni en la Ley de Contratación Administrativa, ni en su Reglamento General se contempla la posibilidad de realizar pagos en contrataciones irregulares, como si estaba previsto en los artículos 272 y 290 del anterior Reglamento de la Contratación Administrativa. No obstante, este Despacho es del criterio que ante tal vacío normativo debe aplicarse el principio indemnizatorio que contempla el artículo 191.1-entiéndase 190.1- de la Ley General de la Administración Pública, bajo los siguientes supuestos: **a)** que se trate de servicios ejecutados efectivamente, **b)** que exista un evidente provecho para la Administración; **c)** que exista buena fe de parte del contratista; **d)** que la compensación económica que se le otorgue sea a título de indemnización y no de "pago", en cuyo caso la



Administración debe determinar el costo puro y simple del servicio, de acuerdo con los parámetros de mercado aplicables a la actividad, en forma razonada y documentada, rebajando cuando así se haya indicado en la oferta, la utilidad, o bien, rebajando un porcentaje fijo a título de lucro de la operación (...)

Adicionalmente, como consecuencia necesaria y paralela de una erogación de esta naturaleza, resulta obligatorio iniciar la investigación pertinente para determinar si corresponde abrir procedimientos sancionatorios contra los funcionarios responsables de que el hecho se haya dado, para sentar las responsabilidades disciplinarias y pecuniarias del caso." (La negrilla es nuestra)

Asimismo, en el oficio No. DGCA-457-97 se manifestó:

"En ese sentido, debe aplicarse de manera extensiva el principio indemnizatorio que se contempla en el artículo 191.1 **-entiéndase 190.1-** de la Ley General de la Administración Pública, bajo el entendido de que se cumplen con los siguientes supuestos:

1. Que se trate de trabajos ejecutados o suministros recibidos efectivamente.
2. Que exista un evidente provecho para la Administración. Como nadie puede enriquecerse a costa del patrimonio de otro sin que medie justa causa, procede la repetición de lo recibido, y cuando ello no sea posible, la conversión a una suma de dinero.
3. Existencia de buena fe por parte del contratista. En ese sentido, la buena fe se presume, salvo que se logre demostrar que el "contratista" estaba advertido de la ilegalidad de la forma de contratación y a sabiendas, se aprovechó de ello. Ese aspecto deberá verificarlo la Administración.
4. La compensación económica que se otorgue, deberá ser a título de indemnización y no de "pago". El pago es una consecuencia directa de una obligación válidamente originada y en esta clase de casos, no podemos establecer esa condición.
5. Consecuencia necesaria y paralela de una erogación de esta naturaleza, es determinar de inmediato a las personas responsables de que el hecho se haya dado, para sentar las sanciones internas del caso, si fueran procedentes.

Finalmente, por ser necesario para un control posterior de esta



clase de asuntos, se deberá elaborar un expediente independiente en el cual conste la resolución respectiva con los antecedentes que la motivan." (La negrilla es nuestra)

2. DE LA RESCISIÓN Y LA RESOLUCIÓN UNILATERAL

El artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa faculta a la Administración para rescindir o resolver unilateralmente, según corresponda, sus relaciones contractuales, todo con apego al debido proceso. En el caso de la resolución nos encontramos ante un incumplimiento imputable al contratista, mientras que en la rescisión se da la situación contraria, es decir la causante es la Administración misma. De esta manera, únicamente será posible llevar a cabo un finiquito contractual en el segundo supuesto, toda vez que solamente en esta hipótesis será procedente efectuar un pago al contratista.

Respecto a la rescisión, el reglamento a la ley contempla dos situaciones de rescisión diferentes, a saber, cuando la rescisión se origine en caso fortuito o fuerza mayor (artículo No. 13.3.5) o cuando se fundamente en motivos de interés público (artículo N° 13.3.6)

En el primer caso, cuando se trate de caso fortuito o fuerza mayor, se dispone que la Administración deberá resarcir únicamente la parte efectivamente ejecutada del contrato, así como los gastos en que haya debido incurrir -razonablemente- el contratista para la ejecución total del contrato.

En el segundo supuesto, la rescisión se fundamenta en motivos de interés público, se permite que la Administración indemnice, además de los costos ya incurridos, cualquier daño o perjuicio que causare al contratista con motivo de la terminación del contrato.

En este mismo orden de ideas, el numeral 13.5 dispone que la Contraloría General de la República se encuentra obligada a aprobar la resolución que acuerde la liquidación de las eventuales indemnizaciones a cargo de la Administración, producto de resolver o rescindir un contrato administrativo.

De esta manera, ante la eventual aprobación que debe realizar este Órgano de Fiscalización Superior de la citada resolución, le corresponde a la propia Administración -con el concurso de su asesoría jurídica- determinar si se dan o no los supuestos del artículo 11 de la Ley y 13 del Reglamento, para posteriormente



remitir el asunto a esta Contraloría General.

3. DEL PRESENTE CASO

Coincidimos plenamente con lo manifestado en la nota de remisión, en el sentido de que en el presente caso no nos encontramos ante ninguno de los supuestos cubiertos por el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa, precisamente este fue el sentir que dejamos plasmado en nuestro oficio No. 03765 del 24 de abril del presente año.

Al respecto es necesario tener presente que en dicha oportunidad únicamente nos fue remitida una fotocopia del documento denominado por ustedes como "Finiquito de obligaciones contractuales entre el Instituto Costarricense de Turismo y Ecodesarrollo Papagayo S. A.", por lo que nos limitamos a indicarles cuál es el procedimiento a seguir en caso de un finiquito contractual, situación que, reiteramos, únicamente se presenta en la eventualidad de una rescisión unilateral por parte de la Administración de un contrato que se encuentra válidamente en ejecución. Y aún en este supuesto, lo que aprueba este Órgano de Fiscalización Superior no es propiamente el documento de finiquito, sino la resolución administrativa que deviene de él y que fundamenta cualquier monto a cancelar al contratista.

Por el contrario, en el caso de mérito nos encontramos ante una contratación de obra irregular, toda vez que, tal y como queda debidamente consignado tanto en los documentos remitidos, como en el oficio N° 06350-94 de fecha 30 de mayo de 1994 de la anterior Dirección General de Contratación Administrativa, no se siguió el correcto procedimiento de contratación; de forma que existió un evidente vicio desde la suscripción misma de la relación contractual que ocasiona que la misma sea irregular. No resulta correcto señalar, como lo hacen en el punto 10 de su nota, que lo que ocurrió fue que se dejó sin efecto la forma de pago. En realidad nos encontramos ante una negociación improcedente, por lo que esto resulta irregular y no únicamente lo relativo al pago. Precisamente esta es la razón de que sólo sea posible reconocer al contratista lo realizado hasta ese momento y no la conclusión posterior de determinadas obras.

En esta línea de análisis, el pago por parte de la Administración de un monto por concepto de indemnización en la eventualidad de la ejecución de una contratación irregular debe seguir los parámetros ya expuestos en el apartado 1 del presente



oficio. En todo caso, es importante señalar que no le compete a esta Contraloría General aprobar o improbar el pago indemnizatorio de especie, quedando bajo exclusiva responsabilidad de la Administración determinar su procedencia, sin perjuicio de nuestro control posterior".⁵

VI. Oficio N° 3765.

"Damos respuesta a su nota No. G-1871-99 del 20 de setiembre de 1999, mediante la cual nos remite copia del documento de Finiquito de obligaciones contractuales entre el Instituto Costarricense de Turismo (ICT) y Ecodesarrollo Papagayo S.A.

Una vez realizado el análisis de rigor, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

De conformidad con el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa, así como el numeral 13.5 del Reglamento a esta ley, la liquidación de los extremos que se contemplan en este Finiquito, requerirán ser formalizados en una resolución administrativa, la cual deberá remitirse para nuestra aprobación junto con toda la documentación que sirva de soporte, para determinar que los rubros a reconocer se encuentran debidamente justificados.

De manera que al no remitírsenos la documentación adecuada, aunado al hecho de que lo que se nos envió es una copia y no un documento original, resulta procedente archivar sin más trámite su gestión.

No obstante lo anterior debemos manifestarle que causa honda preocupación a esta Contraloría el hecho de que la relación contractual se llevó a cabo, pese a que nuestra anterior Dirección General de Contratación Administrativa, mediante oficio No. 06350-94 de fecha 30 de mayo de 1994, y ante la solicitud planteada por el ICT "... para contratar en forma directa con la firma ECODesarrollo PAPAGAYO, S.A. la adquisición de las obras relacionadas con la construcción del tramo de carretera denominado Trancas-Nacascolo, S.A. en terrenos públicos, llevada a cabo por dicha firma en virtud del convenio de concesión suscrito con esa Entidad en el proyecto turístico Papagayo", señaló:

"Sobre el particular, me permito manifestarle que, al tenor de lo expuesto para fundamentar la gestión que nos ocupa, y, aparte de la imprecisión en cuanto al sujeto contratante, lo mismo que en cuanto a las dudas que genera el objeto contractual, el que por su



naturaleza intrínseca está fuera del comercio de los hombres, este Despacho no advierte que la situación planteada se enmarque dentro de alguno de los supuestos de excepción de contratación directa que establecen los numerales 198 y siguientes del Reglamento de la Contratación Administrativa, ni específicamente en el numeral 200, el que se invoca como fundamento de su gestión, por lo que mucho lamentamos no poder acceder a lo solicitado.

En todo caso, a la Administración que corresponda, le cabe definir, bajo su absoluta responsabilidad, las acciones a seguir en punto a las consecuencias legales que puede originar una contratación en la que no se han seguido los procedimientos normales establecidos al efecto, lo mismo que la posible compensación pecuniaria (si procediere), al contratista que, de buena fe y con evidente provecho para la Administración, se hubiere obligado con ella en violación a tales procedimientos ...".⁶



FUENTES CITADAS

- ¹ Contraloría General de la República, oficio N° 00694, dirigido al Tribunal Supremo de Elecciones, el 23 de enero, 2002.
- ² Contraloría General de la República, oficio N°. 01614, dirigido a la Gerencia de Servicios de Obra Pública y Transporte, el 14 de febrero, 2005.
- ³ Contraloría General de la República, oficio N°. 05223, dirigido al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, el 21 de abril, 2006.
- ⁴ Contraloría General de la República, oficio N°. 14550, dirigido a la Comisión Nacional de Emergencias, el 24 de diciembre de 1999.
- ⁵ Contraloría General de la República, oficio N° 00013, dirigido al Instituto Costarricense de Turismo, el 02 de enero, 2001.
- ⁶ Contraloría General de la República, oficio N° 03765, dirigido al Instituto Costarricense de Turismo, el 24 de abril, 2000.