

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Escuela de Derecho

**“La aplicación de las instituciones de la
Contratación Privada a los Contratos de la
Administración Pública”**

**Tesis para optar por el grado de licenciado en
derecho.**

José Andrés Meza Villalobos

Octubre, 2010

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

San Pedro, Montes de Oca

2010

Dedicatoria

A mi padre, ejemplo de honestidad, amor y trabajo duro, mi héroe, para él todo mi cariño y respeto. Gracias por tantas charlas y buenos momentos, pero sobre todo, por siempre estar ahí como mi guía, brindándome siempre tu consejo, sabiduría y apoyo incondicional. Lo que soy te lo debo en gran parte a ti.

A mi madre, fuente de amor y consejo, gracias por regalarme la vida, por enseñarme desde pequeño el camino a Dios, por brindarme tu amor incondicional. Siempre la palabra justa, el abrazo tierno ¿Que sería de mi vida sin ti? Te amo.

Agradecimientos

A Dios Padre, pues sin Él nada de esto sería posible.

A Adrián “Fello” por estar siempre ahí, por ser más que un hermano, sin tu apoyo esto no hubiese sido posible. Sin lugar a dudas nuestra amistad es de lo mejor que me dejó la universidad.

A Pame, cuántas risas, cuántos momentos inolvidables. Eres de esas personas que se llegan a albergar en el corazón para nunca irse. No podía pedir mejor amiga que tú.

A mi hermana Elisa, gracias por ser tan especial y llenar de luz y alegría mi vida. Te amo.

A mi hermano Tobías, por su apoyo incondicional, por enseñarme tantas cosas de la vida y lo bonita que es.

A don Eduardo Sancho González, por ser mi guía en tantos ámbitos de la vida pero por sobre todo por cada uno de sus consejos y valiosas lecciones que van más allá del ámbito jurídico. A él mi respeto, cariño y mayor admiración. Sin lugar a dudas un ejemplo de calor humano y sabiduría.

A Erick y Migue por ser mi familia fuera de casa y por hacer de la oficina un hogar.

Al Bufete Sancho y Asociados, por todo su apoyo y enseñanzas.

Índice

Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos	iii
Índice	iv
Resumen	ix
Ficha Bibliográfica	xii
Introducción.....	1
CAPÍTULO 1: CONTRATACIÓN PRIVADA	6
1.1. Generalidades	6
1.2. Libertad de Contratación	11
1.3. Contenido ilícito del contrato	16
1.3.1. Cláusulas contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres	16
1.3.2. Cláusulas abusivas	18
1.3.3. El abuso del derecho, la buena fe y el fraude de ley.	20
1.4. Elementos del contrato	22
1.4.1. Requisitos del contrato como acto jurídico	22
1.4.1.1. Los sujetos	22
1.4.1.2. El objeto	24
2. Formación del Contrato	30
2.1. El precontrato.....	30
2.1.1. El Pacto de Contrahendo	30
2.1.2. Promesa Unilateralmente aceptada	31
2.1.3. La promesa bilateral o recíproca	32
2.1.4. Las tratativas preliminares o culpa in contrahendo	32
2.4. El Consentimiento	33
2.5. Vicios en el consentimiento.....	38
2.5.1. El dolo	38
2.5.1.1. Requisitos para que se constituya el dolo como elemento que vicia el consentimiento.....	39

2.5.1.2.	Efectos jurídicos del dolo y el carácter no negociable del dolo futuro.	41
2.5.2.	El error	42
2.5.2.1.	Error jurídicamente relevante	42
2.5.3.	Violencia o intimidación	44
CAPÍTULO 2: EL CONTRATO ADMINISTRATIVO		46
1.	Concepto y naturaleza	46
2.	Elementos del Contrato Administrativo	47
2.1.	Sujetos: Las partes contractuales	48
2.1.1.	La administración.....	48
2.1.2.	Los cocontratantes o contratistas	49
2.1.3.	Competencia y capacidad.....	49
2.1.3.1.	Capacidad jurídica del contratista	50
2.1.3.2.	Competencia de la Administración	51
2.1.3.3.	Vicios en la capacidad y en la competencia	51
2.1.4.	Voluntad y consentimiento	51
2.1.5.	El objeto	53
2.1.6.	Forma	55
3.	Caracteres y régimen jurídico.....	57
3.1.	Desigualdad jurídica	58
3.2.	Cláusulas Exorbitantes.....	59
3.3.	Efectos respecto a terceros.....	64
4.	Formación del Contrato Administrativo.....	65
4.1.	Concepto del procedimiento de contratación	66
4.1.1.	Procedimiento de preparación del contrato.....	67
4.1.2.	Precontrato Administrativo	68
4.2.	Procedimientos Administrativos de Contratación	68
4.3.	Licitación	68
4.3.1.	Licitación Privada	72
4.3.2.	Contratación directa	74
4.3.3.	Remate Público	76
4.3.4.	Licitación Pública	77
4.3.4.1.	Fase Preparatoria	82
4.3.4.2.	Fase esencial.....	83

4.3.4.3.	Fase integrativa.....	83
4.3.4.4.	Principios de la contratación inmersos en la licitación	83
4.3.4.4.1.	Libre concurrencia	87
4.3.4.4.2.	Igualdad entre oferentes.....	89
4.3.4.4.3.	Publicidad	92
4.3.4.4.4.	Principio de legalidad o transparencia de los procedimientos.....	93
4.3.5.	Excepciones al procedimiento licitatorio	93
4.3.6.	Otras modalidades de contratación	94
4.3.6.1.	Licitación con financiamiento	94
4.3.6.2.	Precalificación	95
4.3.6.3.	Adjudicación por subasta a la baja	96
4.3.7.	Pliego de condiciones.....	97
4.3.8.	Publicación y llamado a licitación	100
4.3.8.1.	Registro de Proveedores	101
4.3.9.	Presentación de ofertas.....	103
4.3.10.	Estudio de las ofertas.....	105
4.3.11.	Adjudicación	108
5.	Recursos Administrativos.....	111
5.1.	Recurso de objeción.....	111
5.1.1.	Concepto	111
5.1.3.	Plazo para interponerlo	112
5.1.4.	Legitimación	113
5.1.5.	Plazo para resolver	113
5.2.	Recurso de Apelación	114
5.2.1.	Plazo para interponerlo	114
5.2.2.	Legitimidad	114
5.2.3.	Fundamentación del Recurso de Apelación.....	115
5.2.4.	Trámite del recurso.	115
5.3.	Recurso de Revocatoria	117
5.3.1.	Concepto	117
5.3.2.	Plazo para interponerlo	119
5.3.3.	Legitimación y fundamentación.....	120
5.3.4.	Plazo para resolver el recurso	122

5.3.5.	Resolución.....	122
6.	Ejecución del Contrato Administrativo.....	124
6.3.	Principios generales de ejecución.....	124
6.3.1.	Continuidad.....	124
6.3.2.	Mutabilidad.....	125
6.4.	Derechos de la Administración.....	128
6.4.1.	Dirección y Control.....	128
6.4.2.	Rescisión.....	130
6.4.3.	Sanción Contractual.....	132
6.4.4.	La prestación debida (capacidad para exigir el cumplimiento del contrato)	136
6.4.5.	Ejecución en término.....	137
6.5.	Derechos del Contratista.....	139
6.5.1.	Percepción del Precio.....	141
6.5.2.	Resolución del contrato por culpa de la Administración.....	143
6.5.3.	Resarcimiento por rescisión del contrato por razones de oportunidad.....	144
6.5.4.	Mantenimiento de la Ecuación económico-financiera del contrato.....	144
6.6.	Conclusión del contrato administrativo.....	146
6.6.1.	Cumplimiento del objeto.....	147
6.6.2.	Expiración del término.....	147
6.6.3.	Resolución.....	148
6.6.4.	Rescisión Administrativa.....	149
6.6.5.	Rescate.....	150
6.6.6.	Muerte y quiebra del contratista.....	151
	CAPÍTULO 3: PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN.....	153
1.	Principios de la contratación privada.....	153
1.1.	El derecho de resolución y su naturaleza jurídica.....	153
1.2.	Fundamento jurídico de la Resolución.....	155
1.3.	Presupuestos de la Resolución.....	156
1.3.1.	Parte legitimada para ejercer el derecho resolutorio.....	157
1.3.2.	El incumplimiento.....	157
1.3.2.1.	Culpa en el incumplimiento.....	158
1.3.2.2.	Importancia del incumplimiento.....	158
1.3.3.	Resolución por incumplimiento.....	161

1.4. Derecho optativo a la ejecución forzosa o resolución contractual.....	162
1.5. Efectos de la Resolución.....	163
1.6. Non Adimpleti Contractus.....	165
1.7. Cláusula Penal.....	168
1.7.1. Imputabilidad del incumplimiento.....	169
1.7.2. Posibilidad de pactar la cláusula penal.....	170
1.7.3. Cuantía de la cláusula Penal.....	170
1.7.4. Prueba de los daños y perjuicios.....	171
1.7.5. Inmutabilidad de la cláusula penal.....	172
2. Principios de la Contratación Administrativa.....	173
2.1. Resolución y rescisión del Contrato Administrativo.....	173
2.2. Cláusula Non Adimpleti Contractus.....	174
2.3. Cláusula Penal.....	176
3. Aplicación de los principios de la contratación privada a los contratos administrativos a la luz de la intangibilidad patrimonial.....	178
1. Fundamento.....	178
2. Intangibilidad patrimonial.....	179
3. Resolución.....	181
3.1. Procedencia de la resolución y rescisión.....	183
4. Procedencia de los principios de la contratación privada.....	185
4.1. Procedencia de los supuestos de rescisión civil para solicitar la rescisión administrativa.....	187
4.2. Non Adimpleti Contractus.....	190
4.2.1. Solicitud de resolución.....	192
4.2.2. Solicitud de cumplimiento del contrato.....	193
4.3. Cláusula Penal.....	200
4.3.1. Procedencia.....	200
4.3.2. Fijación de la cláusula penal.....	202
4.3.2.1. Sobre el estudio previo.....	206
4.3.3. Ejecución de la cláusula penal.....	208
Conclusiones.....	212
Recomendaciones.....	217
Bibliografía.....	219

Resumen

El carácter omiso y oscuro del que adolecen las pocas resoluciones que se han emitido en el ámbito judicial, atinentes a la aplicación de las instituciones de la contratación privada a los contratos de la Administración Pública, han motivado la iniciativa de llevar a cabo una investigación en ese campo. Dichas resoluciones son el origen de un profundo cuestionamiento de la práctica y doctrina jurídica, por cuanto estas carecen de un contenido claro y detallado, lo que genera dudas y lagunas normativas. Esta falencia no constituye sino un grave yerro jurídico, que debe ser subsanado por cuanto atenta directamente contra los intereses de la Administración Pública y de los administrados.

Es en este contexto que surge el deseo de hacer un estudio pormenorizado de ciertas figuras, de origen privado, que han pasado a ser utilizadas también en la contratación administrativa, pero sin hacerse antes una adecuada adaptación de las mismas, de manera que se logre respetar los principios que regulan el derecho público.

El objetivo general de este trabajo es determinar si las instituciones de la contratación privada, son susceptibles de ser aplicados de manera válida y eficaz a los contratos administrativos, lo cual implica el estudio del funcionamiento de ambas figuras contractuales, con sus respectivas figuras, para ver de qué manera estas pueden permearse de un ámbito al otro.

Por el planteamiento efectuado y por la ausencia de información con respecto a la temática de la Aplicación de los Institutos de la Contratación Privada a los Contratos Administrativos, consideramos que la investigación tendrá un carácter exploratorio¹, ya que representa una, si no la primera investigación sobre el tema que se realiza a nivel nacional. Es por ello, que buscamos efectuar un primer acercamiento sobre el análisis, la

¹ Hernández R, Fernández C. & Baptista P (1998). "Metodología de la Investigación". McGraw-Hill Interamericana editores. México.

aplicación de principios de una materia a otra, con el propósito de generar su cuestionamiento y posibilitar futuros estudios. Lo anterior se debe a que en torno a la Aplicación de los Institutos de la Contratación Administrativa a los Contratos Administrativos de manera específica, no se ha realizado una verdadera elaboración teórica o jurisprudencial. Así mismo, la investigación también tendrá un carácter descriptivo, porque busca establecer los lineamientos generales de ambas contrataciones, su estructura y posibles aplicaciones de sus principios dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Para lograr todo lo anterior, se utilizará el método analítico, así como también el inductivo y deductivo, que se desprende de la lectura de los libros y tratados doctrinarios relacionados con los temas mencionados, así como de la jurisprudencia y legislación que regulan la materia.

A raíz de la presente investigación se obtuvieron como conclusiones más importantes las siguientes:

La afirmación de un sector de la doctrina de que lo procedente en la contratación administrativa es el principio de la libre elección y no la licitación; siendo que esta debe entenderse como la excepción, es una tesis errada. Puesto que en el sistema costarricense, lo procedente es la licitación, que constituye el instrumento idóneo a la luz del artículo 182 de la Constitución Política; para garantizar la transparencia y la adecuada utilización de la Hacienda Pública en el procedimiento de elección del contratista.

En nuestro sistema la aplicación de la resolución y rescisión en la contratación administrativa, es independiente de lo establecido en la doctrina, puesto que a pesar de que la resolución opera igual que en la privada (con respecto a las causales y efectos), no sucede lo mismo con la rescisión; de manera tal que podría válidamente en el articulado hablarse de un rompimiento contractual, o fenecimiento del contrato, sin que se afectara la finalidad de la norma, pues lo que da origen a la aplicación del procedimiento son las causales taxativamente establecidas en la ley y no el nombre que se le dé a los institutos y la regulación que haga la doctrina de estos.

La *non adimpleti contractus* procede incluso en los contratos de concesión de servicio público, cuando la encargada de pagarle al contratista sea solamente la Administración y el incumplimiento de la Administración ha consistido en el no pago, puesto que en virtud del principio de la intangibilidad patrimonial y la no confiscación, no puede utilizarse el interés público a título suficiente para expropiar al contratista, quien ha hecho una proyección de sus finanzas y ejecución del contrato, para cumplir de manera eficiente con él, en el entendido de que la Administración sería diligente en el pago de sus obligaciones.

Ficha Bibliográfica

Meza Villalobos, José Andrés. La aplicación de las instituciones de la contratación privada a los contratos de la Administración Pública. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2010. Última página preliminar xi y última página del documento 229.

Director: Dr. Diego Baudrit Carrillo

Palabras Clave: contrato privado, contrato administrativo, prerrogativas de la Administración, non adimpleti contractus, cláusula penal, resolución, rescisión, intangibilidad patrimonial.

Introducción

El negocio jurídico, tradicionalmente definido como una manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, constituye un género amplio, donde encuentran cabida convenios, contratos, actos no patrimoniales, testamentos, etc, los cuales tienen en común la existencia de una voluntad exteriorizada y un fin al que se tiende con la programación de intereses.

Una parte fundamental de esta amplia categoría la constituyen los contratos, los cuales según sea su finalidad, los sujetos que los celebran, la materia que regulen y la finalidad que estos tengan, serán de carácter público-administrativo o privado.

El Derecho Civil y la contratación privada surgen mucho antes que sus homólogos en el ámbito público-administrativo. Esto porque el Estado, como lo conocemos en la actualidad, en su condición de persona jurídica, surge de manera muy posterior (Baja Edad Media, inicios del Renacimiento) con las ideas y postulados de grandes pensadores dentro de los cuales destacan Grocio, Puffendorf, Hobbes, Spinoza y Locke. No es sino, hasta la aparición del Estado como persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones, que podemos hablar válidamente de la posibilidad del Estado para contratar, en los términos que hoy conocemos. El Estado como tal persigue la satisfacción del interés público, es decir, vela por el bienestar de las personas y es en razón de esta finalidad, que emerge la gran variedad de obligaciones que debe cumplir y siendo que esta constituye una labor

titánica de casi imposible ejecución, dada la limitada infraestructura con la que cuenta el Estado, es que este debe acudir a los administrados, para que presten su colaboración en la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Es ante esta necesidad de cumplir las obligaciones y la imposibilidad del Estado de satisfacerlas de “propia mano”, que surge la figura del contrato administrativo, como una relación de cooperación voluntaria con la Administración Pública, para la satisfacción de funciones esenciales del Estado, es decir, fines públicos. El contrato administrativo como tal, se crea a partir del contrato privado o civil que ha sido objeto de un desarrollo profuso por parte de la doctrina. Así las cosas para la creación del contrato administrativo como tal se hace una adopción de las principales características y figuras del contrato civil, pero haciendo una adaptación de las mismas, de manera que se respeten los principios básicos que rigen el Derecho Público; es por esto que figuras como la *non adimpleti contractus*, la resolución y rescisión así como también la cláusula penal, han sido utilizadas comúnmente en la práctica contractual administrativa; su regulación y aplicación han sido objeto de constantes debates, principalmente en los tribunales. Este no ha sido el caso de la doctrina nacional, pues en este ámbito existe un incipiente desarrollo de su funcionamiento, regulación y operatividad en los contratos del Estado. Es en este sentido, que la presente investigación tiene como objetivo dar claridad y establecer una serie de pautas que sirvan como guía y criterio unificador, sobre el tratamiento correcto que deben tener estas figuras en la práctica comercial y jurídica diaria.

Es así que el objetivo general de este trabajo es determinar si los institutos de la contratación privada son susceptibles de ser aplicados, de una manera válida y eficaz, a los contratos administrativos, lo cual implica el estudio del funcionamiento de ambas figuras contractuales con sus respectivas figuras.

Debido a ello, en lo que concierne a los objetivos específicos, se procura analizar las instituciones y su funcionamiento en la contratación privada según la legislación costarricense; así como también, examinar y determinar sus homólogas en la contratación administrativa según la doctrina y legislación de Costa Rica. Además, determinar el alcance del principio de la intangibilidad patrimonial en los contratos administrativos, según la doctrina y la jurisprudencia costarricense. Finalmente, se procura analizar el funcionamiento de las figuras de la cláusula penal, rescisión y resolución, así como también, el de la cláusula penal en los contratos administrativos, y así determinar si el desarrollo de estos institutos es insuficiente y, si lo fuere, señalar algunas recomendaciones.

En consonancia con lo anterior, la hipótesis de la presente investigación es que al partir ambas figuras de un mismo punto el contrato, y servir una de base de la otra, teóricamente debe ser posible aplicar los institutos de una figura a otra; y si así fuere, podría recurrirse a la contratación privada para llenar los vacíos que existieren en la normativa administrativa, para resolver las controversias que se suscitaren, siempre y cuando se respetaren los principios del Derecho Público.

Por el planteamiento efectuado y por la ausencia de información con respecto a la temática de la Aplicación de Principios de la Contratación Privada a los Contratos

Administrativos, consideramos que la investigación tendrá un carácter exploratorio², ya que representa una si no la primera, investigación sobre el tema que se realiza a nivel nacional. Es por ello que buscamos efectuar un primer acercamiento sobre el análisis, la aplicación de principios de una materia a otra, con el propósito de generar su cuestionamiento y posibilitar futuros estudios. Lo anterior, se debe a que en torno a la Aplicación de los Principios de la Contratación Administrativa a los Contratos Administrativos de manera específica, no se ha realizado una verdadera elaboración teórica o jurisprudencial. Así mismo, la investigación también tendrá un carácter descriptivo, porque busca establecer los lineamientos generales de ambas contrataciones, su estructura y posibles aplicaciones de sus principios dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Para lograr todo lo anterior, se utilizará el método analítico, así como también el inductivo y deductivo, que se desprende de la lectura de los libros y tratados doctrinarios relacionados con los temas mencionados, así como de la jurisprudencia y legislación que regulan la materia.

Esta investigación se divide en tres Capítulos; siendo el Capítulo uno el atinente a la contratación privada, analizándose en este las principales características y funcionamiento. El capítulo dos se centra en un análisis del contrato administrativo tocándose lo atinente a sus etapas, principios, recursos, ejecución y finalización. Por

² Hernández R, Fernández C. & Baptista P (1998). "Metodología de la Investigación". McGraw-Hill Interamericana editores. México.

último en el capítulo tercero se hace un análisis de las instituciones de la resolución, rescisión, non adimpleti contractus y cláusula penal, pasando primero por el análisis de su funcionamiento en la contratación privada, para después determinar cómo han venido siendo utilizadas en la contratación administrativa para finalizar con un análisis comparativo del funcionamiento de estas instituciones en el derecho privado y en el ámbito administrativo. Todo esto a la luz del principio de intangibilidad patrimonial, para así poder determinar si estas figuras pueden ser aplicadas en la contratación administrativa de la misma manera en que se aplican en el ámbito privado.

CAPÍTULO 1: CONTRATACIÓN PRIVADA

El Contrato

1.1. Generalidades

El contrato es un **negocio jurídico**, que como vimos anteriormente en la parte introductoria, constituye una manifestación de voluntad que se dirige a la producción de efectos jurídicos de naturaleza privada.³

El contrato se puede definir como una manifestación bilateral o plurilateral de voluntades dirigidas a la producción de efectos jurídicos de naturaleza patrimonial, o como lo define Pothier como una:

“convención por la cual una o varias personas se obligan a dar, hacer o no hacer algo, a favor de otro y otros.”⁴

³ “El concepto de negocio jurídico fue desarrollado por la pandectística alemana del siglo XIX, y luego positivizado por el *bürgerliches Gesetzbuch (B.G.B.)* de 1900. En la sistemática del código Alemán, el negocio jurídico es la figura general y el contrato es una especie de dicho género, que también comprende las declaraciones unilaterales.” Así mencionado por Torrealba, Federico en su libro “Lecciones de Contratos”, ed. Chico, 2008, San José Costa Rica.

⁴ Citado por Baudrit, Diego. Derecho civil 4, Vol 1: Teoría General del Contrato, reimpresión de la 3era ed. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2007.p. 25.

La figura contractual nace como una forma mediante la cual las partes logran poner de acuerdo sus intereses, y concertar su voluntad, de manera tal que ambas obtengan las consecuencias jurídicas patrimoniales que desean, es decir, que ambas logren satisfacer sus pretensiones.

En el Derecho Romano no todo acuerdo de voluntades era considerado como contrato, sino solo aquellos convenios a los que la ley atribuía el efecto de engendrar obligaciones protegidas por una *actio*⁵. Es por eso que el Derecho actual nos da un concepto de contrato mientras que el Derecho Romano, lo que hacía era darnos una lista de contratos. Para que en verdad exista un contrato, la voluntad que ha sido expresada por las partes contratantes debe haber sido formada libremente, es decir, totalmente libre de vicios y coacción alguna, y debe haber sido externada por un sujeto capaz. En principio todas las personas adultas tienen capacidad de actuar y, consecuentemente, pueden disponer de sus derechos a la hora de realizar un contrato. Igual capacidad tienen las personas jurídicas o morales, ya que estas se encuentran equiparadas legalmente a las personas físicas, siempre y cuando, en la base legal⁶ de su creación, se exprese esta circunstancia. El contrato celebrado por un sujeto que no es capaz, es nulo, y lo puede alegar cualquier interesado.

El contrato o convención, como también se le conoce, implica que los contratantes manifiestan su voluntad de estar conformes en todo lo que concierne al objeto del acuerdo; es decir, que para poder hablar de que existe un contrato, el acuerdo entre las

⁵ La acción jurídica, el ejercicio de una potencia o facultad, el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar aquel.

⁶ En las escrituras constitutivas en el caso de las sociedades mercantiles.

partes debe ser total y definitivo. De manera que si existen manifestaciones de voluntad que difieren, no puede haber un contrato. Podría existir otra situación jurídica generadora de efectos, pero no un contrato propiamente dicho ya que, como hemos mencionado reiteradamente, se necesita que haya una verdadera coincidencia de voluntades en el objeto del acuerdo.

Cuando se afirma que para que exista un contrato debe haber un acuerdo total y definitivo, no se debe dejar de lado lo que se conoce como **pacto de contrahendo** o contrato de principio y los llamados contratos temporales.

El pacto de contrahendo es un contrato preparatorio, de manera que las partes aún sin llegar a un acuerdo definitivo, porque no quieren o no están en la posibilidad de hacerlo, se obligan en términos serios a formalizar en un futuro un contrato cuyas condiciones y elementos esenciales se encuentran dispuestas en este proyecto. A través de este pacto, las partes contratantes quedan obligadas a continuar las negociaciones previas al contrato definitivo.

Durante estas tratativas, los sujetos se encuentran sometidos a ciertos deberes jurídicos extracontractuales, entre los cuales destacan:

- Deber de no dañar a nadie (neminem laedere)⁷
- El deber de actuar de buena fe
- Mantenimiento de un comportamiento congruente con los actos propios
- Deber de ser claros a la hora de negociar y comunicarse

⁷ Principio recogido en el artículo 1045 del Código Civil (Responsabilidad extracontractual)

- Prohibición general del abuso de derecho.⁸

La vulneración de estos deberes durante el período precontractual puede implicar, siempre y cuando se causen daños a la contraparte, el nacimiento de la obligación de responsabilidad civil **extracontractual o aquiliana**. Los ejemplos más comunes de este tipo de responsabilidad también denominada como responsabilidad **in contrahendo**, derivan del rompimiento injustificado o arbitrario de las negociaciones, o también, del aprovechamiento sin contraprestación de información intercambiada a lo largo de la negociación.

Cabe destacar que el acreedor de la obligación de responsabilidad civil in contrahendo, no tiene derecho a que le sea indemnizado el interés positivo o lucro cesante o los beneficios que hubiese obtenido de haberse concretado el contrato. No obstante, la parte perjudicada tiene derecho a que se le indemnice el interés negativo, consistente en los daños y perjuicios derivados directamente de la no concreción del negocio, como por ejemplo, aquellos daños emergentes producto de gastos incurridos sin contrapartida útil, el costo de oportunidad de los recursos que hayan sido asignados a la negociación o la pérdida de la oportunidad de celebrar un negocio alternativo.

Cómo ejemplo de estos precontratos tenemos los contratos de negociación, en los que las partes establecen las reglas del juego transaccional, con miras a la celebración de un contrato principal posterior.

⁸ Contendida en el artículo 22 del Código Civil “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste...”

Los contratos parciales, otra forma de precontrato, se constituyen mientras que las partes continúan negociando las restantes prestaciones del contrato principal. Esta modalidad será válida mientras el objeto de la negociación sea divisible, y aún cuando no se llegue a un acuerdo respecto a las demás condiciones contractuales.⁹

Dentro de la categoría del precontrato de encuentran también las promesas de contratar, que pueden ser unilaterales o bilaterales, ya sea que solo una parte se obligue, o se obliguen ambas. El ejemplo clásico de las promesas de contratar está dado por la promesa de compraventa, que resulta unilateral cuando el promitente que pretende vender se obliga a otorgar al potencial adquirente la opción de decidir, dentro del plazo pactado, si adquiere o no el bien. Se considera bilateral en el supuesto de que ambas partes se hayan obligado recíprocamente a comprar y vender¹⁰.

En los casos de ejecuciones forzosas de promesas de contratar, estas se confunden con la ejecución forzosa del contrato principal, siempre y cuando esta sea posible, ya que en los casos de las prestaciones intuitu personae, como lo dispone el artículo 700 del Código Civil, esto no resulta posible, ya que *“Toda acción de hacer que exige indispensablemente la acción del deudor, lo mismo que la obligación de no hacer, se convierte en indemnización de daños y perjuicios en caso de falta de cumplimiento”*.

Este derecho a la ejecución forzosa se desprende del artículo 1066 que establece:

⁹ Un ejemplo de estos contratos parciales lo constituye el contrato de servicios legales, que normalmente está antecedido de un precontrato en el que se busca el análisis de la factibilidad de la causa.

¹⁰ Ver artículos 1053, 1054 y 1055 del Código Civil de Costa Rica.

“En la venta y en la promesa obligatoria de venta, si el dueño de la cosa se negare a llevar adelante el contrato, o no quisiere llenar las formalidades legales, tendrá derecho el acreedor para que el juez, en nombre del renuente, formalice el convenio, otorgue escritura y le haga entrega de la cosa”.

1.2. Libertad de Contratación

El principio de libertad contractual o libertad de contratación es una consecuencia del principio de autonomía de la voluntad, que rige la actividad privada y este, a su vez, resulta un aspecto del derecho que tienen las personas al libre desarrollo de su personalidad. Este principio de autonomía de la voluntad es el opuesto del principio de legalidad que rige la actividad del estado y se encuentra recogido en el numeral 11 de nuestra Constitución Política; así como también en el mismo numeral de la Ley General de la Administración Pública, principio que básicamente establece que el Estado se encuentra posibilitado a hacer solo aquello que le esté estrictamente permitido.

Cuando hablamos en derecho privado de la autonomía privada que tienen las partes, nos referimos a la posibilidad que tienen estas de realizar todos aquellos actos que no le estén prohibidos; esta potestad se deriva de los artículos 25, 26, y 28 de nuestra Constitución Política que mencionan en lo que interesa:

Art 25: “Los habitantes de la República tienen derecho de asociarse para fines lícitos...”

Art 26: “Todos tienen derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, ya sea para negocios privados...”

Art 28: “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...”

De la lectura integral de estos artículos se desprende el hecho de que las partes contratantes, y en general los sujetos en el ámbito del derecho privado, tienen libertad de contratar y obligarse a todo aquello que no contradiga la ley, la moral y las buenas costumbres.

Nuestra Sala Constitucional, al referirse al tema de la Libertad de Contratación¹¹, resume el contenido de la misma en cuatro elementos: a) la libertad de escoger al contratante; b) libertad para escoger el objeto del contrato, y por ende, de la prestación principal concreta; c) libertad en la determinación del precio; y d) el equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus prestaciones recíprocas; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto de los principios de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcance de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato.

¹¹ Sentencia número 3495-92, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, denominada de la “Ley de la Moneda”.

En doctrina, por ejemplo, el Código Civil español que establece la posibilidad de los contratantes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.¹²

En nuestro país, el artículo 627 como criterio general de las obligaciones, menciona como requisito para la validez de las mismas, que el objeto o pretensión de la obligación sea una cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación; de manera que una pretensión consistente en algo imposible según las reglas de la lógica y la experiencia, no puede ser objeto válido de una obligación, como tampoco podría serlo cuando el objeto es ilegítimo; siendo que aquella obligación sería completamente ineficaz¹³.

La voluntad de las partes para fijar el objeto contractual podrá ser restringida, siempre y cuando dichas limitaciones no hagan nugatorio el derecho de libertad contractual, ya que en caso contrario estaríamos en presencia de un acto administrativo o de soberanía, pero no ante un contrato.

Es admitido tanto por la doctrina extranjera como en la nuestra, que la libertad de contratación comprende, por un lado la posibilidad que tiene el individuo de decidir libremente si va a celebrar un contrato y con quién va a hacerlo (también conocida como **libertad de conclusión**); así como también elegir o decidir el contenido del mismo (**libertad de configuración interna**). Resulta contrario a esta libertad contractual lo que se conoce como **contrato dictado**, en el que básicamente se obliga a una persona a contratar con determinada entidad o persona y la de celebrar un determinado contrato.

Un ejemplo que ilustra de manera adecuada esta situación lo constituye la obligación legal

¹² Artículo 1255 del Código Civil español.

¹³ Artículo 631 del Código Civil.

de tomar pólizas de seguros. El legislador establece, de forma heterónoma, que aquellas personas que deseen ser partícipes de actividades que se consideren riesgosas, deben suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil. El objeto de estos seguros obligatorios es la indemnización de las potenciales víctimas, siendo que en este ámbito la libertad contractual se reduce a favor del interés general de protección a los posibles damnificados. Otro ejemplo de la vulneración a la libertad de conclusión es el que se presenta en el artículo 1121 de nuestro Código Civil, en el cual el sujeto contra el que se ha cedido a título oneroso un derecho litigioso, puede sustituir al cesionario en su posición contractual, si paga el precio real de la cesión, los gastos y costos legítimos y los intereses del precio desde el día en que se produjo el pago. De esta forma, el retractante-cedido adquiere el derecho litigioso, operando así la confusión y dándose entonces la terminación del juicio.¹⁴

Por otro lado tenemos la restricción a la libertad de configuración interna de los contratos, o fijación del contenido de los mismos, que se aprecia en la prohibición de vulnerar las buenas costumbres y de cobrar intereses usurarios; así como también todas aquellas contenidas en el artículo 1023 del Código Civil y las del artículo 42 de la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor.

Otro caso curioso dentro de las limitantes a la autonomía de la voluntad es el de la oferta; podría pensarse que en nuestro país opera lo que la doctrina francesa ha denominado el “Principio de la libre revocabilidad de la oferta”¹⁵. No obstante, al hacer un examen más

¹⁴ Otro ejemplo de esta restricción a la libertad de conclusión contractual lo constituye el artículo 2 de la Ley 6209 de Protección al Representante de Casas Extranjeras.

¹⁵ Esto de acuerdo al artículo 1010 de nuestro Código Civil.

sistemático del derecho positivo costarricense arribamos a la inevitable conclusión de que dicho principio tiene importantes excepciones en nuestro país; siendo que la propuesta contractual recepticia (dirigida a un sujeto determinado) sí constituye una fuente de obligaciones. Inclusive en este mismo sentido encontramos distinta normativa que preceptúa la obligación del proponente a **mantener su propuesta**, mientras no reciba respuesta de la otra parte¹⁶. En el supuesto de que las partes no estuvieren reunidas, la aceptación deberá hacerse dentro del plazo fijado por el oferente o, en su defecto, a falta de estipulación, dentro de un plazo de tres, diez y sesenta días, respectivamente, según el destinatario de la oferta se encuentre en la misma provincia, fuera de esta o en el extranjero. De manera que el proponente queda obligado por ley a mantener la propuesta recepticia durante el plazo que él mismo determine o, a falta de estipulación, durante el plazo legal anteriormente descrito. A contrario sensu, son revocables aquellas ofertas en las que el proponente se reserve expresamente su revocabilidad y las ofertas dirigidas al público o a persona indeterminada. El anterior es un caso de excepción en el que no se aplica plenamente el criterio de autonomía de la voluntad, puesto que en el supuesto de la oferta esta debe mantenerse siempre en los términos mencionados anteriormente.

El otro ejemplo de limitación a la libre determinación del contenido contractual lo constituyen los contratos de adhesión, en los cuales una parte, generalmente la más fuerte económicamente, es la que estipula el contenido del contrato. La contraparte solo decide si se “adhiera” a lo estipulado por la primera, sin ninguna posibilidad verdadera de negociar el contenido del mismo, ya que el contrato le es ofrecido en la práctica como un

¹⁶Artículo 1013 del Código Civil.

producto acabado. Si quiere o necesita el servicio o el bien, no tiene otra opción más que la de aceptar y suscribir el contrato (formulario), sabiendo de antemano que la ley ofrece remedios para restablecer el equilibrio, mediante la determinación y posterior anulación de aquellas cláusulas que se consideren exorbitantes y abusivas; empero, es atinente destacar que en principio el contrato de adhesión es válido, y el reclamo y anulación se da *ex post facto*.

Una vez señaladas las limitantes que rigen el Principio de la Autonomía de la Voluntad, es prudente mencionar que a pesar de éstas, sigue considerándose el principio rector de la actividad comercial privada, y por ende del Derecho Privado. Las actividades que celebremos como sujetos particulares, siempre estarán cobijadas por éste y serán válidas siempre y cuando no contradigan lo dispuesto en la ley, la moral y las buenas costumbres.

1.3. Contenido ilícito del contrato

1.3.1. Cláusulas contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres

Las normas de orden público no están sujetas a la disponibilidad o el arbitrio de las partes, es decir, son de acatamiento obligatorio. De manera tal que no sería lícito excluir convencionalmente su aplicación.

Sólo podría renunciarse a aplicar la ley específica en los casos en que la renuncia no fuera contraria del orden público y no constituyera un perjuicio para terceros¹⁷. De la misma manera no podría reputarse válida la cláusula que fuere contraria a lo dispuesto en la

¹⁷ Artículo 18 Código Civil.

normativa legal, siendo que el ordenamiento jurídico se opone a dichos actos, sancionándolos con nulidad absoluta¹⁸

Como ejemplos de normas de orden público tenemos:

- Artículo 70 de la Ley 7527 General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, que estatuye, a favor del arrendatario, un plazo mínimo de tres años. Si se pacta un plazo menor, los contratos *“se entenderán convenidos por tres años”*.
- Artículo 421 del Código Civil: *“Es nula la convención que estipule para el acreedor, en caso de no cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados”*. Por medio de esta norma es que se prohíbe el **pacto comisorio**, procurándose así evitar que los acreedores se adueñen, sin previo remate, de garantías que poseen un valor que por lo general excede el importe del débito.
- También con respecto a los intereses moratorios tenemos lo establecido por el artículo 428 del Código de Comercio, que prescribe que estos no pueden ser superiores en un 30 % a la tasa pactada para los intereses corrientes.
- Artículo 505 del Código de Comercio, que prohíbe capitalizar intereses *ex ante*, en la concertación del contrato de préstamo. Esto es lo que se conoce como la proscripción de anatocismo, también conocido como capitalización de intereses.

¹⁸ Artículo 19 Código Civil

1.3.2. Cláusulas abusivas

Otra limitación que tienen las partes a la hora de fijar el contenido del contrato, es el de la tipificación de las cláusulas abusivas. “Se puede entender por cláusulas abusivas, las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor...” (Así: Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, p. 138). Por otra parte la misma doctrina reconoce que las cláusulas abusivas, en última instancia, entrañan una lesión del principio de la buena fe contractual. En este sentido se sostiene: “Podemos decir que, en síntesis, todo el problema referido a las cláusulas abusivas debe hallar su adecuado remedio en la necesaria observancia de la buena fe en la celebración de los contratos...” (Farina, *Op. cit.* P. 149).¹⁹”

La primera lista de cláusulas abusivas se encuentra dada por el artículo 1023 del Código Civil; posteriormente el legislador, mediante ley 7472 de *Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, del 20 de diciembre de 1994, introduce otra lista de

¹⁹ Resolución N°65 de las 14:45 horas del 28 de junio de 1996, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

cláusulas abusivas en contratos de adhesión, específicamente en su artículo 42, que señala como tales las que:

- *Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto.*
- *Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente.*
- *Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.*
- *Faculten al predisponente para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente, nacido del contrato, excepto cuando tal rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al último.*
- *Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o en leyes especiales conexas.*
- *Sean ilegibles.*

Son **abusivas y relativamente nulas**, las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:

- *Confieran, al predisponente, plazos desproporcionados o poco precisos para aceptar o rechazar una propuesta o ejecutar una prestación.*
- *Otorguen, al predisponente, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para ejecutar la prestación a su cargo.*
- *Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños para resarcir por el adherente. En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales. Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente. (Así modificada su numeración por el artículo 80 de la ley N° 8343 de 27 de diciembre del 2002, Ley de Contingencia Fiscal, que lo pasó del 39 al 42)*

Como se aprecia en el artículo transcrito anteriormente, algunas cláusulas abusivas son absolutamente nulas; otras son simplemente anulables.

1.3.3. El abuso del derecho, la buena fe y el fraude de ley.

Contenidas en el Título Preliminar de nuestro Código Civil²⁰ se encuentran, tres figuras generales que resultan básicas para el derecho contractual. Se trata del principio general de buena fe, la prohibición al abuso del derecho y por último el fraude a la ley.

²⁰ Artículos 20,21 y22.

Estos tres principios, que han sido positivizados a través de las normas anteriormente descritas, le permiten al juez tener un control, no solo del contenido del contrato, es decir del clausulado contractual, sino que también le permiten a este controlar la conducta manifestada por las partes y la legalidad del acto contractual en su totalidad.

El **Principio de Buena Fe**, básico en la actividad privada y en la actividad comercial, permite sancionar el comportamiento negativo doloso. Nos menciona Federico Torrealba en “Lecciones de Contratos, Elementos del Contrato, ed 2008”, que *“entre las principales derivaciones del principio de buena fe se encuentra la **doctrina de los actos propios**, expresada en el vocablo venire contra factum proprium nulli conceditur. Se ha dicho que “Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe es la exigencia de un **comportamiento coherente**, lo que significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica ha suscitado en otra con su conducta confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella”.*²¹

Con respecto al fraude de ley, sabemos que su utilización le permite al juez sacar a la luz del día hechos ilícitos disfrazados bajo un manto de legalidad, trascendiendo, inclusive más allá de la letra y el discurso contractual, para descubrir las verdaderas atribuciones económicas que se encuentren ocultas en el texto contractual. De manera tal que si del análisis del clausulado contractual queda evidenciada la violación de alguna norma

²¹ Díez-Picazo, Luis. citado por Federico Torrealba. Op. cit.1. p.18.

jurídica, el juez se encuentra en la capacidad de desaplicar la norma que resulte abusiva o evasiva de la ley, y en su lugar aplicar la norma eludida.

Posteriormente, tenemos la figura del abuso del derecho, consistente en una limitación directa al principio *“qui suo iure utit neminem laedit”*²². De manera tal que amparado en este principio cualquier persona que haya sido perjudicada por el ejercicio inadecuado o antisocial de un derecho, puede ejercer medidas preventivas que busquen impedir la continuidad del abuso; así como también puede hacer uso de medidas correctivas consistentes en la indemnización de daños y perjuicios que ya hayan sido consumados.

1.4. Elementos del contrato

El contrato como todo acto jurídico tiene una serie de requisitos y elementos. Los requisitos son aquellos presupuestos necesarios y exteriores que determinan la existencia del acto. Los elementos están constituidos por aquellas características que el acto jurídico debe ostentar, considerando su naturaleza jurídica esencial.

1.4.1. Requisitos del contrato como acto jurídico

1.4.1.1. Los sujetos

Los sujetos que intervienen en la formación del contrato deben ser jurídicamente aptos, es decir, deben tener capacidad jurídica, tanto para actuar, como para ser sujetos de

²² “Quien ejerce su derecho a nadie daña”

imputación de derechos y obligaciones; por esto se excluye de la formación del mismo a aquellos individuos con incapacidad jurídica transitoria o permanente²³.

Para que el contrato sea válido y eficaz es necesario que le dé vida quien tenga la capacidad o poder para llevarlo a cabo, esto sin importar si se actúa de manera personal o por representación. En ambos casos aquel que celebra el negocio, ya sea en nombre propio o en nombre de un tercero (representación), debe cumplir las exigencias legales para poder actuar válidamente, como es el caso de la capacidad cognoscitiva, volitiva, la mayoría de edad, y en algunos casos, tener más de quince años; es diferente la situación de aquellos individuos que no alcanzan la edad de quince años, quienes son personas absolutamente incapaces de obligarse válidamente por actos o contratos que personalmente ejecute o celebre, salvo lo dispuesto sobre el matrimonio. De manera tal que la capacidad jurídica y la capacidad de actuar son requisitos subjetivos del contrato en el sentido de que su ausencia **excluye la validez o la eficacia** del negocio, implicando siempre la falta de capacidad al obrar la posibilidad de anular el negocio celebrado.

A mayor abundamiento es importante señalar que la capacidad jurídica que deben tener los sujetos para obligarse válidamente, pese a ser una sola, está compuesta por una doble dimensión; por un lado tenemos: a) la capacidad jurídica que radica en toda persona, que se puede ver como un sinónimo de personalidad, sujeto de derecho; y b) la capacidad de actuar, que va referida al poder que tiene un sujeto de crear a través de una manifestación de voluntad efectos jurídicos, que viene dada por ley solo a ciertos sujetos.

²³ Sobre la capacidad de las personas, ver Pérez, Víctor, Derecho Privado, 3ed. Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José. 1994. p.23.

De la mano con el concepto de la capacidad, aplica la figura de la legitimación, puesto que para ser sujeto de un contrato no sólo se requiere ser capaz de actuar, sino que hay que estar legitimado para realizar el contrato específico de que se trate. La legitimación es susceptible de ser definida de un modo negativo, en el tanto la consideramos como la calidad o capacidad de un determinado sujeto de realizar un contrato por no estarle prohibido expresamente por ley. Surge de nuevo en esta ocasión el sentido negativo característico de la autonomía de la voluntad que fue definido en secciones anteriores, y que es propio de la actividad privada; principio que nos autoriza a realizar válidamente aquellos actos que no estén vedados. Un caso que evidencia lo anterior es el de la prohibición que le limita la posibilidad a ciertas personas en función de su condición para adquirir bienes de manera directa o indirecta²⁴. En este caso a través de un mandato específico se deslegitima a una cantidad de personas en relación con la condición que ostentan como depositarios de confianza en la administración de bienes de terceros, ya que en principio aquellas personas que tengan capacidad y no se encuentren impedidos podrán comprar directamente o por interpuesta persona.

1.4.1.2. El objeto

El objeto del contrato está constituido por aquella prestación (conducta exigible) o prestaciones que las partes tienen como obligación cumplir en virtud del acuerdo por ellas formado. Normalmente esta obligación suele ser una prestación de *dar, hacer* o no

²⁴Artículo 1068 del Código Civil.

*hacer*²⁵, que establece un vínculo jurídico persona-persona, que le permite al acreedor reclamar o exigir al deudor una conducta (de hacer o no hacer), que constituye, en sentido estricto, el objeto de la obligación.²⁶

Todo contrato tiene un objeto, no obstante no es visto como una sola cosa, sino que el análisis de este objeto por lo general se realiza en tres vertientes:

Primera: El objeto como cosa, acá el análisis del objeto se enfoca en las cosas a las que se refieren las prestaciones, es decir, se analiza el concepto de la cosa vista por los romanos como “res”, en el que se incluyen tanto las cosas corporales como las incorporales (derechos reales, personales, de propiedad intelectual).

Segunda: El objeto como sinónimo de una conducta, en este plano la atención se dirige hacia las conductas exigibles a los deudores, o sea, las prestaciones en sentido estricto.

Tercera: El objeto como operación económica, en esta vertiente se procede a abandonar el análisis minucioso de las otras vertientes para pasar a analizar el contrato como un hecho económico, de manera tal que vemos el contrato como un hecho global, dejando de lado sus partes y las obligaciones contenidas en el mismo.

Para realizar un adecuado análisis del objeto, debemos señalar que este debe cumplir todos aquellos requisitos que tienen las cosas en general; es decir, ser determinadas o determinables, ser reductibles a un valor económico, lícitos, deben existir en un plano actual o futuro, ser posibles en el ámbito fáctico y jurídico (estar dentro del comercio),

²⁵ Artículo 629 Código Civil.

²⁶ Como ejemplo de varias conductas exigibles al vendedor, tenemos en el contrato de compraventa, la posibilidad del comprador de exigir a este, la transmisión del derecho de propiedad sobre el bien y la entrega material (traditio) o puesta a disposición de la cosa.

estar sujetas a disposición, es decir, ser disponibles. A continuación pasaremos a realizar una breve explicación de cada una de las características mencionadas anteriormente.

- **Ser determinadas o determinables**

Nuestro Código Civil, en su numeral 630, califica de ineficaz la obligación cuyo objeto “*no está determinado ni pueda determinarse*”; de manera tal que el objeto debe estar determinado al momento de la ejecución de la prestación, es decir, al momento del pago o cumplimiento de esta. Esta “*determinabilidad*” consiste en la fijación de los elementos objetivos con base en los cuales será posible determinar posteriormente el objeto. Lo más importante aquí es que dicha fijación no quede supeditada al arbitrio de uno de los sujetos, ya que de ser este el caso, estaríamos en presencia de una cláusula abusiva en los términos señalados en secciones anteriores.

- **Ser reductible a un valor exigible**

Toda obligación debe ser susceptible de ser reducida a un valor exigible, so pena de que de no ser posible esto, se calificará la misma como ineficaz²⁷.

- **El objeto debe de ser lícito**

Para que el objeto pueda ser considerado lícito, la prestación debe adecuarse a las actividades lícitas (no prohibidas por ley) y aquellas que no contradigan la moral y las buenas costumbres. Esta condición deberá ser cumplida por el objeto en toda ocasión so pena de nulidad absoluta del contrato.

²⁷ Artículo 630 del Código Civil.

- **El objeto debe existir**

El objeto visto como cosa, debe existir al momento del perfeccionamiento del contrato, si no este sería nulo por inexistencia del objeto. En el evento de que la cosa pereciera después del perfeccionamiento del contrato, se aplicarían las reglas de la teoría de los riesgos (si la cosa pereció por causa fortuita o fuerza mayor) o las reglas de la responsabilidad civil (si la cosa pereció o desapareció por culpa del deudor), puesto que la pérdida de la cosa produce la extinción de aquella obligación relativa a esa cosa²⁸.

El principio que acabamos de analizar, según el cual la cosa debe existir al momento del perfeccionamiento del contrato, admite las siguientes excepciones:

1. en los contratos aleatorios cuando una de las prestaciones depende de un evento futuro e incierto.
2. los contratos sobre cosas futuras.

Estas excepciones que permiten contratar sobre cosas futuras se encuentran amparadas en el artículo 629 del Código Civil. Otra posibilidad que tenemos cuando hablamos sobre cosas futuras, es la cesión de derechos referentes a estas cosas (art 1102 Código Civil)²⁹.

- **Ser posible en el plano fáctico**

²⁸ Artículo 830 Código Civil.

²⁹ Una limitación a esto la constituye la prohibición legal a realizar transacciones relativas a la futura sucesión de una persona, mientras ella esté viva, incluso aún con el consentimiento de esta (art 520 del Código Civil); cabe resaltar que aquella transacción sobre la sucesión futura se encuentra sancionada con nulidad de acuerdo con lo establecido por el numeral 1377 ibídem.

El objeto debe ser físicamente posible, es decir, debe ser posible su ejecución y existencia. Es importante resaltar que *“La imposibilidad física debe ser absoluta y permanente, y no temporal ni relativa, con respecto a la persona que se obliga”*³⁰.

- **Ser posible en el plano jurídico (Estar dentro del comercio)**

El objeto debe encontrarse dentro del comercio de los hombres en sentido jurídico; esto queda más claro si se analiza desde una óptica negativa, ya que hay cosas que se encuentran fuera del comercio de los hombres por mandato de la ley; por ejemplo, los derechos de la personalidad, los órganos y materiales anatómicos humanos, los bienes demaniales.

- **Disponibilidad**

Existen ciertas cosas que a pesar de encontrarse “dentro del comercio de los hombres”, se encuentran sujetas a restricciones legales o convencionales a la libre disponibilidad, por ejemplo:

- ❖ Limitaciones a la disponibilidad de la propiedad: a pesar de ser la enajenación uno de los atributos principales y más importantes del derecho de propiedad, esta puede estar limitada³¹; por ejemplo, la prohibición que

³⁰ Artículo 631 del Código Civil.

³¹ Artículo 292 del Código Civil.

tiene el dueño de traspasar el dominio de su predio, gravarlo, arrendarlo o subdividirlo, sin la autorización del IDA³².

- ❖ Limitación a la disponibilidad de derechos del arrendatario, de *“ceder el arriendo, ni de subarrendar o dar en usufructo, uso, habitación, comodato, fideicomiso el bien arrendado...”*³³.

1.4.2. Elementos del acto jurídico

El contrato tiene dos elementos indispensables: la voluntad y la forma y existe un tercer elemento discutido que es la causa.

- **Voluntad:** Es conocida como aquel querer interno que cuando resulta exteriorizado por una manifestación de la persona, produce efectos jurídicos al configurarse así el consentimiento, esencia del contrato.
- **Forma:** La forma está constituida por aquellos signos verificables, por medio de los cuales las partes logran manifestar su consentimiento. En ocasiones, el contrato debe seguir una determinada forma previamente establecida por ley, para que se considere formado (contratos solemnes).
- **Causa**³⁴: Motivo impulsivo y determinante que llevó a las partes a contratar, siempre y cuando estuviera determinado, expresa o tácitamente en el acuerdo.

³² Artículo 67 de la Ley de Tierras y Colonización.

³³ Artículo 78 de la Ley 7525 General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos.

2. Formación del Contrato

2.1. El precontrato

A pesar de lo que se mencionó en el primer epígrafe de este capítulo concerniente al precontrato, consideramos oportuno retomar los puntos más importantes. En este sentido resulta imperioso señalar nuevamente que el precontrato es un acuerdo entre dos o más sujetos acerca de intereses jurídicos patrimoniales, que tiene como objetivo la preparación o la celebración de un contrato en el futuro, que no se celebra en el momento por imposibilidad o deseo de los contratantes. El precontrato tiene el mismo régimen de todo contrato para su formación, efectos y extinción. Existen distintos tipos de precontratos.

2.1.1. El Pacto de Contrahendo

Las personas como parte de su libertad de contratación tienen la facultad de obligarse contractualmente a celebrar contratos futuros; esta es la esencia de lo que conocemos como pacto *de contrahendo*.

Podemos verlo como un acuerdo de principio, en el que las partes quedan obligadas entre sí a llevar a cabo tratativas y negociaciones con el objetivo de celebrar en un futuro un

³⁴ Debido a que la causa es objeto de debate sobre si resulta un elemento constitutivo del contrato o no, y siendo que este no es el tema que nos ocupa en la presente investigación, nos limitaremos a dar la definición que ofrece Capitant.(h) citada por Baudrit. Diego. Op.cit. 2.p. 17.

contrato definitivo. Un claro ejemplo de esto lo constituyen las negociaciones entre sujetos que buscan la formación de una futura sociedad mercantil. Es importante como lo indica el profesor Diego Baudrit³⁵, que “el pacto *de contrahendo* no es una oferta de contrato, es un acuerdo para llevar adelante negociaciones que tendrían como resultado un contrato futuro, cuyo objeto no está totalmente determinado”.

Otro elemento que resulta importante resaltar del pacto de *contrahendo*, es que liga a las partes de tal manera, que no podrían romper las negociaciones que se obligaron a celebrar sin dar origen a una responsabilidad civil contractual.

2.1.2. Promesa Unilateralmente aceptada

Es el acuerdo mediante el cual un sujeto presenta una oferta válida sobre un contrato futuro a otro sujeto, quien acepta o no recibir esta oferta para analizarla y posteriormente decidir si acepta o no la misma. La naturaleza contractual de esta figura reside en el hecho de que el acuerdo se contrae a fijar una oferta, irrevocable, para un contrato futuro. Estaríamos en presencia de un contrato unilateral, ya que solo aquel que formula la oferta se encuentra obligado, ya que el receptor de la oferta se convierte en titular de un derecho optativo, que es transmisible entre vivos y mortis causa si no se ha hecho estipulación en contrario. Cabe destacar que una vez aceptada la promesa, tiene que ejecutarse el contrato definitivo y no el precontrato, porque al aceptarse la promesa el precontrato se extingue, porque ya cumplió su propósito. En esta materia es importante

³⁵ Baudrit, Diego. Op.cit 2. p.54

recordar lo que se dijo anteriormente sobre la oferta, y el deber de mantenimiento de la misma.

2.1.3. La promesa bilateral o recíproca

Es similar a la figura anterior; no obstante, en esta figura ambos sujetos presentan de manera recíproca la oferta, que debe ser precisa y completa, de un contrato futuro. Ambos sujetos precontratantes fijan su voluntad por el tiempo de vigencia del precontrato, de manera que la aceptación pura y simple de cualquiera de ellos lleva a la conclusión del contrato definitivo. Esta promesa bilateral se diferencia de la unilateral en que en la primera todos los precontratantes deben mantener su oferta, no así en las promesas unilaterales donde la carga la tiene una sola de las partes.

2.1.4. Las tratativas preliminares o culpa in contrahendo

Las tratativas preliminares no tienen efectos jurídicos contractuales, ya que son aquellas conversaciones previas al contrato cuyo interés consiste en acercar a las partes de manera tal que estas posteriormente celebren un contrato. Esta etapa previa es parte de la libertad contractual que tienen las partes de proyectar un contrato futuro y separarse, sin responsabilidad, de las conversaciones preliminares. El derecho de separarse, no obstante, debe ejercitarse de manera que no afecte a otros; ya que si las conversaciones preliminares se rompen de manera abusiva, podríamos estar en presencia de una conducta dañosa jurídicamente, que da pie a la respectiva indemnización de daños y perjuicios (por responsabilidad extracontractual), y por ser esta responsabilidad generada

durante la etapa previa a la formación del contrato es que se denomina ***culpa in contrahendo***.

2.4. El Consentimiento

El consentimiento contractual ha sido considerado, con justa razón, como el alma del contrato³⁶, ya que presupone la intervención de dos voluntades conscientes y libremente manifestadas. Es decir, el consentimiento es la manifestación de voluntades que realizan las partes, mediante la que ellas acuerdan celebrar un contrato.

El consentimiento exige la concurrencia de varios elementos: la capacidad del sujeto, sobre la cual ya nos detuvimos a la hora de analizar las características de los sujetos en el contrato, concordancia respecto al objeto, la causa y la voluntad libremente manifestada.

El consentimiento no se forma y exterioriza hasta tanto no se haya formado una voluntad libre de vicios, y que haya sido externada eficazmente por los contrayentes.

La palabra, ya sea hablada o escrita, es el mejor medio para manifestar el consentimiento contractual, pero no necesariamente es el único. En la actualidad, debido a los avances tecnológicos, el desarrollo de la globalización y la necesidad de establecer procedimientos que agilicen el tráfico comercial, el consentimiento de los contratantes se ha ido revelando en distintas formas, apartadas del formalismo habitual que antes caracterizaba a las relaciones contractuales, adoptando ahora manifestaciones de voluntad que se

³⁶ Dispone el art. 1007 del Código Civil: “Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen del contrato se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija”.

podrían considerar tácitas o presuntas. Cabe señalar que aún cuando las formas mediante las cuales se exprese la voluntad puedan ser consideradas oscuras es preciso, ineludiblemente, para que estemos en presencia de un contrato, que se verifique que hay dos voluntades conscientes y libremente manifestadas para determinar si, en efecto, existe concordancia entre la oferta y la aceptación de la cosa objeto del contrato.

Podríamos establecer que en el actual tráfico privado la manifestación del consentimiento contractual viene dada en varias direcciones entre las cuales destacan:

- A. Consentimiento contractual manifestado a través de una conducta social típica,
- B. A través de abstenciones o silencios.

A. Consentimiento manifestado a través de una conducta social típica

Se alude a los contratos que se originan como producto del “contacto social”, por eso también son denominados por la doctrina italiana como “*relaciones contractuales fácticas*”. Dentro de este grupo encontramos las relaciones contractuales derivadas de culpa *in contrahendo*, las derivadas de la incorporación de un sujeto a una relación comunitaria, como la sociedad de hecho, y las dirigidas a obtener prestaciones ofrecidas por empresas de servicios públicos, como agua o electricidad.

Las conductas derivadas de la culpa *in contrahendo* conducen a relaciones de prestación fundadas, sin declaración de voluntad jurídico-negocial válida, en una conducta voluntaria

que lo que persigue es un fin que merece la protección y el reconocimiento de los contratos válidos.

En el grupo de los servicios públicos, nos dice Flume³⁷, que la voluntad del usuario se dirige regularmente a un resultado de hecho y no a la creación de efectos jurídicos; por tanto “obra” (en sentido típico social), no “declara”. Todo negocio jurídico, sigue diciendo, es conducta social típica. Y contesta negativamente al preguntarse si debe tratarse igual al que compra en un aparato automático o en un supermercado, que al que compra en la forma clásica. Cabe destacar, en este sentido, que el Tribunal Superior Alemán declaró que el contrato no sólo surge de la perfección jurídico negocial, sino también, según el principio de buena fe, por hechos “reales”. Por lo que tendríamos, entonces, que contrario a lo que dice Flume, en los casos antes mencionados también estaríamos en presencia de un contrato debidamente perfeccionado y no una manifestación u obra típica social. Es por esto, que nos inclinamos por aceptar la teoría que se orienta hacia la suposición de que la propia conducta del sujeto que resulta obligado exterioriza ya su aceptación, máxime cuando es uno de los casos en los que no se necesita una exteriorización de voluntad; totalmente expresa, sino que resulta suficiente la mera manifestación de voluntad, de manera que una eventual negativa a celebrar el contrato o a tenerlo por celebrado o incluso a negar el cumplimiento no sería atendible por ir en contra de los propios actos, es decir, de la buena fe.

En síntesis, en situaciones como las señaladas ha de determinarse que existió una manifestación de voluntad y no meramente una situación de hecho; ya que es en esta

³⁷ Citado por Santos. Jaime, La Contratación Privada Sus problemas con el tráfico moderno. Ed MONTECORVO, 1966, Madrid, p. 129.

manifestación de voluntad donde emerge la reciprocidad de prestaciones. Es por esta razón que realmente no habría una ficción de contrato (como menciona Fume), sino un consentimiento contractual verdadero, que puede ser manifestado tácitamente o en forma presunta.

B. Consentimiento contractual manifestado a través de abstenciones o silencio.

Existe en derecho contractual un principio denominado “qui tacet consentire non videtur” (el que calla no parece consentir) por lo que podríamos llegar a pensar que el consentimiento no puede ser manifestado a través de un silencio; no obstante, este principio no puede ser analizado aisladamente, ya que el que calla ha de ser consciente de que su silencio es considerado por la otra parte como manifestación de voluntad, sea de forma negativa o positiva. Si falta este presupuesto de análisis interno, no estaremos ante una verdadera declaración de voluntad libremente expresada.

En las leyes, usualmente, no se establece disposición expresa (por ejemplo, en nuestro Código Civil) de que exista un contrato ante el silencio de una oferta, no obstante una disposición del Código Civil Español, en su capítulo IV, sobre la interpretación de contratos, artículo 1282:

“Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato”

La abstención de un contratante deberá entenderse frente al oferente, no impidiendo que este, en su esfera interna, realice actos que ayuden a interpretar su abstención o aceptación de celebrar el contrato, como por ejemplo, si el contratante realiza actos de ejecución del contrato, cuando pone su nombre a un libro recibido o consume el alimento que tiene en sus manos.

También es importante tener en cuenta los usos y costumbres, los cuales son considerados como fuentes del ordenamiento jurídico, y su importancia aumenta considerablemente en materia comercial. De manera tal que, en relaciones entre comerciantes, debe tomarse en cuenta siempre el tráfico o actividad a la que se dedican ambos, para así determinar si el silencio puede ser visto como positivo o negativo.

Podríamos entonces distinguir tres tipos de silencio: el silencio simple, el consentimiento tácito, y el silencio cualificado.

El silencio simple es aquel acto negativo, que surge de la falta de toda expresión por parte del sujeto, de su deseo de consentir o no en un contrato. El simple silencio solo adquiere importancia jurídica cuando la ley le asigna determinado efecto; por su parte, el consentimiento tácito supone, al igual que el anterior, la ausencia de una manifestación de voluntad escrita u oral hacia el consentimiento o repulsión contractual. Este surge de actos con clara significación jurídica, orientados al nacimiento, modificación o extinción de una determinada relación jurídica; actos que resultan vinculantes para quien los realiza y contra los cuáles no podría dirigirse válidamente el sujeto que los ejecutó. Por último, estaríamos en presencia de un silencio cualificado, cuando el silencio se una a situaciones

positivas precedentes o a otros sucesos o hechos que sirvan para determinar que realmente se está dando una manifestación de voluntad.

2.5. Vicios en el consentimiento

2.5.1. El dolo

Existen en el Derecho Civil distintas acepciones de dolo, como por ejemplo:

- A. Dolo Generador de responsabilidad civil extracontractual.
- B. Dolo destructor del tope de la cláusula penal.
- C. Dolo como vicio del consentimiento.

A. Dolo Generador de responsabilidad civil extracontractual

Este es el tipo de dolo que se configura a la luz de lo que dispone el artículo 1045 del Código Civil y se trata de un dolo negativo o nocivo que genera responsabilidad civil:

“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.”

B. Dolo destructor del tope de la cláusula penal

Si las partes han convenido, mediante una cláusula penal, limitar cuantitativamente la responsabilidad eventual del deudor en caso de incumplimiento, dicho límite no opera en

caso de que el incumplimiento del contrato se repute doloso. Esto porque cuando el deudor por una cláusula penal se ha comprometido a pagar una suma determinada como indemnización de daños y perjuicios y 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 estipulada³⁸. En caso de que los daños excedieran el importe de la pena convenida, el acreedor conserva la posibilidad de reclamar una mayor indemnización, siempre y cuando logre probar el dolo del deudor³⁹.

C. Dolo como vicio del consentimiento

En este caso el dolo consiste en acciones y omisiones insidiosas o deshonestas de una de las partes, que influyen de manera determinante en la decisión de contratar de la contraparte. Este tipo de dolo visto como vicio del consentimiento es el que nos interesa.

2.5.1.1. Requisitos para que se constituya el dolo como elemento que vicia el consentimiento.

La conducta que se reputa como dolosa debe ser imputable a una de las partes, es decir se excluye el dolo de terceros; de manera que para que el dolo verdaderamente vicie el consentimiento, exige que la acción u omisión deshonestas sea atribuible a alguna de las partes contratantes. Otro elemento importante que debe tener el dolo para que vicie el

³⁸ Artículo 705 del Código Civil.

³⁹ Artículo 427 ídem.

consentimiento, es que debe tener una influencia decisiva⁴⁰ en el consentimiento de la parte que es víctima; de manera que, sin este, la parte no habría contratado o lo hubiera hecho bajo condiciones significativamente distintas o incluso opuestas. Es decir, debe ser posible determinar un nexo de causalidad entre el dolo de una de las partes y el consentimiento de la otra.

El otro tipo de dolo es el incidental, que es aquel que no conlleva la anulación del contrato, ya que con éste, la parte siempre hubiera contratado, solo que tal vez lo hubiese hecho bajo condiciones distintas. Este dolo al igual que el determinante, resulta generador de responsabilidad civil.⁴¹

Cabe destacar que la conducta de donde surge el dolo puede ser activa y omisiva (reticencia dolosa). Las acciones u omisiones pueden calificar como dolo, por ejemplo, cuando una parte omite deliberadamente poner en conocimiento información sensible para la configuración del *animus contrahendi* a la contraparte, originándose así el fenómeno que se conoce como reticencia dolosa.

Contrario a lo que se pudiera pensar y suele suceder, para que se configure el dolo no es necesario que la parte haga uso de artilugios, artificios o engaños; sino que las mentiras simples o alteraciones de la verdad, son suficientes para que se incurra en dolo.

⁴⁰ Es decir el dolo es determinante cuando se logra determinar que sin este la parte afectada del todo no hubiera contratado, o lo hubiera hecho bajo condiciones muy distintas.

⁴¹ Para diferenciar ambos tipos de dolo podemos echar mano al artículo 1020 del Código Civil, que establece que *“El dolo no vicia el consentimiento, sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiere habido contrato. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de daños y perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o se han aprovechado de él...”*

2.5.1.2. Efectos jurídicos del dolo y el carácter no negociable del dolo futuro.

El dolo determinante del consentimiento o dolo principal, tiene dos efectos: la anulabilidad del contrato y la responsabilidad civil por daños y perjuicios irrogados; mientras que el dolo incidental únicamente otorga derecho al cobro de la indemnización por daños y perjuicios, manteniendo el contrato su validez.

El dolo futuro no está sujeto a disposición y por lo tanto resulta intransigible, tanto en sus condiciones de aplicación como en sus efectos, porque el dolo no se presume y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasione aunque se hubiere pactado lo contrario⁴²; además, toda renuncia previa de la nulidad proveniente de fuerza, miedo o dolo es ineficaz⁴³, ya que constituiría una cláusula leonina o abusiva, que viciaría el contrato con nulidad absoluta. En un sentido similar, será nula también toda transacción que verse sobre delito, dolo o culpa futuros y sobre la acción civil que emerja de ellos⁴⁴.

La indisponibilidad del dolo futuro se aprecia incluso en las reglas relacionadas con la cláusula penal⁴⁵, la que bajo condiciones normales, es decir, sin la presencia de la actividad dolosa de la parte, tiene una función de tope máximo de los daños y perjuicios que debe reconocer el deudor que ha incumplido. No obstante, este tope máximo se rompe, en el supuesto de dolo, en el caso de que el “quantum” de los daños y perjuicios

⁴² Artículo 701 del Código Civil.

⁴³ Artículo 1021 ídem.

⁴⁴ Artículo 1377 íbidem.

⁴⁵ La cláusula penal constituye un acuerdo de liquidación anticipada de daños y perjuicios por el eventual incumplimiento o la ejecución defectuosa de la prestación.

irrogados por el acreedor exceda el monto estipulado en la cláusula penal. En estos casos el acreedor además tiene derecho a reclamar el monto que hiciera falta para que se diera una reparación integral del daño que le fue ocasionado.

2.5.2. El error

El error se define como una falsa representación de la realidad que, dependiendo de su relevancia, afecta la relación contractual.

Puesto que el alma del negocio jurídico se encuentra constituida por la voluntad de las partes, bien informada y manifestada de forma libre y clara, es que resulta indispensable que no se haya construido sobre una falsa concepción ya que si así lo fuera esta carecería de valor jurídico. En este sentido, también es oportuno manifestar que salvo en los casos del dolo y debido al principio de la seguridad jurídica, en principio el error de una de las partes no debiera causar perjuicio a su contraparte, que confía en el carácter serio de la declaración negocial.

Es por esto que se le concede al error el status de vicio del consentimiento; no obstante no todo error resulta relevante jurídicamente.

2.5.2.1. Error jurídicamente relevante

Para que un error resulte jurídicamente relevante debe reunir ciertas características:

- **Carácter determinante:** Debe existir una relación de causalidad entre el error y el consentimiento; de manera que, a falta de error, la parte no

habría celebrado el contrato o lo hubiera hecho bajo condiciones diferentes.

- **Excusabilidad:** El error debe ser excusable⁴⁶, es decir, que se pudo haber evitado siendo prudente y diligente, de acuerdo con el marco deontológico aplicable al sujeto específico.

Después de analizados estos presupuestos que se deben cumplir para que un error resulte jurídicamente relevante, debemos señalar que existen diversos tipos de error: por un lado, el **error como vicio de la voluntad**, que se por medio de la errónea concepción de la realidad, que conduce al sujeto a tomar la decisión de celebrar un contrato.

Otro tipo de error lo constituye el **error obstativo**, que consiste en la falsa representación externa de lo que verdaderamente quiere el sujeto.

Es importante señalar que el error vicio ocurre antes de que la parte tome la decisión de contratar, mientras que el error obstativo ocurre después de que la parte tomó la decisión de contratar.

Además, el **error in corpore** que *“recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata”*⁴⁷. Un ejemplo de este tipo de error se da cuando se cree adquirir un determinado inmueble; no obstante, en el contrato se consigna un número de matrícula diferente al que en realidad se quería.

⁴⁶ La excusabilidad resulta asimilable a la culpa en el sentido de que lo que se elabora es un modelo del deber ser, es decir, se analizan características que ostentan normalmente las personas diligentes y prudentes, de manera que se logre establecer criterios específicos que después son los que resultan exigibles a la persona.

⁴⁷ Inciso 2 del artículo 1015 del Código Civil.

“Cuando existe confusión sobre el tipo de negocio ya concluido, se debe analizar cuál fue la intencionalidad negocial de los contratantes, pues el contrato no es sólo la declaración de voluntad exteriorizada y plasmada en la manifestación oral o escrita, sino, también, la voluntad real para contratar tenida en mente por cada uno de los contratantes intervinientes⁴⁸.”

El **error in substantia** es el que recae sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa⁴⁹ específica, objeto del contrato.

2.5.3. Violencia o intimidación⁵⁰

La violencia y la intimidación consisten en el sometimiento de la voluntad a través del uso de la fuerza bruta o la coacción ilegítima, hacia la concertación de un contrato.

Al igual que con el dolo y el error, debe poder establecerse un nexo de causalidad entre el hecho y la celebración del contrato y el miedo o intimidación generado por la amenaza debe ser grave⁵¹.

⁴⁸ Resolución N°42 de las 15:00 horas del catorce de mayo de 1997, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁹ El Código Civil establece una noción de “cosa” bastante amplia abarcando tanto las cosas corporales como las incorporales dentro de las que se incluyen los derechos reales y personales. Por lo que podría pensarse que se trata de la sustancia o calidad esencial de las prestaciones del contrato, incluyendo las cosas corporales, derechos personales, obligaciones, derechos reales y obligaciones reales. (Ver libro de Federico Torrealba Navas, Op cit.1 pág. 150 y sgts.

⁵⁰ Artículos 1017 a 1019 del Código Civil.

⁵¹ Para determinar la gravedad debe realizar una ponderación de las condiciones particulares de la víctima, a la luz del artículo 1018 del Código Civil; también es importante determinar la existencia de una situación de poder, como relaciones de jerarquía o la existencia de un monopolio, o la existencia de dependencia económica.

Es importante señalar que, a diferencia del dolo, el miedo y la intimidación pueden provenir de cualquier sujeto y no solo necesariamente de la contraparte⁵². Se deben excluir aquellos miedos ocasionados por hechos de la naturaleza y delirios de persecución o estados emocionales alterados similares. De manera que la fuerza o intimidación deben ser legítimas.

En la doctrina moderna, explica Nipperdey⁵³ que se exige para la intimidación:

1. “El anuncio de un mal futuro dependiente en algún modo del amenazante
2. Dirigido a obtener una declaración de voluntad.
3. Que sea decisiva como determinante de la declaración pretendida.
4. No exige una gravedad especial del mal que amenaza⁵⁴.
5. Que actúe antijurídicamente sobre el amenazado.”

⁵² Artículo 1019 del Código Civil.

⁵³ Citado por Santos Briz, Jaime, op cit 22, pág 195.

⁵⁴ Tener en cuenta lo que se dijo en la cita número 28.

CAPÍTULO 2: EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Concepto y naturaleza

La naturaleza del contrato administrativo responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración Pública, destinado a satisfacer funciones esenciales del Estado; es decir, fines públicos, disfrutando la Administración de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución, etc) llamadas cláusulas exorbitantes, que se fundan en el interés público⁵⁵.

Este acto de colaboración se funda en un acuerdo de voluntades generador de obligaciones y por ello sinalagmático, celebrado entre un órgano del Estado – en ejercicio de las funciones administrativas que le competen – con otro órgano administrativo, un particular o un administrado, para satisfacer necesidades públicas.⁵⁶

El contrato administrativo surge a la vida jurídica como una “declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”⁵⁷ y la otra le presta colaboración a esta. Este sentido de colaboración implica un doble conjunto de consecuencias: el primero, a cargo del cocontratante al que se le exige el empleo del máximo esfuerzo, diligencia y capacidad técnica; es decir, se le requiere el ejercicio del mejor desempeño posible en la ejecución

⁵⁵ Voto 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁵⁶ Voto 1205-96 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁵⁷ Dromi, José Roberto. Manual de Derecho Administrativo, tomo 1. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1987. p. 236.

del contrato; en segundo término, los requerimientos que le son exigidos a la administración, como por ejemplo, el deber de acudir en auxilio del cocontratante según este lo requiera, según los casos para lograr la satisfacción de los fines públicos, como debe estar previsto en la normativa y la doctrina. Además de este auxilio, recordemos que también se le exige el ejercicio de ciertas potestades a las que se encuentra obligada, como producto de las prerrogativas virtuales ínsitas en el contrato administrativo, que por su naturaleza virtual, como veremos posteriormente, no necesitan estar expresamente contenidas en el contrato.

El contrato administrativo también es un medio a través del cual se exterioriza la actividad administrativa, constituyendo, además, una especie dentro del género contrato, cuya característica principal hállese en la finalidad de la convención y en la igualdad proporcional, y no cuantitativa o aritmética de las partes, con elementos, caracteres y efectos propios, que constituyen su régimen jurídico.

2. Elementos del Contrato Administrativo

En la formación de los contratos administrativos, encontramos los mismos elementos que en los actos administrativos:

- 1) Sujetos: competencia y capacidad;
- 2) voluntad;
- 3) objeto;
- 4) forma,

que son los elementos esenciales que atañen a la existencia y validez de los contratos administrativos.

2.1. Sujetos: Las partes contractuales

Los sujetos de los contratos administrativos son, por un lado, la Administración Pública manifestada por cualquiera de sus entes (Administración central, entes descentralizados, los entes públicos no estatales y las empresas públicas⁵⁸) y por el otro, el cocontratante, que pueden ser los particulares, individual o colectivamente o también la misma Administración.

2.1.1. La Administración

Según Dromi por el concepto de la Administración *“pueden ser sujetos de los contratos todas las personas públicas, es decir: el Estado Nacional, las provincias, los municipios, entidades autárquicas, empresas del Estado, corporaciones públicas, consorcios públicos, juntas vecinales públicas, y también las personas privadas, que en el caso ejerzan función administrativa por delegación estatal.”*⁵⁹

⁵⁸ Nos dice la Ley de Contratación Administrativa en su artículo primero que *“... Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley”*.

⁵⁹ Dromi, Op. cit. 33 pág.. 238.

En el artículo primero de nuestra Ley de Contratación Administrativa se establecen los sujetos cuya actividad se encuentra bajo el régimen de la Contratación Administrativa, lo que es coincidente con la doctrina.

2.1.2. Los cocontratantes o contratistas

Pueden ser cocontratantes de la Administración Pública las personas individuales, las jurídicas ya sean nacionales o extranjeras, que se encuentren domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, siempre y cuando se hallen encuadradas dentro de las normas que regulan lo atinente al contrato particular (licitación).⁶⁰

De acuerdo con la normativa costarricense, se excluye de la contratación administrativa a los entes públicos no estatales cuyo financiamiento provenga, en más de un 50 %, de recursos propios, los aportes o contribuciones de sus agremiados, y las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público⁶¹.

2.1.3. Competencia y capacidad

La competencia y capacidad son conceptos esenciales que integran el elemento sujeto. Ambos tienen implicaciones sobre la validez del contrato, pues se exige que los sujetos contratantes tengan aptitud legal para celebrar y posteriormente ejecutar el contrato. De

⁶⁰ Posteriormente cuando analicemos lo atinente a la elección del cocontratante o contratista, veremos que para su elección estos deberán demostrar su capacidad legal, técnica y financiera, de manera principal, lo que no excluye que posteriormente en los casos de licitación pública en el cartel se establezcan otros aspectos por considerar; no obstante, en principio lo que se busca demostrar es la capacidad del contratista con base en esos tres elementos principales.

⁶¹ Art 2 Ley de Contratación Administrativa; en adelante LCA.

manera que para celebrar un contrato administrativo se exige la capacidad jurídica del contratista, entendida como capacidad de actuar, y la competencia del órgano estatal o del ente que ejerce la función administrativa. Dicha competencia del órgano estatal en el ejercicio de la función administrativa, se encuentra tutelada por el derecho público.

Se debe incluir dentro de las condiciones de competencia del órgano estatal, su capacidad subjetiva, es decir, que debe encontrarse expresamente habilitado para contratar, en aras del cumplimiento del Principio de Legalidad que rige la actividad de la Administración.

2.1.3.1. Capacidad jurídica del contratista

Pueden ser elegidos como contratistas aquellas personas que cuenten con plena capacidad jurídica y de actuar⁶². También el Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa establece que sólo podrán contratar con la Administración, las personas físicas o jurídicas que cuenten con plena capacidad de actuar, y que no tengan impedimento por algunas de las causales⁶³ de incapacidad para contratar con la Administración y que se presumirá la capacidad de actuar de todo oferente, por lo que esa condición solamente deberá acreditarse por el adjudicatario⁶⁴.

Sobre la prohibición o incapacidad de celebrar contratos con la administración, los artículos 22 y 22 Bis de la Ley de Contratación Administrativa establecen los criterios para definir quiénes no pueden participar en los procedimientos de contratación.

⁶² Sobre este tema ver artículos 36 y siguientes del Código Civil de Costa Rica.

⁶³ Artículos 22 y 22 Bis de LCA, impedimentos para contratar con la Administración.

⁶⁴ Artículo 17 *ibíd.*

También el artículo 19 del Reglamento de dicha ley menciona que se encuentran imposibilitadas de contratar con la Administración, aquellas personas físicas o jurídicas que se encuentren cubiertas por los artículos anteriores, así como las que se encuentren sancionadas de conformidad con el artículo 100⁶⁵ de la Ley de Contratación Administrativa, y las que estén inhabilitadas para el ejercicio del comercio o se encuentren declaradas en estado de insolvencia o quiebra.

2.1.3.2. Competencia de la Administración

La competencia del órgano estatal para contratar se extenderá, esencialmente, hacia las siguientes facultades: aprobar y modificar los pliegos de condiciones, suspender la licitación, adjudicar, acordar la recepción definitiva y acordar la resolución o rescisión contractual.

2.1.3.3. Vicios en la capacidad y en la competencia

Aquellos vicios que surjan con respecto a la capacidad y la competencia, se regirán por las normas propias del acto administrativo; también rigen para estos vínculos contractuales las reglas concernientes al error, violencia, dolo, etc, de los actos administrativos.

2.1.4. Voluntad y consentimiento

Para que exista un contrato, tanto en el ámbito del Derecho Privado, como en el del Derecho Administrativo, se necesita que exista un acuerdo de voluntades entre las partes que le dé origen a la formación.

⁶⁵ Artículo 100 de la LCA, sanción de inhabilitación

En el caso de los contratos administrativos tenemos como parte fundamental a la Administración Pública y por el otro lado al contratista o cocontratante.

Se exige entonces, por un lado, la competencia del órgano que ejerce la función administrativa y por otro lado la capacidad⁶⁶ de actuar del cocontratante.

El consentimiento como manifestación válida de la voluntad de las partes contratantes, es lo que da origen a la existencia de un contrato; recordemos que el contrato es un acuerdo de voluntades coincidentes, libremente manifestadas con la finalidad de generar efectos jurídicos.

El consentimiento que contribuye a la formación del contrato, en el caso particular de cada parte, es la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral; posteriormente cuando ocurre la conjunción de ambas voluntades unilaterales para pasar a ser una sola, es que opera la “declaración de voluntad común negocial”⁶⁷.

Como ha quedado claro, para que exista contrato debe haber voluntad recíproca, de otra manera no estaríamos en presencia de un contrato sino a lo sumo de un acto administrativo unilateral.

En el caso de los contratos administrativos la formación del acuerdo de voluntades difiere sustancialmente de lo ocurrido en la contratación privada; por cuanto en esta la formación de la voluntad contractual puede ocurrir libremente, es decir, sin un procedimiento previo, ni formalidad más que las que dispongan las partes, cuando el tipo de contrato así lo permita. En la contratación administrativa, el procedimiento de

⁶⁶ Recordemos que competencia y capacidad atañen a los sujetos contratantes y son presupuestos de validez del contrato.

⁶⁷ Dromi, Op. cit. 33 pág. 241.

formación de la voluntad, que se formaliza con la presentación de la oferta contractual, y concluye con el acto de adjudicación, es de acatamiento obligatorio.

En doctrina nada obsta para que se celebren contratos administrativos cuyo contenido se establezca mediante el procedimiento de la libre discusión, sin que esto afecte la validez del contrato; empero, debido a las modalidades propias del derecho administrativo y la finalidad de la actividad de la Administración Pública, en cuyo mérito esta siempre debe tener presente el interés público, hace que en ese ámbito del derecho la conjunción de voluntades generalmente opere adhiriéndose el administrado – cocontratante- a cláusulas prefijadas por el Estado para cada caso en específico.

De modo tal que en materia de contratación administrativa, 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 contratantes, como, mediante la adherencia del contratista a cláusulas prefijadas al respecto por la Administración. Estas cláusulas de adhesión se caracterizan por ser: 1) Prerredactadas, conformando un verdadero contrato; 2) cláusulas para contratos en general, es decir convenciones que han sido propuestas para cualquier interesado.

2.1.5. El objeto

Al igual que en la contratación privada, el objeto, en el contrato administrativo, es la obligación que por él se constituye, obligación que tendrá por contenido una prestación de dar, hacer, o no hacer, según sea el deseo de las partes. El objeto del contrato, visto de

otra forma, sería la consecuencia que persiguen las partes al celebrarlo, como factor determinante de su voluntad.

Los contratos administrativos pueden tener por objeto la construcción de una obra pública⁶⁸, el suministro de bienes⁶⁹, la contratación de servicios⁷⁰, la enajenación de bienes inmuebles, la adquisición de estos, la concesión de instalaciones públicas y la de gestión de servicios públicos; así como cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses públicos y la satisfacción de necesidades generales. Siendo lo anterior una cláusula abierta adrede que convierte al objeto de la contratación administrativa en algo prácticamente ilimitado.

Existe dentro de los contratos administrativos la posibilidad de contratar cosas que no se encuentran dentro del comercio de los hombres, como por ejemplo, los bienes de dominio público, por ejemplo, una concesión de uso especial del dominio público.

El objeto del contrato administrativo, a diferencia del objeto en el contrato privado, es mutable; esto porque la administración, gracias a las prerrogativas virtuales que posee, que en virtud de esa condición no necesitan encontrarse explícitamente contenidas en las cláusulas cartelarias, puede modificar unilateralmente el contrato, dentro de ciertos límites, en el momento de que este se encuentre en ejecución.

El contenido del contrato deberá siempre ajustarse a las normas del derecho objetivo, es decir, que debe cumplir siempre ciertos requisitos, como: ser cierto, posible, determinado

⁶⁸ Artículo 57 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa

⁶⁹ Artículo 63 ídem

⁷⁰ Artículo 64 y siguientes íbidem

o determinable y lícito. No nos detendremos a analizar en qué consiste cada uno, nos remitimos a lo señalado en el capítulo anterior.

La causa es el motivo o razón determinante de los contratos; en el caso del contrato administrativo esta causa halla su asidero en la satisfacción del interés público. Esto porque el Estado no cuenta con la capacidad física para cubrir todas sus obligaciones, razón por la cual, para satisfacer el fin público que persigue (el bienestar de la colectividad *latu sensu*), debe contratar con particulares que le colaboren para llevar a cabo su labor; es entonces esta motivación la que sirve de causa para celebrar los contratos administrativos, causa que se encuentra ontológicamente comprendida en el objeto y la voluntad. La administración debe velar por establecer de manera clara y expresa los motivos determinantes de su obrar.

2.1.6. Forma

Resulta imperativo distinguir entre formalidades y forma. Las formalidades son aquellos requisitos esenciales, es decir “*conditios sine qua non*”, que han de observarse en la celebración del contrato. Estas pueden ser anteriores, como en el caso de los pliegos de condiciones, concomitantes o simultáneas, como el acto de adjudicación o posteriores como la aprobación y formalización escrita, en donde coinciden ambas voluntades.

La forma es uno de los requisitos esenciales; se refiere al modo concreto con que se documenta, materializa, exterioriza, objetiva e instrumenta el vínculo contractual, es decir, la declaración de voluntad.

Los interesados podrán utilizar la forma que consideren más conveniente; recordemos que de acuerdo con el principio de libertad formal, nada obsta, a falta de texto expreso que exija una determinada forma para que las partes decidan qué forma utilizar. Por lo general, en la mayoría de legislaciones se exige la forma escrita; no obstante nada impide, para que en ausencia de texto expreso las partes puedan convenir otro modo, como por ejemplo la contratación verbal, que resulta teóricamente admitida. No existen tampoco formas genéricas para la contratación administrativa, por lo que la forma escrita podría consistir en una escritura pública, o en un instrumento público, con la mera actuación del funcionario respectivo. En nuestro caso particular se exigen ciertas formalidades, por ejemplo en la redacción de la oferta, donde se requiere que esta sea escrita en idioma español⁷¹, así como también para la formulación de oferta en conjunto o en consorcio se tiene que suministrar documentos que acrediten dicha condición⁷². Otro ejemplo es el estudio de impacto ambiental que debe presentarse antes de cualquier contratación de obra pública⁷³, o el de la lista de todas las empresas a las que se planea subcontratar para llevar a cabo los servicios especializados que requiere la obra.

La inobservancia de las formas establecidas por la Ley de Contratación Administrativa, las prescritas en el reglamento a esa ley, así como también las establecidas en el pliego de condiciones del cartel que es el reglamento específico de cada contrato administrativo, vicia de invalidez a estos. Así las cosas, el perfeccionamiento del contrato depende del

⁷¹ Artículo 62 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa

⁷² Artículo 71 y 72 *ibíd.*

⁷³ Artículo 148 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

derecho positivo, pues hay disposiciones específicas para algunos de ellos que deberán ser seguidas siempre salvo estipulación en contrario.

3. Caracteres y régimen jurídico

Los contratos “administrativos”, propiamente dichos, tienen caracteres específicos que se traducen en prerrogativas especiales a favor de la Administración Pública. Esto se fundamenta en el hecho de que tales contratos tienden a facilitar el cumplimiento de funciones esenciales del Estado; es decir, la satisfacción de los fines públicos propios del mismo. Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato administrativo. Es así como la administración, dentro de ciertos límites, puede ejercer un control de alcance excepcional. En este sentido puede señalarse que la libertad de las partes queda circunscrita o limitada a la norma que fija el procedimiento para elegir al cocontratante; a la aprobación o autorización legislativa o administrativa, y en cuanto al objeto, este siempre ha de estar subordinado al interés público. En cuanto al contratista, este no tiene en principio la libertad de discutir las condiciones del contrato; solo puede aceptarlas o rechazarlas prevaleciendo el interés público sobre el interés privado⁷⁴. Las prerrogativas de la Administración se manifiestan en la desigualdad jurídica de los cocontratantes y en las cláusulas exorbitantes del

⁷⁴ El contratista puede negociar las cláusulas siempre y cuando la administración consienta esto; es decir, cuando se menciona que “en principio el contratista no tiene la posibilidad de negociar las cláusulas”, es porque en la práctica esto no suele ocurrir, pero no existe en doctrina prohibición para que si la administración así lo considera y autoriza, salvo norma en contrario, pueda negociar libremente las cláusulas con el contratista, siempre y cuando el interés público no resulte dañado.

derecho común; se trata entonces de reglas generales aplicables a todo contrato administrativo por ser ellas inherentes a la naturaleza de tales contratos.

3.1. Desigualdad jurídica

Las partes contratantes se encuentran en un plano de desigualdad frente a la administración, la cual ostenta una condición de superioridad jurídica muy marcada con respecto al contratista. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre partes contratantes, principio rector de los contratos civiles.

Cuando en el contrato, una de las partes es la Administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que provocan una subordinación jurídica del contratista a favor de esta; por ejemplo, el principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede, de manera limitada, ante el *ius variandi* que tiene la Administración a introducir modificaciones en el contrato, y que siempre y cuando se generen dentro de los límites normativos de la razonabilidad y la proporcionalidad, serán de acatamiento obligatorio para el cocontratante.

Esta situación de desigualdad jurídica se traduce en la potestad que tiene la Administración para:

- Adaptar el contrato a las necesidades públicas, modificando dentro de ciertos límites las obligaciones del cocontratante (modificación unilateral⁷⁵, mutabilidad del contrato). El contrato administrativo, entonces, carece de la rigidez e inmutabilidad que caracterizan a los contratos civiles.

⁷⁵ Artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa.

- Ejecutar el contrato por sí mismo o a través de un tercero, en caso de incumplimiento del contratista, o cuando este se haya constituido en mora en forma directa, unilateral y por culpa de este⁷⁶.
- Dejar unilateralmente el contrato sin efecto⁷⁷ en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan.

La desigualdad que caracteriza al contrato administrativo tiene su fundamento en la diferencia de objetivos perseguidos por las partes en el contrato; por un lado el contratista con su propósito económico privado, por el otro el fin público o necesidad colectiva que busca satisfacer la Administración.

3.2. Cláusulas Exorbitantes

Las cláusulas exorbitantes son cláusulas derogatorias que provienen del derecho común. Son totalmente inadmisibles en el derecho privado, ya que rompen el equilibrio o la igualdad entre las partes contratantes, además de la libertad contractual que caracteriza la actividad contractual en materia civil.

Visto de otra manera, constituyen cláusulas abusivas e inusuales en el derecho privado, ya que de ser incluidas en estos resultarían completamente nulas, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público.

⁷⁶ También conocido en doctrina como: “Ejecución con sustitución del cocontratante, *action de office o privilege du préalable*”. Ver Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, tomo 3-a, 1ed ABELEDO-PERROT, Buenos Aires. P. 349 y sgtes.

⁷⁷ Artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa.

Estas prerrogativas tienen por objeto la creación de derecho y obligaciones, que por su naturaleza no se encuadran dentro de lo establecido por leyes civiles y comerciales. En virtud de estas cláusulas, la Administración ejerce un control de alcance excepcional, modificando de manera unilateral las condiciones del contrato, estableciendo directrices para el contratista, declarando extinguido el contrato por ella y ante ella e incluso imponiendo sanciones.

A manera de ejemplo, resultan tan ilícitas en derecho privado las cláusulas que le permiten a la administración a rescindir el contrato por sí y ante sí, o a dar instrucciones a su cocontratante, como aquellas que violan el pacto comisorio, y facultasen al acreedor hipotecario a vender por sí mismo sin intervención judicial el inmueble gravado por falta de pago. Las cláusulas exorbitantes pueden ser virtuales o implícitas, es decir, que se omitan en los contratos administrativos⁷⁸ y expresas; como ejemplo de las primeras tenemos las que autorizan a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución, así como también, el régimen de la interpretación especial de las cláusulas contractuales. Las limitaciones a estas cláusulas están dadas por la juridicidad de la actividad administrativa, tanto en su aspecto reglado como discrecional, por lo que les será aplicable a éstas la regulación establecida para los actos administrativos.

⁷⁸ La omisión de las mismas no conlleva la inaplicación de estas, puesto que al ser estas cláusulas ínsitas a la naturaleza del Contrato Administrativo, no necesitan ser especificadas ni estar explícitamente establecidas para que sean aplicables.

3.3 Derechos y obligaciones personales

Un carácter típico de los contratos administrativos es que el mismo crea, según los casos, ya sea una obligación personal o ya un derecho personal a cargo o a favor del contratista, según se esté en presencia de un contrato de “colaboración” o de “atribución”, respectivamente.⁷⁹ En principio, los derechos y obligaciones que surgen del contrato administrativo, en relación con el contratista, son de carácter personal, es decir *intuiti personae*, aunque también los hay *intuitu rei*. La doctrina, en general, al referirse a esta cuestión no distingue entre contratos de colaboración (de obra pública, concesión de servicio público) y contratos de atribución (concesión del dominio público); es incluso omisa al referirse a la posibilidad de que existe la posibilidad de celebrar un contrato administrativo *intuitu rei*, no obstante la obligación que se desprende del contrato administrativo será siempre personal. Es este un principio general, válido para todos los contratos administrativos; todos son **concluidos** intuitu personae, aún los que se llevan a cabo mediante licitación.

Una vez celebrado el contrato la Administración se refugia en la solvencia económica, jurídica y técnica de su cocontratante⁸⁰, prohibiendo en principio la transferencia de los derechos contractuales⁸¹, salvo autorización o pacto expreso.

Recapitulando lo anterior, como reflejo de que la obligación o derecho emanado del contrato administrativo, le corresponden exclusivamente al contratista, de manera personal, podemos afirmar:

⁷⁹ Marienhoff. Miguel, Op.cit 72. P. 315.

⁸⁰ Artículo 16 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

⁸¹ Artículo 36 ídem.

- El contratista no podrá, salvo que el contrato o la Administración así lo autoricen expresamente *ab initio*, ceder o transferir el contrato, colocando a un tercero en su lugar.⁸²
- La misma prohibición rige para el contratista con respecto a la subcontratación, puesto que sin autorización expresa de la Administración Pública, no puede subcontratar recibiendo la colaboración de un tercero. En nuestro país dicha prohibición se establece hasta en un 50 % del monto adjudicado⁸³.

Dada la calidad esencial que debe ostentar el contratista originario y la prohibición legal o convencional de la subcontratación, se prohíbe, en principio, todo nuevo contrato por el cual una persona extraña a la relación jurídica contractual, asuma facultades concernientes a la posición de una de las partes vía sucesión constitutiva, sin que se haya extinguido antes la relación primigenia. De manera que no puede el contratista realizar cesión o subcontratación alguna sin la previa autorización de la Administración. Esta autorización no exime al contratista de sus responsabilidades. El contratista que ceda el contrato sin estar autorizado para ello incurrirá en grave responsabilidad; su actitud implicará incumplimiento del contrato; de ahí que dicha cesión no le pueda ser opuesta válidamente a la Administración Pública y que el contrato originario celebrado entre la Administración y el contratista pueda ser extinguido.

El subcontrato presenta diferencias importantes con la cesión; por ejemplo, en el subcontrato el cocontratante de la Administración sigue siendo el responsable directo de la ejecución contractual. El subcontratista no se convierte en parte del contrato principal,

⁸² Sentencia número 5403-95 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁸³ Artículo 69 del Reglamento a la LCA.

así como tampoco viene a sustituir al contratista. Es decir, el subcontrato solamente toma en consideración la ejecución de un tercero de una porción del objeto contractual. El contratista que subcontrata sin autorización incurre en incumplimiento del contrato, asumiendo entonces aquellas consecuencias jurídicas que le sean imputables de acuerdo con lo pactado y con la normativa vigente. No obstante, aquella subcontratación que sea autorizada por la Administración le concede al subcontratista acción contra ella.

Cuando exista sustitución total en la ejecución del contrato no habrá subcontratación, sino cesión del contrato. Cuando solo exista subcontrato, el cocontratante de la Administración seguirá siendo el director responsable del cumplimiento del objeto contractual, quedando en pleno vigor su vinculación contractual con la administración. Es el carácter de total sustitución o de parcial colaboración lo que distingue la cesión del contrato de la subcontratación.

El fundamento de la originaria prohibición doctrinal de ceder o subcontratar, consiste en que, aun cuando lo *intuitu personae* no fuere decisivo, siempre las características del contratista son fundamentales, en el sentido de que debe tratarse de una persona que tenga idoneidad legal, técnica y financiera. Las características del cocontratante siempre serán de importancia para la Administración la cual no puede contratar con personas inidóneas ni aún tratándose de los contratos de atribución o en los celebrados *intuitu rei*. Esto porque la actividad desplegada por la Administración Pública tiende a la satisfacción del bienestar general, y se estima que para esto la Administración deberá siempre debe contratar con personas que resulten ideales, de ahí que una vez que ya se aceptó a determinada persona como contratante, habiéndose verificado de previo que resulta

idónea, esta no podrá ceder su contrato en todo o en parte ya sea cediéndolo o subcontratando, sin el visto bueno de la Administración, pues esta conserva el indiscutible derecho de saber y verificar quién será su colaborador.

3.3. Efectos respecto a terceros

En el derecho privado, los contratos no pueden ser ni opuestos a terceros ni invocados por ellos⁸⁴.

Por el contrario, en derecho público, los contratos administrativos pueden, en ciertos casos, ser opuestos a terceros; es decir, tienen efectos que se extienden a terceros que no son partes. Por ejemplo, en las concesiones de obra pública, el concesionario tiene el derecho de exigirles a terceros el pago proporcional de la obra (contribuciones o mejoras); en las concesiones de servicio público, el concesionario puede adquirir atribuciones de carácter policial, derecho de expropiar, de imponer servidumbres administrativas, etc, todo lo cual afecta a terceros. A su vez, el contrato administrativo puede ser invocado también por terceros, verbigracia, la concesión de servicio público, donde las personas (terceros) pueden exigir que el concesionario preste el servicio correspondiente en la forma acordada. Esto se debe a que de acuerdo con el principio *Pacta sunt servanda*, lo convenido entre la Administración Pública y el contratista es la ley, a la cual deberán sujetarse los usuarios del servicio de la obra o los contribuyentes beneficiarios de ella, según sea el caso.

⁸⁴ Artículo 1025 del Código Civil, Principio de la Relatividad Contractual.

El precio del servicio público concedido se fija también en el contrato, y los usuarios del servicio están obligados, no sólo a ajustarse a él, sino también a soportar las variaciones que la Administración Pública autorice a introducir en él posteriormente⁸⁵.

4. Formación del Contrato Administrativo

El contrato se forma por la confluencia de dos voluntades; una de ellas, en el caso del contrato administrativo, formada por la voluntad de la Administración Pública, sujeto imprescindible en este tipo de contratos. La formación de la voluntad de la Administración Pública recorre una serie de etapas, cumplidas por distintos órganos. La selección del cocontratante queda sujeta en principio a lo establecido por reglas de la *libre elección*; entendida como la libertad que tiene la administración de elegir a aquel oferente que suministre la oferta que más convenga al fin público; sin embargo, las normas establecen limitaciones a este principio, estableciendo diversos procedimientos especiales reglados, los que en la actualidad han terminado por convertirla más bien en la excepción. Este sistema consiste en la posibilidad que tiene la Administración Pública de elegir **directa y discrecionalmente** a su cocontratante, sin tener que cumplir previamente para ello algún requisito especial. Evidentemente, esta “libre elección” no significa que existe la posibilidad legal de que la elección sea arbitraria, pues también aquí la actividad de la Administración deberá ajustarse y respetar los criterios generales que rigen y delimitan su

⁸⁵ De acuerdo con lo anterior podría entonces establecerse un Amparo de legalidad solicitando se obligue al contratista a suministrar el servicio que ha dejado de realizar. Esto porque las consecuencias de los contratos administrativos que celebre la administración les son imputables a los terceros (pueblo), de manera tal que estos también podrán invocarlos a su favor, a la vez que pueden serles opuestos.

actuación. La doctrina afirma que el sistema de la “libre elección” del contratista, sólo rige para casos que tienen un carácter especial, por ejemplo en los negocios o asuntos muy pequeños, es decir de un escaso monto pecuniario. Esto porque en los contratos de mínima importancia “no vale la pena demorar y complicar el proceso respectivo⁸⁶”. Así ocurriría, por ejemplo en una pequeña compra de útiles de escritorio o de elementos para limpieza de oficina.

4.1. Concepto del procedimiento de contratación

El contrato administrativo es una de las formas jurídicas de la función administrativa. Por lo tanto, por una relación de especie a género, en la preparación y ejecución de los contratos de la Administración se aplica el régimen jurídico de la función administrativa. Como parte del régimen jurídico de tal función encontramos el “procedimiento administrativo”, entendido como las reglas que rigen la intervención de los administrados interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. De todo lo anterior surge la necesidad de aplicar en la contratación administrativa las normas del procedimiento administrativo, puesto que el procedimiento de contratación es parte de este.

El mecanismo de formación de la voluntad administrativa contractual (precontractual) no se confunde con el contrato, que sería el resultado de la concurrencia de dicha voluntad con la del cocontratante. El vínculo contractual nace cuando se ligan la voluntad de la Administración Pública y la del contratista, a través del procedimiento legal establecido al

⁸⁶ Caetano. Marcelo, citado por Marienhoff. Op.cit 72. P. 162

efecto. Es menester distinguir, por tanto, un procedimiento precontractual, que se realiza de previo al contrato, en el que se busca la formación del contrato y un procedimiento de ejecución contractual. Las formas de preparación de la voluntad contractual y selección del contratista son, de acuerdo con la doctrina: la licitación pública, licitación privada (que no se aplica en nuestro medio, sino que en su lugar procede la licitación abreviada), contratación directa, remate público y concurso.

4.1.1. Procedimiento de preparación del contrato

Las etapas del procedimiento preparatorio previo a la emisión de la voluntad contractual, adquieren de manera sustancial, forma de *acto, reglamento, hecho o simple acto administrativo*⁸⁷.

La actividad administrativa contractual o precontractual no es ajena al régimen jurídico de la función administrativa, ni tiene formas jurídicas de manifestación distinta de aquella⁸⁸.

Los actos, hechos, reglamentos o simples actos administrativos, que se dicten o ejecuten durante la preparación de la voluntad administrativa contractual, se encuentran inmersos dentro del procedimiento administrativo de conformación de la voluntad contractual. Es por esto que los principios y reglas que rigen la participación de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa resultan aplicables también a la actividad precontractual y contractual.

⁸⁷ Dromi. José Roberto. Manual de Derecho Administrativo, Ed. ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA, Buenos Aires, 1987. P.252.

⁸⁸ Ídem.

4.1.2. Precontrato Administrativo

El precontrato supone una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, que se exterioriza por medio de manifestaciones de voluntad de las partes que anticipan la celebración de un contrato en el futuro. Si bien aún no podrían ser calificadas como voluntades contractuales, crean un vínculo jurídico obligacional como alternativa previa al contrato; vínculo que es regulado por el derecho, y que crea efectos recíprocos nacidos de los derechos y deberes de cada parte. Por ejemplo, los intereses negativos que se originen a partir de la ruptura arbitraria de la negociación. Este es el hecho generador de la denominada culpa *in contrahendo*, es decir la responsabilidad generada a partir de las tratativas previas al contrato, ya sea que se celebre este o no.

Las negociaciones preliminares crean una vinculación jurídica especial protegida por el derecho, que origina derechos y deberes previos a la celebración del contrato, que no deben confundirse con aquellos que surjan propiamente del contrato.

4.2. Procedimientos Administrativos de Contratación

4.3. Licitación

La licitación la definen la doctrina y el derecho comparado como un procedimiento mediante el cual la Administración Pública selecciona a su cocontratante, sobre la base de una previa justificación de idoneidad jurídica, técnica y financiera⁸⁹, tendiendo a establecer, que dicha persona o entidad es la que ofrece la oferta más conveniente para la Administración Pública. En cuanto a la idoneidad de los oferentes advierte la doctrina que

⁸⁹ Artículo 16 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

debe hallarse acreditada *a priori*, partiéndose de la base de que todos los que intervienen en una licitación, tienen capacidad técnica, legal y financiera. No obstante, no sucede de esta manera en nuestro sistema, pues como parte de la revisión de la oferta la Administración licitante deberá corroborar que el oferente cumple con los requisitos técnicos, legales y financieros necesarios para tomar su oferta como válida⁹⁰.

La licitación se concentra fundamentalmente, entonces, en determinar qué persona o entidad ofrece la oferta más conveniente⁹¹ para ejecutar la prestación que se especifica en el pliego de condiciones. Se habla de oferta puesto que, a la hora de analizarla, se deberán tomar en cuenta además del precio todos los aspectos y factores que resulte necesario considerar en función del objeto y demás peculiaridades o circunstancias concurrentes del negocio; debiendo incluir los que supongan un valor cuantitativo y cualitativo para el proceso de selección de la oferta más conveniente, de manera que se permita adjudicar licitaciones a empresas que oferten con un precio más elevado que el de sus competidores, pero que, no obstante, brinden a la Administración mayores beneficios. Esta posibilidad de analizar distintos factores además del precio⁹² le otorga a la

⁹⁰ “En principio, la selección del método de evaluación es responsabilidad exclusiva de la Administración licitante y en la selección del método esta debe procurar asegurar la mayor razonabilidad, proporcionalidad y equidad en la evaluación de los distintos interesados”. Oficio de la CGR 4813-DGCA-432-98 de 13 de mayo de 1998.

⁹¹ Sobre el sistema de evaluación de ofertas ver Jinesta lobo, Ernesto. Contratación Administrativa. Op.cit. p. 282-287.

⁹² “Así por ejemplo, en la evaluación de concursos de obra pública, es factible que se considere aparte del precio, la experiencia del edificador, el plazo de entrega, entre otros; en un contrato de adquisición de equipo, es menester considerar el precio, el plazo de entrega, la garantía de fabricación, el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, el stock de repuestos que se mantenga en el país, entre otras; en un contrato de servicios profesionales se podría considerar el precio, el plazo de entrega del servicio, la experiencia

Administración un mayor rango de acción a la hora de elegir la oferta más beneficiosa para la satisfacción del interés público. Es por esto que se ha mantenido que el sistema de la licitación, como medio para elegir al contratista, contrario a lo que ocurre con el sistema de la libre elección, es un sistema “automático”, pues el contrato deberá serle adjudicado a quien ofreció la mejor oferta. En este sentido coincide Garrido Falla en su Tratado de Derecho Administrativo, tomo 2, página 67, cuando establece que la licitación “es un procedimiento automático mediante el cual una entidad administrativa elige como contratista al particular que ofrece las condiciones económicas más ventajosas, *sin tener en cuenta consideraciones de otro tipo*”⁹³.

Uno de los presupuestos fundamentales de la licitación es la igualdad de trato que se debe tener para con todos los oferentes, ya que esta igualdad no está supeditada a valoraciones subjetivas de la Administración Pública, sino que se exige por la doctrina que dicha igualdad sea reputada sobre la base de caracteres jurídicos objetivos. No obstante, en nuestro medio se admite el supuesto de que la Administración contratante se reserve la selección de la oferta más conveniente, a una lista de oferentes que obtienen una calificación mínima predefinida⁹⁴, lo cual podría pensarse atenta no solo contra el principio de igualdad, sino también contra el de libre concurrencia, empero esta prerrogativa de la administración obedece a un interés público superior que debe ser

profesional y formación académica, etc.” Oficio de la CGR N° 1390-DCGA-154-99, de 11 de febrero de 1999.

⁹³ Citado por Marienhoff. Op. cit 72. P.165.

⁹⁴ Oficio de la Contraloría General de la República RSL, 230-98 de las 8:30 hrs de 11 de agosto de 1998 y RSL 272-98 DE LAS 15:30 hrs, de 10 de setiembre de 1998.

justificado en cada caso concreto, de manera que se evite cualquier muestra de arbitrariedad.

Como veíamos anteriormente, en nuestro medio existe la posibilidad de que la Administración tome en cuenta no solo el mejor precio, sino que también tome en cuenta la oferta que constituya la mejor opción con respecto a otros elementos del objeto contractual; por ejemplo, cuando se trate de una construcción de obra⁹⁵ donde la utilización de materiales o procedimientos impliquen una novedad en el ámbito de la ciencia y la industria, aconseje recurrir a personas o entidades cuyos antecedentes permitan afirmar que poseen mayor competencia técnica para el manejo y empleo de dichos materiales o procedimientos. Esta debería ser la regla para la adjudicación de las licitaciones pues el análisis integral de la oferta, no constreñido al precio, constituye un beneficio tanto para la Administración como para los administrados, puesto que al no estar restringida la adjudicación del contrato a la oferta con el mejor precio, se le permite a la Administración adquirir objetos de mayor calidad, que a la larga implicarán un ahorro importante del erario público. Ejemplos de una práctica errónea, que cesaría si aplicara lo anterior como principio o regla de adjudicación los encontramos a diario en los noticieros con compras de equipo médico obsoleto⁹⁶, o por ejemplo la compra de automóviles o

⁹⁵ Oficio de la Contraloría N°1390-DCGA-154-99- de 11 de febrero de 1999.

⁹⁶ “La obsolescencia acelerada es un fenómeno presente en los equipos de servicios de salud (microbiología, medicina), como en los suministros de repuestos y mantenimiento de maquinaria: plantas eléctricas, equipos para señales de telefonía móvil, adquisición de tubería para transportar hidrocarburos, etc. El panorama de los bienes sobre los cuales puede producirse una actualización es muy amplio. En realidad, todo bien tiene un nivel de tecnología incorporado para su uso, por más rudimentaria que esta sea, lo que trae como consecuencia que interpretar que los “equipos tecnológicos” pertenecen a una categoría ceñida al mundo de la informática, sea una manera estrecha de entender la norma contenida en el artículo 12 de de la Ley de

motocicletas para los cuáles no se encuentran repuestos o los que existen son muy onerosos. Todos estos problemas se logran evitar si la Administración elige ofertas que constituyan de manera integral un beneficio para la colectividad, y no sólo las que impliquen el ahorro de una pequeña suma de dinero.

El carácter automático que reviste la licitación, no puede llegar hasta el absurdo de desvirtuar la propia esencia y razón de ella, imponiendo a la Administración Pública la obligación de contratar, a sabiendas de que las condiciones no resultan las más beneficiosas para satisfacer los intereses públicos. En estos casos la decisión que se dé donde se analicen otros factores sobre el del mejor precio, deberá estar debidamente fundamentada.

4.3.1. Licitación Privada

La doctrina y el derecho comparado la definen como un procedimiento en el que participan como oferentes solamente aquellas personas o entidades que han sido expresamente invitadas por el Estado. Es una invitación o solicitud de ofertas formulado por el Estado que se dirige a personas determinadas discrecionalmente para cada caso. Se le conoce también como licitación restringida, concurso limitado por oposición a la licitación pública, o concurso ilimitado.

En la licitación pública la participación de oferentes es ilimitada, por el contrario, en la privada, dicha afluencia es limitada, pues responde a una invitación personal directa

Contratación Administrativa. El cartel puede albergar otros bienes (...). Hidalgo Cuadra, Ronald. "El contrato administrativo frente a los adelantos tecnológicos". Revista de Derecho Público, Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, No. 4 julio- diciembre de 2006. p. 60.

formulada por la Administración Pública. Se prescinde así de la publicidad, que está expresamente establecida para la licitación pública.

En el supuesto de que fracase una licitación privada, por ofertas inadmisibles o inconvenientes, o desierta por incomparecencia de los oferentes convocados, la situación deberá resolverse recurriendo a la contratación directa, por aplicación analógica de lo dispuesto para casos idénticos de la licitación pública, dado que impera la misma *ratio legis*, es decir opera el principio "*eadem ratio, idem ius*". Si la licitación privada fuese anulada por vicios en su sustanciación, debe repetirse el procedimiento, puesto que la nulidad devuelve las cosas a su estado primigenio, es decir, como si no hubiese existido el acto extinguido. En nuestro país no existe la licitación privada propiamente dicha; no obstante, existe la licitación abreviada que comparte ciertas características con esta. Por ejemplo, la invitación a participar⁹⁷ de un mínimo de proveedores que se encuentren inscritos en el registro correspondiente. El procedimiento licitatorio privado carece de norma jurídica específica, razón por la cual, dada la analogía jurídica con la licitación pública le son aplicables las normas y principios jurídicos de esta. La licitación abreviada en los términos anteriormente señalados también comparte el hecho de que para todo aquello que no esté previsto en el articulado que regula la misma, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa que regulan la licitación pública.

⁹⁷ Artículo 45 Ley de la Contratación Administrativa.

4.3.2. Contratación directa

La contratación directa está constituida por el procedimiento a través del cual el Estado elige al cocontratante, sin que haya concurrencia, puja u oposición de oferentes⁹⁸. En este procedimiento queda excluida la atribución automática del contrato al cocontratante, como ocurre en los supuestos de licitación. Esto no quiere decir que pueda hablarse por igual de la contratación directa y el sistema de libre contratación, ya que la primera no implica la segunda. Puesto que mientras el sistema de la libre contratación es un sistema originario y genérico que comprende todo tipo de contrato, la contratación directa es un sistema específico que procede solo para casos determinados, e incluso muchas veces es subsidiario, pues procede ante el fracaso de una licitación, o cuando se trate de un monto muy pequeño⁹⁹.

"La contratación directa es apenas un medio de negociación de la Administración Pública de uso limitado, en tanto procede únicamente cuando el ente administrativo no pueda realizar una licitación pública o procedimiento concursal, lo que debe quedar debidamente justificado... "La determinación de los supuestos de prescindencia de los procedimientos ordinarios es responsabilidad exclusiva de la Administración. En todo caso deberá dictarse una resolución debidamente motivada y se dejará constancia expresa en el expediente que al efecto se levante de todas las actuaciones que se realicen." ¹⁰⁰

⁹⁸ Para profundizar sobre la procedencia y justificación de la contratación directa ver sentencia 13910-05 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁹⁹ Artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁰⁰ Sentencia 6754 de las 3:36 horas del 22 de setiembre de 1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El procedimiento de contratación directa se caracteriza, entre otras, por las siguientes particularidades:

- No existe concurrencia entre postores al no haber concurso de ofertas, puesto que la excepción posibilita a la Administración a contratar en forma directa con el contratista, sin que ello sitúe a la Administración en el ámbito del derecho privado. Eventualmente, se podría realizar una consulta de precios sujeta únicamente al control interno de la institución, la que -se aclara- no es obligatoria, puesto que para esta modalidad no resultan exigibles los procedimientos licitatorios ordinarios, lo que constituiría, más bien, una garantía adicional para la transparencia de la propia contratación, puesto que su fin es únicamente promover las condiciones más ventajosas para la Administración y el interés público;
- No se debe publicar el proceso en el Diario Oficial, por lo que cobra especial importancia la labor de fiscalización y control que lleva a cabo la Contraloría General de la República.¹⁰¹

¹⁰¹ En este sentido, se remite a lo expresado en la sentencia número 998-98, de la Sala Constitucional, respecto del control a que está sujeta la contratación administrativa y del órgano constitucional encargado de ello, como uno de los principios pilares esenciales de la contratación administrativa y que necesariamente debe aplicarse en la contratación directa, en razón de la excepción que se hace de los procedimientos ordinarios. Esto es así, porque para que pueda prosperar una excepción al principio del artículo 182 constitucional y sus demás principios derivados (sentencia 998-98), debe existir un alto contenido de razonabilidad y de proporcionalidad entre el caso concreto y los fines que se persiguen, lo que solo es susceptible de valorar por la vía del control constitucional; en este caso, por medio de la Contraloría General de la República, requisito sin el cual no puede legítimamente realizarse esa contratación directa.

- No existen formalidades procedimentales que deba seguir la Administración en el procedimiento de la contratación directa; se trata de un acto jurídico sin etapas preparatorias impuestas por la ley, por lo que su desarrollo y conclusión quedan sujetos a la responsabilidad de la autoridad administrativa, siempre dentro de los límites de la mínima justicia, oportunidad y lógica, en relación con el fin público perseguido con la contratación por realizar. Queda claro, entonces, que en este tipo de contratación no rigen los principios de libre concurrencia ni el de igualdad de oportunidades o el de publicidad, ni la adjudicación a la mejor oferta, ni los demás principios aplicables al concurso público.

4.3.3. Remate Público

El remate público, si bien constituye un procedimiento de contratación utilizado principalmente en el derecho privado, también es susceptible de ser aplicado como técnica contractual administrativa. El remate *latu sensu*, consiste en la venta o arrendamiento¹⁰² de bienes, muebles o inmuebles, en público, al mejor postor. En este acto no hay selección de concurrentes, concurre quien desee hacerlo. La adjudicación se hace en este mismo acto, en público, previa invitación, ante una concurrencia indiscriminada, con una base estimada o en ausencia de esta, a favor del precio más elevado que se ofrezca¹⁰³. Cuando la Administración Pública actúa como vendedora en un remate público, este debe ser efectuado por oficinas estatales especializadas¹⁰⁴ en la

¹⁰² Artículo 49 de la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁰³ Como excepción a esto tenemos el procedimiento de subasta a la baja, establecido en el artículo 54 ídem.

¹⁰⁴ Artículo 50 inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa

materia; cuando actúa como compradora, el remate público lo realiza cualquier entidad, sea pública estatal o una persona particular, individual o jurídica.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, remate es sinónimo de subasta, aunque a veces no se los identifica y se habla de remate como puja dentro del procedimiento de subasta, es así que se diferencia el todo (subasta) de una de sus partes (remate); no obstante, esta distinción no tiene acogida en nuestro derecho, ya que el término utilizado en nuestra Ley de Contratación Administrativa es el de remate.

En nuestro país el procedimiento seguido para el remate lo encontramos en el artículo 50 de la Ley de Contratación Administrativa.

4.3.4. Licitación Pública

La licitación pública es un procedimiento administrativo de contratación que se trata de una sucesión de operaciones y de actos legalmente obligatorios y ordenados por etapas, cada una de las cuales condiciona la posibilidad y validez de las siguientes.¹⁰⁵ En este procedimiento de selección no se limita el número de oferentes o licitadores, dado que pueden concurrir a él todas aquellas personas o entidades que, de acuerdo con la normativa vigente, estén en condiciones para presentarse a la licitación. Esto debido al principio de la libre concurrencia que junto con el de publicidad que rigen la materia, “permite a todos y cualquier interesado participar en procedimiento licitatorio o bien, acudir en defensa de sus derechos e intereses ante los órganos correspondientes...”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Sentencia 9530-99 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁰⁶ Sentencia 998-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Desde la óptica de nuestra Constitución Política¹⁰⁷ y doctrinariamente, se designa a la licitación como el medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración. Dicho procedimiento tiende a mantener la igualdad entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando por parte de esta favoritismos en beneficio de unos y en perjuicio de otros. “Siendo que así, en todo concurso el número de oferentes no puede tener límites, dado que, en teoría, pueden concurrir a ella todas aquellas personas o entidades, que de acuerdo con las normas vigentes, estén en condiciones de presentar una oferta válida”¹⁰⁸.

“Por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado –en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre concurrencia, igualdad, publicidad, transparencia, y controles, entre otros y luego se desarrollan. Es un procedimiento administrativo tipificado por una serie de actos cuyo principal objetivo es la selección del contratista más idóneo, para lo cual se cursa una invitación en forma pública y general a los potenciales oferentes, para que estos hagan llegar sus ofertas a las administración contratante, con la finalidad de que esta las estudie, clasifique y adjudique de acuerdo con las condiciones establecidas en el cartel, o declare desierto el concurso, si las mismas no se ajustan a los requisitos establecidos, todo lo anterior, se repite, con el

¹⁰⁷ Artículo 182 de la Constitución Política,

¹⁰⁸ Sentencias 998-98, 5985-93,6453-93,3049-94 y 3526-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

objeto de sanear la administración de los fondos públicos”¹⁰⁹. Entre sus ventajas pueden mencionarse:

- Acción moralizadora: en el tanto que en materia de contrataciones tiende a excluir de la Administración Pública los comportamientos indecorosos de funcionarios que pueden estar propensos a dichas actitudes; esto sobre las bases del carácter automático que ostenta la licitación, que se realiza sobre una base de igualdad para todos los licitadores, reduciendo al mínimo las posibilidades de que el contrato le sea adjudicado a quien no hizo la propuesta más ventajosa para la administración.
- La conveniencia económica: dada la concurrencia y oposición entre oferentes, éstos, para obtener la adjudicación, deberán esforzarse por ofrecer las mejores condiciones o la oferta más ventajosa para la Administración.
- Acción de control: se ejerce por los propios licitadores u oferentes, pues, en su propio interés, vigilarán la actitud de los funcionarios a cuyo cargo se encuentra el trámite de la licitación.

A pesar de lo dicho anteriormente y de ser esta la posición a nuestro juicio correcta, sostenida por tanto tiempo por la jurisprudencia de la Sala Constitucional¹¹⁰ y por la misma Contraloría General de la República¹¹¹, la Sala Constitucional en los últimos tiempos ha cambiado su criterio y así lo demuestra el magistrado Jinesta Lobo en su

¹⁰⁹ Sentencia 998-98.

¹¹⁰ Voto 5947-98 de la Sala Constitucional, así como también los anteriormente citados.

¹¹¹ Oficio N°3506-DCA-1186 de 9 de abril de 2007.

libro¹¹² al mencionar que lo establecido en el voto 998-98 y mencionado anteriormente en este acápite, constituye un “*yerro mayúsculo de la Sala Constitucional*”. Continúa diciendo el autor en su libro, que es mediante el Voto 13910-2005 de las 15:04 hrs, del 11 de octubre de 2005, que la Sala rectifica la posición errada del anterior voto, señalando que las licitaciones que no son públicas (abreviada, restringida y por registro antes de la reforma a la Ley de Contratación Administrativa en 2006), son procedimientos ordinarios no excepcionales de contratación administrativa, al considerar que:

“(...)si bien , en efecto la licitación pública resulta ser un medio favorecido por el Constituyente, ello no implica la necesidad jurídica de excluir que – de forma igualmente ordinaria- pueda acudirse a las demás modalidades de licitación establecidas, las cuales, también forman parte del conjunto de modos normales de contratación administrativa amparados por el artículo 182 Constitucional, aún cuando en su propia dinámica conlleven una atenuación-que resulta ser constitucionalmente válida- de los principios constitucionales que informan la contratación administrativa...”

Con base en esta jurisprudencia, la Sala y el autor se oponen a que el mecanismo de elección del contratista en la contratación administrativa por antonomasia sea la licitación pública, sosteniéndose que se puede acudir a otros medios, aún y cuando estos

¹¹² Jinesta Lobo, Ernesto. Contratación Administrativa: Tomo IV. Tratado de Derecho Administrativo. 1ed. San José, C.R.: Guayacán, 2010. P. 53-96.

impliquen una atenuación en los controles del procedimiento. Pareciera ser que bajo el argumento de que “la atenuación resulta ser constitucionalmente válida” y el hecho de que el numeral 182 no puede ser objeto de una interpretación “aislada y simplista”, se pude obviar toda la doctrina del Derecho Público, con sus respectivos principios de legalidad, transparencia de la función pública y control de la hacienda pública, por mencionar algunos. Se afirma por el contrario, que lo que debe hacerse es concordar el citado artículo 182 con el resto de los principios y valores como la eficiencia, la celeridad, la continuidad y la adaptabilidad¹¹³ y con otros principios emplazados en la parte dogmática constitucional, dentro de los cuales destacan los artículos 45 (inviolabilidad de la propiedad) y 46 (libertad de comercio). Pareciera entonces que la nueva tesis de la sala se inclina por un “laissez faire, laissez passé”, es decir, por aplicar a la contratación estatal, un liberalismo justificado en una supuesta mayor eficiencia, en desmedro de mayor control de los procedimientos y de la hacienda pública. Es decir, parece que la Sala opta por olvidarse de que la licitación, principalmente la pública, aunque también la abreviada, es concebida como lo que la dogmática jurídica constitucional conoce como una garantía institucional; esto es, como una figura que protege institutos e instituciones constitucionales de gran relevancia, tales como derechos fundamentales y principios esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho¹¹⁴.

¹¹³ Voto 7532-04.de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹¹⁴ Sobre este aspecto ver Parejo Alfonso, Luciano. Garantía institucional y autonomías locales. Madrid. IEAL, 1981., así como también Gallego Anabitarte, Alfredo. Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial. Madrid, Civitas, 1994.

En consecuencia, puede afirmarse que en la actualidad la sala se acerca, ya sea a propósito o indirectamente, a la contratación privada con principios como el de autonomía y libre elección. No obstante el nuevo criterio que sigue la jurisprudencia, cabe aclarar que lo correcto debe ser el mantenimiento de la doctrina emanada de la sentencia 998-98 reiterada en la 5445-99 (ambas de la Sala Constitucional), en la que se establece que la licitación pública es el medio idóneo para la elección del contratista, y que los otros mecanismos deberán constituir la excepción.¹¹⁵

El procedimiento licitatorio está formado por diversas fases¹¹⁶ o etapas: la fase preparatoria o inicial, esencial o principal e integrativa o final¹¹⁷.

4.3.4.1. Fase Preparatoria

En ella se cumplen preliminarmente los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual posterior; esta fase se desarrolla en la parte interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados. Comprende, por ejemplo, los estudios de factibilidad jurídica, contable, financiera, física, económica y política de la obra o servicio objeto de la contratación posterior. Una vez que se adopta la decisión de contratar, se complementan los proyectos de orden técnico con los de orden económico.

¹¹⁵ Sobre este aspecto ver sentencias N°1019-05 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y Voto 2660-01 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹¹⁶ En síntesis se podría decir que los actos necesarios del procedimiento de licitación son : la presentación de las ofertas, la admisión de las ofertas, la apertura de las ofertas, la proclamación de la mejor oferta, la adjudicación, la aprobación de la oferta y la estipulación del contrato.

¹¹⁷ Voto 9530-9 9 de la Sala Constitucional.

4.3.4.2. Fase esencial

Esta fase comprende la licitación propiamente dicha, es decir, aquellos actos que se dirigen a lograr la manifestación de voluntad común del ente público licitante y un tercero cocontratante. En esta fase, como en la siguiente, las relaciones que se entablan son bilaterales, afectan o pueden afectar a terceros, y comienzan con el llamado a licitación, posteriormente se da la apertura a licitación y admisión de oferentes, estudio de propuestas, preadjudicación y adjudicación.

4.3.4.3. Fase integrativa

La fase integrativa da lugar a la voluntad objetiva y su exteriorización en un contrato, perfeccionando en la forma que el derecho positivo prevé: notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, instrumentación escrita, etc¹¹⁸.

La licitación pública no es un acto administrativo y menos un contrato, primero, porque solo constituye una etapa del proceso de formación del acto administrativo mediante el cual, agotados los trámites establecidos, la Administración decide acerca de la adjudicación del contrato.

4.3.4.4. Principios de la contratación inmersos en la licitación

La libre concurrencia y la igualdad entre los oferentes son los principios jurídicos esenciales que atañen a la ratio iuris de la licitación; no obstante, aunados a estos también podemos encontrar otros principios que informan la actividad contractual del estado,

¹¹⁸ Artículo 42 bis de la Ley de Contratación Administrativa.

como, por ejemplo, el principio de publicidad, legalidad y transparencia de los procedimientos, inmerso en todo accionar de la Administración Pública, así como también el del formalismo y control de los procedimientos licitatorios.

Un sector de la doctrina nacional, pese a que aún sostiene la presencia de estos principios como parte del procedimiento de contratación, ha cambiado su criterio de manera sustancial con respecto a la licitación pública. El cambio de criterio llegó al punto de que se pasó de pensar que *“la licitación pública es un procedimiento de garantía para el interés público”, “el mecanismo más apto para el control de la Hacienda pública y de los recursos financieros”, “principio de orden público” y el “medio idóneo para la selección del cocontratante de la administración”¹¹⁹*, a pensar que esto constituye un “celo o escrúpulo exacerbado que, eventualmente, lo que puede provocar son dilaciones innecesarias en la satisfacción de las necesidades colectivas, que lesionan los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y celeridad”. Esto porque lo adecuado, según esta tesis, es analizar la licitación como la excepción¹²⁰ y, como procedente, el principio de la libertad de Contratación, cuyo contenido esencial se resume en cuatro elementos: 1) Libertad para elegir al contratista; 2) libertad en la escogencia del objeto del contrato y de su prestación principal; 3) libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación y 4) equilibrio en las posiciones de las partes y sus mutuas prestaciones. Conviene señalar que, pese a las justificaciones que se dan para admitir esta posición como correcta:

¹¹⁹ Sentencia 998-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹²⁰ Jinesta Lobo, Ernesto. Contratación Administrativa. Op.cit. p.60-61.

- La libre elección no supone justificar la arbitrariedad y el capricho en la elección del contratista, por cuanto como cualquier acto administrativo está sujeto a una serie de límites y requisitos jurídicos impuestos por el ordenamiento.
- La libre contratación tampoco excluye los esperables controles de legalidad, conveniencia, oportunidad, mérito que puedan ejercerse sobre el acto de elección, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, así como la publicidad y transparencia que debe garantizarse.¹²¹

Estas consideraciones o justificaciones resultan insuficientes, puesto que lo que buscan es que la administración pueda establecer mecanismos menos rigurosos, que pueden devenir en problemas de arbitrariedad y eventuales casos de corrupción en la adjudicación de los contratos. Es decir, aquella garantía institucional que como mencionaba Parejo¹²², servía como una protección de los derechos fundamentales y principios esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho, se convierte en la excepción en el procedimiento de contratación administrativa. De manera que los controles a priori que garantizan que se cumpla el principio de legalidad, así como el de la protección de la Hacienda Pública, pasan a segundo plano, con la justificación de que ante cualquier eventualidad se podrá acudir a la vía contencioso- administrativa a ventilar un proceso en contra de las falencias procesales y sustanciales que puedan surgir. Incluso acá la tesis entra en contradicción, pues eventuales procesos podrían conllevar un atraso en la ejecución contractual, sin dejar de mencionar las posibles demandas millonarias que tendría que enfrentar el Estado por irregularidades en la contratación; que se podrían

¹²¹ Jinesta Lobo, Ernesto. Contratación Administrativa. Op. cit. p. 57.

¹²² Parejo Alfonso, Luciano. Op.cit

reducir y eliminar, con la aplicación de los principios de la licitación, como mecanismo preceptivo (en los casos concretos), como se ha venido haciendo. Incluso en este mismo sentido encontramos el artículo 28 de la Ley de Contratación Administrativa, que se opone al criterio sostenido por el autor Jinesta Lobo, por cuanto faculta a la Administración contratante para variar el procedimiento de contratación y utilizar otros más calificados o rigurosos, según el monto del contrato, “*cuando esto convenga más a la satisfacción del fin público*”. Esta norma, contrario a lo que se menciona, no cristaliza un exceso de celo en los controles y desconfianza en los funcionarios públicos y en los procedimientos de contratación, sino que por el contrario, lo que muestra es la integración del ordenamiento jurídico propio del Derecho Público, pues lo que se busca es que la función pública-administrativa, se encuentre sujeta a controles¹²³ de manera que se eviten arbitrariedades e irregularidades (corrupción); más cuando se trata de actividades que involucran la Hacienda Pública¹²⁴, donde lo que se busca es que haya un verdadero control de los fondos de la colectividad, de manera que estos no sean dilapidados. De manera que entender que lo procedente es la libre contratación, como el principio preceptivo en materia de contratación administrativa, constituiría un “portillo” peligroso que permitiría que, bajo la “bandera” de lograr una celeridad y eficiencia en los procedimientos, se puedan llevar a cabo de manera en principio lícita¹²⁵, irregularidades que irían en

¹²³ Como muestra de esto está lo expresado por los constituyentes sobre las bondades que brinda el principio de la licitación. Ver libro de actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Tomo III. p. 447.

¹²⁴ Sobre este tema ver lo mencionado por Fajardo Salas, Gonzalo. Principios Constitucionales de la Tributación. 1ª ed. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, 2005.

¹²⁵ Pues la única forma de lograr un análisis de fondo de la actividad se da, bajo esta tesis, de manera posterior en los tribunales de justicia.

desmedro, no sólo de la probidad que debe presidir el ejercicio de la función pública, sino, de las finanzas del Estado, y por ende de la colectividad. La Sala ha manifestado que lo procedente es aplicar la licitación en los casos en que la ley lo establezca y según la lista taxativa del texto constitucional; no obstante, es menester entender que cuando los constituyentes hablaban de licitación, hacían referencia a la pública y abreviada, y no a las otras modalidades (licitación con financiamiento, con precalificación, subasta a la baja, etc), que pese a que algunas tengan en su nombre la palabra licitación, no garantizan, de la manera en que lo hacen la pública y la abreviada, la transparencia y demás objetivos del procedimiento. Una vez señalado esto, y aún cuando se aceptase la tesis anteriormente descrita, los principios que siempre deberán estar inmersos¹²⁶ en la contratación pública de manera que se logre un adecuado control y se respeten las garantías de los posibles oferentes son los siguientes:

4.3.4.4.1. Libre concurrencia

El principio jurídico de la libre concurrencia es uno de los principios fundamentales de la Constitución Económica,¹²⁷ busca afianzar la posibilidad de oposición entre todos los oferentes. Es decir, la libre concurrencia tiene por objetivo respaldar la oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa, reguladas en el artículo 46 de nuestra Constitución Política, destinado a promover y

¹²⁶ Como bien lo menciona la sentencia 998-98 de la Sala Constitucional, esta lista no es taxativa sino que puede ser ampliada posteriormente siempre y cuando surjan nuevos principios que vayan de la mano con la actividad contractual del Estado.

¹²⁷ Echanti Gurdían, María. Contratación Administrativa y libre competencia. Revista de Derecho Público, Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, N°4, julio-diciembre 2006. p.35-38.

estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que así la Administración pueda contar con una amplia abanico de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrezca.

La legislación impone a la Administración el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, sobre la base de una decisión discrecional que siempre deberá estar motivada¹²⁸.

Además en consonancia con la posibilidad de oposición, la Administración no puede elegir individualmente a sus oferentes. Es por esto que *“toda persona física o jurídica que se halle en las condiciones exigidas por la Administración, puede presentar oferta. En virtud de ello, el cartel del concurso juega un papel relevante, por cuanto no resultará posible que en él sean incorporadas cláusulas que limiten esa libertad de concurrir. Este principio asegura la presencia de varias y diferentes propuestas comparables entre sí, dentro de las cuales la Administración debe elegir la más conveniente”*¹²⁹. No obstante, la legislación como contrapartida de esa libre concurrencia, faculta a la Administración para exigir garantías a sus oferentes¹³⁰, o incluso, por excepción, a través de la vía legislativa, se permite otorgar varias posiciones privilegiadas a proveedores nacionales, o discriminaciones de proveedores y productos extranjeros¹³¹.

¹²⁸ Artículo 42 inciso k de la Ley de Contratación Administrativa.

¹²⁹ Oficio de la CGR RSL 232-99 de las 13:40 hrs, de 7 de junio de 1999.

¹³⁰ Artículos 37, 38 y 39 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

¹³¹ Moreno Molina, José. Contratos públicos: Derecho Comunitario y Derecho Español. Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1996.

El principio de la libre concurrencia no es absoluto, pues la normativa jurídica impone ciertas restricciones o limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad del concurrente¹³². Dichas limitaciones consisten en:

- Exclusión de los oferentes jurídicamente incapaces, en el caso de las sociedades o personas jurídicas constituidas de forma irregular, o de personas incapaces, menores o declarados en estado de interdicción. No obstante, conviene destacar, que en nuestro país se presume la capacidad de actuar de todo oferente, éste sólo deberá demostrar la misma en caso de ser adjudicatario del contrato¹³³.
- Existe una exigencia de honorabilidad profesional, comercial y moral del proponente; por esto es que se excluyen aquellos que hayan tenido problemas en la ejecución de contratos anteriores, que les fueran imputables a ellos, así como también aquellos que incurran en violaciones a las prohibiciones establecidas en la ley¹³⁴.

4.3.4.4.2. Igualdad entre oferentes

Este principio es complementario del anterior y tiene una doble finalidad dentro de la licitación, la de ser garantía para los administrados de la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del

¹³² Artículo 16 y 17 del Reglamento de Ley de Contratación Administrativa.

¹³³ Artículo 16 y 17 del Reglamento de Ley de Contratación Administrativa.

¹³⁴ Artículo 22, 22 bis, 100 de la Ley de Contratación Administrativa, así como también artículo 19 del Reglamento a esa misma ley.

concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto aumenta la posibilidad de lograr una mejor selección del contratista.

La igualdad exige desde el inicio del procedimiento licitatorio hasta la formalización del contrato que todos los licitadores se encuentren en la misma situación, contando todos con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.

Es así que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos a favor de los oferentes que podemos resumir en:

- Consideración de la oferta de cada uno en relación con la de los demás concurrentes.
- Respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento.
- Cumplimiento por parte de la Administración de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista.
- Inalterabilidad de los pliegos de condiciones.
- Respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres.
- Acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación.
- Conocimiento de las demás ofertas después del acto de apertura¹³⁵.
- Indicación de las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta.
- Invitación a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior.

¹³⁵ Artículo 78 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

En consecuencia de lo anterior, y siempre en tutela del principio de igualdad, serán nulas aquellas cláusulas que impliquen monopolio, salvo aquellas excepciones previstas por ley. Tampoco podrán fijarse cláusulas que resulten determinantes de circunstancias subjetivas, o que señalen marcas de fábricas o rótulos comerciales preferentes, es decir que restrinjan el ámbito de participación al punto de que se violente la libre competencia, por ser capaz de participar válidamente una sola empresa. También será nula cualquier fórmula de tanteo, retracto, o mejora de proposición una vez que sean conocidas las de los demás concurrentes, salvo excepción normativa expresa.¹³⁶

Los pliegos de condiciones deben establecer reglas generales e impersonales que mantengan fielmente el principio de igualdad, de manera que *“las condiciones del cartel sean las mismas para todos, y el sistema elaborado para la calificación de las propuestas sea aplicado en forma igualitaria y objetiva a todos los participantes”*¹³⁷, lo cual no obsta para que se establezcan ciertas preferencias, a favor de determinadas categorías de oferentes; por ejemplo que se establezcan preferencias por firmas nacionales, o por productos nacionales, siempre y cuando esto se encuentre debidamente motivado, porque si no podría atentar contra el numeral 19 de nuestra Constitución Política.

Consecuentemente, la adjudicación o formalización del respectivo contrato debe realizarse de acuerdo con lo estipulado en el pliego de condiciones que determinó la adjudicación, no pudiendo después de ella realizar modificación alguna de la oferta aceptada ni del pliego de condiciones sobre el que se hizo la licitación. Si esto se llevara a

¹³⁶ Sobre ejemplos de cláusulas discriminatorias véanse las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 588-97, 1559-93, 3375-97 y 8195-2000.

¹³⁷ Oficio de la Contraloría General de la República RSL 232-99 de las 13:40 hrs, de 7 de junio de 1999.

cabo dicha actuación sería completamente ilegal y violatoria del principio de igualdad. Además, cualquier ventaja concedida por la Administración licitante a favor de un licitador, que simultáneamente no haya sido dada en beneficio de los demás oferentes, lesiona también el principio de igualdad. Por el contrario, dicho principio no resultaría afectado, si una vez celebrado el contrato se elevaran los precios a favor del adjudicatario por razón de mayores costos posteriores.

4.3.4.4.3. Publicidad

Este principio constituye el presupuesto y garantía de los principios anteriores, puesto que lo que busca es asegurar a los administrados y contratantes¹³⁸ la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de total igualdad, en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se realice de la manera más abierta y amplia posible a todos los oferentes; dándosele al cartel la mayor divulgación, así como también, permitiéndose el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate. Además, en cuanto a los administrados, directamente interesados en el respectivo procedimiento de contratación, el principio se actúa mediante el libre acceso al expediente y la información complementaria (derecho de acceso ad intra, artículos 6°,

¹³⁸ Sobre la Publicidad en el TLC República Dominicana-Centroamérica- EE.UU., ver en el capítulo noveno el artículo 9.3 denominado “Publicación de medidas para la contratación”.

párrafo 2º, de la Ley de Contratación Administrativa y 272 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública).¹³⁹

4.3.4.4. Principio de legalidad o transparencia de los procedimientos

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

4.3.5. Excepciones al procedimiento licitatorio

Como excepción al procedimiento licitatorio tenemos todo lo dispuesto en numeral segundo de la Ley de Contratación Administrativa; estas excepciones deberán ser siempre interpretadas en forma estricta y restrictiva, teniendo siempre presente el fundamento con que se las ha acordado. Cuando la norma jurídica obliga a realizar licitación pública para las contrataciones administrativas, el cumplimiento de dicha formalidad asume un carácter obligatorio; solo puede prescindirse de dicha forma procedimental en los casos enumerados taxativamente por la ley.

Las excepciones al procedimiento de licitación pública se fundan en razones de imposibilidad legal, de naturaleza, de hecho, por razones de conveniencia administrativa y en otros casos por seguridad pública.

¹³⁹ Sobre el particular ver la Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia N° 14298-2006.

4.3.6. Otras modalidades de contratación

La normativa costarricense, en específico la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento, habilitan a la Administración Pública para incorporar, entre los procedimientos, las modalidades de la licitación con financiamiento, la precalificación, y la adjudicación por subasta a la baja.

4.3.6.1. Licitación con financiamiento

Esta modalidad se utiliza cuando dentro de las condiciones generales del concurso, la Administración requiera el otorgamiento, por cuenta o gestión del contratista de una línea de crédito para respaldar los gastos derivados de la contratación. En este caso la exigencia de contenido presupuestario se reducirá a proveer fondos suficientes para enfrentar los pagos por amortización e intereses, y gastos conexos que se deriven de este financiamiento; además de prever la incorporación de futuros presupuestos, de las partidas necesarias para la atención del crédito.¹⁴⁰

La Administración previo a realizar la licitación con financiamiento deberá contar con las autorizaciones necesarias correspondientes para poder endeudarse, así como también deberá contarse con las condiciones y previsiones presupuestarias necesarias para hacer frente a las obligaciones.¹⁴¹

¹⁴⁰ Artículo 52 de la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁴¹ Artículo 103 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

4.3.6.2. Precalificación

Esto más que un procedimiento es una etapa que promueve la Administración, cuando lo considere necesario para el mejor escogimiento del contratista. Esta etapa se puede promover como parte de la licitación pública o de la licitación abreviada, a fin de seleccionar previamente a los participantes. El cartel de precalificación deberá señalar de manera expresa los factores por tomar en cuenta para realizar la escogencia, así como también el valor asignado a cada factor. Existe precalificación para uno o varios concursos según así esta lo requiera.¹⁴² La precalificación constituye¹⁴³, entonces, una etapa inicial y por ende previa de aquellos procedimientos de contratación en que la Administración decida implementarla, en la cual, de frente a una serie de requisitos cartelarios escoge, mediante un acto motivado de precalificación, a un limitado grupo de oferentes que posteriormente, para uno o varios concursos, serán los exclusivos participantes, siendo adjudicado con base en una metodología de evaluación que previamente ha sido dispuesta cartelariamente. Conforme a lo expuesto, la etapa de precalificación de ofertas se limita a constituir o seleccionar un grupo de participantes, sin que exista un derecho a su favor que vaya más allá de la mera posibilidad de participar en uno o varios procedimientos concursales pendientes de realizarse y con ello la expectativa de constituir en adjudicatario, por lo que en este momento no existe, de modo alguno, compromiso de fondos públicos. De hecho, esta etapa es una mera selección de oferentes, en que si bien es cierto existe un acto motivado por parte de la Administración, no debe ser confundido con el acto final de adjudicación señalado en los artículos 42 bis de la Ley de Contratación

¹⁴² Artículo 105 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁴³ Oficio DCA-3178 de la Contraloría General de la República del día 19 de setiembre del 2007.

Administrativa y 86 de su Reglamento; referido como aquel acto en que con ocasión de la valoración y estudios realizados por la Administración respecto a un procedimiento concursal, se deduce como la oferta más conveniente para la satisfacción del interés público aquella que luego de cumplir con una serie de condiciones y aplicándole la evaluación prevista, la convierte en la elegida para adquirir determinado bien y servicio, sea adjudicatario del procedimiento de contratación.¹⁴⁴

4.3.6.3. Adjudicación por subasta a la baja

Este procedimiento se emplea cuando se requiera adquirir productos genéricos, la Administración podrá emplear la adjudicación por subasta a la baja.¹⁴⁵ La Administración promoverá el concurso que por estimación económica corresponda, estableciendo en el cartel un detalle de los bienes y las condiciones aplicables, advirtiendo que la adjudicación será por subasta a la baja. En el cartel también podrá indicarse la estimación del precio base, así como también solicitarse a los licitadores que en sus ofertas establezcan un precio base de sus propuestas.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Debido a que no existe en esta etapa de preselección compromiso de fondos públicos, ni un contrato propiamente dicho, no requiere para su eficacia del Refrendo de la Contraloría, sino hasta que se concreten las contrataciones con los oferentes preseleccionados, esto de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

¹⁴⁵ Artículo 54 Ley de Contratación Administrativa.

¹⁴⁶ Artículo 106 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

4.3.7. Pliego de condiciones

El pliego de condiciones es el conjunto de cláusulas redactadas por la Administración, especificando qué se licita, estableciendo las condiciones del contrato por celebrar y determinando el trámite por seguir en el procedimiento de la licitación. El cartel tiene una gran importancia en la contratación administrativa, por cuanto el contrato respectivo se entenderá integrado, para todos los efectos, por este, de modo que constituye parte del bloque o parámetro para fiscalizar su validez y eficacia¹⁴⁷. Adicionalmente, se afirma que el cartel, constituye el *“reglamento específico de la contratación”*¹⁴⁸, respectiva cuando establece el objeto contractual.

Las cláusulas especifican el suministro, obra o servicio que se licita, las pautas que regirán el contrato por celebrarse, los derechos y las obligaciones de oferentes y contratista, así como también el procedimiento por seguir en la preparación y ejecución del contrato. En un sentido más amplio se puede concebir el pliego de condiciones como el conjunto de documentos escritos que establecen las condiciones contractuales.

El pliego de condiciones, por lo tanto, contiene aquellas disposiciones generales y especiales destinadas a regir el contrato en su formación y ejecución. Consecuentemente podemos definir el cartel como el conjunto de condiciones técnicas, generales o específicas que deben ser, necesariamente, claras, suficientes, concretas y objetivas¹⁴⁹, en

¹⁴⁷ Artículo 10 de La Ley de Contratación Administrativa.

¹⁴⁸ Oficios de la Contraloría General de la República RSL Nos. 50-97 de las 10:30 hrs de 7 de marzo de 1997, 260-98 de las 14:30 hrs. De 4 de setiembre de 1998, 91-99 de las 8 hrs, de 16 de marzo de 1999.

¹⁴⁹ “(...) como regla de principio todo cartel debería ser concreto, objetivo, y claro, de manera que no se diera lugar a interpretaciones irreconciliables sobre sus normas, y en la medida en que un cartel falla en este sentido es porque el mismo resulta insuficiente y como consecuencia lógica de su insuficiencia, va a dar

atención al objeto del contrato administrativo. De manera que el objeto, procedimiento y relación jurídica emergentes de la selección, que se encuentran contenidos dentro de los pliegos son de observancia obligatoria por parte del licitante y de los oferentes. Puesto que este tiene por finalidad la protección de los intereses de ambas partes, cumpliendo así este una doble función. Antes del nacimiento del contrato, el pliego indica a todos los interesados las condiciones que deben reunir sus ofertas, las características de la prestación que se solicita (objeto del contrato), y el trámite procesal que debe seguirse. Posteriormente, una vez que dicho contrato nace a la vida jurídica, el pliego se convierte en la matriz contractual rectora de los efectos jurídicos del vínculo. A través de él, el licitante controla las obligaciones del contratista. Al perfeccionarse el contrato, los pliegos son incorporados a este, adquiriendo el carácter de relaciones contractuales obligatorias para ambas partes. La incorporación de los pliegos al contrato constituye un imperativo jurídico proveniente de la naturaleza de los mismos, así como también de lo establecido por la normativa que regula la contratación administrativa. El TLC República Dominicana-Centroamérica-EE.UU.¹⁵⁰, contiene en su capítulo noveno, concerniente a la “Contratación Pública”, sobre las especificaciones técnicas del pliego de condiciones o cartel para las mercancías, servicios y entes públicos que cubre ese acuerdo comercial. El artículo 9.7 establece que *“1. Ninguna entidad contratante no preparará, adoptará ni aplicará ninguna especificación técnica que tenga como propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las partes (...) 3. Una entidad contratante no establecerá*

resultados no satisfactorios para la plena satisfacción del interés de la Administración licitante(...)” Oficio de la Contraloría General de la República RSL, 15-99 de las 14 hrs, de 19 de enero de 1999.

¹⁵⁰ Aprobado mediante ley refrendaria N° 8622 de 21 de noviembre de 2007.

especificaciones técnicas que requieran o hagan referencia a determinadas marcas o nombres comerciales, patentes (...), salvo que no exista otra manera suficientemente precisa o comprensible de describir los requisitos de la contratación y siempre que, en tales casos, se incluyan en los documentos de contratación expresiones como “o equivalente”.

4. Una entidad contratante no solicitará ni aceptará, de manera que pueda tener por efecto impedir la competencia, asesoramiento, que pudiera utilizarse para preparar o para adoptar cualquier especificación técnica para una contratación específica proveniente de una persona que pueda tener interés comercial en esa contratación”. El

artículo 9.5 del TLC, aclara que tales restricciones no le impiden a la Administración contratante establecer especificaciones técnicas para la conservación de los recursos naturales. Adicionalmente, el artículo 9.14.1. b) y 2 del TLC admite la adopción o aplicación de “medidas medio-ambientales necesarias para proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal”, siempre que estas no se conviertan en un medio discriminatorio arbitrario o injustificado, que origine una restricción al comercio entre partes. Es importante analizar estas disposiciones a la luz del precepto constitucional que impone las denominadas “contrataciones administrativas o compras públicas verdes”. Sobre este tema particular, nuestra legislación también recoge la importancia de facultar y potenciar a las Administraciones para que hagan compras verdes. En este sentido encontramos el artículo 12 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, N°8660 de 16 de agosto de 2008, titulado “Compras Verdes”, que establece:

“Autorízase al ICE y sus empresas, para que promuevan la compra y utilización de materiales reutilizables, reciclables, biodegradables y valorizables, así como productos fabricados con material reciclable bajo procesos ambientalmente amigables, que cumplan con las especificaciones técnicas requeridas por la Administración Pública (...) La proveeduría de la Institución deberá incluir, en los carteles de licitación o de compra directa, criterios ambientales y de ciclo de vida de los productos, para evaluar las licitaciones (...)”.

Es así que a través de normas como las anteriormente descritas se preceptúa una protección al medio ambiente que resulta trascendental, y por eso no puede dejar de mencionarse su inclusión en la práctica contractual administrativa actual, debido a la coyuntura social y ambiental que estamos atravesando en el mundo entero.

4.3.8. Publicación y llamado a licitación

El llamado a licitación es un acto separable, con autonomía e independencia jurídicas respecto de los demás, e inclusive de la publicación. El llamado a licitación está compuesto por una comunicación dirigida al público, que contiene las indicaciones principales acerca del objeto y modalidades del contrato.

A menudo suele confundirse el anterior “llamado a licitación”, con la publicidad que debe tener este llamado. Son dos fases diferentes, muy cercanas la una de la otra, pues posterior al llamado ocurre su publicación, pero esto no implica la identidad de ambas fases. Ambos regímenes son distintos; el llamado a licitación es un típico acto

administrativo; en cambio la publicación de dicho llamado constituye actividad material de la Administración, instrumentada a través de diversos medios de prensa y publicidad, que lo que buscan es dar a conocer el llamado a licitación a la mayor cantidad de personas posible, para así poder motivar la concurrencia de varios oferentes. Podemos decir, entonces, que el llamado a licitación impone su publicidad, y ésta a su vez presupone aquel. La publicidad es el medio utilizado para comunicarlo de manera general e impersonal. Es por eso que una redacción clara es tan importante, ya que de lo contrario en el momento en que se le dé publicidad al llamado, este podría encontrarse viciado de ilegitimidad, ya que podría verse afectada la certeza, la cual constituye uno de los atributos o requisitos del elemento objeto o contenido del acto administrativo.

La publicidad por medio de la publicación debe ser diligentemente cumplida, procurando siempre el respeto de lo establecido en las normas respectivas. De lo contrario podría incurrirse en un vicio de forma que afectaría la validez del acto, determinando la nulidad absoluta o relativa del mismo según corresponda.

4.3.8.1. Registro de Proveedores

El registro de proveedores constituye el instrumento idóneo, en el que se inscribirán las personas físicas y jurídicas que desean participar en los procesos de contratación administrativa que corresponda, de manera que se encuentren debidamente acreditados y evaluados en forma integral y particular, en cuanto a su historial, sanciones, capacidad técnica, financiera, jurídica y cualquier otra que resulte indispensable para una adecuada

selección del contratista.¹⁵¹ La información que consta en estos registros de proveedores es de libre acceso, y deberá ser actualizada por la Administración, para lo cual esta invitará a los interesados en integrarlo, mediante una publicación en el Diario Oficial y facultativamente en un diario de circulación nacional. Es importante señalar que en cualquier momento, las personas físicas y jurídicas que estén interesadas en formar parte del Registro de Proveedores podrán solicitar su incorporación a dicho registro.¹⁵² En nuestro sistema jurídico de la contratación administrativa, el registro, salvo la hipótesis del registro precalificado, tiene una finalidad “enlistadora” o de “lista identificativa” y no “precalificadora” o de “idoneidad” de los proveedores potenciales, puesto que, por el transcurso del tiempo y las variaciones en las circunstancias, resulta imposible que las cualidades de un proveedor se mantengan invariables por la sola inscripción¹⁵³. Consecuentemente, la inscripción en el registro respectivo no es un requisito obligatorio, por cual la administración contratante, en aras de los principios de libre concurrencia e igualdad, bien puede invitar a participar a otro y otros proveedores no inscritos en el registro¹⁵⁴. En síntesis, el registro de proveedores es un mecanismo que debe facilitar y agilizar la invitación de los proveedores a los procedimientos de contratación, evitando requisitos que entraben la libre concurrencia.¹⁵⁵

¹⁵¹ Artículo 116 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁵² Artículo 122 ídem.

¹⁵³ Oficio de la CGR 9851-DGCA-1038-99- de 31 de agosto de 1999.

¹⁵⁴ Ídem.

¹⁵⁵ Oficio de la CGR 0027-DGCA-37-98- de 12 de enero de 1998.

Existe la posibilidad que ante un comportamiento inadecuado por parte del contratista o la concurrencia de ciertas circunstancias, éste sea excluido del registro de proveedores. En nuestro ordenamiento se establece como una lista¹⁵⁶ no taxativa la siguiente:

- La muerte o extinción de la persona física o jurídica.
- La manifestación expresa del proveedor inscrito.
- Los que hayan sido inhabilitados de conformidad con el artículo 100 de la Ley de Contratación Administrativa.
- Por carencia de interés de la Administración de continuar contratando determinado bien o servicio.
- Por la no sujeción del proveedor a los estándares de calidad que indicare la Administración mediante reglamentos o normas técnicas emanadas de los órganos competentes.
- Por vencimiento o extinción del plazo de inscripción.

4.3.9. Presentación de ofertas

Como consecuencia del llamado a licitación resulta lógico que aquellas personas que se encuentren interesadas en la respectiva contratación presenten sus ofertas¹⁵⁷ o propuestas. Pueden presentar ofertas, todas aquellas personas que se encuentren interesadas, y la Administración deberá de recibir toda oferta o propuesta, sin perjuicio de

¹⁵⁶ Artículo 124 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁵⁷ “(...) la oferta es la respuesta que brinda un interesado en contratar, a una necesidad particular y particularizada- en el pliego respectivo- por la Administración (...)”. Oficio de la CGR RSL 409-99 de las 15:30 hrs, de 21 de setiembre de 1999.

que posteriormente cuando se analicen dichas ofertas deberá determinarse por parte de la administración que los oferentes poseen aptitud para contratar con la administración de manera que cumplan los requisitos como: la capacidad jurídica, que se presume y deberá ser acreditada en caso de ser elegido como adjudicatario, así como también la idoneidad técnica y financiera. También deberá de comprobarse que la persona no se encuentra alcanzada por alguno de los impedimentos establecidos en la Ley y Reglamento de Contratación Administrativa. La oferta se encuentra conformada por una serie de elementos de distinta naturaleza¹⁵⁸, que juntos forman la propuesta del contratista, que deberá ser valorada por la Administración para determinar si ésta es la más conveniente. La oferta comúnmente se integra por una serie de importantes requisitos¹⁵⁹, que se pueden distinguir como **formales**: que son aquellos que la ley previamente ha calificado como importantes de cumplir, como lo son, entre otros, la comprobación de personerías entre los firmantes, las declaraciones juradas y certificaciones que se deben presentar, etc; los **comerciales**: que atañen a la validez y presentación de los precios y demás condiciones, como los plazos de entrega, la forma de pago, descuentos, seguros y transporte; los **técnicos**: que tienen que ver con la descripción del objeto que se licita, cuyas condiciones son especiales, por lo general invariables y de obligatorio cumplimiento y por último existen también las **referencias**: entre las cuales se encuentra la literatura adicional y complementaria, atestados de la oferente, y en general todos los documentos, públicos o privados, que ayuden a conformar o dar una mejor comprensión de la oferta y del historial del oferente. En caso de no comprobarse que la oferta cumple con los

¹⁵⁸ Ver sentencia número 1420-91 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁵⁹ Ver sentencia número 998-98 ídem.

requisitos¹⁶⁰ anteriores deberá ser declarada inelegible y posteriormente desechada por la Administración.

4.3.10. Estudio de las ofertas

Una vez que se cierre el plazo para la recepción de ofertas según lo establecido por el cartel respectivo, se procederá a abrir las ofertas presentadas por los licitadores, levantándose un acta en la que se consignen los datos pertinentes. Como parte de esa apertura está la posibilidad de los demás oferentes de estudiar aquellas ofertas que fueron presentadas por terceros, para que si lo consideran pertinentes formulen las observaciones que crean procedentes¹⁶¹. Posteriormente se podrán presentar solicitudes de aclaración a las respectivas ofertas, de manera tal que se logre disminuir al máximo aquellos aspectos que pudiesen resultar poco claros para las partes interesadas. Las aclaraciones podrán ser presentadas por iniciativa propia o a petición de otros oferentes y de la Administración, siempre y cuando estas no impliquen alteración de sus elementos esenciales¹⁶². Lo anterior porque en esta materia rige un principio de inalterabilidad e inmodificabilidad de la oferta, en el sentido de que el vínculo entre licitante y licitador con el acto de admisión se perfecciona en una promesa de contrato (pacto de contrahendo) hecha por el particular, pues el ente licitante reconoce expresamente su capacidad jurídica y técnica para contratar. Este principio se mantendrá siempre al punto de que si el oferente retira su oferta antes de tiempo, le será ejecutada la respectiva

¹⁶⁰ Artículo 61 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁶¹ Artículo 78 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁶² Artículo 79 ídem.

garantía de participación. No obstante, no operará esto cuando estemos frente al supuesto de caducidad de la oferta, que es uno de los modos de liberar la obligación de mantenimiento de la oferta. Ella puede operar por el vencimiento del plazo legal o convencional, por el transcurso de un término razonable en el supuesto de que la oferta no tenga plazo expreso de mantenimiento o por la muerte o incapacidad del oferente. El estudio de las ofertas se hará con base en el sistema de evaluación de las mismas, que todo procedimiento de contratación administrativa, por imperativo legal, debe establecer. Este sistema deberá indicar, como mencionábamos anteriormente, los factores por considerar, su grado de importancia e incidencia¹⁶³ en la comparación global de las ofertas y la metodología empleada para tal ponderación y comparación con referencia a cada factor y con asignación de puntaje¹⁶⁴; todo con el propósito de que la Administración escoja la oferta que más convenga para la satisfacción del interés general.

El propósito fundamental del sistema de evaluación es reducir a la mínima expresión la discrecionalidad administrativa al momento de adjudicar la oferta que resulte más conveniente para la satisfacción del interés público; esto es, reglar u objetivar el acto de adjudicación. De esta manera se cumple con el principio general de la interdicción de la arbitrariedad, erradicándose la toma de decisiones subjetivas y caprichosas por parte de los funcionarios. Adicionalmente, este sistema de evaluación garantiza los principios de publicidad, transparencia, igualdad y seguridad jurídica; por cuanto, al ser conocidos de

¹⁶³ Sobre el grado de incidencia ver oficio de la Contraloría General de la República RSL,50-97 de las 10:30 hrs de 7 de marzo de 1997.

¹⁶⁴ Sobre el porcentaje que deberá contener cada aspecto dentro de la calificación, ver oficio supra citado así como también el RSL-195-99 de las 11 hrs, de 11 de mayo de 1999.

antemano por los interesados, los elementos o factores que serán ponderados, saben a qué atenerse. Consecuentemente, los factores o parámetros de evaluación deben ser, necesariamente, claros, precisos y objetivos, puesto que, de lo contrario se permitiría una *“descontrolada discrecionalidad por parte de la Administración”*¹⁶⁵ con el quebranto consiguiente de los principios de legalidad y seguridad jurídica. La Ley de Contratación Administrativa y su reglamento le otorga una amplia discrecionalidad administrativa a la entidad contratante para definir y escoger un sistema de evaluación de las ofertas. Únicamente en esta etapa previa se puede reconocer una amplia potestad discrecional¹⁶⁶, por cuanto, una vez establecido el cartel o pliego, quedará plenamente sujeta a las propias normas o reglas que haya dispuesto, sin poder derogarlas para el caso concreto (Principio de la inderogabilidad singular del reglamento¹⁶⁷).

Una vez que se estudien las ofertas se concederá plazo para corregir aquellos aspectos que sean subsanables¹⁶⁸. El principio general en materia de subsanación de los defectos en los requisitos de una oferta¹⁶⁹, es que resulta procedente con respecto a los requisitos estrictamente de carácter formal y no esenciales (falta de timbres, copias, autenticación de firmas o documentos); no así cuando se trata de elementos esenciales (por ejemplo, el precio, objeto, condiciones) o cuando versa sobre defectos formales que afectan

¹⁶⁵ Oficio de la Contraloría General de la República 182-99 de las 9 hrs, de 6 de mayo de 1999.

¹⁶⁶ Oficio de la Contraloría General de la República N°RSL 174-99 de las 15:30 hrs, de 30 abril de 1999.

¹⁶⁷ Artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública y oficios de la CGR N° 5697-DGCA-624-97 de 14 de mayo de 1997, RSL, 184-98 de las 10 hrs, de 7 de julio de 1998 y RSL-92-99 de las 9 hrs, de 16 de marzo de 1999.

¹⁶⁸ Artículo 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y oficio RSL, 82-99 de las 14 hrs, de 10 de marzo de 1999.

¹⁶⁹ Sentencia 998-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

contenidos fundamentales o esenciales de la oferta, verbigracia, que la administración contratante haya establecido en el cartel que la literatura técnica y complementaria debe presentarse en idioma español¹⁷⁰ o se trate de una oferta que contiene “condicionamientos ilícitos” que impiden la realización del objeto contractual y, por consiguiente, la satisfacción del interés público.¹⁷¹

Posteriormente aquellas ofertas que sean elegibles serán objeto de calificación, para en última instancia adjudicar el contrato a aquella oferta que representa el mayor beneficio para la Administración Pública y así satisfacer el interés público.

4.3.11. Adjudicación

La fase de la adjudicación se inicia de forma automática una vez concluida la clasificación de las propuestas y etapas de la preadjudicación.¹⁷²

La adjudicación la podemos definir como el acto administrativo mediante el cual la Administración, previo examen de las propuestas u ofertas presentadas, decide cuál de ellas es la más conveniente y la acepta, quedando con ello simultáneamente determinado el cocontratante para el caso particular; adjudicación que complementa el acuerdo de voluntades del que nace el contrato administrativo y que, una vez notificada al licitador seleccionado, perfecciona el contrato, salvo cuando para ello se haga indispensable

¹⁷⁰ Oficios de la CGR Nos. 203-99 de las 15:30 hrs, de 18 de mayo de 1999 y 233-99 de las 14:30 hrs, de 7 de junio de 1999.

¹⁷¹ Oficio de la CGR N° 15929-DGCA-1687-96 de 11 de diciembre de 1996.

¹⁷² Esto porque como lo ha manifestado la Contraloría General de la República “(...) el estudio de las ofertas es la base del acto de adjudicación (...)” Oficio RSL 231-99 de las 13 hrs, de 7 de junio de 1999.

también otros requisitos.¹⁷³ Es decir, mediante este acto la Administración licitante determina, reconoce, declara y acepta, después de hacer el estudio¹⁷⁴ respectivo a a luz del sistema de evaluación la propuesta más ventajosa, dando por terminado el procedimiento administrativo precontractual.

Con la adjudicación se da cierre a la selección del oferente idóneo para la ejecución del contrato; su oferta es considerada conveniente y aceptable, y solo falta un acto externo al procedimiento para que opere la perfección del contrato, como la aprobación formalización o notificación. Mientras la autoridad competente para adjudicar de manera definitiva el contrato, no se haya pronunciado en este sentido, la Administración Pública no está obligada a contratar con el adjudicatario provisional, y correlativamente este no puede intimar a la autoridad a que contrate con él.

Cabe la adjudicación parcial cuando el objeto del contrato administrativo es susceptible de partición o división, no afecte su funcionalidad y el cartel así lo permita¹⁷⁵ o cuando se trate de una pluralidad de renglones o líneas independientes o separadas, sin que sea posible la cotización o adjudicación parcial de una sola línea o de las dependientes entre sí¹⁷⁶.

La adjudicación definitiva produce efectos inmediatos. Por ejemplo, por haberse producido y por hallarse firme el acuerdo de voluntades de las partes, generador de la

¹⁷³ Sentencia N°1205-96 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁷⁴ Recordemos lo señalado en la nota 156.

¹⁷⁵ Artículo 52 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁷⁶ Artículo 66 ídem y oficios 7895- DGCA-828-97- de 30 de junio de 1997, 13509-DGCA-1420-97- de 30 de octubre de 1997, RSL 264-96 de las 13 hrs, de 15 de noviembre de 1996, RSL 296-97 de las 11 hrs, de 22 de diciembre de 1997 y RSL 349-98 de las 11 hrs, de 26 de octubre de 1998.

relación contractual, tanto la Administración como el licitador adjudicatario quedan sometidos a todas las consecuencias que corresponden en derecho.

La adjudicación produce un resultado jurídico objetivo: la elección del oferente que propuso la oferta más conveniente. Por medio de dicho acto se concluye el procedimiento licitatorio en su fase esencial, iniciándose entonces la formalización del contrato o como también se le conoce fase integrativa. Esta operará de conformidad con la técnica dispuesta por el respectivo ordenamiento jurídico: 1) aprobación u homologación; 2) notificación y 3) estipulación escrita. En nuestro derecho se establece que el acto final de adjudicación deberá ser comunicado a través de los mismos medios que se utilizaron para cursar la invitación.¹⁷⁷

Es importante señalar que una vez tomado el acuerdo de adjudicación o el que declara desierto o infructuoso el concurso¹⁷⁸ pero antes de que este adquiera firmeza, la Administración podrá revocarlo por razones de conveniencia, oportunidad, mérito y legalidad, mediante una resolución que sea debidamente motivada¹⁷⁹. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia¹⁸⁰ admitió que el acto de adjudicación puede ser anulado antes de su comunicación, por cuanto el contrato no se ha perfeccionado. Por su parte la Sala Constitucional ha matizado el principio de intangibilidad de los actos propios, tratándose de la anulación del acto de adjudicación si falta aprobación o el refrendo, por

¹⁷⁷ Artículo 88 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁷⁸ Artículo 86 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁷⁹ Sobre el plazo ver artículos 89 y 90 ídem.

¹⁸⁰ Sentencia N° 665-2000 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

cuanto, en tal hipótesis no existe, en sentido estricto, un acto favorable o declaratorio de derechos perfecto.¹⁸¹

5. Recursos Administrativos

5.1. Recurso de objeción

5.1.1. Concepto

Es un recurso que tiene una función preventiva y de saneamiento, tendiente a evitar que ciertas nulidades existentes desde un inicio repercutan negativamente en el acto de adjudicación, habida cuenta de la celeridad, eficacia y eficiencia que debe informar todo procedimiento de contratación administrativa en aras de la satisfacción, del marcado interés público en la adquisición de bienes o servicios o la construcción y gestión de obras y servicios públicos. El recurso de objeción resulta importante instrumento para colaborar con la administración contratante en la definición de las reglas para el estudio, evaluación y selección de la oferta más conveniente para el interés público, que obviamente por razones de seguridad jurídica e interés público, tiene un plazo preclusivo.¹⁸²

5.1.2. Procedencia e interposición del recurso

El recurso de presentará ante la Contraloría General de la República tratándose de licitación pública y ante la administración contratante en el caso de la licitación abreviada.

¹⁸¹ Sentencia N° 12979-04 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁸² Oficio de la Contraloría General de la República RSL,227-97 de las 13 hrs, del 2 de octubre de 1997.

El recurso cabe cuando se estime que existen vicios en el procedimiento, se hayan infringido los principios fundamentales de los procedimientos de contratación o se haya quebrantado, de alguna manera, el ordenamiento jurídico, verbigracia, omisiones, oscuridad o defectos en el sistema de evaluación de las ofertas¹⁸³.

5.1.3. Plazo para interponerlo

Contra el cartel de licitación podrá interponerse recurso de objeción dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas¹⁸⁴. La Contraloría General de la República señaló¹⁸⁵ que la Ley de Contratación Administrativa vigente tiene una laguna normativa al no prever qué sucede con las fracciones de ese plazo, a diferencia del Reglamento de la Contratación Administrativa, cuyo artículo 77, disponía que se haría caso omiso de las fracciones. El órgano de control se decantó por computar únicamente los días hábiles completos, sin contabilizar las fracciones. La falta de impugnación del cartel por los interesados, tiene como consecuencia, por aplicación del principio de preclusión procedimental, el consentimiento tácito y consolidación de las diversas cláusulas del pliego.¹⁸⁶

¹⁸³ Artículo 82, párrafo 1° de la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁸⁴ Artículos 42 inciso g) y 81 de la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁸⁵ Oficios RSL 219-96 de las 8:00 hrs, del 25 de setiembre de 1996 y 239-96 de las 8:30 hrs, del 17 de octubre de 1996, en igual sentido RSL 148-99 de las 15:35 hrs, de 19 de abril de 1999.

¹⁸⁶ Oficio de la Contraloría General de la República R-DGAJ-69-99 de las 15 hrs de 3 de noviembre de 1999.

5.1.4. Legitimación

Se les reconoce a los potenciales oferentes o sus representantes¹⁸⁷ como a toda entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos. Este último se trata de la legitimación por intereses corporativos, dentro de los cuales entrarían las asociaciones de desarrollo comunal, asociaciones de vecinos o las mismas corporaciones municipales.¹⁸⁸ Respecto de este recurso específico no cabe la figura de la coadyuvancia o intervención adhesiva de terceros, presente en el artículo 276 de la Ley General de la Administración Pública¹⁸⁹.

5.1.5. Plazo para resolver

El recurso debe resolverse en el plazo de diez días hábiles siguientes a su presentación, de lo contrario opera una especie de silencio positivo y la objeción se tiene por acogida favorablemente¹⁹⁰. Debe tomarse en consideración que, dado el silencio positivo prescrito por la ley, vencido el plazo surge un acto administrativo favorable presunto, el cual debe ser observado por la administración respectiva sin que pueda ser obviado, por cuanto implicaría la lesión flagrante del principio de la intangibilidad de los actos propios¹⁹¹.

¹⁸⁷ Artículo 82 de la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁸⁸ Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General San José, IUSconsultec S.A.: Editorial Jurídica Continental, 2ª Edición, 2009.

¹⁸⁹ Oficio de la Contraloría General de la República RSL, 384-99 de las 13 hrs, de 3 de setiembre de 1999.

¹⁹⁰ Artículo 83 de la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁹¹ Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1. Parte General. p.585-596

5.2. Recurso de Apelación

La apelación o impugnación de un acto de adjudicación de una licitación pública ante la Contraloría General de la República es un remedio procesal por el cual el legitimado impugna de manera razonada el acto administrativo de selección de una oferta o propuesta de un concurso público¹⁹². La apelación deberá ser conocida y resuelta por la Contraloría General de la República, órgano de fiscalización que, en tal caso, actúa como un jerarca impropio.

5.2.1. Plazo para interponerlo

El lapso para interponer la apelación citada es de diez días hábiles siguientes a la publicación del respectivo acto.¹⁹³

5.2.2. Legitimidad

Se encuentra legitimado para presentar una apelación ante la Contraloría General de la República cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo.¹⁹⁴ Igualmente estará legitimado para apelar quien haya presentado oferta, bajo cualquier título de representación, a nombre de un tercero. Dentro de este último supuesto se

¹⁹² Romero Pérez, Jorge. Derecho Administrativo especial: contratación administrativa. San José, C.R.: EUNED, 2002. P. 149.

¹⁹³ Artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁹⁴ En este sentido ver los oficios V.CGR RSL 39-99 de las 13 hrs. De 4 de febrero de 1999, 85-99 de las 11 hrs de 12 de marzo de 1999, de las 8 hrs, de 22 de marzo de 1999, 107-99 de las 9 hrs, de 24 de marzo de 1999.

entenderá en todo caso a quien haya sido acreditado regularmente dentro del expediente de licitación como representante de casas extranjeras.¹⁹⁵

Otro mecanismo útil¹⁹⁶ para atacar una adjudicación es la denuncia o la queja ante la Contraloría, tomando como base el numeral 28 de la ley de esta institución que establece: “Cuando alguien que no sea titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo presente una denuncia, la intervención de la Contraloría será facultativa (voluntaria).

5.2.3. Fundamentación del Recurso de Apelación

El recurso debe ser sustanciado o fundamentado, de manera tal que el recurrente debe indicar con precisión la infracción del ordenamiento jurídico que se aduce. En el caso de discreparse de estudios técnicos que sirvieron de motivo a la administración respectiva para resolver, el apelante debe impugnarlos de manera razonada y también con estudios y dictámenes técnicos (artículo 88 LCA), por lo que debe asumir la carga de la prueba, no bastando las simples alegaciones¹⁹⁷.

5.2.4. Trámite del recurso.

La Contraloría General de la República, una vez recibida la apelación, debe requerirle a la administración respectiva la remisión del expediente; para ese efecto, ambos cuentan

¹⁹⁵ Artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁹⁶ Romero Pérez, Jorge. Op. cit. p. 150

¹⁹⁷ Solera Víquez, José. El Recurso de Apelación en las licitaciones. 1 ed. San José, C.R. : IJSA, julio del 2005, en igual sentido podemos encontrar los oficios de la Contraloría General de la República CGR RSL, 40-99 de las 13:30 hrs, de 5 de febrero de 1999 y 113-99 de las 15 hrs, de 26 de marzo de 1999.

con un día hábil tanto para pedirlo como para enviarlo¹⁹⁸. Una vez recibido el expediente la Contraloría goza de diez días hábiles, después de vencido el plazo para apelar, para pronunciarse sobre la admisibilidad, rechazo o improcedencia manifiesta del recurso, independientemente de que, en cualquier otro momento, se pueda resolver sobre su inadmisibilidad¹⁹⁹. Cabe advertir que la inadmisibilidad puede ser parcial, esto es, respecto a determinadas líneas²⁰⁰. La inadmisibilidad cabe cuando la Contraloría carece de competencia por razón de la materia, cuando el recurso es extemporáneo, por que el monto²⁰¹ no corresponda conocerlo y resolverlo o cuando no se cumpla con los requisitos formales insubsanables tales como la firma del recurso.²⁰²

En caso de dictarse un auto de admisibilidad, se le debe conferir a las partes un plazo de diez días hábiles en la licitación pública y cinco hábiles en la privada. Cuando al contestar esa audiencia inicial, las partes argumentan en contra de la oferta del apelante, debe concederle a éste una audiencia especial por cinco o tres días hábiles, respectivamente, en la licitación pública y la abreviada, para que se refiera a este extremo. Antes de resolver definitivamente, la Contraloría General deberá otorgar a las partes por tres días hábiles una audiencia final de conclusiones, pudiendo ser realizada oralmente con la convocatoria previa del caso.

¹⁹⁸ Artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁹⁹ Artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa.

²⁰⁰ Artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

²⁰¹ Sobre el monto revisar lo mencionado por JINESTA LOBO, Ernesto. Contratación Administrativa. Op.cit. p. 323.

²⁰² Artículo 179 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa..

La resolución del recurso de apelación que confirma o anula, total o parcialmente, el acto de adjudicación, agotará la vía administrativa, la que en el supuesto de la contratación administrativa es preceptiva según lo establecido en el artículo 184 inciso 5, de la Constitución Política y el Voto de la Sala Constitucional N° 3669-06 de las 15 hrs, del 15 de marzo de 2006, así como también el artículo 31 párrafo 1°, del Código Procesal Contencioso Administrativo.

5.3. Recurso de Revocatoria

5.3.1. Concepto

El recurso de revocatoria cabe cuando por el monto de la adjudicación no procede el de apelación²⁰³. Este recurso a diferencia del de apelación no se presenta ante la Contraloría General de la República²⁰⁴, sino que se deberá presentar ante el mismo órgano que dictó el acto de adjudicación que no necesariamente es el jerarca; de ahí que no se le denomine como de reposición o reconsideración²⁰⁵. El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que la parte interesada podrá solicitar que cuando el órgano encargado de conocerlo y resolverlo no sea el Jerarca, sea conocido y resuelto no por la instancia que dictó el acto de adjudicación sino por este²⁰⁶.

El TLC República Dominicana- Centroamérica-EE.UU., en su capítulo noveno relativo a la “Contratación pública”, en su artículo 9.15.1, aplicable a las mercancías, servicios y entes

²⁰³ Sobre la procedencia y posibles problemas al interponerlo en la Administración o la Contraloría cuando se tiene duda ver Solera López, José. Op .cit. p. 39.

²⁰⁴ Romero Pérez, Jorge. Op. cit. p. 152.

²⁰⁵ Artículo 92 inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa.

²⁰⁶ Artículo 186 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

públicos que cubre el acuerdo comercial, establece que *“Cada parte establecerá o designará al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial, e independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a las obligaciones de la Parte y sus entidades bajo este Capítulo y para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes. Cuando una autoridad que no sea dicha autoridad imparcial revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor, la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial, independientemente de la entidad contratante objeto de la impugnación”*. Puede parecer que esta norma del TLC se contrapone al régimen de impugnación de nuestro ordenamiento jurídico, en lo atinente a la contratación administrativa, dado que, cuando se interpone la revocatoria quien conoce y resuelve el recurso es la propia administración contratante sin embargo, nos dice el autor JINESTA LOBO que la concordancia y la armonía surgen de la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada, independiente e imparcial, adscrita al Poder Judicial que cumple con los parámetros de la norma del TLC, dado que el artículo 9.15.1., establece la obligación de contar con *“(...) una autoridad, administrativa o judicial imparcial e independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones (...), siendo que se emplea una clara y evidente disyuntiva. Sobre el mismo tema nos dice Chacón²⁰⁷ que el control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa en este campo es inefectivo y, en consecuencia, en aquellos casos en los que el único control externo disponible es ese (como sería el caso de los actos no*

²⁰⁷ Chacón, Francisco. La contratación pública en el TLC (...) p.443-444.,citado por Jinesta Lobo. Op.cit. p. 318.

impugnables ante la Contraloría General), lo cierto es que bien puede sostenerse que no existe la garantía ordenada por el TLC. Es por esto que, una vez vigente el acuerdo, el recurso de apelación ante la Contraloría General deberá estar disponible para todas las contrataciones cubiertas, aun sin necesidad de reforma expresa a la Ley de Contratación Administrativa, por ser el TLC un acuerdo cuyas disposiciones pueden aplicarse en forma directa y porque, de otra manera no habría garantía de que las impugnaciones sean revisadas por una autoridad imparcial e independiente en forma efectiva. Consecuentemente, podría pensarse que con esta nueva regulación que establece el TLC, el recurso de revocatoria no procedería como tal, sino que lo que procedería es ir de manera directa al recurso de apelación, sin importar el monto de que se trate, para todas aquellas mercancías y servicios, que se encuentren en el capítulo noveno de dicho tratado.

5.3.2. Plazo para interponerlo

El plazo para interponerlo es de cinco días hábiles siguientes al acto que comunicó la adjudicación. Este plazo debe entenderse modificado para la contratación pública de mercaderías, servicios y entes públicos cubiertos por el TLC República Dominicana. Centroamérica-EE. UU.²⁰⁸, pues en su capítulo noveno, denominado “contratación pública, específicamente en su artículo 9.15.6 (a) dispone que en ningún caso el plazo para preparar y presentar impugnaciones por escrito “será menor a diez días, a partir del

²⁰⁸ Este TLC fue aprobado mediante ley refrendaria N°8622 de 21 de noviembre de 2007.

momento en que el fundamento de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por este”.²⁰⁹

5.3.3. Legitimación y fundamentación.

La legitimación y fundamentación se rigen por las reglas de la apelación (artículo 92, inciso b, de la Ley de Contratación Administrativa). La administración, en caso de que el recurso sea admisible, cuarenta y ocho horas después de su presentación, deberá conceder audiencia a la parte adjudicada por tres días hábiles. La administración debe declinar de conocer el recurso cuando simultáneamente se haya admitido por la Contraloría General de la República un recurso de apelación²¹⁰ en contra de las mismas líneas adjudicadas²¹¹, debiendo remitirse sin más trámite al órgano contralor para que lo tramite como apelación²¹².

La novedad actual²¹³ en el procedimiento está constituida por la inclusión de la oralidad en el trámite; en efecto, al artículo 186 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa le fueron adicionados 3 párrafos que establecen:

²⁰⁹ Esto porque el TLC fue un convenio multilateral aprobado por ley refrendaria que tiene rango, jerarquía y autoridad superior a la ley, de acuerdo con los artículos 7 y 129, párrafo in fine de la Constitución Política.

²¹⁰ Oficios de la Contraloría General de la República RC-397-2002 de las 15:00 horas del 20 de junio de 2002 y R-DAGJ-226 de las 8:00 horas del 17 de julio de 2003.

²¹¹ Sobre el supuesto de líneas fraccionadas ver oficio de la Contraloría General de la República número RC-140-2003 de las 15:00 horas del 10 de marzo de 2003.

²¹² Artículo 186, párrafo 2° del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

²¹³ Generada en virtud de la reforma por Decreto Ejecutivo N°. 3518-H de 30 de abril de 2009 al Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

“Cuando la Administración lo considere conveniente, la audiencia puede ser oral. Para ello, se convocará a las partes, con al menos dos días hábiles de anticipación, para que expongan sus alegatos, evacuación de pruebas y conclusiones, según las reglas que se dispongan en el auto de audiencia.

Las audiencias orales serán públicas y se deberá publicar un aviso por los medios que garanticen su debida difusión. De lo actuado se levantará un acta que contendrá al menos, el nombre de las partes y resumen de lo actuado, la cual se incorporará al expediente.

En caso de que se hubiese tramitado una audiencia oral, la resolución final podrá ser dictada de manera oral, ya sea de seguido a la finalización de la audiencia, o en un plazo no mayor a tres días hábiles posteriores a la realización de tal audiencia. Esa resolución será motivada y bastará que se grabe por algún medio idóneo cuyo registro se incorporará al expediente respectivo”.

El problema que ocasiona esta importante reforma es que deja a discrecionalidad de la administración activa la implementación o no del trámite oral, de modo que el establecimiento de la oralidad continúa teniendo un desarrollo incipiente; puesto que si

en verdad se buscara dar el soporte y respaldo a esta implementación, se establecería la oralidad con carácter preceptivo en vez de facultativo.

5.3.4. Plazo para resolver el recurso

El recurso deberá ser resuelto en un plazo de quince días después de cumplido el trámite de la audiencia. La resolución que dicte la administración agota la vía administrativa. En caso de que el accionante decida no acudir a la vía jurisdiccional, la resolución que acoge el recurso debe disponer sobre la nueva adjudicación o declaratoria de deserción que corresponda según el mérito del expediente dentro del plazo de un mes contado a partir del siguiente de la notificación de la resolución, el cual podrá ser prorrogado por uno igual en casos justificados y previa resolución motivada²¹⁴.

5.3.5. Resolución

La resolución que dicta la Contraloría General de la República o el órgano de la administración al conocer, respectivamente, de la apelación o de la revocatoria agota la vía administrativa y puede impugnarse en la sede jurisdiccional contencioso administrativa, por medio de un proceso de conocimiento, en única instancia, de conformidad con el artículo 2, inciso a), del Código Procesal Contencioso Administrativo.²¹⁵ Dicha resolución podrá ser impugnada en un plazo de tres días

²¹⁴ Artículo 187 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

²¹⁵ A la luz del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo ya no existe el proceso especial de impugnación del acto de adjudicación, sino que ahora el medio procesal específico es el proceso de trámite

posteriores a su comunicación²¹⁶. Este plazo encuentra oposición en lo establecido en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-EE.UU., pues éste establece en su capítulo noveno concerniente a la “contratación pública”, artículo 9.15.6.a)²¹⁷, que la autoridad administrativa o judicial imparcial establecida para conocer y resolver las impugnaciones de los proveedores deberá suministrar *“un plazo suficiente para preparar y presentar las impugnaciones por escrito, el cual, en ningún caso será menor a diez días, a partir del momento en que el fundamento de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por éste”*. Así las cosas, este plazo de tres días deberá entenderse modificado para las contrataciones cubiertas por el TLC, dada la jerarquía normativa²¹⁸ superior que éste tiene.²¹⁹

preferente (artículo 60 de este Código), que conlleva un acortamiento de los plazos para sustanciarlo, dada la urgencia y trascendencia para el interés público que tiene la ejecución del contrato administrativo.

²¹⁶ Artículo 90 párrafo 2 y 92 inciso e) de la Ley de Contratación Administrativa.

²¹⁷ Capítulo aplicable a las mercancías, servicios y entes públicos cubiertos por el acuerdo comercial.

²¹⁸ Sobre este tema ver Romero Pérez, Jorge. Derecho Administrativo General. 1era reimpresión de la 1 Ed. San José, C.R.: Euned, 2002. p.45.

²¹⁹ Para profundizar sobre temas de otros Tratados de Libre Comercio revisar ROMERO PÉREZ, Jorge. Contratación Pública. 1ed. San José, C.R.: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Costa Rica, 2003.

6. Ejecución del Contrato Administrativo

6.3. Principios generales de ejecución

Los principios generales que se encuentran presentes en la etapa de ejecución de los contratos administrativos, comunes a todas las clases de contrato, son los siguientes: continuidad y mutabilidad.

6.3.1. Continuidad

La continuidad presente como principio en la ejecución habilita a la Administración para exigir a su cocontratante su permanencia o no interrupción, en toda circunstancia, de la ejecución del contrato. De modo tal que, en principio, no se vea ella interrumpida o suspendida por causa alguna. Este principio emerge de la finalidad propia del contrato administrativo; esta es la satisfacción del interés público en la relación de subordinación jurídica del contratista para con la Administración. De ahí que toda cuestión que surja producto de la ejecución contractual y que deba resolverse, debe ser resuelta con sujeción al criterio de la continuidad, pues el principio en la materia es que los contratos administrativos se hacen para ser cumplidos, y se los debe ejecutar de forma continua; todo esto en aras de no vulnerar el interés público.

Esta regla de continuidad tiene un carácter general por lo que su aplicación solo puede obviarse en aquellos casos en que las excepciones se encuentren expresamente reconocidas por el texto legal y sean aplicadas en forma restrictiva.

Las excepciones que liberan al contratista de las obligaciones a su cargo son la fuerza mayor²²⁰ o los hechos de la Administración, que impiden la ejecución del contrato o trastornan definitivamente la existencia de la relación contractual, como la muerte o quiebra del contratista.

En los casos en que el contratista interrumpe la ejecución del contrato, la Administración puede hacer uso de aquellas prerrogativas que le otorga la naturaleza del Contrato Administrativo, y que por ser virtuales se encuentran ínsitas a todos, sin necesidad de estipulación expresa, de manera tal que compela al contratista a ejecutar el contrato, a lograr su cumplimiento, antes de rescindirlo; puesto que este es el objetivo primordial de los contratos administrativos y la Administración por ello deberá extremar sus recursos para evitar la rescisión.

6.3.2. Mutabilidad

La Administración Pública puede modificar unilateralmente²²¹ sus términos para variar las prestaciones debidas por el contratista en la ejecución del contrato. La potestad de la Administración Pública para variar *per-se* lo establecido en el contrato²²² y así alterar las prestaciones y condiciones de su cumplimiento, se encuentra ínsita en la naturaleza de los contratos administrativos. Por ello las alteraciones establecidas por la Administración son,

²²⁰ Artículo 199 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

²²¹ Artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa y artículo 200 del Reglamento a esta ley. También sobre el principio de mutabilidad contractual ver sentencia 998-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²²² “El fundamento del poder de la Administración Pública para modificar los contratos administrativos, no es otro que el de atender o satisfacer en mejor forma las necesidades públicas”. Laubadere, André de: “Traité théorique et pratique des contrats administratifs”, citado por Marienhoff. Op. cit. 72 p. 397.

en principio, de cumplimiento obligatorio para su cocontratante, excepto en los casos en que la Administración sobrepasa los límites reglados de su *ius variandi*.

El principio de mutabilidad,²²³ entonces, es una consecuencia lógica de los contratos administrativos, que viene dada por finalidades de interés público, dado que es a través de ellos que se tiende a lograr una más eficiente realización de la justicia distributiva.

La competencia pública modificadora procede respecto a todos los contratos administrativos, cualesquiera que sean su clase y objeto específico, dependiendo su alcance de la naturaleza del contrato, el grado de colaboración del contratista y el plazo durante el cual se deben efectuar las prestaciones. Esto porque, como se señaló anteriormente, el principio de mutabilidad es una cláusula exorbitante, de carácter virtual. No obstante, las partes conservan el derecho de estipular en cada contrato el modo y la forma de su ejercicio y los efectos que podrá producir en la relación contractual.

El principio de mutabilidad tiene determinados límites, que podemos definir así:

- Cualquier modificación de un contrato administrativo debe respetar la sustancia del contrato y la esencia de su objeto. Una alteración que no respetase estos límites, daría lugar a la conformación de un “contrato diferente”, presuntamente no querido por el cocontratante. Las modificaciones contractuales que vayan más allá de la “mutabilidad razonable”, dan derecho al cocontratante a la rescisión y al pago de los perjuicios que hubiere sufrido, salvo que se hubiese celebrado una renegociación contractual.

²²³ Oficio de la Contraloría General de la República N° 805-DGCA-125-97 de 23 de enero de 1997.

- La modificación de la relación contractual deberá siempre mantener el equilibrio económico-financiero del contrato²²⁴ a favor del contratista, debiendo la Administración restituir el mismo, cuando las modificaciones por ella realizadas, produzcan ruptura de este, realizando los reajustes correspondientes para evitar que aquella obtenga un beneficio indebido.
- El incumplimiento de esta limitación por parte de la Administración Pública podría llevar también a la rescisión del contrato. “La prerrogativa de la Administración de poder modificar el contrato es prevalente, pero el cocontratante tiene derecho a rescindirlo y a que se le paguen los perjuicios que por razones de interés público ello le ocasione, cuando la mutación exceda los límites jurídicos”²²⁵.

Las modificaciones contractuales pueden consistir tanto en un aumento como en una disminución de las prestaciones. También pueden ser directas, es decir, que van referidas al contrato o a alguna de sus disposiciones, o indirectas, originadas en actos cuyo fin no es la modificación pero que, no obstante producen ese efecto.

La competencia modificadora de la entidad pública puede devenir en el abuso o desviación de poder, viciando los actos que en ese sentido se cumplan y originando responsabilidad para la Administración²²⁶. Es por esto que el fin alegado por la Administración para modificar el contrato deberá ser real y válido; por lo que deberá estar fundamentado siempre en el interés público, único fundamento válido para el ejercicio de esta atribución.

²²⁴ Sentencia 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²²⁵ Dromi, José R. Op.cit. p. 298

²²⁶ Dromi, José R. Op.cit. p. 298.

6.4. Derechos de la Administración

Son prerrogativas y derechos de la Administración las competencias de dirección, control, capacidad de exigir el cumplimiento del contrato, rescisión y sanción contractual. Estas prerrogativas se encuentran presentes en todos los contratos administrativos, con mayor o menor intensidad, y son de carácter virtual por lo que no se necesita que estén establecidas en los contratos para que sean aplicables.²²⁷

6.4.1. Dirección y Control

La Administración Pública tiene facultades de dirección y control sobre la forma y modo de cumplimiento de las obligaciones a cargo del cocontratante, en mérito a que este lo que hace es brindar una colaboración voluntaria²²⁸ a la Administración a través del contrato. Es decir, en virtud de este principio todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de un control y fiscalización²²⁹ por parte de la Administración Pública²³⁰, en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera tal que es necesaria, en todo el procedimiento de la contratación administrativa, al menos la verificación de los siguientes controles: **el jurídico**, por medio de este se busca comprobar que ningún funcionario o entidad realice o asuma conductas que contradigan lo estipulado por la Ley; **el contable**, consistente en el examen o análisis

²²⁷ En este sentido también encontramos a Cassagne, Juan y Rivero, Enrique. La contratación Pública. 1 ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

²²⁸ Voto 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²²⁹ Artículo 13, párrafo y 1º y 2º de la Ley de Contratación Administrativa.

²³⁰ Voto 998-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo la administración de fondos y bienes del Estado; lo cual incluye la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría General de la República, a fin de que cada gasto tenga su respectivo respaldo financiero y se ajuste a la clasificación establecida, realizada por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o institución contratante; **el financiero**, que consiste en la fiscalización de la percepción de ingresos y de la legalidad del gasto público y el **control económico de resultados**, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos.

El cumplimiento de las obligaciones contractuales asegura la mejor satisfacción del interés público. Si bien la Administración delega en su cocontratante la ejecución del servicio, obra o suministro, siempre es responsable de una ejecución adecuada e idónea para lograr la satisfacción del interés público que contractualmente se procura.

La facultad de dirección y control según Dromi²³¹ comprende diversos aspectos, entre los cuales se encuentra el material, que determina si el cocontratante cumple diligentemente con las obligaciones preestablecidas; otro aspecto es el técnico, que determina si la ejecución del contrato se ajusta a los requisitos técnicos contenidos en los planos y pliegos de condiciones, y un aspecto financiero para verificar la realización de las inversiones, la debida formalización de adquisiciones y acopios, la fijación y percepción de tarifas y la

²³¹ Dromi, José Roberto. Op.cit. p. 299

aplicación de las fórmulas de reajuste según se necesiten; también encontramos un aspecto legal que, como se dijo previamente, consiste en revisar si el procedimiento se ajusta a derecho.

La aplicación de esa prerrogativa posee una diversa intensidad jurídica que dependerá de cada contrato administrativo; así por ejemplo, será amplia en los contratos de concesión de servicios públicos o de obra pública que lo exijan; es más reducida, en cambio, en los contratos de suministro instantáneo o de tracto leve.

En el evento de que el contratista no cumpla con las obligaciones que le establezca la Administración, esta se encuentra posibilitada para imponerle sanciones previstas en el contrato o en su defecto en el ordenamiento jurídico vigente²³², para así asegurar la correcta ejecución del contrato. Por su parte el contratista conserva el derecho de plantear los recursos administrativos y acciones judiciales, en su caso ante un ejercicio abusivo de la Administración de las potestades anteriormente señaladas, reclamando así las indemnizaciones respectivas si efectivamente se han agravado abusivamente las prestaciones que según el contrato estaban a su cargo.

6.4.2. Rescisión

La Administración Pública posee la potestad de disponer unilateralmente la rescisión del contrato. Es una prerrogativa administrativa, más que un derecho contractual emergente, que viene dada en todo contrato administrativo en virtud de su carácter virtual, que le

²³² Artículos 99 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 212 y siguientes del Reglamento a esa misma ley.

permite ejercerse aún y cuando no se encuentre en el contenido del contrato pues responde a su naturaleza.

La competencia rescisoria se aplica, en nuestro país, por razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor que se encuentren debidamente acreditadas²³³ y también en los casos en que medie el acuerdo entre partes²³⁴. La rescisión dispuesta directamente por la Administración Pública es ejecutoria, pero puede ser impugnada por el cocontratante por ilegitimidad ante el órgano judicial, en defensa de sus derechos subjetivos que le han sido vulnerados. Así las cosas, la Administración deberá indemnizar al contratista tanto por los daños causados como por los beneficios que le han privado a causa de la rescisión. En esta materia el interés público predomina, pero el interés particular debe ser resguardado. Por eso es que deben ser indemnizados los perjuicios en tutela del derecho de propiedad.

En nuestro país se hace un desarrollo insuficiente de los institutos de la resolución contractual y la rescisión contractual, señalándose ambos mecanismos como medios para poner fin a la relación contractual, pero no haciéndose una diferencia adecuada, que realmente se encuentre conforme con la doctrina. Podría pensarse que la diferenciación que hace la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica y su respectivo reglamento, es suficientemente clara, ya que para autorizar la resolución unilateral señala como causa el incumplimiento del contratista²³⁵, y para la rescisión establece como causales el interés público, caso fortuito o fuerza mayor. No obstante, dicha diferenciación no se encuentra acorde con la doctrina que homologa la rescisión unilateral con la resolución y la rescisión

²³³ Artículo 206 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

²³⁴ Artículo 207 ídem.

²³⁵ Artículo 204 Ley de Contratación Administrativa.

según las causales antes descritas, con una revocación por razones de oportunidad, conveniencia o mérito. En esta línea encontramos el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa, que hace un tratamiento indiscriminado de los términos rescisión y resolución unilateral, para indicar la terminación del vínculo jurídico por parte de la Administración Pública, pero entremezclando las causales antes descritas, sin señalar cuáles corresponden a qué instituto; y siendo lo correcto darle un tratamiento diferenciado a ambos institutos, al no hacerlo, el legislador costarricense deja al contratista en un estado de incertidumbre que podría degenerar en una tutela insuficiente de sus derechos.

6.4.3. Sanción Contractual

La Administración Pública tiene competencia para sancionar las faltas contractuales que cometa el contratista²³⁶. A la potestad administrativa de dirección y control le viene correlativamente y como consecuencia la posibilidad de sancionar al contratista²³⁷. Esta facultad encuentra su asidero en la necesidad que tiene la Administración de asegurar la efectiva y debida ejecución del contrato.

Las sanciones previstas en el contrato no son excluyentes ni limitativas, porque la Administración puede imponer de manera razonable otras que no estén previstas en la ley y si en el contrato, o incluso sustituir algunas por otras que se adapten mejor al contenido

²³⁶ Artículos 100 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 212 y siguientes de su Reglamento.

²³⁷ Conviene resaltar que estas sanciones no alcanzan al Representante de Casas Extranjeras, pues este se considera meramente un colocador de ofertas, esto según la resolución R-DJ-282-2009 de la Contraloría General de la República.

de la falta. La Administración ejerce esta prerrogativa *per-se*, de manera directa y unilateral, sin tener que recurrir a la intervención judicial, salvo en el supuesto de que la sanción suponga actuar sobre el patrimonio del contratista, verbigracia, el cobro de una sanción económica que deba demandarse judicialmente al no existir suma de dinero para hacerlo efectivo, o la garantía brindada sea insuficiente.

Esta potestad al igual que las otras constituye una cláusula exorbitante de carácter virtual y propia de la ejecución de los contratos administrativos, se encuentra ínsita a ellos y su aplicación no está sujeta a que se encuentre expresamente señalada en los contratos, aunque en la práctica por lo general así es.

La potestad sancionatoria se encuentra sujeta a ciertos límites y requisitos²³⁸:

- La Administración de manera previa a la sanción, debe constituir en mora al contratista, intimándole el debido cumplimiento de sus obligaciones. Esto en consecuencia directa del debido proceso, que debe respetarse para una adecuada imposición de la sanción. No obstante, menciona Dromi²³⁹ que la puesta en mora no es necesaria en el caso de que expresamente haya sido dispensada en el contrato; no coincidimos con esta afirmación, puesto que la intimación que debe hacer la Administración al contratista, además de ser parte medular del debido proceso, responde al principio de Buena Fe, que debe imperar siempre en la relación contractual.
- El contratista conserva el derecho a impugnar en sede judicial aquellos actos que se hayan emitido en su contra. El control judicial de sanciones a las faltas

²³⁸ En este sentido Dromi, José. Op.cit p. 301 y Marienhoff, Miguel. Op.cit p. 445.

²³⁹ Ídem.

contractuales cometidas por el cocontratante es bastante amplio y comprende los mismos aspectos sobre la impugnación de los actos administrativos en general. Es por esto que los jueces podrán anular las sanciones pecuniarias y condenar a la Administración a indemnizar al contratista los daños y perjuicios ocasionados por la indebida aplicación de sanciones.

- La Administración Pública solo puede imponer sanciones que sean razonables y admitidas en su especie por el ordenamiento jurídico administrativo. Es decir, no se puede reprimir con sanciones penales o contravencionales faltas contractuales que no impliquen una verdadera violación a la ley de fondo.

Existen diversos tipos de sanciones pecuniarias, coercitivas, y rescisorias²⁴⁰. Las pecuniarias pueden ser sanciones fijas y predeterminadas o la indemnización de daños y perjuicios. Las pecuniarias fijas pueden aparecer en la forma de una cláusula penal o de multas. Son aquellas establecidas por las partes en el contrato o en los documentos que lo complementan, o incluso por normas generales que le son aplicables a la contratación administrativa.

En ellas se dispone el pago de una suma determinada para el caso de que el contratista incurra en faltas en la ejecución del contrato.

Las sanciones coercitivas tienen por finalidad lograr el inmediato y efectivo cumplimiento de las prestaciones asumidas por el cocontratante, dando lugar a que la Administración Pública lo sustituya, ejecutando por sí misma las prestaciones o haciéndolas ejecutar por

²⁴⁰ Sobre otra posible clasificación ver Marienhoff, Miguel. Op.cit p. 412 y siguientes.

un tercero. Estas sanciones son medidas temporales, transitorias, que no persiguen excluir al contratista, sino reemplazarlo en la ejecución.

Las sanciones rescisorias son las de mayor gravedad, pues dan lugar a la extinción del contrato administrativo. Proceden solamente ante faltas especialmente graves, y la Administración recurre a ellas solo cuando no hay otro medio para lograr la ejecución de las obligaciones contractuales debidas por el contratista; esto porque el principio es que el contrato administrativo se celebra para ser cumplido, razón por la cual la Administración deberá procurar siempre el mantenimiento de la relación jurídica. Solo ante circunstancias muy graves procedería la sanción rescisoria. En nuestro ordenamiento se establece la posibilidad que tiene la Administración de resolver el contrato de manera unilateral²⁴¹ ante un incumplimiento del contratista. En otros ordenamientos como el hondureño, se establecen de manera específica, en su Ley de Contratación del Estado, causales²⁴² que autorizan a la Administración a resolver el contrato.

Las sanciones rescisorias pueden revestir dos formas, por un lado puede ser que la rescisión sea pura y simple, quedando el contratista liberado de las consecuencias jurídicas que produce la celebración de un nuevo contrato, para con respecto al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. En otros casos, la rescisión supone las consecuencias onerosas que se deriven de la formalización del nuevo contrato, por ejemplo los mayores costos, agravación de los gastos improductivos, etc. Este efecto debe

²⁴¹ Artículo 204 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

²⁴² Artículo 127 de la Ley de Contratación del Estado de la República de Honduras, y artículo 253 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contratación del Estado de la República de Honduras.

ser expresamente pactado en el contrato, o resultar de las normas que regulan la contratación.

6.4.4. La prestación debida (capacidad para exigir el cumplimiento del contrato)

El contratista tiene la obligación y la Administración el derecho a exigir el debido cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato.

Lo pactado debe ser cumplido por el contratista en el tiempo y forma establecidos en las condiciones contractuales. La Administración Pública tiene las atribuciones necesarias para posibilitar y obtener el cumplimiento del contrato, cuya finalidad es precisamente la satisfacción del interés público.

Los contratos, sin importar su naturaleza, obligan tanto a lo que se encuentra expresamente contenido en ellos, como a las consecuencias lógicas necesarias que pudieran encontrarse comprendidas en su contenido²⁴³, y que constituyen el normal y debido cumplimiento del contrato. Estos deberán ser siempre interpretados con arreglo al principio de buena fe, que debe imperar entre los contratantes, así como también conforme a lo establecido en las cláusulas contractuales, y la motivación que tuvieron las partes a la hora de celebrar el contrato.

La Administración Pública tiene derecho a exigir que las prestaciones estipuladas en el contrato sean cumplidas en su totalidad, y el contratista deberá actuar siempre con la

²⁴³ Artículo 1023 del Código Civil.

debida diligencia, puesto que es un colaborador²⁴⁴ de la Administración en la realización de un fin público.

Como los contratos administrativos siguen siendo la ley de las partes²⁴⁵, estas conservan el derecho recíproco a exigirse las prestaciones a que se han obligado. En este ámbito del derecho también como decía Jeze²⁴⁶ "debe respetarse la convención de las partes", sin importar cuál sea la especie de contrato administrativo que se considere.

La correcta ejecución del contrato administrativo obliga al contratista a ejecutar personalmente sus obligaciones, por lo cual no puede ceder o transferir el contrato a un tercero, o subcontratar, sin tener de previo la autorización de la Administración. El fundamento de esto se encuentra en el hecho de que los contratos administrativos se celebran *intuitu personae*²⁴⁷.

6.4.5. Ejecución en término

La Administración Pública está facultada para exigir la debida ejecución del contrato administrativo dentro de los plazos estipulados en el mismo, lo cual constituye un deber de cumplimiento esencial del contratista.

Puede establecerse un plazo general de ejecución, o plazos parciales, en los cuales se deben ir cumpliendo las diferentes prestaciones a cargo del contratista, o puede establecerse también la utilización de ambos sistemas.

²⁴⁴ Sentencia número 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁴⁵ Marienhoff, Miguel. Op.cit p. 333-339.

²⁴⁶ Citado por Marienhoff, ídem. P. 350.

²⁴⁷ Marienhoff. ibidem p. 317-323 y DROMI, José R. Op.cit. p. 304.

Pueden establecerse también plazos para reparar los defectos en los que haya incurrido el cocontratante al ir cumpliendo sus obligaciones²⁴⁸.

Al igual que en cualquier contrato, en el contrato administrativo el plazo fijado por las partes para la ejecución de las distintas prestaciones debe respetarse, pues resulta obligatorio tanto para el contratista como para la Administración Pública, quien no puede modificarlo unilateralmente, a menos que en el contrato se haya establecido esta posibilidad. En caso de que el contrato administrativo guarde silencio respecto al plazo para su cumplimiento, ello no implica que el contratista se encuentre liberado de cualquier plazo de ejecución, puesto que en ausencia de un plazo previsto contractualmente, existe para todo contrato un término normal de ejecución, dentro del cual deberá ser este cumplido a cabalidad. Dicho plazo normal de ejecución está dado por la naturaleza de las prestaciones, su cumplimiento habitual dentro del mercado, la capacidad del cocontratante para realizarlas y la complejidad y dificultad de las mismas.

El incumplimiento de los plazos fijados constituye una falta contractual por parte del contratista, y da lugar a que la Administración Pública le imponga las sanciones²⁴⁹ previstas en el contrato o en su defecto las impuestas en la Ley. No obstante lo anterior, el contratista posee la posibilidad de solicitar una prórroga del plazo²⁵⁰ de ejecución del contrato, cuando existan demoras ocasionadas por la Administración Pública o por causas

²⁴⁸ Recordemos que antes de aplicar una sanción al contratista, la Administración en virtud del debido proceso debe intimarlo para que se pronuncie sobre la procedencia o no del defecto-incumplimiento, y después en virtud de la buena fe que siempre deberá imperar en la ejecución contractual la Administración puede otorgar un plazo prudencial al contratista para que este enmiende su error.

²⁴⁹ La falta que da origen a la sanción puede ser estipulada vía contractual o en su defecto operaría lo dispuesto en el numeral 96 incisos e), g), i), j), de la Ley de Contratación Administrativa.

²⁵⁰ Artículo 198 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

ajenas al contratista. Este posee también la posibilidad de solicitar una suspensión²⁵¹ del plazo a la Administración, cuando dicha suspensión se fundamente en motivos de fuerza mayor o caso fortuito.

El incumplimiento de los plazos de ejecución que no originen responsabilidades según Dromi²⁵² obedecen a:

- Disposiciones legislativas o administrativas que suspenden o prolongan los términos establecidos;
- Disposiciones convencionales contenidas resultantes del contrato vigente o de la voluntad común de las partes ;
- De hechos o circunstancias que jurídicamente justifican el incumplimiento.

6.5. Derechos del Contratista

Los derechos del contratista que se traducen consecuentemente en obligaciones para la Administración Pública son los de percepción del precio, suspensión de la ejecución, resolución contractual por culpa del comitente, mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato²⁵³ e invocación de las eximentes de responsabilidad por incumplimiento. En el caso de nuestra Ley de Contratación Administrativa, esta solo contempla en su capítulo IV, sección primera, titulada: Derechos de los Contratistas, el derecho a la ejecución²⁵⁴, al mantenimiento del equilibrio financiero y al reconocimiento

²⁵¹ Artículo 199 ídem.

²⁵² Dromi, José R. Op.cit. p. 305.

²⁵³ Artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa y 31 de su Reglamento.

²⁵⁴ Artículo 17 de la Ley de Contratación Administrativa.

de intereses; no obstante, esto no impide que los derechos anteriormente mencionados conserven plena vigencia, ya que responden a criterios generales propios de la materia contractual que se encuentran ínsitos en la naturaleza de los contratos administrativos.

Las relaciones contractuales administrativas, se fundan en el principio *pacta sunt servanda*, es decir, que el contrato administrativo obliga tanto al cocontratante como a la Administración Pública.

En consecuencia, al contratista le asiste del derecho de exigir de la Administración el cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato²⁵⁵. También la Administración debe ejecutar sus prestaciones dentro de los plazos estipulados normativa o convencionalmente o, en su defecto, dentro del plazo razonable que corresponda según la naturaleza del contrato.

En el supuesto de que la Administración no cumpla con las prestaciones contractuales, es posible para el contratista oponer la *exceptio non adimpleti contractus* o, en su caso, exigir judicialmente el pago de los daños y perjuicios irrogados. Esto porque el contratista tiene el derecho básico y primario de ejecutar plenamente el contrato²⁵⁶, salvo si surge una causal que justifique el ejercicio de las potestades de rescisión o resolución contractual por la administración contratante, que provocan la terminación anticipada o anormal del respectivo contrato. Es por esto que cualquier resolución sobre este tema deberá estar debidamente fundamentada y siempre se encontrará sujeta a los controles propios de los actos administrativos.

²⁵⁵ Marienhoff, Miguel S. Op.cit., p. 451.

²⁵⁶ Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Nos. 275-1990 y 376-2007.

6.5.1. Percepción del Precio

En materia de contratos administrativos el concepto de “precio” debe verse de una manera más amplia; puesto que no solo comprende la suma de dinero que debe abonar directamente la Administración Pública, sino también la que deban satisfacer las personas a quienes se extiendan los efectos de tales contratos: es lo que ocurre, por ejemplo, en la concesión de servicio público, donde el concesionario tiene derecho a percibir del usuario el importe concerniente a la contraprestación respectiva; similar cosa ocurre en la concesión de obra pública, donde el concesionario tiene derecho de percibir de las personas legalmente imputables (aquellas que son consideradas como directamente favorecidas por la obra) el importe correspondiente²⁵⁷.

Un principio fundamental que rige en esta materia es el de la intangibilidad del precio²⁵⁸ en los contratos administrativos por lo que se tiene como consecuencia lógica, que el principio de mutabilidad en este ámbito carece totalmente de validez, no pudiendo ser variado el precio si no es a través de un nuevo acuerdo entre partes. Así pues, no existe mutabilidad del precio contractual y este no puede ser alterado unilateralmente por la Administración. Empero, dicha inmutabilidad no obsta para que el precio sufra variaciones cuando ellas se encontraren previstas en el contrato; por ejemplo, cláusulas de variabilidad de precios, o cuando se ha producido la alteración de elementos no contractuales.

²⁵⁷ En sentido concordante Jéze y Laubadère, ambos citados por Marienhoff. Op.cit. p. 454

²⁵⁸ Dromi, José R. Op.cit. p. 306.

El precio contractual, cualquiera que sea la manera en que se manifieste, debe ser pagado en el lugar, tiempo, forma y condiciones en que haya sido establecido por las partes en el respectivo contrato²⁵⁹, o por acuerdo posterior, lo cual atañe también su intangibilidad.

Puede también el precio ser incrementado por pagos suplementarios, integrándose así en el precio originario. Esto no constituye una alteración del precio del contrato. Se produce cuando el contratista ha ejecutado prestaciones no previstas, pero que son necesarias para el debido cumplimiento del contrato, y deben serle reconocidas, o cuando han existido prestaciones suplementarias ordenadas de manera expresa por la Administración Pública.

El precio debe ser pagado de manera posterior a la entrega de la cosa²⁶⁰ o de realizado el servicio. Sin embargo, en la práctica el pago del precio se puede efectuar de manera parcial o totalmente por anticipado, lo cual no quiere decir que se abonará todo antes de la finalización del contrato, sino que se irá financiando a medida que el contratista vaya cumpliendo con las prestaciones debidas.

Finalmente, el precio, cuando se lo paga parcialmente, puede estar sujeto a retenciones²⁶¹ por parte de la Administración Pública, autorizadas por el contrato o por el régimen normativo vigente, que tienden a constituir un fondo de garantía con el objeto de atender los reparos de la obra, o a nueva prestación de obligaciones mal ejecutadas.

Si la Administración Pública no pagare en término el precio que le corresponde al contratista, esta “deberá abonar intereses moratorios sobre la suma respectiva siempre

²⁵⁹ Artículo 25 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

²⁶⁰ Artículo 35 ídem.

²⁶¹ Artículo 204 íbidem.

que ella estuviera en mora²⁶²”. El pago de intereses también se encuentra regulado en la Ley de Contratación Administrativa²⁶³, la cual establece que se reconocerá mediante resolución administrativa el pago de intereses por parte de la Administración, cuando esta se encuentre atrasada en el pago de sus obligaciones.

6.5.2. Resolución del contrato por culpa de la Administración

El contratista tiene derecho a pedir la resolución del contrato administrativo por culpa de la Administración en los casos previstos en las cláusulas y en las disposiciones legales aplicables.

La fuerza mayor y el hecho de la Administración que produzcan irreversiblemente la imposibilidad razonable²⁶⁴ de ejecutar el contrato habilitan la resolución querida por el cocontratante.

El contratista, a diferencia de la Administración Pública, solo puede solicitar a la autoridad administrativa primero y posteriormente a la judicial, que declare la resolución y hasta que ella no se produzca, tendrá esta la obligación de seguir ejecutando el contrato²⁶⁵, en tanto no solicite la suspensión de este²⁶⁶.

La resolución a solicitud del contratista también puede ser vista como una sanción, pues se produce ante un incumplimiento imputable a la Administración en la ejecución del contrato. La resolución decretada a solicitud del contratista producirá ineludiblemente la

²⁶² Marienhoff, Miguel S. Op.cit. p.455.

²⁶³ Artículo 19.

²⁶⁴ Marienhoff, Miguel S. Op.cit. p. 355-360.

²⁶⁵ Artículo 20 de la Ley de Contratación Administrativa.

²⁶⁶ Artículo 199 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

extinción del contrato, dando lugar, cuando así corresponda, al pago de los daños y perjuicios al cocontratante.²⁶⁷

6.5.3. Resarcimiento por rescisión del contrato por razones de oportunidad

Cuando la Administración Pública, en ejercicio de su competencia rescisoria, dispone unilateralmente la rescisión del contrato administrativo, fundada en razones de oportunidad, conveniencia o mérito, el contratista tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que le produzca esa extinción del contrato²⁶⁸.

6.5.4. Mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato.

Cuando el contratista estima su precio, lo hace teniendo en cuenta la situación económico-financiera existente en el momento de celebrar el contrato. Pero puede ocurrir que el beneficio proyectado, que se le debe garantizar al contratista en virtud del acuerdo recíproco de voluntades²⁶⁹, se vea alterado por causas que son imputables a la Administración, o por causas no imputables a ella pero sobrevinientes e imprevisibles el cocontratante tendrá el derecho y la Administración el deber de restablecer el beneficio²⁷⁰

²⁶⁷ Nuestra Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento no regulan de manera expresa el derecho del contratista para solicitar la Resolución Contractual; no así la Ley de Contratación del Estado de Honduras que en su artículo 129 establece la posibilidad que tiene el contratista para resolver el contrato ante un incumplimiento que le sea imputable a esta.

²⁶⁸ En este sentido tenemos al artículo 206 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, así como también lo señalado por Dromi, José R. Op. cit., p. 309.

²⁶⁹ Sentencia 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁷⁰ La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia N° 114 de las 14:30 hrs de 28 de marzo de 1990, afirmó que el requisito *sine qua non* del derecho al reajuste en la prestación es “*El impacto en la*

(utilidad) o, en último caso, de atenuar los efectos perjudiciales para el vínculo; esto es lo que se conoce como el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato.

En este sentido los lineamientos y precisiones que ha establecido nuestra Sala Constitucional, sobre el principio de la ecuación financiera de los contratos administrativos y los reajustes de precios, como medio para lograr este objetivo, nos conducen a establecer las siguientes pautas²⁷¹:

- Para mantener el equilibrio económico del contrato existe un derecho a los reajustes de precios, que nace desde el momento mismo en que el contratista entrega su oferta a la Administración.
- Los reajustes deben originarse en situaciones imprevistas para las partes o que aunque imprevisibles, por ser el producto del comportamiento normal del mercado local, afectan el nivel de las prestaciones de las partes.
- Los riesgos derivados del punto inmediato anterior deben ser asumidos por la Administración y desprendido de este fundamento del que es consecuencia, resulta que el contratista no debe asumir riesgos irracionales.
- Reconocer los reajustes de precios no es potestativo del Estado, sino su obligación, puesto que está involucrando el interés público inmerso en la ejecución del contrato.

economía del contrato, de fenómenos económicos o de otros imprevisibles que trastornen seriamente su ecuación financiera”.

²⁷¹ Sentencia 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

- Las sumas que se reciben por concepto de reajustes de precios no constituyen, en estricto sentido jurídico, una indemnización, sino la restitución del valor real de la obligación, o sea, el pago integral del precio del contrato.
- El derecho de los contratistas a cobrar los reajustes de precios es irrenunciable anticipadamente y prescribe junto con el derecho a percibir el pago.

6.6. Conclusión del contrato administrativo

La finalización del contrato administrativo puede obedecer a causas normales o anormales²⁷². En las primeras, estamos en presencia de una relación jurídica que finaliza regularmente, conforme a lo previsto con antelación (cumplimiento del objeto y el acaecimiento del plazo contractual). En las segundas, la relación jurídica contractual no se extingue por causas previstas anteriormente, sino por motivos que sobrevienen en contratos en curso de ejecución y que súbitamente le ponen fin. Nuestra normativa²⁷³ menciona como ejemplos de lo anterior la resolución, rescisión administrativa o declaratoria de nulidad. Además, la doctrina también señala como causas de terminación anticipada o anormal: el rescate, la muerte del contratista, la quiebra y la renuncia²⁷⁴.

²⁷² Artículo 203 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

²⁷³ Artículo 206 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

²⁷⁴ Dromi, José R. Op.cit. p. 322.

6.6.1. Cumplimiento del objeto

El contrato administrativo, como todo contrato, se celebra teniendo en vista la consecución de un objeto determinado. Cuando aquel se logra en forma debida, habiéndose cumplido por ambas partes todas las obligaciones a su cargo, el contrato queda finalizado; se ha cumplido con su objeto. No obstante, para que opere la conclusión de la relación contractual la Administración deberá verificar en la práctica que se haya cumplido con todas las prestaciones a cargo de cada una de las partes, dando a lugar a la recepción definitiva del objeto del contrato²⁷⁵.

6.6.2. Expiración del término

Cuando un contrato se formaliza y se establece un plazo determinado para ser cumplido, una vez transcurrido este sin complicaciones o alteraciones, se tiene por concluido por cesación de sus efectos. En este caso particular adquiere relevancia, por encima del objeto del contrato, el plazo o término del mismo, puesto que la Administración desea asegurarse durante ese lapso la prestación de un servicio o la provisión de un determinado suministro.

Cumplido el término o transcurrido el plazo previsto el contrato expira, porque así lo han determinado los contratantes a la hora de manifestar su voluntad. En lo concerniente al destino de los bienes del contratista afectados a la ejecución del contrato, nos dice Dromi²⁷⁶, que “en principio, y en salvaguarda del derecho de propiedad, los bienes quedan en poder del particular, excepto cuando se haya previsto contractualmente otra destino, o

²⁷⁵ Artículo 195 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

²⁷⁶ Dromi, José R. Op.cit. p. 323

que la Administración haya dispuesto su compra directa o la expropiación para seguir prestando el servicio, pagando el justiprecio de los bienes”.

En caso de que no se haya hecho previsión alguna por las partes a la hora de realizar el contrato, rige el principio de que los bienes afectados a la ejecución continúan siendo propiedad del particular cocontratante.

6.6.3. Resolución

La resolución es un modo de terminación anormal de los contratos administrativos; se produce cuando ha habido un incumplimiento grave de una de las dos partes, a la hora de ejecutar las prestaciones establecidas en el contrato. Nuestra normativa no regula propiamente la posibilidad que tiene el contratista de solicitarle al juez competente que resuelva el contrato, sino que solo establece la posibilidad que tiene la Administración de resolver el contrato ante un incumplimiento imputable al contratista²⁷⁷. No así la Ley de Contratación del Estado de Honduras²⁷⁸, la cual establece de manera clara la posibilidad de que ante un incumplimiento de la Administración el contratista solicite al juez la resolución contractual.

Lo que resulta importante señalar es el derecho que les asiste a ambas partes de resolver el contrato ante un incumplimiento de la otra parte; pudiendo la Administración ejecutar ella misma la resolución, no así el contratista, que debe acudir a un juez competente o a la misma Administración para que la declare. Además en este caso, la resolución siempre

²⁷⁷ Artículo 204 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

²⁷⁸ Artículo 129.

dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios, por incurrir la parte que incumple en responsabilidad contractual.

6.6.4. Rescisión Administrativa

La rescisión administrativa en los términos empleados por la Ley de Contratación Administrativa, la podemos homologar con la rescisión por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, que señala la doctrina. Esta es una prerrogativa de la Administración²⁷⁹, del derecho común, de carácter virtual, por lo cual se encuentra ínsita en los contratos administrativos y responde a la naturaleza de estos. Esta rescisión la realiza la Administración por sí y ante sí, sin recurrir al órgano jurisdiccional, en función de la ejecutoriedad de sus actos. A pesar de lo anterior, siempre queda abierta la instancia jurisdiccional, a la cual puede recurrir el particular en defensa de sus derechos vulnerados. La rescisión en este caso siempre dará lugar a la indemnización²⁸⁰ al particular, puesto que es un derecho que le asiste, en tanto la rescisión ha sido declarada por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, es decir, por motivos de interés público y no por culpa del contratista. Según la normativa aplicable la Administración deberá cancelar al contratista la parte efectivamente ejecutada del contrato, en el evento de que no lo hubiera hecho con anterioridad y los gastos en que ese contratista haya incurrido para la compleja ejecución, siempre y cuando estén debidamente probados.

²⁷⁹ Casaggne, Juan C y Rivero, Enrique. Op cit. p. 272.

²⁸⁰ Artículo 206 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

6.6.5. Rescate

El rescate es la “decisión unilateral de la Administración que, por razones de interés público o general, pone fin al contrato antes del vencimiento del plazo, asumiendo directamente la ejecución del mismo”.²⁸¹

Procede en aquellos contratos en los que, por la naturaleza de su objeto, constituyen una actividad que en principio compete al Estado y que, por lo tanto, puede ser reasumida por la Administración Pública. Es por esto que el rescate como medio de extinción del contrato administrativo, se aplica a la concesión de servicio público²⁸² y a la concesión de obra pública. El rescate se puede definir entonces como: una medida administrativa de reorganización del servicio, destinada, en algunos casos, a sustituir la concesión por la ejecución directa, siempre que este sea posible.

El fundamento jurídico de este es análogo al de la rescisión por razones de oportunidad, conveniencia o mérito; ya que este se justifica por razones de interés público, procediendo entonces la indemnización respectiva al contratista.

El rescate de un contrato²⁸³ debe ser total y no parcial, siendo que este debe comprender, en principio, todo el servicio u obra pública concedida.

El rescate solo procederá por razones de interés público, no pudiendo estar motivado en otra razón, pues si así ocurriera se estaría en presencia de una desviación de poder.

²⁸¹ Dromi, José R. Op.cit. p. 325.

²⁸² Artículo 49 del Reglamento de la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

²⁸³ Sobre el rescate o revocación de una concesión, ver Dromi, José R, Op cit. p. 366.

6.6.6. Muerte y quiebra del contratista

El contrato administrativo se celebra *intuitu personae*, es decir, la Administración demanda o requiere la ejecución personal y directa del contratista es por esto que su muerte o quiebra puede determinar la resolución del mismo. Si el contrato administrativo tiene previsto en sus cláusulas la muerte del contratista y sus consecuencias, las partes deberán atenerse a lo acordado por ellas en el contrato.

Cuando no se ha previsto ni se ha establecido contractualmente a un orden de acción ante la muerte del contratista, si esta acaece, en principio la Administración Pública, en ejercicio de su competencia rescisoria, puede rescindir el contrato sin que tal decisión otorgue a los causahabientes derecho a indemnización o reparación alguna; sin embargo, se procederá al pago de los trabajos que se haya realizado hasta el momento.

No existe nada que obligue a la Administración Pública a mantener la relación contractual con los causahabientes del contratista fallecido, excepto en los casos que se hubiera previsto de antemano por las partes contratantes, o cuando una norma legal lo tuviere estipulado para determinados contratos, teniendo en cuenta el objeto de estos. Sin embargo, nos menciona Dromi²⁸⁴ que “la Administración Pública, en vista del interés público a satisfacer, puede proseguir si lo cree conveniente, la relación contractual con los causahabientes del contratista, lo cual obligaría a estos a continuar con la ejecución contractual.”

Otra posibilidad que surge y que ocurre más a menudo, es cuando la Administración ha celebrado un contrato con una persona jurídica y esta se disuelve. Dicha disolución

²⁸⁴ Dromi, José R. Op. cit. p.328.

tendría como consecuencia la finalización del contrato; empero, mientras la sociedad se encuentra en proceso de liquidación, su obligación de continuar ejecutando el contrato no cesa²⁸⁵. Si así lo hiciera el contratista, la Administración, durante este período, no podrá rescindir el contrato sin hacerse responsable de las consecuencias de tal rescisión.

En relación con la quiebra fraudulenta o culposa, se tiene como un incumplimiento por parte del contratista que obliga a la Administración a rescindir el contrato como sanción grave a tal incumplimiento o falta. Sin embargo, siempre es necesario examinar el régimen jurídico de los contratos en particular, para analizar que disponen éstos en relación con la continuidad del servicio, prestación u obra por parte del contratista en quiebra²⁸⁶.

²⁸⁵ Dromi, José R. Op. cit. p.328..

²⁸⁶ Ídem

CAPÍTULO 3: PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN

1. Principios de la contratación privada

1.1. El derecho de resolución y su naturaleza jurídica

El derecho de resolución, en materia contractual, tiene por finalidad que un convenio que se ha celebrado de forma eficaz sea considerado como no concluido en razón de un incumplimiento voluntario e imputable a la parte. Es en virtud del ejercicio de tal derecho que se extingue la relación obligatoria con efecto retroactivo, con sus consecuencias restitutorias y de resarcimiento, al caducar el contrato.

El derecho a resolver el contrato constituye un “pacto comisorio tácito”, es decir, la cláusula resolutoria sobreentendida, o como expresa el artículo 692 de nuestro Código Civil, la “condición resolutoria implícita” en los contratos bilaterales.

Con base en lo anterior la doctrina define el derecho de resolución de un contrato por incumplimiento, como “la facultad que deriva del mismo convenio o pacto expreso o de la ley como cláusula sobreentendida, implícita en las obligaciones sinalagmáticas²⁸⁷”, que

²⁸⁷ Casafont Romero, Pablo. Ensayos de Derecho Contractual. 3ª ed. San José, Litografía e Imprenta LIL. S.A.1990. p. 16.

permite que un convenio celebrado eficazmente sea considerado como no concluido en razón de un incumplimiento voluntario e imputable.

El incumplimiento determina en los contratos bilaterales el nacimiento del derecho legal de resolución, al operar lo que denomina el código y la doctrina, la “condición resolutoria implícita”. No obstante, según la lectura del artículo 692 de nuestro Código Civil, el incumplimiento también puede referirse a la ejecución forzosa de la obligación que puede ejercitar, únicamente, la parte cumpliente. Se trata claramente de una facultad ejercitable en ambos sentidos; tanto para compeler el cumplimiento de lo convenido como para lograr la ruptura del contrato con la resolución. Es por esto que la facultad derivada del artículo supra citado ha sido considerada como un derecho optativo²⁸⁸, que tiene su titular para ejercitarlo en una y otra forma.

En virtud de lo anterior, resulta menester señalar que la verdadera naturaleza jurídica de la opción que se confiere a las partes, ante el incumplimiento contractual, es la de un derecho potestativo y no propiamente la de una condición implícita²⁸⁹, puesto que la condición tiene un valor técnico propio de los elementos del negocio jurídico, bajo la categoría de los accidentales, que son producto de la variable voluntad de las partes contratantes.

Así como no se debe confundir el verdadero carácter que tiene la resolución de derecho potestativo, en vez de condición, tampoco se deben confundir los de la resolución con la nulidad o con la rescisión, puesto que estos encierran conceptos distintos. La nulidad se da por falta o ausencia de los elementos constitutivos del contrato, es decir, que es nulo

²⁸⁸ Sentencia de casación de las 10:48 a.m. del 1 de diciembre de 1922.

²⁸⁹ En este sentido véase Casafont Romero, Pablo. Op.cit. p 17.

aquél negocio que recibe dicha calificación en virtud de que “falta un elemento esencial, o existe una contrariedad a normas imperativas, careciendo de aptitud para dar vida jurídica a la situación correspondiente a su función económico-social”²⁹⁰. Por otro lado la rescisión es invalidez fundada únicamente en el concepto de lesión o perjuicio, y la resolución es ineficacia por hechos sobrevenidos, como el supuesto de un incumplimiento contractual.

1.2. Fundamento jurídico de la resolución

El ejercicio del derecho de resolución conduce a la extinción del contrato, lo que equivale a deshacer o invalidar el vínculo jurídico. Su aplicación se encuentra limitada a los contratos bilaterales, como se aprecia de la lectura expresa del artículo 692 del Código Civil. La bilateralidad a la que se alude hace referencia a la pluralidad de obligaciones que surgen del mismo, a diferencia de los unilaterales en que solamente una de las partes resulta obligada.

La doctrina ha definido para conceptualizar bilateral o sinalagmático un contrato, “el que las obligaciones a cargo de ambas partes dimanen directamente de su conclusión”²⁹¹. Por lo tanto para que un contrato pueda considerarse como bilateral requiere, en razón de su celebración, que surjan obligaciones a cargo de ambas partes, estableciéndose entre ellas una reciprocidad en términos tales, que la prestación de cada una sea a título de contrapartida de la prestación de la otra. De esta forma es que surge en el convenio una

²⁹⁰ Messineo, citado por Pérez, Víctor. Op.cit. p. 323.

²⁹¹ Casafont Romero, Pablo. Op. cit. p.19

reciprocidad de las prestaciones que es la que autoriza para señalar el verdadero fundamento jurídico de su resolución por incumplimiento.

En los contratos bilaterales se entiende que cada una de las partes asume su obligación para obtener el cumplimiento de la obligación de la otra, es decir, que uno cumple para que así el otro deba cumplir, de esto se sigue que si una de ellas incumple, se rompe la reciprocidad o interdependencia de las prestaciones, quedando eliminado el fundamento del vínculo contractual.

Señala Messineo²⁹² que la resolución por incumplimiento de la contraparte se reduce al concepto de “falta sobreviniente de causa de la obligación”; esto es, falta de fundamento de la obligación de cumplir en vista del hecho de que la contraparte no cumple. Esta causa²⁹³ a la que se alude no solo debe existir en el momento de la perfección del contrato, sino que también debe existir mientras el contrato se mantenga vigente.

1.3. Presupuestos de la resolución

Se reconocen como requisitos esenciales para ejercer el derecho de resolución: la cualidad que debe ostentar el titular de esa facultad como parte no incumplidora del contrato, y al incumplimiento propiamente dicho. A estos dos requisitos hace referencia expresa el código, cuando habla de los efectos resolutorios de la “parte que ha cumplido” y de “la falta de cumplimiento”.

²⁹² Messineo, Doctrina General del Contrato. Tomo I, p. 337. Citado por Casafont Romero, Pablo. Op. cit. p. 20.

²⁹³ Elemento esencial para la validez de las obligaciones según los artículos 627 y 1007 del Código Civil.

1.3.1. Parte legitimada para ejercer el derecho resolutorio

La parte legitimada para pedir la resolución es aquella que no ha incumplido el contrato, aquella a la que no es imputable una violación a la relación obligatoria nacida del mismo. Para que un contratante pueda legalmente pedir la resolución de un contrato por incumplimiento, que no haya incurrido, a su vez, en falta de cumplimiento del mismo a los que se contrae la expresión equívoca del artículo 692 del Código Civil, que se refiere a “la parte que ha cumplido puede pedir se resuelva”. En el Código de Comercio se aprecia también esto al consignarse que “en los contratos bilaterales solo podrá exigir cumplimiento aquel que hubiere satisfecho lo que le concierne²⁹⁴”.

Es importante señalar que no ejecutar la prestación, ante el incumplimiento de la otra parte, no significa incumplimiento a los efectos legales, y como bien lo menciona el gran jurista Pablo Casafont, “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, para poder ejercitar dicho derecho”²⁹⁵.

1.3.2. El incumplimiento

En torno a la falta de cumplimiento que consigna de manera simple y llana nuestro Código Civil, se ha suscitado cierta controversia para decidir si cualquier incumplimiento confiere el derecho a resolver el contrato, prescindiendo de cualquier otra consideración relativa a

²⁹⁴ Artículo 425 del Código de Comercio.

²⁹⁵ Casafont Romero, Pablo. Op.cit. p. 22.

la conducta de aquel que incumple, y a la intensidad de este incumplimiento. La doctrina actual rechaza esta tesis, haciendo un análisis de la culpa en el incumplimiento y la importancia que este debe tener dentro de la relación contractual, para que posibilite a la parte a ejercer el derecho de resolución.

1.3.2.1. Culpa en el incumplimiento

El incumplimiento puede definirse como la falta de la realización de la prestación debida; involucra una conducta del obligado consistente en no dar, no hacer u omitir, o en hacer aquello que ha debido omitirse, comportamientos todos en los que interviene la voluntad. La intervención de la culpa²⁹⁶ en el incumplimiento es indispensable para efectos de resolución, puesto que el incumplimiento en los términos de nuestro Código debe ser voluntario e imputable; es decir, culposo, desde que sienta una responsabilidad de resarcimiento que no podría tener otro fundamento, y en su final al involuntario por imposibilidad debida a fuerza mayor o caso fortuito.

Cuando el numeral 692 del Código Civil autoriza la resolución por falta de cumplimiento y establece, igualmente, como consecuencia una responsabilidad a cargo del incumplidor de daños y perjuicios, se refiere a un incumplimiento que encierra una conducta voluntaria dirigida a incumplir, puesto que la responsabilidad por daños y perjuicios solo puede generarse por culpa contractual²⁹⁷.

1.3.2.2. Importancia del incumplimiento

²⁹⁶ Esto según la noción de culpa contractual descrita en el artículo 702 del Código Civil.

²⁹⁷ De acuerdo con el artículo supra citado.

El incumplimiento debe revestir entidad o importancia a la finalidad resolutoria del contrato. No puede prescindirse de esa circunstancia o elemento si no se quiere desplazar la contratación de su base más firme, la voluntad de las partes. Un incumplimiento grave demuestra por parte del sujeto en el que ello incurre, de una voluntad contraria al mantenimiento del vínculo con sus consecuencias de resolución e indemnización. También durante la ejecución contractual se dan faltas de cumplimiento de reducida importancia, ya que no alteran la esencia de la relación jurídica obligacional, ni afectan sensiblemente los resultados del contrato, puesto que no existe en este último una voluntad rebelde a la ejecución de lo pactado.

El contenido contractual puede integrarse con diversas cláusulas o estipulaciones producto de la libre determinación de las partes, con distinta significación e importancia. Algunas se ofrecen con carácter sustancial, constituyendo el principal objeto del contrato, otras accesorias o complementarias y aún de escasa trascendencia. Visto esto, resulta evidente que no pueden ser iguales las consecuencias que se derivan de la inejecución²⁹⁸ de unas u otras; el incumplimiento de ciertas obligaciones tenidas por las partes como sustantivas, afecta la esencialidad del contrato, no así el de otras que puede resultar intrascendente; en el primer caso se da un verdadero y propio incumplimiento en razón de una voluntad rebelde a la ejecución de lo pactado.

Como muestra de lo anterior, el autor Pablo Casafont en su obra cita la sentencia del Tribunal Supremo de España del 10 de marzo de 1949, en la que se menciona: *“El deber de fidelidad o acatamiento a la palabra dada, que informa el principio fundamental en*

²⁹⁸ Casafont Romero, Pablo. Op.cit. p. 26.

*contratación pacta sunt servanda, y late concretamente con el artículo...en cuanto supone implícita en las obligaciones recíprocas la facultad de resolverlas si uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, ha dado ocasión a reiteradas declaraciones de esta Sala, con **marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual, en tanto no se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo pactado, o un hecho no imputable al deudor, que de modo absoluto y definitivo impida el cumplimiento de la relación contractual. El mero retraso temporal y justificado, compatible con el designio de cumplir lo prometido, no es suficiente para romper el pacto***".

En igual sentido la sentencia del mismo Tribunal del 16 de mayo de 1945²⁹⁹, en la que se establece que *"...la resolución del vínculo contractual... **no es aplicable cuando se trata de obligaciones de carácter accesorio o complementario** respecto a las prestaciones o las contraprestaciones, que **constituyen el principal objeto del contrato**"*.

En un sentido más actual pero siguiendo la misma línea de pensamiento, se ha expresado la Sala Primera³⁰⁰ de la Corte Suprema de Justicia cuando menciona: *"En tal sentido, esta Sala reiteradamente ha sostenido que no es cualquier incumplimiento el que autoriza la resolución de un contrato, pues esta solo puede ser el resultado de un incumplimiento grave, no siendo procedente la resolución, aún demostrando el incumplimiento, si carece de la importancia necesaria para aplicar la sanción más grave contemplada por el*

²⁹⁹ Rodríguez Navarro. Doctrina Civil del Tribunal Supremo. Tomo II pág. 3708, citado por Casafont Romero, Pablo. Op.cit. p. 27.

³⁰⁰ Resolución 000865-F-2000, de las 15:35 del año 2000, en igual sentido ver las sentencias N°468-00 de las 10:00 del 16 de junio de 2000, N°469-00 de las 10:05 del 16 de junio de 2000, N°489-00 de las 15:15 del 28 de junio de 2000, todas de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

ordenamiento civil, sea la terminación de una relación contractual nacida válida y eficaz, con los efectos retroactivos y las lógicas consecuencias restitutorias y resarcitorias.”

De lo anterior se colige que nuestra doctrina exige un incumplimiento grave en la ejecución de las prestaciones contractuales, para poder solicitar la resolución contractual, no siendo suficiente cualquier incumplimiento, solo aquel que consista en la no ejecución de una prestación sustancial presente en el contrato.

1.3.3. Resolución por incumplimiento

El derecho a impugnar el contrato por causa de incumplimiento fundamenta el ejercicio de la acción correspondiente, para obtener en la vía jurisdiccional del juez correspondiente la declaración de resolución del convenio.

El incumplimiento cumple una función legitimadora de la demanda, y la resolución se produce con la sentencia que crea una situación jurídica que no existía, al deshacer el contrato y con ello extinguir la relación jurídica nacida de este.

En este caso es la sentencia del juez la que declara la resolución judicial por incumplimiento del contrato, si bien precisa la iniciativa del titular del derecho con una demanda de resolución y el juicio correspondiente; en este sentido se pronuncia el Tribunal de Casación³⁰¹ al establecer que *“la resolución del contrato en virtud de la acción indicada, no existe sino a partir de la sentencia que la pronuncia”*. De esto se concluye que tanto la acción resolutoria como la sentencia que decreta la resolución del contrato por causa de incumplimiento, poseen un carácter constitutivo. Es indispensable que las partes

³⁰¹ Sentencia de las 3:40 pm, del 22 de enero de 1917, en su considerando IX de la Sala de Casación.

acudan a la vía judicial para que el juez declare la resolución del contrato, puesto que esta no puede efectuarse de pleno derecho según la línea jurisprudencial que han seguido nuestros tribunales³⁰².

1.4. Derecho optativo a la ejecución forzosa o resolución contractual.

La falta de cumplimiento de un contrato bilateral le otorga a la parte no incumplidora la facultad de exigir el cumplimiento del contrato, sea la ejecución forzosa o coactiva del mismo o pedir su resolución. Esta representa una elección del titular para decidirse, bien por la demanda de cumplimiento o la de resolución, en la vía judicial.

La ejecución forzosa en forma específica permite al contratante el mantenimiento del contrato, por medio de la exigencia de cumplimiento del mismo, a diferencia de la resolución que lo que persigue es deshacer o invalidar el vínculo jurídico; es por esto que resultaría incompatible un ejercicio en conjunto de ambos derechos³⁰³, dando lugar incluso a la estimación de que el ejercicio de uno entraña la renuncia del otro. Siendo diferentes sus efectos, conviene hacer valer mediante la elección las mencionadas facultades.

La demanda de cumplimiento forzoso denota claramente interés en que el contrato sea ejecutado y de la utilidad que representa el mantenimiento de lo convenido para el accionante, lo que entraña igualmente su voluntad de cumplir su parte de las obligaciones

³⁰² Así tenemos las sentencias de las 2:00 pm del 27 de octubre de 1893 de la Corte de Casación; en esta misma línea y de este mismo tribunal, la de las 10:10 horas del 4 de agosto de 1945 y la de las 15:45 minutos del 30 de enero de 1958. Resolución N° 107 del 2 de setiembre de 1970 de la Sala de Casación.

³⁰³ Es por esto que se dice que lo que surge es un derecho optativo, en este sentido Casafont Romero, Pablo. Op. cit. p.45

o compromisos que le incumben y que le impone el mismo contrato. Es por esto que la demanda de ejecución forzosa no importa renuncia ni elimina del acreedor la facultad de pedir la resolución del contrato, si dicha ejecución coactiva no ha satisfecho su interés³⁰⁴.

Distinto sería si la primera elección del titular es la de optar por la resolución. La voluntad del accionante en este caso no es la de mantener el convenio, sino por el contrario, la de extinguirlo para obtener del incumpliente el resarcimiento y liberarse de sus compromisos por razón del mismo.

La acción resolutoria denota falta de interés en el cumplimiento del contrato, siendo entonces evidente la incompatibilidad entre pedir la resolución y exigir el cumplimiento simultáneamente, puesto que sus finalidades son totalmente opuestas y excluyentes entre sí³⁰⁵.

1.5. Efectos de la resolución

La resolución en materia contractual tiene por finalidad que un contrato celebrado eficazmente sea considerado como no concluido en razón de un incumplimiento voluntario e imputable a una de las partes, extinguiéndose la relación obligatoria con efecto retroactivo en sus consecuencias restitutorias y de resarcimiento al caducar el contrato.

³⁰⁴ En este sentido el artículo 1453 del Código Civil italiano que establece “La resolución podrá ser demandada también aunque el juicio hubiese sido promovido para obtener el cumplimiento”.

³⁰⁵ Artículo 1453 del Código Civil italiano. “No podrá pedirse ya el cumplimiento cuando se hubiere demandado la resolución”

De la aplicación de la resolución se derivan las consecuencias de responsabilidad de la parte que la motivó, sea del incumpliente, y se libera asimismo la parte fiel o no incumpliente de sus respectivos compromisos asumidos en el convenio resuelto. Se origina de este modo una nueva situación cuyos fines son los de restablecer la situación existente antes del nacimiento de la relación jurídica extinguida, siendo el medio más idóneo para esta finalidad el de la retroacción. La extinción del vínculo contractual, por consiguiente, “se produce no solo para el futuro sino con carácter retroactivo, es decir, con las consecuencias de restitución entre los contratantes de las cosas y prestaciones realizadas análogamente”³⁰⁶.

La retroacción a la que se hace referencia resulta inoperante en los contratos resueltos cuyas prestaciones no han sido ejecutadas en forma alguna, pues resulta suficiente la resolución declarada, con su respectivo efecto liberatorio, para que se considere restituida la situación jurídica anterior, con el respectivo resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados.

Las derivaciones del efecto retroactivo en la resolución contractual pueden considerarse con relación a las partes y respecto de terceros; pues no ha de entenderse que solamente el contratante que no ha cumplido y a cuya culpa fue debida la resolución está obligado a restituir, sino que también la otra, aquella que no ha incumplido, ya que al deshacerse o extinguirse el contrato por resolución con efecto retroactivo, no habría causa que justificara que a favor del último quedaran las prestaciones recibidas, lo cual configuraría un enriquecimiento ilícito.

³⁰⁶ Casafont Romero, Pablo. Op.cit. p. 48.

En este sentido nuestros tribunales han señalado en reiteradas sentencias³⁰⁷ que cuando se declara la resolución de un contrato bilateral por evento de la aplicación de la condición implícita determinada por el artículo 692 de nuestro Código Civil, “la persona cuyo derecho de propiedad sobre una cosa se resuelve por este motivo, queda obligada a la devolución de ella con los aumentos que haya recibido, a la de los frutos percibidos, pendiente la condición y, además al pago de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado, si fuere el contratante incumplido”. De ahí se sigue que la resolución declarada por incumplimiento contractual, al imponer la devolución de los frutos que la cosa haya producido, pendiente la condición, surte efecto retroactivo para el adquirente, por lo que resulta necesario concluir que, fundamentado en la equidad, el enajenante queda obligado, a su vez, a devolver la parte del precio que le hubiere sido pagada y sus intereses legales; no obstante, si el adquirente ha sido el que dejó de cumplir el contrato, no tiene el mismo derecho al reintegro de lo pagado, sino condicionada esta devolución a la liquidación y pago o consignación de lo debido por frutos, daños y perjuicios.

1.6. Non Adimpleti Contractus

De la mano con el cumplimiento del contrato se da igualmente la facultad que responde a la simultaneidad en la realización de las prestaciones recíprocas del convenio sinalagmático, si no se ha estipulado, expresamente por alguna de las partes que rehúsa al cumplimiento de su obligación si la otra no cumple al mismo tiempo la suya.

³⁰⁷ Sentencias de Casación de las 3:00 p.m. de 18 de noviembre de 1924 y 14:30 horas del 18 de agosto de 1938.

Tomando en cuenta la reciprocidad de las prestaciones y su ejecución simultánea por las partes, es consecuencia de ello que si un contratante no cumple queda autorizado el otro para dejar de cumplir. Es entonces que cuando a una parte se le exige el cumplimiento de una obligación sin que la otra haya cumplido la recíproca, tendrá la facultad de resistir o rehusar el cumplimiento para compeler a su contrario a realizar simultáneamente la prestación que le corresponde.

-Menciona el profesor Casafont³⁰⁸ que la idea que sirve de fundamento a la Non Adimpleti Contractus, aparece recogida en nuestro Código Civil, cuando establece que:

“El vendedor no es obligado a entregar la cosa mientras el comprador no satisfaga el precio...”³⁰⁹

“El comprador puede rehusar el pago del precio si el vendedor no le entrega la cosa”.³¹⁰

Si bien este concepto viene referido al contrato de compraventa, asume, según la doctrina, el carácter de principio común en los contratos con prestaciones recíprocas por derivación del artículo 692 del mismo Código, que virtualmente lo acoge al establecer que por falta de cumplimiento en los contratos bilaterales, tiene la posibilidad “la parte que ha

³⁰⁸ Casafont Romero, Pablo. Op.cit. p. 53, en igual sentido sentencia N° 589 de las 11:05 del 29 de agosto de 2008 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

³⁰⁹ Artículo 1072 del Código Civil.

³¹⁰ Artículo 1089 ídem.

cumplido exigir el cumplimiento”, lo que equivale a negarlo, *contrario sensu* a aquel que no ha cumplido.³¹¹

Constituye la excepción de contrato no cumplido “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”³¹².

Dicha facultad de resistir o rehusar la ejecución de la propia obligación en tanto la otra parte no cumpla con la suya, a efecto de que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas resulte simultáneo, y no se rompa el sinalagma, resulta el fundamento de la excepción de contrato no ejecutado o *exceptio non adimpleti contractus*, como se estipula expresamente en el artículo 692 del Código Civil.

Las partes que celebran un contrato sinalagmático pueden regular el orden en el que deberán cumplir sus prestaciones; no obstante, si no lo hicieren, este cumplimiento debe ser recíproco y simultáneo. Como cada contratante solo consiente en obligarse para obtener la prestación de su interés, vería vulneradas sus esperanzas si estuviese obligado a entregar lo que ha prometido sin recibir al mismo tiempo aquello que se le prometió en retorno. “Siendo la obligación de uno el fundamento de la del otro – decía la causa –, el primer efecto de las convenciones es el de que cada uno de los contratantes puede obligar al otro a cumplir su obligación cumpliendo él la suya por su parte”³¹³.

³¹¹ En este sentido ver la sentencia de casación de las 10:10 a.m. del 1° de noviembre de 1940.

³¹² Baudrit, Diego. Op.cit. p. 105.

³¹³ Colin, A. y Capitant, H. Curso elemental de Derecho Civil, citado por Casafont Romero, Pablo. Op.cit. p. 54. En igual sentido encontramos la sentencia N° 655 de las 3:30 p.m. del 10 de agosto de 2004 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

1.7. Cláusula Penal

La cláusula penal “es el convenio por el cual el deudor promete al acreedor una prestación, consistente por lo general en dinero, para el caso de que deje de cumplir o no cumpla debidamente, sobre todo puntualmente, una obligación”³¹⁴.

La cláusula penal es conocida también como pena convencional y opera de dos modos, ya sea estimulando al cumplimiento, por temor a la pena, o facilitando la obtención y determinación de la indemnización en caso de incumplimiento³¹⁵. Pues es a través de ésta que se determina de manera anticipada y a título de multa como sanción fija, los daños y perjuicios debidos al acreedor, cuando el deudor incumple con su obligación, o cumple de manera imperfecta³¹⁶.

En materia de obligaciones se es responsable de los daños y perjuicios ante un incumplimiento que sea imputable a una de las partes; con la utilización de la pena convencional, lo que se hace es establecer desde el principio del convenio o contrato, el monto de la indemnización por satisfacer, pues es una promesa accesoria que se incorpora a una obligación principal. Sobre este aspecto ha resuelto la jurisprudencia; “Si la cláusula penal tiene naturaleza contractual y en consecuencia solo puede hacerse referencia a ella si expresamente se ha estipulado en el contrato, no puede sobreentenderse o aplicarse analógicamente y menos si en autos existe un pacto expreso de porcentaje, los cuales si bien evidentemente son sumamente altos, no queda más que

³¹⁴ Montero Piña, Fernando. Obligaciones. 1ed. San José, C.R.: Premia Editores, 1999.

³¹⁵ Sentencia N° 394 de las 3:30 p.m. del 28 de agosto de 2009, del Tribunal Segundo Civil Sección I.

³¹⁶ Artículo 708 del Código Civil.

admitirlos en los términos de la autonomía de la voluntad que permite el código de la materia”³¹⁷.

1.7.1. Imputabilidad del incumplimiento

La culpa se define como la violación al principio de diligencia que se produce a partir del incumplimiento de la conducta pactada.

En la circunstancia de que el incumplimiento de la obligación principal sea atribuible a una circunstancia imputable al deudor, la pena convencional se exige; pero si ese incumplimiento no es imputable al deudor, el crédito se extingue y el deudor no está obligado a pagar la cláusula penal, pues dicho incumplimiento no le acarrea responsabilidad frente a los daños y perjuicios, a menos que por pacto expreso se hubiese comprometido a pagar el importe de la pena convencional aún en el supuesto de imposibilidad fortuita de la prestación, lo que se conoce en doctrina como la cláusula de asunción del riesgo. En este mismo sentido dice Lino Rodríguez³¹⁸ “...la obligación principal ha de quedar incumplida por causa imputable al deudor, pues el acreedor no puede dar por supuesto, que el simple hecho de no recibir la prestación debida implica la consecuencia ineludible de poder exigir la pena convenida. Esta ha de ser consecuencia de una situación antijurídica, la cual solo existirá si el defecto de prestación es debido a un acto injusto del deudor”.

³¹⁷ Sentencia de las 3:25 horas del 30 de noviembre de 1979 del Tribunal Superior Civil.

³¹⁸ Citado por Montero Piña, Fernando. Op.cit. p. 92

1.7.2. Posibilidad de pactar la cláusula penal

Existen dos formas en las que se puede pactar la cláusula penal:

- Las partes establecen su operación ante el evento de que se produzca un incumplimiento absoluto, en cuyo caso se hace referencia a un pacto compensatorio.
- Se puede establecer también para el caso de un incumplimiento relativo, entendido este como incumplimiento tardío o defectuoso del objeto contractual, en cuyo caso se estaría haciendo referencia a un pacto punitivo o sancionador de la mora.

La estipulación de la cláusula penal debe hacerse en el momento en que se contrae la obligación es decir, en el momento en que se perfecciona el contrato; no obstante, no existe nada que impida que pueda establecerse después del nacimiento de la relación jurídica. Lo que sí es conveniente señalar es que siempre deberá ser determinada antes de llegar a saberse si la obligación ha sido incumplida, ya que de pactarse de manera posterior se desvirtúa la función o las funciones que desempeña.

1.7.3. Cuantía de la cláusula penal

La cuantía de la cláusula penal es acordada libremente por las partes contratantes; pero siempre se debe estipular sin quebrantar el límite de lo justo; para ello la ley señala reglas al establecer que cuando se produce un incumplimiento absoluto y se reclame la pena, no puede ser mayor en valor a la obligación principal y cuando se refiere al incumplimiento

relativo y el acreedor reclame la obligación y la pena conjuntamente, esta última no puede exceder de la cuarta parte de la obligación principal.

En este sentido la jurisprudencia ha manifestado:

“ ... Para el apelante el a-quo resuelve mal al declarar ésta cláusula absolutamente nula, no lleva razón en este agravio, ya que la cláusula penal sí es abusiva, pues no guarda proporcionalidad al establecer la pena, ya que cuando solo se reclama la pena, esta no puede exceder ni en valor, ni en cuantía a la obligación principal, ello de conformidad con el numeral 712 del Código Civil. En este caso la pena es diez veces el precio recibido por el demandado...”³¹⁹

1.7.4. Prueba de los daños y perjuicios

La cláusula penal dispensa al acreedor de tener que probar hasta dónde llegan los daños y perjuicios, porque la carga de la prueba es suya si no existiera la cláusula penal, pues le corresponde a él demostrar la existencia del daño.

El cumplimiento de la pena es consecuencia necesaria del incumplimiento de la obligación principal, de manera que, una vez estipulada la cláusula penal, no hay que probar los perjuicios³²⁰, puesto que estos ya fueron estipulados por las partes, lo que quiere decir

³¹⁹ Sentencia de las 9:20 a.m. del 4 de mayo de 2001 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda.

³²⁰ El Código Civil no tiene ninguna disposición que regule el hecho de que la cláusula penal deberá cumplirse aunque el acreedor no haya sufrido, como sí la tiene el Código de Comercio en su numeral 427.

que para cobrar la pena “el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicio y tiene derecho a los estipulados aunque no los haya sufrido”.³²¹

El caso fortuito, la fuerza mayor y la falta imputable al acreedor, liberan de responsabilidad al deudor en el cumplimiento de una obligación sin cláusula penal, salvo que se haya pactado una cláusula de asunción de riesgo y funcionan de igual manera cuando el incumplimiento se genera producto de estas circunstancias en una obligación con cláusula penal.

1.7.5. Inmutabilidad de la cláusula penal

El monto en la pena convencional debe representar los eventuales daños y perjuicios que sufriría el acreedor si así se conviene.

Es por ello que el acreedor tiene derecho a cobrar la cláusula penal total, aunque el daño sufrido con el incumplimiento sea menor, pues para ello se pactó de previo y podría reclamarla aunque no se le cause ningún daño, ya que el elemento que la hace nacer es el incumplimiento mismo.

La inmutabilidad de la cláusula penal consiste en que el monto establecido por las partes como pena convencional no se puede variar, ni a favor del deudor, ni a favor del acreedor; es decir, que si los perjuicios ocasionados con el incumplimiento son mayores a los perjuicios determinados a priori, no tiene derecho el acreedor para variar esos montos, excepto que ese incumplimiento haya sido doloso³²². Si el perjuicio causado es un

³²¹ Montero Piña, Fernando. Op cit. p. 96

³²² Artículo 705 del Código Civil

perjuicio menor al convenido a priori por las partes, el deudor tampoco tiene derecho a la disminución de la indemnización³²³.

La pena puede ser modificada proporcionalmente cuando la obligación fuere cumplida en parte. Menciona el profesor Montero Piña³²⁴ que: “El principio de inmutabilidad de la pena tiene su excepción por razones de equidad y en virtud de que el acreedor, al aceptar el pago parcial de la obligación, está tácitamente aceptando que la indemnización sea sustituida con ese pago parcial del contenido de la prestación. De no disminuirse en la parte proporcional de lo recibido, se produciría un enriquecimiento sin causa a favor del acreedor.”³²⁵

2. Principios de la Contratación Administrativa

2.1. Resolución y rescisión del Contrato Administrativo

La base de la resolución y rescisión en materia de contratación administrativa en nuestro país se encuentra en la Ley de Contratación Administrativa y en su reglamento, así como también en diversas normas sobre contratación, como por ejemplo la Ley General de

³²³ Artículo 705 del Código Civil.

³²⁴ Montero Piña, Fernando. Op.cit .p. 97

³²⁵ En el artículo 713 del Código Civil se estipula que si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción.

Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y su Reglamento, así como también la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Reglamento.

Como criterio general tomamos lo establecido en la Ley de Contratación Administrativa, que en su artículo número 11 señala:

“Artículo 11.-Derecho de rescisión y resolución unilateral.

Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así lo convenga al interés público, todo con apego al debido proceso...”.

El artículo anterior no da mayor información sobre lo atinente a cada instituto y sus diferencias. La doctrina más calificada lo que hace con respecto a estas instituciones es utilizar indiscriminadamente ambos términos, en este sentido tenemos autores de la talla de Dromi, Marienhoff, Jéze, Laubadére.³²⁶

2.2. Cláusula Non Adimpleti Contractus

La *exceptio non adimpleti contractus* en el ámbito del Derecho Administrativo³²⁷ tiene como función evitar una injusticia. Esto resulta trascendental, puesto que la idea de

³²⁶ Sobre la poca regulación véase la sentencias N° 19 de las 3:40 p.m. del 22 de febrero de 2006, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, sección IV; así como también la sentencia N° 556 de las 3:35 p.m. del 10 de noviembre de 2004 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, sección I

³²⁷ Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino, citado por Marienhoff, Miguel. Op.cit. p. 376

justicia debe presidir toda solución jurídica, no importa si se trata de una cuestión de derecho privado o de derecho público. Además, conviene señalar que los contratos administrativos son bilaterales y “las obligaciones de las partes son asimismo “correlativas” o “interdependientes”³²⁸.

Con respecto a la procedencia de la cláusula *non adimpleti contractus* en los contratos administrativos la doctrina se encuentra dividida.

Para Marienhoff³²⁹ la generalidad de los autores se olvidó lo qué se quiso obtener concretamente al excluir de los contratos administrativos la excepción de referencia y a cuál de los contratos administrativos se refería particularmente esa exclusión. Según el autor, es este olvido lo que hizo que se rechace la *exceptio non adimpleti contractus* y que este rechazo se pretenda extender a la totalidad de los contratos administrativos. En el mismo sentido Péquignot³³⁰, sostiene, refiriéndose a los servicios públicos, que la excepción de contrato no cumplido no es aplicable porque afectaría la continuidad de tales servicios. No obstante, la generalidad de los autores coincide en que el incumplimiento³³¹ de sus obligaciones por parte de la Administración, autoriza, en ciertos supuestos, al contratista a invocar válidamente la *exceptio non adimpleti contractus*.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia : “Esta excepción es una defensa que asiste al contratante al que se le exige el cumplimiento de una obligación, sin que la otra parte haya cumplido la obligación correlativa que a él incumbe. Cuando en un contrato bilateral,

³²⁸ Marienhoff, Miguel. Op.cit. p. 377.

³²⁹ Ídem.

³³⁰ Péquignot. Des contrats administratifs, citado por Marienhoff, Miguel. Op.cit.p. 378.

³³¹ Por ejemplo la obligación de efectuar los respectivos pagos en los plazos convenidos.

una de las parte no ha ejecutado la obligación que le corresponde, la otra está facultada para retener el cumplimiento de la suya. Se trata pues de un incumplimiento autorizado por el incumplimiento de la obligación correlativa, cuyo fundamento se encuentra en una protección que da el ordenamiento jurídico a la parte no incumplidora para evitarle mayores daños.”³³² Pese a que se trata de una sentencia emitida para resolver un litigio civil, no podemos desatender los elementos básicos que esta enuncia para su aplicación; elementos que se encuentran también presentes en los contratos administrativos, como lo son: la bilateralidad del contrato, el carácter correlativo de la obligación desatendida y la posibilidad derivada de este incumplimiento, que tiene el acreedor de dejar de cumplir las obligaciones que a él le corresponden.

Bajo esta tesitura es que resulta aplicable a los contratos administrativos la cláusula *non adimpleti contractus*, siempre que se origine un incumplimiento que posibilite a la parte afectada por este incumplimiento a dejar de cumplir sus obligaciones.

2.3. Cláusula Penal

Para el supuesto de incumplimiento de una obligación contractual, las partes pueden prever y fijar “ab initio” el monto de los daños y perjuicios que representará dicho incumplimiento. La estipulación pertinente constituye lo que se denomina cláusula penal³³³. Producido el incumplimiento y constituido en mora el contratista, se aplica dicha

³³² Sentencia N° 865 de las 3:35 p.m. del 16 de noviembre de 2000, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

³³³ Laubadère. Traité théorique et pratique des contrats administratifs”, citado por Marienhoff, Miguel. Op.cit. p. 412.

cláusula penal. En esencia tienen plena vigencia y validez las normas y principios existentes en el derecho privado.

De esta forma las partes fijan de antemano la indemnización que debe pagarse a título de daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación contractual; con esto el interesado se libera de la carga probatoria de los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte el infractor sabe de manera anticipada a cuánto ascenderá la indemnización respectiva, “sin exponerse a un cobro exagerado o superior a los recursos de los que dispone”.³³⁴

En este sentido ha manifestado la jurisprudencia³³⁵ “... en la contratación administrativa es posible aplicar además de las garantías de cumplimiento, cláusulas penales y multas... Igualmente el cartel podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento. Por la naturaleza de estas cláusulas para su aplicación no será necesario demostrar el daño.” Vemos cómo la cláusula penal tiene plena aplicación en los contratos administrativos; así lo han sostenido nuestros tribunales los cuáles han puesto como requisito que “...Para que puedan ser aplicadas han de formar

³³⁴ Péquignot. Des contrats administratifs, citado por Marienhoff, Miguel. Op.cit. p. 413.

³³⁵ Sentencia N° 34 de la 1:35 p.m. del 29 de abril de 2010, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, sección VII.

parte del cartel y estar claramente señaladas e incluir en forma pormenorizada y cristalina los incumplimientos en los que tiene la posibilidad de aplicarlas en la práctica.”³³⁶

Para la aplicación de la cláusula penal ha dicho la Sala Primera: “Bastará con que demuestre el incumplimiento de la conducta debida y la existencia de la cláusula penal, para que, de reunirse los demás presupuestos de la responsabilidad civil, el juez condene al monto prefijado por las partes, careciendo de interés la prueba sobre los efectivos daños infringidos”³³⁷.

3. Aplicación de los principios de la contratación privada a los contratos administrativos a la luz de la intangibilidad patrimonial

1. Fundamento.

En nuestro ordenamiento existen lagunas sobre la procedencia o aplicación de ciertos principios e instituciones de la contratación privada a los contratos administrativos, razón que obliga a los aplicadores del derecho a recurrir a otras disposiciones legales que permitan establecer los términos de uso de ese tipo de determinaciones contractuales, de conformidad con el principio de integración del Ordenamiento jurídico, a fin de

³³⁶ Sentencia N° 34 de la 1:35 p.m. del 29 de abril de 2010, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, sección VII.

³³⁷ Voto N° 795-F-S1-2008 de las 10:15 horas del 27 de noviembre de 2008.

establecer reglas objetivas aplicables a la generalidad de los casos. “Se trata del reconocimiento de la complementariedad del Derecho, considerado como un conjunto unitario que permite acudir a normas de otra rama jurídica para llenar campos en los que la regulación existente es insuficiente³³⁸. En el caso de la contratación pública y el derecho civil de los contratos el ligamen es más que evidente, precisamente porque la regulación de la contratación pública se ha sustentado en lo fundamental en el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal que sobre la materia de contratos ha realizado el derecho civil. Si bien existen diferencias elementales entre ambas modalidades, es claro que la contratación pública como actividad se fundamentó en las instituciones del derecho privado. Ergo ante la insuficiencia de las leyes administrativas, es de rigor, de cara a precisar los alcances y contenido del régimen... acudir a las normas del derecho civil como parámetro de complementación”³³⁹.

2. Intangibilidad patrimonial

El principio de la intangibilidad patrimonial es de origen constitucional³⁴⁰ y vela por el respeto de la propiedad de los individuos, de manera tal que se establece que la propiedad es “inviolable y a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley”.

³³⁸ En este sentido encontramos a los artículos 5 y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 7 y 8 de la Ley General de la Administración Pública.

³³⁹ Sentencia N°1019 de las 4:25 p.m. del 21 de diciembre de 2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

³⁴⁰ Artículo 45 de la Constitución Política

Al respecto ha dicho la Sala Constitucional³⁴¹ que “la inviolabilidad de la propiedad es una garantía de rango constitucional recogida por el canon 45 de la Carta Política. Este derecho contrariamente a como se le concebía en otros tiempos, no es de naturaleza estática sino que conforme a las exigencias de nuestro tiempo se le ha de considerar elástico y dinámico esto es, que atribuye a sus titulares, tanto interna como externamente facultades, deberes y limitaciones...”.

El principio de la intangibilidad a su vez lleva de manera implícita el principio de “Interdicción de la arbitrariedad” el cual establece que, por encontrarse constitucionalmente garantizado el derecho a la propiedad, “... cualquier amenaza a este o a su ejercicio no puede ser fruto de un acto arbitrario, sino que para poder ser limitado por la administración... debe hacerse mediante un acto administrativo razonado, realizado con apego a los derechos de legalidad y de defensa constitucionales.”³⁴²

La intangibilidad patrimonial se encuentra también tutelada, específicamente en el caso de los contratos administrativos, en los principios emanados del artículo 182 de nuestra Constitución. Estos principios fueron desarrollados a través de la jurisprudencia de la Sala Constitucional³⁴³, y vienen a regular la actividad de la contratación administrativa. E el caso particular de la intangibilidad patrimonial la Sala ha dicho: “... la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al contratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea

³⁴¹ Sentencias N° 4857-96, 1217-96, 4205-96 y 5097-93 todos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

³⁴² Sentencia N°160-97 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

³⁴³ En específico con la sentencia 998-98.

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 originalmente pactado... el derecho a la intangibilidad patrimonial... tiene rango constitucional, como principio derivado del artículo 182 constitucional en relación con el 45 ibídem...”³⁴⁴

3. Resolución

Como ya se dijo, en el ámbito de la contratación administrativa se utilizan de manera indiscriminada los términos rescisión y resolución contractual. El artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa antes citado dispone que:

“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...”.

Es evidente cómo el legislador a la hora de redactar dicho artículo no tomó en consideración las diferencias que se hacen en doctrina sobre los diversos institutos. Todo esto porque la rescisión contractual procede en casos diferentes a la resolución, tanto en la causa que le da su origen como en sus efectos sobre el contrato.

³⁴⁴ Sentencia 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Otra muestra de la anterior omisión se puede apreciar con meridiana claridad en el reglamento de esta Ley, específicamente en el numeral 208 en el cual después de hablarse de procedimiento de rescisión en los tres primeros párrafos, en el párrafo siguiente se habla de resolución, para después volver a referirse a la rescisión. Una vez más los redactores de la normativa que regula la materia adolecen de dar un tratamiento indiferenciado a institutos de origen civil, a los que la doctrina les concede un tratamiento diferenciado.

También a nivel jurisprudencial³⁴⁵ se yerra de la misma forma, realizando nuestros tribunales un uso indiscriminado de los términos.

En la doctrina argentina también encontramos la misma particularidad, cuando por ejemplo se habla de rescisión para determinar el modo de extinción por el que se pone fin a un contrato en vías de ejecución, y se califica este como una forma de terminación anormal de la relación contractual³⁴⁶. Se habla también de rescisión bilateral o convencional, cuando las partes resuelven por mutuo consentimiento poner fin a las obligaciones emergentes del contrato y a los derechos reales que se hubiesen transferido. Vemos como podemos homologar esta rescisión a la cual hacen referencia tanto Marienhoff como Dromi o el mismo Jéze, con el instituto de la resolución por mutuo consentimiento como la conocemos en nuestro medio. Otro ejemplo de uso indiscriminado pero en este caso del instituto de la resolución, lo encontramos en la Ley

³⁴⁵ Por ejemplo la sentencia 463 de las 9:00 a.m. del 4 de julio de 2007, emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 469 de las 3:20 p.m. del 7 de mayo de 2009, emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

³⁴⁶ Dromi, José Roberto. Op.cit p. 325

de Contratación del Estado³⁴⁷ de la república de Honduras, la cual establece como resolución la medida aplicable en los casos de incumplimiento, muerte del contratista, caso fortuito, fuerza mayor e interés público.

3.1. Procedencia de la resolución y rescisión

El análisis pormenorizado de la jurisprudencia nos sirve de guía para diferenciar cuándo procede la resolución y cuándo la rescisión; en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Contencioso Administrativo³⁴⁸:

"Dentro de las **formas de ineficacia derivadas de un proceso de eliminación de los efectos está la impugnación por rescisión**. Se atribuye este derecho a una parte en razón de una grave desproporción entre las prestaciones realizadas o prometidas- (lesión), o cuando derive de un estado de peligro notorio para la otra parte o de un estado de necesidad del que esa parte se hubiere aprovechado. En cambio **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...".

³⁴⁷ Numerales 119, 127, 128 y 129.

³⁴⁸ Sentencias N° 556 de las 3:35 p.m. del 10 de noviembre del 2004, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I.

Aunado a la cita jurisprudencial anterior, y siempre con el fin de especificar un criterio que resulte útil a la luz del artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa, encontramos varios votos³⁴⁹ que siguen una misma línea, de manera tal que se establece para los casos de resolución contractual que esta procede ante un incumplimiento imputable al contratista; es decir, se mantiene el criterio de la contratación privada, con todos sus elementos, siendo que procederá la resolución, cuando el contratista no ejecute del todo o ejecute de forma errónea las prestaciones que le están encomendadas.

Con respecto a la rescisión del contrato administrativo, la línea jurisprudencial que se sigue es que esta procede en casos de interés público: "... la Administración podrá **rescindir el contrato**, por motivos de interés interés (sic) público..."³⁵⁰. También procederá por motivos de oportunidad, conveniencia o mérito³⁵¹ y por caso fortuito³⁵². Es entonces que se deberá analizar el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa en el respectivo orden que se enuncian las causales, siendo que corresponderá la resolución en los casos de incumplimiento y la rescisión en los demás.

³⁴⁹ Sentencias: 463 de las 9:00a.m. del 4 de julio de 2007, emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N°736 de las 2:55 p.m. del 8 de octubre de 2007, también de la Sala Primera y sentencia N° 329-2006 de las 9:40 a.m. del 30 de agosto de 2006 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III.

³⁵⁰ Sentencia N° 329-2006 de las 9:40 a.m. del 30 de agosto de 2006 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III

³⁵¹ Sentencia N°75 de las 9:10 a.m. de 8 de febrero de 2002, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III

³⁵² Sentencia N° 51 de las 3:10 p.m. del 30 de junio de 2009 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX.

4. Procedencia de los principios de la contratación privada

Para poder determinar si proceden los principios de la contratación privada en el caso de la resolución y rescisión del contrato administrativo, se deben retomar las principales características y diferencias que surgen entre ellos en el ámbito civil. En este sentido se encuentra la resolución N° 312 de las 9:40 a.m. de 3 de agosto de 2001, emitida por el Tribunal Segundo Civil Sección I, cuya riqueza y claridad lo hacen un voto trascendental en la materia que se analiza:

“La resolución es una forma de disolución de contrato por incumplimiento de las condiciones pactadas, con la rescisión también se llega a disolver el contrato, pero por causa de lesión en uno de los contratantes, mientras que la nulidad, se produce por falta de alguno de los requisitos para la formación del convenio... en la resolución y en la rescisión, hay un contrato con todos los requisitos exigidos por la Ley, mientras que en la nulidad falta un requisito... En doctrina, se dice lo siguiente... La rescisión es una medida excepcional y subsidiaria que se otorga a quien como consecuencia de la celebración de un contrato haya sufrido una lesión , un perjuicio o pueda sufrirlo...La rescisión requiera que exista un contrato válidamente celebrado, que no adolezca de vicios, por ello es medida excepcional... (Sistema de Derecho Civil, Luis Díez Picasso y Antonio Gullón, volumen III, página. 84, editorial Tecnos, S.A., 1976) Por su parte, el profesor Messineo, en su obra "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo IV, edición de 1971, en la página 521, nos señala que dos son los casos de rescindibilidad de un contrato. Dice: "Dos son los casos de rescisión: según que el contrato haya sido concluido en estado de peligro o que haya dado lugar a lesión, sufrido por una de las partes y determinada por estado de necesidad por el que esa parte haya sido inducida al contrato. A) El estado de peligro que da lugar a la rescindibilidad del contrato y legítima el ejercicio de la acción de rescisión, consiste en el hecho de que el motivo determinante de la conclusión del contrato (aunque sea aleatorio) y de la de la asunción de la obligación, ha sido, para uno a las partes, la necesidad - conocida de la contraparte- de salvarse a sí misma (o de salvar a otra persona) del peligro

actual de un daño grave a la persona (contrato de estado de necesidad) y, además, en el hecho de que la obligación haya sido asumida en condiciones contrarias a la equidad...B) La segunda figura de rescindibilidad está dada por la situación de aquel que haya sufrido una lesión patrimonial, consistente en la desproporción (o desequilibrio) entre la prestación que ha ejecutado o prometido, y la prestación que debe recibir (y que es de menos importancia); desproporción que se depende del estado de necesidad (situación que disminuye la libertad de elección en que se encontraba) y que ha sido, para él, motivo determinante y del que la contraparte se haya aprovechado para obtener ventaja...”³⁵³

De la anterior sentencia se desprende que la resolución en los contratos civiles, como también sucede en los contratos administrativos, procede ante un incumplimiento imputable a una de las partes contractuales³⁵⁴. Este incumplimiento deberá estar especificado en el cartel y cuando no esté contemplado en este, deberá constituir un incumplimiento grave³⁵⁵. El caso de la rescisión administrativa, pese a compartir ciertos aspectos con la rescisión en materia civil³⁵⁶, resulta diferente, en el tanto los supuestos que contempla como causa son: la fuerza mayor, caso fortuito e interés público y no a una “grave desproporción entre las prestaciones (realizadas o prometidas) (lesión) o cuando

³⁵³ Resolución N° 312 de las 9:40 a.m. de 3 de agosto de 2001, emitida por el Tribunal Segundo Civil Sección I

³⁵⁴ Así también en el artículo 59 de la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

³⁵⁵ La gravedad de este incumplimiento es una cuestión de hecho que deberá de ser analizada en el caso concreto, puesto que lo que se busca en la contratación administrativa es la conservación del contrato en virtud del principio “pacta sunt servanda”.

³⁵⁶ Como por ejemplo el hecho de que produce efectos “ex nunc” con respecto a la extinción del vínculo contractual.

derive de un estado de peligro notorio para la otra parte o de un estado de necesidad del que se hubiera aprovechado”.³⁵⁷

4.1. Procedencia de los supuestos de rescisión civil para solicitar la rescisión administrativa.

La rescisión procede ante el aprovechamiento del estado de necesidad en que se encontraba una persona a la hora de contratar, que en sí es el hecho que la motiva a contratar, y también procede ante la diferencia entre las prestaciones a las que se obliga una parte con respecto a la otra; es decir, la rescisión lo que busca es el no aprovechamiento de una parte sobre la otra, de manera que se mantenga el equilibrio y la igualdad de las partes, principio rector de la materia de contratación privada.

La contratación administrativa se encuentra regida por principios propios de la materia que obedecen a la finalidad de la misma; de manera tal que se han establecido cláusulas o prerrogativas especiales, que se encuentran ínsitas en todo contrato administrativo, que la ponen en una posición de “privilegio” frente al contratista; tal es el caso de la potestad de resolución y rescisión unilateral, la mutabilidad contractual unilateral, así como también la de fijar de previo el objeto de la contratación de manera que sea el contratista el que se adhiera a las cláusulas prefijadas.³⁵⁸

Esto podría llevar a pensar que no existe un plano de igualdad entre el contratista y la Administración licitante, siendo que la fijación de las cláusulas contractuales se deja a la discrecionalidad de la Administración; no obstante, esto tiene un motivo, y dicho motivo

³⁵⁷ Pérez, Víctor. Op .cit. p.365

³⁵⁸ Marienhoff, Miguel. Op .cit. p. 137

lo constituye el hecho de que quién, si no la Administración es la que sabe qué es lo que necesita y qué es lo que ella requiere. La naturaleza del contrato administrativo es la de “ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración Pública, destinado a satisfacer funciones esenciales del Estado, es decir, fines públicos”³⁵⁹, y quién, si no la Administración es la que conoce sus falencias y necesidades y la manera de resolverlas. La contratación administrativa, pese a otorgar prerrogativas a la Administración sobre el contratista, establece también un plano de igualdad formal en las relaciones entre el contratista y la Administración, en el que se designan limitaciones a la Administración a favor del contratista³⁶⁰ de manera que siempre se respete el principio de legalidad.

La ley de contratación administrativa prevé un mecanismo para que las partes oferentes, interesadas en contratar con la Administración, se pronuncien sobre las cláusulas propuestas por la Administración. Este recurso es conocido como Recurso de Objeción³⁶¹, y lo que busca es que los oferentes se opongan contra lo dispuesto en el cartel de licitación. Esta oposición no implica una negociación de las cláusulas contractuales, sino que lo que busca es que se corrijan errores de procedimiento o yerros que atenten contra los principios fundamentales de la contratación, como por ejemplo, el de la libre concurrencia e igualdad entre los oferentes³⁶².

El contratista tiene entonces, *ex ante*, la oportunidad de paliar aquellas diferencias que hagan de la futura ejecución del contrato algo gravoso para él. Es decir, la normativa

³⁵⁹ Sentencia 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

³⁶⁰ Marienhoff, Miguel. Op. cit. p. 334

³⁶¹ Artículos 81,82, 83 de la Ley de Contratación Administrativa y 170,171,172, 173 de su reglamento.

³⁶² Sentencia 998-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

prevé un medio para que el contratista elimine aquellas diferencias que haga la ejecución de sus prestaciones más gravosa que la contraprestación que recibe por ella (causa que da origen a la rescisión).

La oportunidad del contratista de revisar el cartel de licitación de manera previa a la formalización del contrato, constituye un fundamento para que la rescisión en los términos supra analizados (contratación civil), no tenga una verdadera aplicación en el ámbito de la contratación administrativa, puesto que la ley prevé medios para evitar cualquier situación de vulnerabilidad o aprovechamiento abusivo de la Administración en desmedro del contratista; de forma tal que no se origine un desequilibrio originario en la ejecución de las prestaciones contractuales, con relación a su respectiva contraprestación; ya que se busca evitar que la primera sea más gravosa que la segunda.

No obstante, esta posibilidad de revisión anticipada no es irrestricta, ni procederá en cualquier caso, ni ante cualquier disconformidad de los interesados, sino que por el contrario, se encuentra limitada a la protección del potencial oferente contra aquellas cláusulas contractuales que atenten contra los principios constitucionales³⁶³ y doctrinarios que rodean la actividad de la licitación. Verbigracia, existen aspectos, como la modificación del objeto y la modificación de cláusulas o aspectos que sean esenciales para cumplir con el interés público, que no serán de recibo por parte de la Administración, pues constituyen la base misma de la contratación.

³⁶³ Se hace referencia a lo establecido en la sentencia 998-98, puesto que no compartimos el criterio más actual de la Sala Constitucional, y lo manifestado por el Dr. Ernesto Jinesta Lobo, en su libro “La Contratación Administrativa”, en donde se opone a que los principios señalados mediante una lista enunciativa sean verdaderamente los principios que gobiernan la actividad contractual de la Administración.

Desde esta perspectiva, se evidencia que con respecto a la rescisión en materia de contratación administrativa, esta solo procede en los casos enumerados taxativamente por la Ley de Contratación Administrativa y su respectivo reglamento, y no con base en los supuestos enumerados por la normativa civil; ya que existe la oportunidad de paliar, de previo a la formalización, ciertos desequilibrios en las prestaciones que se vayan a ejecutar en el contrato y que afecten la libre concurrencia, la igualdad, la transparencia de los procedimientos, el equilibrio de intereses y la seguridad jurídica.

4.2. Non Adimpleti Contractus

La excepción de contrato no cumplido o "*non adimpleti contractus*", como ha quedado claro, constituye una defensa de hecho que se basa en que "... la parte que viene cumpliendo el contrato no está obligada a cumplir si la otra parte incumple³⁶⁴. Es decir, si en la ejecución recíproca de prestaciones una de las partes incumple, la otra no tiene por qué cumplir con la prestación correlativa y puede excepcionarse(sic) de dicho cumplimiento mediante la aplicación de dicha figura³⁶⁵.

³⁶⁴ Conviene diferenciar según los supuestos del artículo 692 del Código Civil, cuándo procede la *non adimpleti contractus* y cuándo la falta de derecho, puesto que comúnmente se les intenta dar un uso indiferenciado. La excepción *non adimpleti contractus* procede en los casos en los que la parte incumpliente exige el cumplimiento del contrato a la otra parte que ha dejado de cumplir en virtud del incumplimiento de esta; no así la de la falta de derecho, que procede en los casos donde ante un eventual incumplimiento una de las partes solicita la resolución contractual, habiendo incumplido esta las prestaciones que estaban a su cargo." Sentencia N°314-F-03 de las 11:25 del 4 de junio de 2003, emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

³⁶⁵ Sentencia 589 de las 11:05 a.m. del 29 de agosto de 2008, emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

El contrato administrativo tiene características particulares que lo hace diferente de los contratos privados; entre ellas las cláusulas exorbitantes de derecho privado, que se encuentran ínsitas en ellos, que otorgan prerrogativas a la Administración para que esta realice el fin público de la mejor manera. Una de estas prerrogativas es la de la resolución y rescisión unilateral³⁶⁶, mediante la cual la Administración puede rescindir y resolver el contrato en la vía administrativa sin necesidad de acudir a la vía judicial. Así la Administración, en el evento de un incumplimiento imputable al contratista, dará comienzo al trámite de resolución³⁶⁷ o le solicitará el cumplimiento del contrato administrativo³⁶⁸, además del pago de la respectiva multa según el monto pactado. En este supuesto, ni la Ley de Contratación Administrativa ni su reglamento, establecen de manera específica en alguno de sus artículos, la posibilidad de aplicar la excepción de contrato no cumplido; no obstante, al constituir esta un instituto general³⁶⁹ de derecho contractual susceptible de ser aplicado en los contratos bilaterales, puede ser válidamente utilizado en los contratos administrativos pues éstos ostentan también la condición de bilateralidad³⁷⁰. Aunado a esto, la doctrina acepta que “procederá la aplicación analógica de las normas cuanto estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie identidad de razón...”.³⁷¹ Además, también encontramos la doctrina que emerge del numeral 16 de la Ley General de la

³⁶⁶ Marienhoff, Miguel. Op.cit. p.403

³⁶⁷ Trámite previsto en el artículo 205 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

³⁶⁸ Esto sucede principalmente en los contratos de concesión de servicio público.

³⁶⁹ Artículo 4 del Código Civil.

³⁷⁰ Marienhoff, Miguel. Op.cit. p. 377

³⁷¹ Artículo 12 Código Civil.

Administración Pública, según la cual no podrán dictarse actos contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia; y ya que la excepción de contrato no cumplido tiene su fundamento en principios de justicia y equidad, cualquier acto que denegara su aplicación sería contrario a la justicia, y por ende susceptible de ser impugnado en la vía correspondiente³⁷², pues el interés público de mantener la legalidad y la justicia se encuentra por encima del interés de la Administración³⁷³.

4.2.1. Solicitud de resolución

En caso de que la Administración solicite la resolución, el contratista conserva la posibilidad de oponerse al mismo aduciendo que la causal de incumplimiento que se le imputa no procede o no le es imputable el hecho de la Administración, fuerza mayor y caso fortuito suministrando las pruebas pertinentes que demuestren que esto es así. Es en este momento donde en el procedimiento administrativo incoado por la Administración para declarar la resolución del contrato, se podría interponer la excepción de falta de derecho puesto que si el incumplimiento no se dio, la resolución carecería de causa jurídica, por lo que la resolución devendría en nula. En caso de que dicha excepción no sea acogida por la Administración y confirme la resolución, se podrá entonces ir a la vía judicial solicitando la nulidad del acto administrativo en virtud de que su contenido resulta ilegal, en el tanto la resolución carece de causa jurídica y por ende es improcedente.

³⁷² Sobre el régimen de nulidades en la contratación administrativa ver artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa.

³⁷³ Artículo 113 inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública.

4.2.2. Solicitud de cumplimiento del contrato

La aplicación de la *non adimpleti contractus* procede en el supuesto de que la Administración habiendo incumplido, exija el cumplimiento del contrato.

En este caso se debe tomar en cuenta lo que señala la doctrina sobre el hecho de la administración. El hecho de la Administración implica “todo comportamiento o toda conducta de esta que den por resultado la imposibilidad, para el cocontratante, de cumplir el contrato”.³⁷⁴ El ejemplo típico de esta situación son los retardos en los pagos en que incurra la Administración Pública siempre que ellos reúnan ciertas características, como por ejemplo, el hecho de que el retardo en el pago sea injustificado, o inclusive aún cuando siendo justificado sea reiterativo, de manera que se haya colocado al contratista en una condición ruinosa. Es así que los retardos en los pagos por parte de la Administración Pública pueden, entonces, justificar la inejecución de las obligaciones del contratista. El incumplimiento de la obligación por parte del contratista, puede comprender tanto el supuesto de inejecución definitiva (total o parcial) del contrato, como el caso de mera paralización (retardo) de dicho cumplimiento por imposibilidad de cumplir dentro de los términos o plazos convenidos.

Para Marienhoff, en algunos supuestos el hecho de la Administración se asimila a la fuerza mayor, y esto ocurre cuando este le impida al contratista la ejecución del contrato, o el cumplimiento del mismo dentro del término convenido. “En tal caso el hecho de la Administración se asimila jurídicamente a la fuerza mayor con la advertencia de que la

³⁷⁴ Marienhoff, Miguel. Op.cit p. 369

imposibilidad de cumplir proviene directamente de la actitud de la Administración Pública y no de hechos extraños o ajenos a ella”³⁷⁵. El Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa³⁷⁶ autoriza al contratista a solicitar a la Administración la suspensión del plazo de ejecución por motivos de fuerza mayor y caso fortuito.

La fuerza mayor y el hecho de la administración en cuanto este sea asimilable a aquella, pueden tener dos efectos:

- Autorizar al contratista a pedir la rescisión del contrato, en caso de que la situación no se pueda resolver.
- Autorizar al contratista a suspender o paralizar la ejecución o cumplimiento del contrato. Caso en el que no procederían tampoco las multas establecidas en virtud de atrasos.

El hecho de la administración, contrario a lo que piensan algunos tratadistas³⁷⁷, lo que debe producir es una imposibilidad razonable para el contratista de cumplir con sus obligaciones, puesto que materialmente nada hay enteramente imposible de ser cumplido, aun cuando ello sea a costa de enormes sacrificios, que generalmente “excederán” a los deberes de todo diligente contratista. Así, aunque el atraso en los pagos en que haya incurrido la Administración sea considerable en cuanto al monto de lo adeudado y en cuanto al tiempo transcurrido desde que el pago debió hacerse, siempre existiría la “posibilidad material” de que, por ejemplo, el contratista obtenga un préstamo que le permita continuar financiando las obligaciones que le crea el contrato y cumplir

³⁷⁵ Marienhoff, Miguel. Op .cit. p 370

³⁷⁶ Artículo 199

³⁷⁷ Jéze, citado por Marienhoff. Op.cit. p. 373

dentro de los plazos estipulados. No obstante, exigirle esto sería deshonesto, vacuo de ética y de fundamento legal, pues la mala situación financiera a que lo habría conducido el hecho de la Administración no le es imputable; ya que en los cálculos lógicos que se habrá formulado al contratar, no tenía por qué considerar semejante conducta culposa de la Administración, quien a partir de tal comportamiento ha trastornado la situación económico financiera de este.

Un ejemplo de un hecho imputable a la Administración que autoriza al contratista a dejar de cumplir con sus obligaciones ocurre cuando la Administración, habiendo incumplido el pago de sus obligaciones dinerarias, le exija el cumplimiento del contrato al contratista. En este supuesto el contratista se encuentra autorizado para interponer la excepción de contrato no cumplido, en el tanto la Administración no ha cumplido con su parte del contrato.

Un sector de la doctrina manifiesta que dicha excepción no procede en los contratos de concesión de servicio público puesto que el principio es que este siempre se mantenga³⁷⁸; no obstante, esta aseveración no es correcta, puesto que cuando el incumplimiento en que incurra el Estado fuese de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilite a su contratante el cumplimiento de sus obligaciones, el incumplimiento del contrato por parte del contratista debe considerarse como un “derecho de este, pues ese hecho de la Administración se asimila en ese caso a la fuerza mayor, en el tanto sucede un hecho externo, no imputable al contratista que le imposibilita a este cumplir contrato. En este caso, el no pago de la Administración le sirve al cocontratante de título idóneo para ser

³⁷⁸ En este sentido ver sentencias 4066-90, 2633-93, 5131-93, 1484-96, 883-96, todas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

relevado de la obligación de cumplir lo convenido.”³⁷⁹ En estos supuestos la obligación del contratista de cumplir el contrato aunque la Administración no lo cumpla, cesa jurídicamente.

Es importante profundizar un poco en el punto anterior de manera que se establezca de claramente cuando es que el contratista puede válidamente, en un contrato donde se encuentre involucrado un servicio público, invocar la *Non Adimpleti Contractus*, y dejar de cumplir sus obligaciones.

Existen en nuestro país dos tipos de contratos que involucran el servicio público. Por un lado tenemos la Concesión de Gestión de Servicios Públicos, entendida como un contrato mediante el cual las administraciones públicas satisfacen las necesidades generales mediante la colaboración o participación voluntaria de terceros (administrados). Por medio de este contrato, el ente público encomienda a una persona física o jurídica la organización y funcionamiento de un servicio público por un tiempo determinado por su cuenta y riesgo, percibiendo como contraprestación las tarifas que paguen los usuarios o las contribuciones administrativas o ambas a la vez³⁸⁰. El otro contrato que involucra la prestación del servicio público es el contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, el cual se define como el “contrato administrativo por el que la Administración encarga a un tercero, quien puede ser persona pública, privada, o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios

³⁷⁹ Marienhoff, Miguel. Op. cit. p. 383

³⁸⁰ Jinesta Lobo, Ernesto. Contratación Administrativa: Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo. 1ed. San José, C.R.: Guayacán 2010. P. 418

previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente”³⁸¹ Así las cosas, tenemos dos contratos administrativos en los que se brinda un servicio público y los cuales son financiados de diversas maneras; a través de tarifas pagadas por los usuarios o beneficiarios del servicio y mediante contribuciones o contrapartidas de la administración. Este último elemento, que establece cómo se financian los contratos administrativos que conllevan un servicio público, presenta una conclusión lógica que afecta la afirmación realizada líneas antes sobre la procedencia de la *non adimpleti contractus* en contratos de servicio público.

En los contratos administrativos que conllevan servicio público, como vimos anteriormente, el contratista recibe su pago a través de los montos pagado por los beneficiarios del servicio y en menor grado por la Administración. La aplicación del instituto procedería solamente en aquellos casos en los que el financiamiento del contratista dependa en su totalidad del pago de la Administración, o en los casos donde el financiamiento se dé en conjunto y la Administración de manera recurrente falte en el pago al contratista, de manera que lo ponga en una condición de imposibilidad material de cumplimiento. Conviene señalar que el derecho que manifestamos le asiste al contratista para dejar de cumplir es solamente una opción de varias posibles, pues siempre este conserva el derecho de establecer el reclamo respectivo y posteriormente la demanda solicitando el pago respectivo. Un ejemplo de esto se da con el servicio de buses; en este caso, como el servicio es financiado por los usuarios del servicio el

³⁸¹ Artículo 1ero párrafo segundo de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

contratista no podría excusarse de cumplir con el contrato si la Administración no le paga, puesto que a ella no le corresponde. Diferente es el caso de una construcción de una carretera donde el Estado se comprometió a expropiar en determinada fecha y, al llegar a ella, el contratista se topa con que el procedimiento expropiatorio no se ha llevado a cabo. Acá no sólo el contratista está autorizado a dejar de construir el respectivo tramo de la carretera sino que también puede dirigirse contra la Administración para reclamarle los daños y perjuicios irrogados, por el tiempo en que sus maquinarias han estado detenidas y el atraso en la ejecución contractual.

La excepción de contrato no cumplido, entonces, procede válidamente en los contratos administrativos, incluso en los de servicio público cuando concurren las circunstancias anteriormente descritas; puesto que cuando la causal sea la razonable imposibilidad de hecho en que ha caído el contratista producto del no pago de la Administración, no se le puede exigir que continúe brindando el servicio público, ya que sería materialmente imposible. Además de que el interés general supuestamente vulnerado, no puede ser utilizado como título válido para expoliar al contratista, es decir, exigirle el cumplimiento carecería de todo fundamento jurídico. Hacer esto vulneraría de manera flagrante el principio de la intangibilidad patrimonial³⁸², e incluso el de igualdad frente a las cargas públicas³⁸³, en virtud del cual no se le puede achacar a nadie de manera particular el sostenimiento de las cargas públicas. Esto porque la obligación de la prestación del respectivo servicio público es de primera mano estatal, la cual la delega en el contratista; no obstante, solo la delega, es decir, nunca la pierde. Así las cosas si el contratista ha caído

³⁸² Artículo 45 de la Constitución Política

³⁸³ Artículos 18 y 33 de la Constitución Política.

en una situación económicamente precaria en virtud del no pago de la Administración, este no estaría obligado a continuar brindando el servicio hasta que la Administración no le pague, y será esta, pues es su deber, la que deberá buscar la forma de continuar suministrando el servicio que ha cesado por causas imputables a sí misma. En este sentido encontramos lo establecido en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, que establece:

“Cuando una concesión o un permiso se declare caduco o se revoque por las causales establecidas en los artículos 15 y 41 de esta ley, el ente que otorgó la concesión o el permiso o el que aquí se disponga, asumirá la prestación del servicio público, únicamente mientras se otorga de nuevo...”.

Se aprecia cómo el ordenamiento prevé una solución para mantener la continuidad del servicio público ante una eventualidad, de manera que aplicando el principio *eadem ratio idem ius*, podría aplicarse de manera análoga esta solución jurídica para los casos donde el contratista no pueda cumplir debido al no pago de la Administración, puesto que lo contrario (pensar que la Administración “pueda beneficiarse de su propio dolo), sería contrario al derecho y a la equidad, por cuanto, no sólo estaría descuidando la obligación del pago al contratista sino que también la de suministro y mantenimiento de los servicios públicos³⁸⁴.

³⁸⁴ Artículo 22 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y 13 de su reglamento.

4.3. Cláusula Penal

4.3.1. Procedencia

La cláusula penal no se encuentra regulada en la Ley de Contratación Administrativa y su regulación en el reglamento de dicha ley es deficiente, pues se limita a un solo artículo³⁸⁵ en el que se establece su procedencia en casos de ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales imputables al contratista. Es por esto que los tribunales han tenido a su cargo la labor de desarrollar los alcances de esta figura y su aplicación en nuestro país. Esto no ha dejado de tener sus problemas puesto que pese a que se sigue una línea jurisprudencial que acepta la aplicación de la misma en los contratos administrativos, aún no se ponen de acuerdo en ciertos aspectos; por ejemplo, en si las partes pueden convenir libremente el monto, siempre y cuando se respeten parámetros de racionalidad y proporcionalidad, o si deben por el contrario realizar un estudio previo del monto, tomando en cuenta el monto de los posibles daños y perjuicios producidos.

Los tribunales de justicia han manifestado que "... en la contratación administrativa es posible aplicar además de las garantías de cumplimiento, cláusulas penales y multas. ...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

³⁸⁵ Artículo 50 del reglamento de Ley de Contratación Administrativa y 53 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

condiciones pactadas, prefijando de antemano la reparación de los perjuicios que se causarían ante un eventual atraso en el plazo señalado o un incumplimiento.”³⁸⁶

El uso de cláusulas penales es usual en los contratos administrativos; no obstante dicha utilización se encuentra sujeta a diversos requisitos que han sido desarrollados por la vía jurisprudencial:

- Para que 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 tienen la posibilidad de aplicarlas en la práctica³⁸⁷. Tal cláusula debe establecer en forma detallada y clara los incumplimientos a los que se aplicará y no será admisible establecer interpretaciones extensivas de los términos de la cláusula penal, de ahí que su aplicación tiene un carácter restrictivo a lo acordado por las partes y así plasmado en el cartel y el contrato.³⁸⁸
- Para aplicarlas bastará con que se demuestre el incumplimiento de la conducta debida y la existencia de la cláusula penal, para que, de reunirse los demás presupuestos de la responsabilidad, el juez condene al monto prefijado por las partes, careciendo de interés la prueba sobre los efectivos daños ocasionados.³⁸⁹

³⁸⁶ Sentencia N°750-F-2006 de las 10:45 horas del 5 de octubre del 2006, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

³⁸⁷ Ídem.

³⁸⁸ Sentencia N°34 de la 1:35 p.m. del 29 de abril de 2010, del Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII.

³⁸⁹ Sentencia N°795-F-S1-2008 de las 10:15 a.m. del 27 de noviembre de 2008, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

4.3.2. Fijación de la cláusula penal

La cláusula penal deberá ser fijada de manera previa en el cartel y deberá estar redactada de una manera clara, acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad³⁹⁰, que deberán de ser de forma tal que no se impongan como castigos excesivos, generadores de beneficios indiscriminados a favor de una de las partes³⁹¹.

La jurisprudencia ha establecido que las cláusulas penales en los contratos administrativos tendrán los mismos límites que aquellas propias de la materia civil. En este sentido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“... De lo anterior se colige que aún cuando el Derecho reconoce la viabilidad jurídica de incorporar dentro de los contratos públicos este tipo de condiciones, la sanción que infieren está sujeta a límites de naturaleza cuantitativa...acorde a este principio que dimana del numeral 712 ya citado, cualquier cláusula penal que imponga un gravamen económico superior a ese porcentaje, constituye una disposición contraria a la legalidad, que por tal no es susceptible de surtir efectos dentro de la relación jurídica administrativa”.³⁹²

La Sala defiende la aplicación de una norma propia de la materia de contratación civil aduciendo que “Desde este plano, se está frente a un principio jurídico que ostenta una jerarquía mayor a la del contrato, que acorde a lo dicho, puede ser incluso invocado por

³⁹⁰ Sentencia N°1019 de las 4:25 p.m. del 21 de diciembre de 2005, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

³⁹¹ En consonancia con esto ver artículo 712 del Código Civil

³⁹² Sentencia N°1019 de las 4:25 p.m. del 21 de diciembre de 2005, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

alguna de las partes, aún en contra del propio acto. Si bien es cierto en la contratación general, el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, ello no implica que los acuerdos puedan adoptarse en contra de la misma ley formal y material, y que al margen de principios básicos de equidad y buena fe puedan incorporarse disposiciones abusivas que introduzcan sistemas sancionatorios desproporcionados e irracionales, sin sujeción a límites.³⁹³(El subrayado es nuestro).

Como parte de estos límites de proporcionalidad y razonabilidad ha establecido el Tribunal Contencioso Administrativo a la hora de resolver sobre la procedencia de una cláusula penal, que esta no procedía siendo “Que para el establecimiento en el cartel de licitación pública, de la disposición contenida en la cláusula ... que es la cláusula penal...” no se ha demostrado que la empresa “...haya realizado un estudio técnico previo que dé sustento y justifique el importe de un uno por mil sobre lo pagado al contratista, a título de resarcimiento por daños y perjuicios derivados de atrasos en la entrega de la obra”. De lo anterior se colige que previo a establecerse en un cartel una cláusula penal, la Administración deberá realizar un estudio que justifique el monto al cual ascenderá lo concerniente a daños y perjuicios ocasionados. Esto lo justifica el Tribunal manifestando que:

“[Cuando] se trata de la incorporación de este tipo de cláusulas penales en los contratos administrativos, su fijación, - toda vez que atienden a un daño que se pretende resarcir, de incurrirse en el supuesto de hecho que lo produce efectivamente, cual es el atraso en la entrega, - no puede ser en modo alguno, establecida de modo antojadizo o arbitrario. Por ello, existen reglas al respecto que deben ser observadas y que de no respetarse, aún

³⁹³ Ídem.

y con la disposición penalizadora y con la verificación del supuesto de atraso dicho, así como la concurrencia del supuesto de que la disposición cartalaria (sic) no haya sido cuestionada en ningún momento anterior, hace imposible su aplicación eventual. 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 (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.” Es claro que de acuerdo con la jurisprudencia la fijación del monto de la cláusula penal “no puede esta establecerse, atendiendo solamente al ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración”, sino que dicha fijación debe sujetarse a “un debido estudio que de (sic) sustento legal y fundamento técnico a tal acto de inclusión en el cartel”.

El incumplimiento de este requisito tendría como consecuencia que “para el caso concreto, si no se determinó previamente el efecto dañoso mediante un estudio debidamente fundamentado por escrito, al menos antes de la ejecución de la disposición penalizadora, resulta legalmente ilegítima su ejecución, pues bajo este supuesto, el importe que se deduzca no puede tenerse como representativo de un daño o perjuicio, si la Administración no lo ha previamente estimado bajo criterios objetivos, de forma que de no ser así, al tiempo no se vaya a producir en ejecución de una cláusula penal en estas condiciones, un cobro injustificado o excesivo, con el efecto inmediato de producir un

enriquecimiento sin causa en la Administración, a partir de cláusulas penales indebidamente establecidas.”³⁹⁴

Podría pensarse que dicha cláusula fue consentida por la parte al momento de formular la respectiva oferta; no obstante, como bien lo sostiene el Tribunal “ [Aun] 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.” (Oficio N° DGCA-572-99 del 13 de mayo de 1999.).³⁹⁵

La fijación de la cláusula penal, entonces, deberá realizarse previa a un estudio que permita establecer que el monto refleja la justa indemnización por la acción dañosa que

³⁹⁴ Sentencia N°40 de las 2:00 p.m. del 15 de mayo de 2010, del Tribunal Contencioso Administrativo. Sección VII.

³⁹⁵ Sentencia N°40 de las 2:00 p.m. del 15 de mayo de 2010, del Tribunal Contencioso Administrativo. Sección VII.

da sustento a la respectiva cláusula, para que así esta pueda ser ejecutada de manera automática una vez comprobada la falta, de manera que se respete el principio de legalidad.

4.3.2.1. Sobre el estudio previo.

Con base en la jurisprudencia citada en el acápite anterior, puede afirmarse que para el establecimiento válido de una cláusula penal en un contrato administrativo, la Administración licitante deberá realizar de previo un estudio técnico que dé sustento y justifique el importe establecido en la cláusula penal a título de daños y perjuicios. Dicho requisito constituye una consecuencia lógica de los principios que resguardan el derecho público y la contratación administrativa, como el de legalidad, transparencia de los procedimientos, intangibilidad patrimonial e interdicción de la arbitrariedad. No obstante, es importante especificar, de una manera clara, en qué consistirá dicho estudio, puesto que los daños y perjuicios no son algo estático, sino que por el contrario, tienden a ser variables y a obedecer a una serie de circunstancias marcadas por la imprevisión, que deberán ser determinadas en cada caso concreto.

La pregunta que surge a la luz es cómo realizar un estudio que respalde el monto fijado por la Administración por concepto de daños y perjuicios, siendo que esto es algo completamente aleatorio. La respuesta se encuentra en la misma figura de la cláusula penal y en la doctrina. La cláusula penal nos permite crear un tope, un monto fijo, establecido por las partes, por concepto de daños y perjuicios, de manera que no se tenga que llevar a cabo el procedimiento de cálculo y demostración del daño. Es un derecho que

le asiste a las partes a la hora de negociar el contrato, para evitarse procesos engorrosos y trámites excesivamente dilatorios. Empero, este derecho se encuentra limitado, razón por la cual la suma no podrá ser antojadiza, sino que debe ir acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y en defecto de una regulación expresa en el cartel, deberá atenderse a lo establecido en el Código Civil.³⁹⁶ Vista la posibilidad de la no demostración en el ámbito privado del daño y la fijación del monto por parte de los intervinientes, es que resulta viable y razonable, en el ámbito administrativo, la realización de un estudio técnico que haga una proyección del costo que traería para la Administración el atraso en el cumplimiento de las distintas obligaciones sujetas a cláusulas penales, atendiendo a criterios técnicos propios del análisis de los daños y perjuicios³⁹⁷. Este requisito no desnaturaliza la figura, puesto que se hace de manera previa a la fijación de la misma en el cartel, y si en determinado caso el monto puede ser mayor o menor del establecido es un riesgo que toman las partes, propio de la figura de la cláusula penal. Es importante que al abstraer figuras de la contratación privada, regida por el principio de autonomía de la voluntad y libertad de las formas, a la contratación administrativa, lo hagamos realizando de previo una adaptación congruente con los principios que regulan la actividad pública (principio de legalidad, intangibilidad patrimonial, proporcionalidad y razonabilidad, entre otros). Es en este entendido que resulta completamente procedente la aplicación de un estudio previo que dé sustento y

³⁹⁶ Sentencia N°1019 de las 4:25 p.m. del 21 de diciembre de 2005, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

³⁹⁷ En su defecto también puede utilizarse como guía lo establecido en el Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, Decreto Ejecutivo N°33114 de 16 de marzo de 2006.

justificación al monto presente en la cláusula penal, puesto que, de lo contrario, podrían surgir arbitrariedades que desnaturalizarían la función pública. Esto porque, para que se pueda ejecutar una cláusula penal, sin violentar el principio de la no confiscación e intangibilidad patrimonial, debe realizarse un estudio previo que legitime su ejecución inmediata, de manera tal que se evite un cobro indebido de la Administración por carecer de causa jurídica.

4.3.3. Ejecución de la cláusula penal

La ejecución de la cláusula penal ha sido desarrollada por la Sala Primera en el voto N°795-F-S1-2008 de las 10:15 horas del 27 de noviembre de 2008, que indicó en lo medular que:

“Bastará con que demuestre el incumplimiento de la conducta debida y la existencia de la cláusula penal, para que, de reunirse los demás presupuestos de la responsabilidad civil, el juez condene al monto prefijado por las partes, careciendo de interés la prueba sobre los efectivos daños infringidos”.

De esta manera, la Sala establece que, en las cláusulas penales, para ser ejecutadas, “bastará con acreditar el atraso en la entrega del objeto establecido en la cláusula penal para que la Administración Pública proceda a su ejecución, sin necesidad de probar el daño o de instruir un procedimiento administrativo al efecto”³⁹⁸. Es decir, que no se debe establecer un procedimiento para el cobro de la cláusula penal, sino que una vez

³⁹⁸ Sentencia 00034 de la 1:35 p.m. del 29 de abril de 2010, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII.

constatada la causal se procede a cobrar la suma sin darle audiencia sobre el incumplimiento al contratista, lo que constituye una flagrante violación al debido proceso.

En este sentido nos dice la Sala Constitucional que le son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, mutatis mutandis, los principios del debido proceso penal, que comprenden el principio de intimación, el de imputación, los derechos de audiencia y defensa en sí y los demás derechos del procedimiento³⁹⁹.

En efecto, los principios constitucionales del debido procedimiento administrativo⁴⁰⁰ comprenden los derechos a ser notificado e informado de cualquier procedimiento en su contra, a ser oído y a presentar prueba pertinente, a la información al expediente, a preparar la defensa, a hacerse defender y representar por un abogado, a conocer la resolución final, a la motivación de la misma, a recurrir la decisión adoptada a la tipicidad⁴⁰¹ y al non bis in ídem. Es claro que en nuestro medio se debe respetar el debido proceso administrativo a la hora de aplicar cualquier sanción, más aún si se tiene en cuenta que la Sala, en materia de procedimiento administrativo, ha elevado al rango de parámetros de constitucionalidad, multitud de disposiciones de la Ley General de la Administración Pública, pero no como normas escritas, sino como principios constitucionales recogidos por la ley. “Los principios generales del Derecho Público, contenidos en la Ley General de la Administración Pública ha dicho la Sala- integran por un lado el principio de legalidad bajo el que debe actuar la administración y por el otro, el

³⁹⁹ Sentencias 1734-92 de conformidad con las Resoluciones N°5653-93, N°2945-94, N°3484-94, 3929-95, N°08193-00 y N°10198-01, todas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁰⁰ Establecido por la Sala Constitucional desde su resolución N° 15-90.

⁴⁰¹ Resolución N°5594-94 de la Sala Constitucional.

cúmulo de garantías a favor de los administrados, que según cada caso, forman parte activas de sus derechos fundamentales y así deben respetarse...”⁴⁰²

El establecimiento, regulación y exigencia del procedimiento administrativo, tienen como finalidad el establecimiento de una compensación de las prerrogativas jurídicas y fácticas de la Administración Pública, lo mismo que de los privilegios de autotutela y ejecutoriedad de los actos administrativos, privilegios que se aprecian claramente en los contratos administrativos. En sistemas como el nuestro, donde la Administración goza del privilegio de imponer coactivamente sus decisiones administrativas y de imponer verdaderas sanciones, sin acudir a la vía judicial, es imperativo que la adopción de este tipo de decisiones y la ejecución de los actos que las materializan, se originen como resultado de un procedimiento que respete los límites del ordenamiento jurídico, de manera que se persigan los fines que justifican esas prerrogativas y que no se violenten los derechos de los administrados.

El procedimiento administrativo deberá seguirse⁴⁰³ cuando pueda causarse un perjuicio grave al administrado, en nuestro caso el contratista, cuando haya contradicción de partes, cuando se trate de procedimientos disciplinarios que puedan causar perjuicio.

La ejecución de la cláusula penal no es sino una sanción que se le impone al contratista en perjuicio de este, lo cual justifica plenamente el establecimiento de un procedimiento administrativo, en el cual se le conceda al contratista la opción de pronunciarse sobre la procedencia de la causal que da origen al incumplimiento, así como también, se le permita al contratista el ejercicio de las demás acciones que informan el debido proceso.

⁴⁰² Sentencia N°0625-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁰³ Artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública.

La ejecución de las cláusulas penales en los contratos administrativos, deberán entonces sujetarse al debido proceso, al igual que con la aplicación de multas y sanciones, pues el *ius puniendi* de la Administración no puede ser irrestricto, ni caer en un ejercicio abusivo que atente contra la intangibilidad patrimonial del contratista, pues el ejercicio de las prerrogativas de la Administración se encuentra sujeto a límites y no podrá ser confiscatorio.

Existen pronunciamientos⁴⁰⁴ que manifiestan que la exigencia de un procedimiento administrativo, con todas sus garantías, para ejecutar la cláusula penal, conllevaría la desnaturalización de la figura y la ratio iuris de la misma, en tanto esta obedece a una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes; no obstante, esto no es así, pues como señalamos anteriormente, la adaptación de figuras propias de la contratación privada a la contratación administrativa, deberá hacerse con sumo cuidado resguardando siempre los principios que conforman el derecho público. Una muestra de esto lo constituye la exigencia de un estudio previo que dé sustento al monto al que asciende la cláusula penal, requisito que sirve como fundamento, para que posteriormente la cláusula penal pueda ser ejecutada válidamente sin caer la Administración en un cobro indebido. En este sentido se aprecia cómo las figuras de la contratación privada deben ser “ampliadas” a la hora de utilizarse en la contratación administrativa, puesto que esta materia, por pertenecer al derecho público (regida por el principio de legalidad), implica mayores controles (como por ejemplo, en el gasto de los fondos públicos) que la contratación privada. Es con base en la naturaleza del contrato administrativo y el fin

⁴⁰⁴ Sentencia N° 40 de las 2:00 p.m. del 15 de mayo de 2010, voto salvado del Juez Alonso Valverde Alpízar, emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII.

público que persigue, que resulta completamente necesario y ajustado a derecho la aplicación de un procedimiento administrativo para la ejecución de las cláusulas penales en los contratos administrativos.

Conclusiones

1. El contrato administrativo difiere en varios aspectos con el contrato privado. En un primer sentido se diferencian por cuanto la Administración ostenta prerrogativas virtuales que se encuentran ínsitas en el contrato, y que en virtud de su carácter virtual para ser aplicadas, no necesitan encontrarse estipuladas en el mismo, sino que serán plenamente aplicables independientemente de si fueron establecidas o no en el clausulado. También difieren en el elemento

subjetivo, por cuanto los sujetos que intervienen son diferentes, en el tanto uno de ellos es la Administración Pública. Otra diferencia la constituye el objeto contractual, debido a que el contrato administrativo tiene por objeto la satisfacción del fin público. Otro aspecto es el de las formalidades, los contratos administrativos se rigen por el principio de legalidad y formalismo, mientras que los contratos privados se rigen por el principio de libertad de las formas.

2. La afirmación de un sector de la doctrina de que lo procedente en la contratación administrativa es el principio de la libre elección y no la licitación; ya que esta debe entenderse como la excepción es una tesis errada, puesto que en el sistema costarricense lo procedente es la licitación, que constituye el instrumento idóneo a la luz del artículo 182 de la Constitución Política para garantizar la transparencia y la adecuada utilización de la Hacienda Pública en el procedimiento de elección del contratista.
3. Las instituciones de la contratación privada pueden ser válidamente utilizadas en la contratación administrativa; pues la contratación civil constituye la base de la cual emerge la contratación administrativa, no obstante, la utilización que se les da en la actualidad no es la más correcta y existe un vacío normativo que dificulta su adecuada aplicación.
4. Para poder solucionar los conflictos que surgen producto de la insuficiencia y vacío normativo en esta materia, los operadores del derecho deberán integrar el ordenamiento recurriendo a los principios recogidos en el Código Civil en su

título preliminar, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley General de la Administración Pública e inclusive la misma Ley de Contratación Administrativa; siempre y cuando esto no entre en evidente contradicción con los principios propios del Derecho Público, pues como se mencionó, es de la contratación civil que se derivan las instituciones contractuales que se aplican en la contratación administrativa.

5. Dentro de las prerrogativas que posee la Administración en los contratos administrativos que no se encuentran en los privados debido a su naturaleza, se encuentran la de dirección, modificación unilateral del contrato, rescisión y resolución unilateral en sede administrativa, y la de imposición de sanciones y multas contractuales por incumplimientos imputables al contratista.

6. La resolución opera de la misma forma en los contratos administrativos y en los privados; de manera que cuando se reputa un incumplimiento grave en la ejecución de las prestaciones contractuales, la parte que se ve afectada puede solicitar a la Administración y en su defecto al juez la resolución (cuando es el contratista), o decretar la resolución en su propia sede (cuando es la Administración, pues esto constituye parte de sus prerrogativas).

7. En nuestro sistema la aplicación de la resolución y rescisión en la contratación administrativa es independiente de lo establecido en la doctrina, puesto que a pesar de que la resolución opera igual que en la privada (con respecto a las

causales y efectos), no sucede lo mismo con la rescisión; de manera tal que podría válidamente en el articulado hablarse de un rompimiento contractual o fenecimiento del contrato, sin que se afectara la finalidad de la norma, pues lo que da origen a la aplicación del procedimiento son las causales taxativamente establecidas en la ley y no el nombre que se le dé a los institutos y la regulación que haga la doctrina de estos.

- 8.** La rescisión como ha sido definida en la doctrina de la contratación privada no opera en el contrato administrativo, pues en este el contratista conserva la oportunidad de objetar el cartel con anterioridad a la presentación de la oferta y adjudicación, de manera que este puede sanear las cláusulas contractuales que le resultan adversas debido a su desproporcionalidad.

- 9.** La *non adimpleti contractus* procede incluso en los contratos de concesión de servicio público, cuando la encargada de pagarle al contratista sea solamente la Administración y el incumplimiento de la Administración ha consistido en el no pago, puesto que en virtud del principio de la intangibilidad patrimonial y la no confiscación, no puede utilizarse el interés público a título suficiente para expropiar al contratista.

- 10.** La cláusula penal, para poder ser aplicada, debe encontrarse especificada como tal en el cartel, estableciéndose de forma clara y detallada los incumplimientos a los cuales se aplicará.

- 11.** De previo a la estipulación de la cláusula penal en un cartel de licitación, la Administración Pública deberá realizar un estudio que fundamente y respalde el monto fijado por concepto de cláusula penal, de manera que la Administración pueda ejecutar válidamente la cláusula penal posteriormente sin caer en un cobro indebido.

- 12.** Pese a que la jurisprudencia establece que para que la Administración Pública ejecute la cláusula penal bastará con acreditar el atraso en la entrega del objeto establecido, sin necesidad de probar el daño o de instruir un procedimiento administrativo, tratándose la ejecución de materia sancionadora (*ius puniendi*), es necesario que se establezca un procedimiento administrativo, no para que se pruebe el daño sufrido por la parte afectada, sino para que se logre establecer la relación de causalidad que permita imputar el daño o la infracción a una conducta del contratista. La omisión de este procedimiento constituiría una flagrante violación del principio del debido proceso y la intangibilidad patrimonial recogidos en el Derecho Público y consecuentemente en la Contratación Administrativa.

Recomendaciones

- Es imperativo que se haga una reforma a la Ley de Contratación Administrativa de manera que se logre establecer una adecuada diferenciación de los conceptos de resolución y rescisión del contrato administrativo, para que así los operadores del derecho no se vean afectados por confusiones, que podrían ser evitadas por medio de un tratamiento correcto de las figuras a la luz de la doctrina.
- Resulta trascendental que se haga una mejor regulación del instituto de la cláusula penal, de manera que no solo se incluya un artículo concerniente a esto en la Ley de Contratación Administrativa, pues no existe sino que también a la hora de incluirse, dicha inclusión comprenda los aspectos sustanciales y procesales más importantes de este instituto; de manera tal que dicha norma constituya el marco de referencia en el que se apoyará la Administración a la hora de establecer cláusulas penales en los contratos administrativos.
- Sería deseable que se estableciera en la Ley de Contratación Administrativa un artículo similar al 692 del Código Civil, de manera que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido quede de manera expresa regulada para el ámbito contractual administrativo. Esto constituiría una herramienta trascendental que ayudaría a eliminar el vacío normativo que existe, además de que así lograría dotar a la jurisprudencia de una base regulatoria que sea propia del derecho

administrativo, lográndose la obtención de una mayor seguridad jurídica para las partes intervinientes.

Bibliografía

- Arias Ramos, José. Derecho Romano. Octava edición. Editorial. Revista de Derecho Romano Madrid,1960.
- Barra, Rodolfo C. Cassagne, Juan C. Dromi, José R. Gordillo, Agustín A. Contratos Administrativos: regímenes de pago y actualización. Quinta edición. Editorial Buenos Aires, Argentina, 1982.
- Baudrit Carrillo, Diego. Derecho Civil 4, Vol. 1: Teoría General del Contrato. Primera reimpresión de la tercera edición. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2007.
- Capitant, Henry, Colin Ambroise. Derecho Civil, Contratos. Primera edición. Editorial Jurídica Universitaria, S.A., San Sebastián, Urbanización Zorobarú, núm 21K, San José, Costa Rica, 2002.
- Casafont Romero, Pablo. Ensayos de Derecho Contractual. Tercera Edición. Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, 1990.
- Cassagne Juan y Rivero Enrique. La contratación Pública. 1 ed,. Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- Cornú, Gerard. Artículo El nuevo Título Preliminar del Código Civil de Costa Rica, Primera edición. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2000.
- Dromi, Roberto. Manual de Derecho Administrativo, Ed. ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA, Buenos Aires, 1987.

- Dromi Roberto y Parejo Alfonso Luciano. Seguridad Pública y Derecho Administrativo. 1a Ed. EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.: Ciudad Argentina, 2001.
- Dromi, Roberto. Renegociación de contratos públicos en emergencia. 1ª ed. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2003.
- Fajardo Salas, Gonzalo. Principios Constitucionales de la Tributación. 1ª ed. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, 2005.
- Fernández Argüello, Hubert. Jurisprudencia constitucional sobre contratación administrativa. Primera Edición. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 1999.
- Gallego Anabitarte, Alfredo. Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial. Madrid, Civitas, 1994
- García Valdescasas, Guillermo. Parte General de Derecho Civil Español. Primera Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1983.
- García de Enterría Eduardo y Ramón Fernández Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Tomo1. 2ª ed. Ed. Civitas, S.A., Madrid. 1975.
- Hernández R, Fernández C. & Baptista P (1998). “Metodología de la Investigación”. McGraw-Hill Interamericana editores. México
- Jiménez Meza, Manrique. Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz La contratación administrativa y el marco jurídico de la indexación; la irrenunciabilidad previa de reajustes de precios y el procedimiento de lesividad. Primera edición. Universidad Autónoma de Centroamérica, 1994.
- Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1. Parte General San José, IUSconsultec S.A.: Editorial Jurídica Continental, 2ª Edición, 2009.

- Jinesta Lobo, Ernesto. Contratación Administrativa: Tomo IV. Tratado de Derecho Administrativo. 1ed. San José, Costa Rica.: Guayacán, 2010.
- Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A. Primera edición. Editorial Abeledo Perot. Buenos Aires. 1970.
- Méndez Ramírez, Odilón. La Constitución de la República de Costa Rica; disposiciones transitorias; historia constitucional y norma abrogada: 7 de noviembre de 1949. San José, Costa Rica: Ed. Duplicadoras de Costa Rica, 1991.
- Montero Piña, Fernando. Obligaciones. 1ed. San José, Costa Rica: Premia Editores, 1999.
- Moreno Molina, José. Contratos públicos: Derecho Comunitario y Derecho Español. Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1996.
- Parejo Alfonso, Luciano. Garantía institucional y autonomías locales. Madrid. IEAL, 1981
- Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. Tercera edición. Editorial Litografía e imprenta LIL S.A. San José, Costa Rica, 1994.
- Pérez Vargas, Víctor. Jurisprudencia (civil, comercial y agraria) de la sala primera de la Corte Suprema de Justicia (período 1990-1997) y resoluciones de tribunales superiores civiles para el estado del derecho privado. Primera edición. Editorial Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica, 1997.
- Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. 1ª Ed. San José, Costa Rica : Editorial Stradtman., 2000.
- Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo. Tomo III. Edición 2004. Editorial Stradtman., 2004.

- Romero Pérez, Jorge Enrique. Derecho Administrativo General. 1era reimpresión de la 1 Ed. San José, Costa Rica: Euned, 2002.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. Derecho administrativo especial: contratación administrativa. Primera edición. Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José, Costa Rica, 2002.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratación Pública. 1ed. San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Costa Rica, 2003.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. 1ª ed. San José, Costa Rica: EDITORAMA, 2004.
- Santoro Passarelli, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Primera edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964.
- Santos Briz, Jaime. La contratación Privada sus problemas en el tráfico moderno. Primera edición. Editorial Montecorvo. Madrid, 1966.
- Solera Viquez, José. El Recurso de Apelación en las licitaciones. 1 ed. San José, C.R. : IJSA, julio del 2005.
- Torrealba Navas, Federico. Lecciones de Contratos Primera Parte Elementos del Contrato. Editorial Ediciones Chico. San José, Costa Rica, 2008.

Oficios de la Contraloría

- CGR 4813-DGCA-432-98 de 13 de mayo de 1998.
- CGR N° 1390-DCGA-154-99, de 11 de febrero de 1999.
- RSL 230-98 de las 8:30 hrs de 11 de agosto de 1998.
- RSL 272-98 DE LAS 15:30 hrs, de 10 de setiembre de 1998

- RSL 272-98 DE LAS 15:30 hrs, de 10 de setiembre de 1998.
- N°3506-DCA-1186 de 9 de abril de 2007.
- RSL 232-99 de las 13:40 hrs, de 7 de junio de 1999.
- DCA-3178 de la Contraloría General de la República del día 19 de setiembre del 2007.
- RSL 50-97 de las 10:30 hrs de 7 de marzo de 1997, 260-98 de las 14:30 hrs de 4 de setiembre de 1998.
- RSL 91-99 de las 8 hrs, de 16 de marzo de 1999.
- CGR 9851-DGCA-1038-99- de 31 de agosto de 1999.
- CGR 0027-DGCA-37-98- de 12 de enero de 1998.
- RSL,50-97 de las 10:30 hrs de 7 de marzo de 1997
- RSL 174-99 de las 15:30 hrs, de 30 abril de 1999.
- N° 5697-DGCA-624-97 de 14 de mayo de 1997.
- RSL, 184-98 de las 10 hrs, de 7 de julio de 1998.
- RSL-92-99 de las 9 hrs, de 16 de marzo de 1999
- N°. 203-99 de las 15:30 hrs, de 18 de mayo de 1999.
- N° 233-99 de las 14:30 hrs, de 7 de junio de 1999.
- N° 15929-DGCA-1687-96 de 11 de diciembre de 1996.
- RSL 231-99 de las 13 hrs, de 7 de junio de 1999.
- RSL 227-97 de las 13 hrs, del 2 de octubre de 1997.
- RSL 219-96 de las 8:00 hrs, del 25 de setiembre de 1996.
- N° 239-96 de las 8:30 hrs, del 17 de octubre de 1996.
- RSL 148-99 de las 15:35 hrs, de 19 de abril de 1999.
- R-DGAJ-69-99 de las 15 hrs de 3 de noviembre de 1999.
- RSL, 384-99 de las 13 hrs, de 3 de setiembre de 1999.
- RSL 39-99 de las 13 hrs. De 4 de febrero de 1999.
- N° 85-99 de las 11 hrs de 12 de marzo de 1999, de las 8 hrs, de 22 de marzo de 1999.
- N° 107-99 de las 9 hrs, de 24 de marzo de 1999.
- RSL 40-99 de las 13:30 hrs, de 5 de febrero de 1999.

- RSL 113-99 de las 15 hrs, de 26 de marzo de 1999.
- RC-397-2002 de las 15:00 horas del 20 de junio de 2002.
- R-DAGJ-226 de las 8:00 horas del 17 de julio de 2003.
- RC-140-2003 de las 15:00 horas del 10 de marzo de 2003.
- N° 805-DGCA-125-97 de 23 de enero de 1997.

Normativa

- Código Civil de Costa Rica
- Código Civil Español
- Código Civil Italiano
- Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.
- Ley de General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y su Reglamento.
- Ley 6209 de Protección al Representante de Casas Extranjeras
- Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor
- Código de comercio
- Ley de Tierras y Colonización.
- Ley 7525 General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos.
- Ley refrendaria N° 8622 de 21 de noviembre de 2007 (TLC República Dominicana-Centroamérica-EE.UU)
- Ley de Contratación del Estado de la República de Honduras y su Reglamento
- Ley General de la Administración Pública
- Constitución Política de Costa Rica

- Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Reglamento
- Decreto Ejecutivo N°. 3518-H de 30 de abril de 2009.

Revistas

- Chavarría Espinoza, Ricardo. “El reajuste de Precios en los Contratos de obra pública en Costa Rica”. Revista de fiscalización y Gestión Pública Volumen 2.. Edición 1995. Página 33.
- Echandi Gurdián, María. Contratación Administrativa y libre competencia. Revista de Derecho Público, Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, N°4, julio-diciembre 2006. p.35-38.
- Hidalgo Cuadra, Ronald. “El contrato administrativo frente a los adelantos tecnológicos”. Revista de Derecho Público, Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, No. 4 julio- diciembre de 2006. p. 60

Votos de la Sala Constitucional de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

- | | | |
|------------|------------|--------------|
| • 5403-95 | • 7532-04 | • 1559-93 |
| • 13910-05 | • 998-98. | • 3375-97 |
| • 6754-98 | • 6432-98. | • 8195-2000 |
| • 9530-99 | • 2660-01 | • 320-97 |
| • 5985-93 | • 9530-99 | • 14298-2006 |
| • 6453-93 | • 1205-96. | • 1420-91 |
| • 3049-94 | • 3348-95. | • 12979-04 |
| • 3526-98 | • 588-97 | • 4857-96 |
| • 5947-98 | | • 1217-96 |

- 4205-96
- 5097-93
- 160-97
- 4066-90
- 2633-93
- 5131-93
- 1484-96
- 883-96
- 5653-93
- 2945-94
- 3484-94
- 3929-95
- 08193-00
- 10198-01
- 5994-94
- 625-98

Votos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

- N°65 de las 14:45 horas del 28 de junio de 1996
- N°42 de las 15:00 horas del 14 de mayo de 1997
- N° 114 de las 14:30 hrs de 28 de marzo de 1990
- N°000865-F-2000, de las 15:35 del año 2000
- N°468-00 de las 10:00 del 16 de junio de 2000
- N°469-00 de las 10:05 del 16 de junio de 2000
- N°489-00 de las 15:15 del 28 de junio de 2000
- N° 589 de las 11:05 del 29 de agosto de 2008
- N° 655 de las 3:30 p.m. del 10 de agosto de 2004
- N° 865 de las 3:35 p.m. del 16 de noviembre de 2000.
- N°1019 de las 4:25 p.m. del 21 de diciembre de 2005
- N° 463 de las 9:00 a.m. del 4 de julio de 2007
- N° 469 de las 3:20 p.m. del 7 de mayo de 2009
- N°463 de las 9:00a.m. del 4 de julio de 2007
- N°736 de las 2:55 p.m. del 8 de octubre de 2007
- N°314-F-03 de las 11:25 del 4 de junio de 2003
- N° 589 de las 11:05 a.m. del 29 de agosto de 2008
- N°750-F-2006 de las 10:45 horas del 5 de octubre del 2006
- N°795-F-S1-2008 de las 10:15 a.m. del 27 de noviembre de 2008

- N°1019 de las 4:25 p.m. del 21 de diciembre de 2005
- N° 665-2000
- 275-1990
- 376-2007.

Otros tribunales

- Sentencia N° 394 de las 3:30 p.m. del 28 de agosto de 2009, del Tribunal Segundo Civil Sección I.
- Sentencia de las 3:25 horas del 30 de noviembre de 1979 del Tribunal Superior Civil.
- Sentencia de las 9:20 a.m. del 4 de mayo de 2001 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda.
- Sentencia N° 19 de las 3:40 p.m. del 22 de febrero de 2006, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, sección IV.
- Sentencia N° 556 de las 3:35 p.m. del 10 de noviembre de 2004 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, sección I.
- Sentencia N° 34 de la 1:35 p.m. del 29 de abril de 2010, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, sección VII.
- sentencia N° 329-2006 de las 9:40 a.m. del 30 de agosto de 2006 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III.
- Sentencia N° 329-2006 de las 9:40 a.m. del 30 de agosto de 2006 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III
- Sentencia N°75 de las 9:10 a.m. de 8 de febrero de 2002, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III
- Sentencia N° 51 de las 3:10 p.m. del 30 de junio de 2009 del Tribunal Contencioso Administrativo,
- Resolución N° 312 de las 9:40 a.m. de 3 de agosto de 2001, emitida por el Tribunal Segundo Civil Sección I

- Sentencia N°40 de las 2:00 p.m. del 15 de mayo de 2010, del Tribunal Contencioso Administrativo. Sección VII
- Sentencia N° 40 de las 2:00 p.m. del 15 de mayo de 2010, voto salvado del Juez Alonso Valverde Alpízar, emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII.