

San José, 17 de julio de 2020
Criterio N° 451-DJ/CAD-20
Al contestar refiérase a este # de criterio

MBA
Miguel Ovares Chavarría, Jefe
Departamento de Proveeduría
Su Oficina

Estimado señor:

En atención al contenido del oficio de ese Departamento N° 2223-DP/01-2020, en el cual se solicita criterio legal en relación con la posibilidad de iniciar un procedimiento de rescisión contractual con la empresa Accesos Automáticos S.A., cédula jurídica N° 3-101-177456, dentro de la Contratación Directa No. 2016CD-000480-PROVCD, nos permitimos manifestar lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES DEL CASO:

1) Mediante Contratación Directa No. 2016CD-000480-PROVCD se adjudicó a la empresa Accesos Automáticos S.A., cédula jurídica N° 3-101-177456, el “*Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de la Rampa ubicada en la entrada y salida de vehículos del Sótano del Edificio OIJ, I Circuito Judicial de San José*”.

2) La contratación citada, se formalizó mediante el contrato No. 108116, siendo aprobado por esta Dirección Jurídica el 16 de enero de 2017, el cual de conformidad con su cláusula NOVENA tiene un plazo de un año, prorrogable por períodos similares hasta un máximo de cuatro años, por lo que finalizaría su eficacia el próximo 16 de enero de 2021.

3) Mediante nota de 19 de marzo del año en curso, el ingeniero Luis Sánchez de Accesos Automáticos en relación con la más reciente inspección de mantenimiento a la rampa

de entrada del Edificio del O.I.J. realizada el 13 de marzo de 2020, luego de enumerar gran cantidad de falencias que a la fecha posee la Rampa ubicada en la entrada y salida de vehículos del Sótano del Edificio OIJ, concluyó lo siguiente:

*“(...) En resumen, este equipo se mantiene operando gracias a que se le ha realizado un muy buen soporte de mantenimiento, se ha remplazado un buen número de partes, y se ha dado un exhaustivo cuidado de las piezas metálicas, previniendo la oxidación. Sin embargo, debido al tiempo actualmente **presenta un importante nivel de desgaste generalizado que requiere una intervención mayor** para lograr un buen estado y correcto funcionamiento del sistema, de manera que opere de forma confiable y segura, tanto para los operadores como para la personas que transitan por este acceso.” (negrita suplida).*

4) Ante una solicitud de reparación realizada por la Administración, la contratista, por correo electrónico de 20 de mayo de 2020, indicó:

*“(...) según reporte técnico el daño que presenta **el equipo ya no es reparable**, el pistón no se consigue dado que **es un equipo obsoleto** y para ello muestra el informe que les habíamos enviado al respecto bien detallado y fundamentado.” (Negrita nuestra).*

5) Ante lo indicado por la contratista, el Departamento de Seguridad por oficio No. 247-DS-2020 del 22 de junio del año en curso, informó a la Dirección Ejecutiva lo relacionado con el contrato que nos ocupa, indicando:

*“(...) El sistema de barrera actual fue adquirido mediante una donación que realizar la Embajada Americana hace más de 20 años (...) Como se indica en el párrafo anterior el sistema de barrera actual **tiene más de 20 años de uso constante**, sin embargo, a pesar de todo el mantenimiento preventivo y correctivo realizado desde hace muchos años, dicho sistema **ya cumplió su vida útil** y por más que se ha modernizado mediante el reemplazo de piezas y mejoras para su operación, la empresa nacional Accesos Automáticos, que por muchos años le ha brindado estos mantenimientos hizo la **recomendación técnica de que las mismas sean sustituidas, ya que no es posible seguir refaccionándolas**, pues el mantenimiento además que se ha vuelto muy costoso y seguido, también hay piezas que nos es posible conseguir y debe construirse porque requieren ser sustituidas para que pueda continuar operando.*

(...)

*En conclusión, el sistema de barrera logró operar por más de 20 años gracias al buen soporte de mantenimiento, reemplazo de un buen número de partes y cuidado exhaustivo de las piezas metálicas para prevenir la oxidación. Sin embargo, debido al tiempo transcurrido presenta un importante nivel de desgaste generalizado por lo que la intervención requerida es total, y **en este caso lo más recomendable es la sustitución del sistema completo.***

(...)

*Debido a la **importancia que reviste tener en operación lo antes posible nuevamente el sistema de barrera de control y protección** remito la siguiente información para que pueda ser valorada y analizada las posibles opciones para su pronta sustitución.” (negrita añadida).*

6) Con oficio N° 250-DS-2020 del 23 de junio de 2020, el Departamento de Seguridad informó al Departamento de Proveduría lo señalado por la empresa Accesos Automáticos S.A., en relación con la rampa ubicada en la entrada principal al OIJ.

7) En oficio No. 2220-DP/01-2020 del 24 de junio de 2020, Verificación y Ejecución Contractual del Departamento de Proveduría comunicó a la contratista la suspensión del servicio contratado.

II.- CRITERIO DE LA DIRECCIÓN JURÍDICA

a) Sobre la Rescisión Contractual

Se debe tener claro, que por medio de la contratación administrativa, el Estado hace efectivo el ejercicio de una potestad pública, realizando un procedimiento de selección por medio de concurso, en donde al contratista se le tiene como colaborador de la Administración en la gestión pública que se le adjudica (prestación de un servicio público, construcción de una obra pública, adquisición de un bien para la Administración, etc.); motivo por el cual, resulta importante hacer ver que en toda contratación administrativa debe privar la satisfacción del interés público.

En ese orden de ideas, los sujetos de los contratos administrativos son, la Administración, por un lado, y el particular o la propia Administración, del otro; quienes concurren con sus voluntades, en la elaboración de un contrato, cuya base se encuentra reglada en el cartel de la contratación respectiva, siendo la selección del cocontratante una prerrogativa de la Administración (libre elección).

Así, por sus características, en el contrato administrativo hay derechos y obligaciones recíprocas, a saber: a) el contratista tiene derecho a la realización del objeto que fue contratado y al reconocimiento de los precios pactados; y b) la Administración puede, dentro del marco de la contratación, fiscalizar, impartir instrucciones, realizar ciertas modificaciones (ejercicio de potestades de imperio).

Lo anterior, de conformidad con el artículo 15 de la Ley de rito, que expresamente señala como obligación de la Administración el cumplir con todos los compromisos adquiridos válidamente en la contratación administrativa, y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado; así como del numeral 20 ibídem, que regula de manera correlativa, la obligación para los contratistas de cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta. Ambas obligaciones surgen de un principio de buena fe en la contratación, mediante el cual, ambas partes, tienen como referente en el cumplimiento de sus obligaciones un deber de cumplimiento y colaboración mutuos

Entonces, en tesis de principio, el contrato administrativo se rige por la bilateralidad del mismo, en donde cada una de las partes posee derechos y obligaciones, y en donde, si existiera un incumplimiento, u otra causa extintiva de la relación, se originaría la posibilidad de la resolución o rescisión del negocio jurídico, regla que, aunque su origen es de Derecho Civil, encuentra aplicación en contratación administrativa debido al Principio de Buena Fe que rige cualquier contrato en general, así como derivación del equilibrio de los intereses que rige en esta materia en particular.

Dicho lo anterior, debe distinguirse entonces entre la resolución y la rescisión contractual. Tales institutos permiten que el Estado finalice una relación contractual de forma unilateral, cada uno, por causas diferentes, y se encuentran establecidos en el artículo 11 de la Ley de la Contratación Administrativa, y los numerales 212 y 214 del Reglamento de esta Ley respectivamente; debiendo entender que **la rescisión** se origina por razones de interés público, fuerza mayor, caso fortuito o mutuo acuerdo, causas todas que imposibilitan el cumplimiento de lo pactado.

En el presente caso, no existe incumplimiento de la contratista, de ahí que debe aplicarse lo dispuesto en los numerales 11 de la Ley de rito, y 214 de su Reglamento, que rezan en lo que interesa:

*“Artículo 11.- Derecho de rescisión y resolución unilateral. Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito **o cuando así convenga al interés público**, todo con apego al debido proceso. Cuando se ponga término al contrato, por **causas que no se le imputen al contratista**, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados (...) La Administración podrá reconocer, en sede administrativa, los extremos indicados en los incisos anteriores (...)”* (énfasis nuestro).

*“Artículo 214.-Rescisión. La Administración podrá rescindir unilateralmente sus contratos, no iniciados o en curso de ejecución, por **razones de interés público**, caso fortuito o fuerza mayor, **debidamente acreditadas** (...)”*

*Cuando la rescisión se origine por motivos de **interés público**, además se podrá reconocer al contratista cualquier daño o perjuicio que la terminación del contrato le causare, previa invocación y comprobación (...)”*. (Subrayado nuestro).

En este sentido, la figura en comentario operará por razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor; debiendo la Administración entonces valorar la

conurrencia de estos elementos (interés público, caso fortuito o fuerza mayor), a efecto de proceder con la rescisión del contrato.

Del mismo modo, el artículo 215 ibidem, establece la posibilidad de finalizar la relación contractual por acuerdo de partes, al disponer:

“Artículo 215.-Rescisión por mutuo acuerdo. La rescisión contractual por mutuo acuerdo únicamente podrá ser convenida cuando existan razones de interés público y no concurra causa de resolución imputable al contratista.

En este caso la Administración podrá acordar los extremos a liquidar o indemnizar, que en ningún caso podrá exceder los límites señalados en el artículo anterior, siempre dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad.

Acordada la rescisión sin mayor trámite, se enviará la respectiva liquidación a aprobación de la Contraloría General de la República de la República, quien contará con veinticinco días hábiles para emitir su resolución.”

En el presente caso, si bien es cierto no existe una manifestación expresa de la contratista aceptando una rescisión por mutuo acuerdo, dentro del procedimiento a instaurar pueda la Administración, **dado que ya no se requerirá más el servicio por recomendación de la propia empresa**, solicitar que el procedimiento se realice usando la causal regulada en el numeral 215 citado, la cual, además, puede ser utilizada, por cuanto también existe un interés público del Poder Judicial en finalizar la relación contractual, a efecto de proceder con la sustitución de la barrera de control y protección a la mayor brevedad posible.

b) **Sobre el interés público:**

Al enfrentarnos a un concepto como el de “interés público” nos encontramos ante diversas situaciones que nos presentan la siempre complicada antítesis, de lo público y lo privado; ya que, este concepto le permite a la Administración un rango amplio de acción en cuya tutela puede accionar de muy diversas maneras, con el peligro latente que, al no poder

delimitarse tal concepto también puede implicar que la Administración se atribuya facultades que no le corresponden de conformidad al marco de legalidad.

El concepto de interés público actúa como justificante de determinadas actuaciones del Estado, operando como cláusula general habilitante, por la gran amplitud de acción que dicho concepto otorga, es por ello que para asegurar su correcta aplicación, el Poder Público debe someterse al Principio de Legalidad, como un límite que posee la discrecionalidad, en este caso, de la Administración.

El verdadero problema surge al momento de aplicar este concepto como causal para la finalización de un contrato suscrito válidamente con la Administración, y que se encuentra en ejecución, pues, no estamos ante un hecho perceptible de forma objetiva como puede ser el hecho de un incumplimiento (resolución contractual), o una de las causas de justificación dispuestas en la normativa de rito, sea caso fortuito o fuerza mayor; sino que, se trata de una **apreciación subjetiva** que efectúa la Administración, con el riesgo paralelo que implica el que se cometa una arbitrariedad, pues quien decide si procede la rescisión contractual es “*juez y parte*”, por lo que se debe realizar un cuidadoso balance de los valores que hay en juego.

Debemos recordar que el fin último de la acción del Estado es el denominado “*interés público*” o “*interés general*”, el cual, es un **concepto jurídico indeterminado**, tendiente a que la acción de la Administración beneficie a la generalidad, lo que lo opone -obviamente- de los “*intereses particulares*”, por lo que, la determinación de lo que se entenderá por dicho interés general, debe **analizarse en cada caso concreto**, pues de su examen se debe determinar si la acción de la Administración efectivamente tiende al beneficio de la pluralidad.

En palabras de Eduardo Ortiz Ortiz:

“(…) El Estado es obligado a intervenir en la vida económica ya no para evitar abusos sino para lograr objetivos planeados y buscados por la clase obrera y por los otros intereses sociales y, cada vez más, éstos se convierten

en estatales, con lo que se trasladan al Estado muchos de los conflictos propios de la sociedad. Se abren servicios públicos llamados a satisfacer (...) ese abanico de intereses y necesidades muchas veces contradictorias entre sí y en una eventual competencia para conseguir recursos públicos (...)” (Ortiz Ortiz, Eduardo. “Intereses colectivos y Legitimación Constitucional”. Revista Iustitia No. 46. pp 11-12)

De este modo, el interés público comporta un juicio de valor; por cuanto procura englobar el sentir mayoritario y homogéneo de la población el cual se ve expresado en el texto constitucional.

Doctrinariamente se afirma que mediante la protección del interés público se logra la imposición de una obligación, o bien, la fijación de una prohibición, esto, como ya se indicó, al contrastarse con el interés particular, por cuanto, el administrado en cuanto tal, no puede sustraerse del interés general, sino es amparado en una norma o principio de igual o superior rango, o bien, un derecho subjetivo válido.

Lo anterior, aplica como generalidad del concepto, no obstante, éste, debe ser contrapuesto a las diferentes realidades que enfrentan día a día a la Administración con el Administrado, siendo entonces que dicho concepto general puede ser entendido de una mejor forma como al conceptualizarlo en la práctica como el servicio público que genera una utilidad pública.

Es por lo anteriormente indicado que podemos afirmar que el interés público no impone por sí mismo una obligación, sino que, bajo su amparo, se justifica el actuar de la Administración de una u otra forma, esto es, a la luz de dicho interés, la Administración logra determinar diferentes **prioridades** que se le presentan al momento de ejecutar sus funciones (costo-beneficio), lo cual **la obliga a contrapesar** los inconvenientes de tomar una decisión, así como sus ventajas, y el costo que representaría actuar o no de una determinada forma.

En el caso que nos ocupa, ese beneficio general se enfoca en la protección de la Hacienda Pública, así como de la Administración de Justicia, los cuales son pilares en el

Estado de Derecho pues colaboran en el mantenimiento del orden público. Lo anterior, dado que, no es conveniente a la Administración [Hacienda Pública-Poder Judicial-Administración de Justicia] continuar con el pago de un servicio a un aparato que la propia contratista señala se encuentra obsoleto, y que recomienda sustituir.

De ahí que, dentro del análisis de conveniencia que los parámetros de discrecionalidad del interés público le otorgan a la Administración, se considera que resulta perjudicial mantener un contrato en ejecución bajo esas circunstancias, y además, que existe una urgencia, así indicado por la oficina usuaria, de contar con un nuevo sistema de barrera, situaciones que, conjugadas, brindan a la Administración un parámetro válido para aplicar la causal de rescisión bajo estudio.

En otras palabras, resulta perjudicial a la Administración mantener la ejecución en los términos actuales por dos circunstancias, la primera, existe un aparato antiguo y obsoleto cuyo mantenimiento le produce erogaciones altas y continuas en mantenimiento y reparación, la segunda, que por tratarse de un aparato en las condiciones descritas, no cumple bien su función, lo cual puede dejar desprotegida a la Administración en caso de fallo, o bien, provocar un daño en algún vehículo o persona que transite por el lugar.

Ahora bien, se debe recordar que tal causal no es irrestricta, por lo que se debe recordar lo que en sentido han indicado los Tribunales Nacional, específicamente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución No. 001358-F-S1-2010, indicó:

*“...se confiere a la Administración, la potestad de rescindir unilateralmente los contratos, **por razones de interés público**, caso fortuito o fuerza mayor. No obstante, en aplicación del principio de intangibilidad patrimonial, la norma incluye a la vez, la obligación del Estado, de cancelar la parte efectivamente ejecutada del contrato, los gastos en que haya incurrido para la completa ejecución, y, para los casos **en que la rescisión se origine en la salvaguarda del interés público**, debe reconocer los daños o perjuicios causados, y un porcentaje por lucro cesante, que para cuando no se ha fijado con anterioridad por las partes, se establece en un 10% del monto total cotizado. En la versión anterior, la disposición 272 a la letra disponía:*

*“Independientemente de las penas y responsabilidades que, conforme a la Ley y con el presente Reglamento alcanzan a los particulares, a quien se hubiere obligado con un ente público sin que se hayan seguido los procedimientos o extendido las autorizaciones correspondientes, no podrá serle reconocida compensación pecuniaria alguna, salvo en casos muy calificados, en que proceda con arreglo a principios generales del Derecho, respecto a suministros, obras, servicios u otros objetos, efectivamente ejecutados y de buena fe, con evidente provecho para la Administración, mas en tal caso el pago no comprenderá el lucro; si este fuere de difícil determinación, se rebajará a título del mismo un 10% del monto de la operación.” Como puede apreciarse, el contenido del numeral 206 del RCA, no es novedoso, en tanto, no modificó significativamente las disposiciones del canon 272 del anterior RCA. Ambos están sustentados en el principio de **equilibrio debido de las prestaciones, que impide a la Administración, enriquecerse a costa del contratista, aún a falta de convenio en ese sentido (...)**”.* (negrita nuestra).

III.- CONCLUSIÓN

De lo anteriormente expuesto, siguiendo lo dispuesto por la Ley y Reglamento de Contratación Administrativa, la Ley General de la Administración Pública, la jurisprudencia y doctrina nacional, esta Dirección Jurídica concluye que:

- 1) De conformidad con el numeral 214 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se puede iniciar un procedimiento de rescisión contractual con base en el interés público, dado que, se posee un criterio técnico que respalda el que sistema de barrera de control y protección se encuentra obsoleto y no cumple su función a cabalidad, existiendo igualmente la necesidad institucional de contar un sistema nuevo que brinde dicha protección a la mayor brevedad posible, según lo indicado por el Departamento de Seguridad, respaldo suficiente para que la Administración pondere sus necesidades y aplique como causal de rescisión el interés público.
- 2) El hecho que el contrato se encuentre suspendido no disuelve la relación contractual, y aunque el contrato no se encuentre en ejecución, mantiene su validez, por lo que, debe ese Departamento al momento de ponderar su decisión, considerar

que el contrato finaliza en enero de 2021, de ahí que es plausible que la contratista reclame a la Administración el daño que puede implicar la finalización anticipada de la relación; caso en el cual, una vez finalizada la rescisión, con base en la prueba que consta en autos, debe determinarse si corresponde la liquidación de alguna suma.

3) Si bien es cierto no existe una manifestación expresa de Accesos Automáticos S.A. en cuanto a su deseo que se finalice la relación contractual por acuerdo de partes, podría ese Departamento sugerir a la contratista, siendo que el procedimiento de rescisión se inicia con base en una recomendación realizada por la empresa, que se aplique lo dispuesto en el numeral 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y se realice una rescisión por mutuo acuerdo.

De usted atentamente,

Coord. Área Contratación Administrativa

Sub Directora Jurídica

Cc. Archivo.
opb.