

, 28 de diciembre de 1988.

Su Excelencia
Ing. René Bultrón Moscoso
Ministro de Obras Públicas
E. S. D.

Señor Ministro:

Una vez recibida la opinión de la Dirección Jurídica del Ministerio a su digno cargo, paso a dar respuesta a su atenta Nota DM-961 de 17 de noviembre último, en la que tuvo a bien solicitarme opinión respecto de la Nota DM-948 de 14 del referido mes, dirigida a la empresa J. Young, S.A. y el proyecto de acuerdo mediante el cual se deja sin efecto el Contrato N°2 de 2 de diciembre de 1985, celebrado con La Nación para la construcción del camino de acceso al Relleno Sanitario de Cerro Patacón.

Estimo conveniente, a los efectos de fundar el dictamen solicitado, exponer algunos de los hechos fundamentales desde el punto de vista legal, derivados de la referida relación contractual:

1.- De acuerdo con el contrato mencionado, el contratista se obligó a llevar a cabo la construcción del citado camino en un término de trescientos (300) días calendarios, a partir de la orden de proceder, por una remuneración de \$1,800.000.00, que sería cancelada en pagos parciales de acuerdo al progreso de los trabajos a efectuar. La orden de proceder fue impartida el 13 de enero de 1986.

2.- El contratista, según señala el Lic. Martínez, Director Jurídico del Ministerio de Obras Públicas, "suspendió la ejecución de la obra en referencia, desde el mes de junio de 1986, aduciendo la falta de formalización del Acuerdo Suplementario N°1, suspensión que "no cumplió con el procedimiento prescrito en el NOVIII-8 del Capítulo 8 de las Especificaciones del contrato, al no existir la autorización del Ing. Director".

3.- El 19 de febrero de 1987, el entonces Ministro de Obras Públicas, Ing. Rogelio O. Dumanoir J., formuló reclamación a la Compañía Colonial de Seguros, S.A., garante de las obligaciones del contratista, "por la paralización y el atraso

que reflejan los trabajos concernientes a la primera etapa del camino de acceso al relleno sanitario de Cerro Patacón". En esta oportunidad, el citado funcionario aclaró que la "última prórroga concedida a la referida empresa, se venció el 15 de febrero y el estado actual del proyecto demuestra que el contratista no trabaja a un ritmo que le permita una rápida conclusión de la obra".

4.- En Nota de 13 de marzo de 1987, la compañía aseguradora respondió que, de acuerdo a nota dirigida a ella por el contratista, "el motivo principal por el cual la obra no se ha terminado es porque el Ministerio debe formalizar el Acuerdo Suplementario N°1, que cubre los trabajos adicionales para que la obra se termine".

5.- El 29 de abril de 1987 es cuando se celebra acuerdo entre el Ing. Roberto L. King, "Director de Inspección", y el Ing. Jorge Young, representante de la empresa contratista, en el que se fijan "precios para los aumentos de los renglones de terracería y tubos o drenajes, por un monto global de \$706,542.15".

6.- El 11 de noviembre de 1987, la Comisión Financiera Nacional emitió opinión favorable al citado acuerdo suplementario y el 3 de diciembre de ese año, el Consejo de Gabinete autorizó su celebración, cuyas condiciones no aceptó el Ing. Young, especialmente porque el pago se iba a realizar en bonos del Estado por su valor a la par.

7.- Desde entonces la situación se ha mantenido prácticamente paralizada, con cruces de notas entre las partes, en las que recíprocamente se culpan por la paralización de los trabajos y la no celebración del Acuerdo Suplementario.

8.- Para concluir por mutuo acuerdo el contrato, el Contratista exige que se le paguen: trabajos realizados por monto de \$590,000.00, retenciones (\$92,016.00), ajustes y compensaciones (\$437,836.00), intereses correspondientes al período comprendido entre abril y agosto de 1988 (\$83,898.90) más los intereses restantes a razón de 1.5% mensual, gastos administrativos (\$10,000.00), "pérdida de ganancia y otros 5% del sub-total" (\$55,992.60) y materiales en el sitio (\$4,122.75), lo que hace un gran total de \$1,265,710.75.

9.- El Ministerio, según expresa el Lic. Martínez, solamente acepta pagar el "total de la obra ejecutada" y, además, una compensación adicional "por la movilización del equipo las prestaciones sociales proporcionales al tiempo que trabajó el personal que quedara cesante".

Conviene anotar que el Lic. Martínez señala:

"Sobre la ejecución de los trabajos adicionales establecidos en el Acuerdo Suplementario, resulta pertinente señalar que un noventa por ciento (90%) de los mismos fueron ejecutados sin que exista según nuestra Dirección de Inspección, documento expedido al contratista autorizando la ejecución de éstos en la forma prevista en las especificaciones".

- o - o -

De los hechos expuestos, se extraen las siguientes conclusiones:

A) Que el término de duración del contrato ya expiró hace casi dos años, si nos atenemos a la fecha de la orden de proceder y a lo expresado por el Ing. Dumanoir.

B) Que se realizaron trabajos adicionales por más de setecientos mil balboas (₡700,000.00) sin que se formalizara el Acuerdo Suplementario respectivo y sin que existiera partida presupuestaria al efecto, lo que contrasta con lo establecido en los artículos 273 de la Constitución y 31 y 1144 del Código Fiscal, que prohíben celebrar contratos que obliguen al Estado cuando no existan partidas presupuestarias con ese objeto.

C) Que se permitió la ejecución de trabajos sin que se hubiesen acordado precios unitarios para ello, los que fueron señalados entre el Director de Inspección y el Contratista alrededor de un año después de realizados, lo cual igualmente rebasó las facultades asignadas por las leyes y el contrato en referencia a los funcionarios del Ministerio y al propio contratista.

D) Que se presentó a la Comisión Financiera Nacional y luego al Consejo de Gabinete un proyecto de Acuerdo Suplementario cuyas condiciones aparentemente no habían sido aceptadas por el Contratista, dado que de otra forma hubiese celebrado el Acuerdo Suplementario.

E) Que los planos y demás documentos para la ejecución de la obra no eran apropiados a ésta, dado que -de no haber sido así- no hubiese habido la necesidad de ordenar trabajos adicionales por monto de ₡706,542.15 a pocos meses de iniciada la obra, y en su primera fase, siendo que el contrato original se pactó por un monto global de ₡1,800,000.00

F) Que el monto de las reclamaciones del Contratista (₡1,265,710.75) equivale a más del 70% del monto original del contrato, lo que parece excesivo, sobre todo si se toma

en consideración que solamente se está en la fase inicial de la obra, tal como señaló el señor Viceministro de Planificación y Política Económica en la Nota CFN-714 de 2 de noviembre de 1987, que "se limita hasta la colocación de la Capa Base", por lo que los Comisionados "conviniere en insistir en que, cuanto antes se resuelva la segunda etapa (pavimentación), de lo contrario se perdería el trabajo de la Primera Fase".

De todo lo expresado, puede concluirse -en términos generales- que la autorización de los trabajos adicionales y su ejecución se hicieron al margen de lo permitido por nuestro ordenamiento jurídico, especialmente porque no existía partida presupuestaria para ello. Esta situación es imputable tanto a los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas que impartieron la orden (si es que la hubo) como al propio contratista, quien -según señala el Lic. Martínez- llevó a cabo tales trabajos, sin que existiese documento autorizando la ejecución de los mismos en la forma prevista en las especificaciones.

Siendo así, es evidente que la Nación no puede asumir responsabilidades derivadas de hechos o situaciones que se producen al margen de los contratos que celebra y de lo que disponen las normas legales pertinentes, especialmente los artículos 1076 y 1077 del Código Fiscal, 846 y 847 del Código Administrativo y 1645 del Código Civil, según los cuales es preciso cumplir determinados requisitos para que sea viable una erogación de fondos públicos (entre los cuales está la existencia de partida con ese objeto, el reconocimiento del crédito por autoridad competente, etc.); que disponen que tanto los funcionarios públicos como los particulares son responsables solidariamente ante el Estado por el reembolso de fondos públicos ilegalmente pagados; que los funcionarios públicos son personalmente responsables de los actos ilegales en que incurran, incluso a pretexto de que están ejerciendo sus funciones, y que el Estado solamente responde por los actos culposos de los funcionarios públicos cuando éstos tengan la calidad de agentes especiales, que no es el supuesto analizado. Todo ello coincide con los principios instituidos en los artículos 18 y 34 de la Constitución, que instituyen en nuestro sistema el principio de legalidad, que permite que los funcionarios públicos solamente realicen lo autorizado por la ley, y hace responsables de las consecuencias de órdenes violatorias de la Constitución o de la Ley al que las emite y al que las cumple.

No existe tampoco en la documentación que se me remitió una explicación sobre el estado actual del avance de la obra conforme al contrato original, dado que todos los documentos hacen referencia a los trabajos adicionales.

Este aspecto es de interés, porque el Contratista debió ejecutar de manera principal los trabajos indispensables para realizar la obra según los planos y especificaciones que sirvieron de base a la contratación original, por lo que no debió suspender su ejecución para realizar trabajos adicionales, especialmente cuando éstos no se habían autorizado en la forma establecida en el contrato y en las especificaciones.

Pareciera entonces que el contratista incumplió el Contrato si nos atenemos a lo expresado por el Lic. Martínez y el Ing. Dumanoir; el primero señala que los trabajos fueron suspendidos sin cumplir "con el procedimiento prescrito en las especificaciones" y que los trabajos adicionales "fueron ejecutados sin que exista según nuestra Dirección de Inspección, documento expedido ...autorizando la ejecución de éstos en la forma prevista en las especificaciones"; y el segundo presentó reclamación por el atraso en dichos trabajos.

Por tanto, de ser lo anterior así, el Ejecutivo está plenamente facultado para resolver administrativamente el contrato con base en las Cláusulas Cuarta y Quinta del mismo, según las cuales puede hacerlo en caso de incumplimiento del contratista y, en especial, por "abandono o suspensión de la obra sin la autorización debida".

En el evento hipotético de que el Contratista no hubiese podido continuar la obra por razones de fuerza mayor (que es la causal que se invoca en el proyecto de acuerdo sometido a nuestra consideración), entonces sería viable la celebración de este acuerdo para ponerle término al contrato, pero reconociendo únicamente las prestaciones permitidas por las especificaciones para tal evento. Como éstas no me fueron remitidas, debo atenerme a lo expresado por el Lic. Martínez sobre el contenido de las mismas, quien asevera que en tal supuesto estipulan que el Estado reconocerá al Contratista el "total de la obra ejecutada" y una "compensación adicional por la movilización del equipo y las prestaciones sociales proporcionales al tiempo que trabajó el personal que quedará cesante".

Para esta segunda eventualidad, pienso que la Cláusula Cuarta del proyecto de acuerdo debe ser eliminada o modificada, porque tal como está redactada estipula que la causal de fuerza mayor se da ahora y no cuando se suspendieron los trabajos, apareciendo la imposibilidad de ejecutar el contrato en cierta medida como imputable al Estado, lo que no parece ser así. Además, debería incluirse una cláusula en la que el contratista manifieste que con la remuneración acordada quedan satisfechos los derechos que le asisten por virtud del citado contrato y que renuncia a intentar reclamación en el futuro por razón del mismo.

En la esperanza de haber satisfecho su solicitud, aprovecho la oportunidad para reiterar al señor Ministro mi aprecio y consideración distinguida.

Atentamente,

OLMEDO SANJUR G.
Procurador de la Administración.

/mdr.