

SESIÓN ORDINARIA Nro. 106-2012

Ciudad de Curridabat, a las diecinueve horas nueve minutos del jueves diez de mayo de dos mil doce, en el Salón de Sesiones "**José Figueres Ferrer**", una vez comprobado el quórum estructural, inicia la Sesión Ordinaria número ciento seis - dos mil doce, del Concejo de Curridabat, período dos mil diez - dos mil dieciséis, con la asistencia siguiente:

REGIDORES PROPIETARIOS: Guillermo Alberto Morales Rodríguez, quien preside; Regidor Edwin Martín Chacón Saborío; Jimmy Cruz Jiménez, en sustitución de su compañera, Paula Andrea Valenciano Campos; María Eugenia Garita Núñez, José Antonio Solano Saborío, Olga Marta Mora Monge; y Ana Isabel Madrigal Sandí.

REGIDORES SUPLENTE: Natalia Galeano Calderón, Roy Barquero Delgado, Dulce María Salazar Cascante, Maritzabeth Arguedas Calderón, Esteban Tormo Fonseca y Alejandro Li Glau.

Por la **Sindicatura: Distrito Centro:** Ana Lucía Ferrero Mata, **Propietaria.** Álvaro Enrique Chaves Lizano, **Suplente. Distrito Granadilla:** Virgilio Cordero Ortiz, **Propietario.** Alejandra Arvide Loría, **Suplente. Distrito Sánchez:** Carmen Eugenia Madrigal Faith, **Propietaria. Distrito Tirrases:** Julio Omar Quirós Porras, **Propietario.** Dunia Montes Álvarez, **Suplente.**

ALCALDE MUNICIPAL: Edgar Eduardo Mora Altamirano. **SECRETARIO MUNICIPAL:** Allan P. Sevilla Mora.-

Receso: 19:10 a 19:31 horas.

CAPÍTULO 1°.- REVISIÓN Y APROBACIÓN DE ACTAS ANTERIORES.-

ARTÍCULO ÚNICO: REVISIÓN Y APROBACIÓN DEL ACTA SESIÓN SOLEMNE PRIMERO DE MAYO.-

19:31 ACUERDO Nro. 1.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- APROBACIÓN ACTA SESIÓN SOLEMNE.- A las diecinueve horas treinta y un minutos del diez de mayo de dos mil doce.- En votación unánime, se tiene por aprobada el acta de la SESIÓN SOLEMNE DEL PRIMERO DE MAYO.-

CAPÍTULO 2°.- INFORMES.-

ARTÍCULO 1°.- INFORME LIC. JOSÉ ERNESTO BERTOLINI MIRANDA, SOBRE CASO FEDEMUR.-

Se acusa recibo del informe remitido por el Lic. José Ernesto Bertolini Miranda, sobre el proceso promovido por el Consejo Técnico de Asistencia Médico - Social y el Estado contra las Municipalidades de Curridabat y de La Unión, Expediente 09-001474-1027-CA.

El legajo es trasladado por la Presidencia a estudio y recomendación de la comisión de Gobierno y Administración.

ARTÍCULO 2°.- OFICIO AIMC 085-2012 DE AUDITORÍA INTERNA (ADJUNTA CRITERIO DEL LIC. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, ASESOR LEGAL DE LA AUDITORÍA)

Se da lectura al oficio AIMC 085-2012 cursado por el Lic. Gonzalo Chacón Chacón, Auditor Interno ad interim, el cual se consigna textualmente a continuación: "Asunto: Atención de oficio SCMC 159-05-2012.-

1. En atención al oficio SCMC 159-05-2012, por medio del cual se transcribe el acuerdo No. 17, artículo 3°, capítulo 6° de la Sesión Ordinaria 105-2012 del 3 de los corrientes, mediante el cual se solicita a este servidor emitir criterio acerca del adeudo reclamado por la empresa Berthier Ebi de Costa Rica S.A., por un monto de ₡10.363.000.00 que se contempla en la Modificación Presupuestaria 05-2012, me permito indicar lo siguiente:

De conformidad con las potestades que confiere el artículo 33, inciso c) de la Ley General de Control Interno, así como las normas internacionales de auditoría que rigen la profesión y en vista de la especialidad del tema, este servidor acudió a los servicios del Licenciado José Luis Rodríguez Jiménez, Asesor de esta Auditoría, quien oficiosamente brindo el dictamen que se adjunta, dentro del cual se extrae la siguiente información:

A- Principio de Legalidad

En lo que se refiere al sometimiento del funcionario público al principio de legalidad, la Sala Constitucional en el voto número 3410-92 de las 14:45 horas del 10 de noviembre de 1992, indica:

"El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". (El destacado no es del original)

B- Ausencia del refrendo contralor.

El refrendo es una aprobación emitida por el órgano de fiscalización y control de la Hacienda Pública, que constituye un requisito de eficacia de la relación contractual, por lo que aún cuando ésta sea válida por ser conforme al ordenamiento jurídico, no se podrá ejecutar ni tendrá efecto alguno hasta tanto no cumpla con dicho refrendo.

C- Consecuencias pecuniarias de la contratación irregular.

Esta teoría de la contratación irregular y sus efectos, ha sido recogida en los artículos 21 de la Ley de la Contratación Administrativa, reformado por la Ley No. 8511 del 16 de mayo del 2006, publicada en La Gaceta No. 128 del 04 de julio del 2006, y el 210 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

En ese sentido, las normas aludidas disponen:

"Artículo 21. -Verificación de procedimientos. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa. / El Reglamento de esta Ley definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley." (El resaltado no es del original)

"Artículo 210. -Deber de verificación. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa. / El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido. / La no formalización del contrato no será impedimento para aplicar esta disposición en lo que resulte pertinente." (El subrayado no es del original).

Como se observa, la normativa referida veda en principio, la posibilidad de pagar al contratista en estas hipótesis. Empero, abre la posibilidad del pago, y solo de modo excepcional, en casos calificados con arreglo a los principios generales del derecho. En este orden, adquiere especial relevancia los casos en que pese a la existencia de irregularidades procedimentales o jurídicas, la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios, que fueron de antemano pactados, sea total o parcialmente, con claro provecho para la Administración.

Sobre este particular, la Contraloría General de la República, por medio de su oficio 02002 del 5 de febrero del 2008, indica:

"(...) En esos supuestos no se reconoce el lucro previsto y si es desconocido se aplica una rebaja de un 10% del monto total. Debe haberse pagado en su totalidad el precio pagado como si se hubiese dado una contratación apegada al ordenamiento jurídico, la Administración debe iniciar las acciones cobratorias pertinentes para recuperar las sumas pagadas de más al contratista, a saber el porcentaje de lucro, es decir la ganancia que percibió con la ejecución de un contrato abiertamente irregular o en su defecto el porcentaje del diez por ciento señalado. (...)"

En el mismo sentido el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO en el voto 173 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del diez de agosto del dos mil once, ha dicho:

"(...) **VI.-Sobre la existencia de una contratación irregular. Efectos.** A raíz de lo indicado en el considerando previo, al existir irregularidades en el levantamiento de obras adicionales sin haber satisfecho el trámite de modificaciones contractuales, debe examinarse si la Administración ha obtenido un beneficio mediante la recepción efectiva de una obra o servicio, merced de la buena fe del contratista. Lo anterior dado que si se han realizado acciones tendientes a obtener un bien o servicio, de haberse concretado, se produce un beneficio que si bien no genera una responsabilidad propia de la ejecución del contrato, si conlleva un derecho de indemnización a favor de quien de buena fe y por acatar actos expresos de la Administración, realizó una acción pretendiendo cumplir con esos mandatos. Desde este plano, la sola existencia de irregularidades en el procedimiento, no excluye el marco de responsabilidad pública. (...) Cabe aclarar e insistir, que en estos supuestos de contratación irregular, lo que se reconoce al contratista no es un pago, sino una indemnización, pues lo opuesto llevaría, sin duda, a concluir que las normas que precisan el régimen de contratación administrativa, pueden ser vulneradas, sin consecuencia alguna, lo que ciertamente, no puede cohonestar el Ordenamiento Jurídico. Desde este plano, ha de reiterarse, el reconocimiento que proceda en tales casos es solo a título de indemnización, sustentado en la equidad y evitar un enriquecimiento sin causa justificante, pero en modo alguno ha de entenderse como un pago de un contrato válido. Este Tribunal, sobre el tema de la contratación irregular, en la resolución No. 716-2009 de las 11 horas 2 minutos del 20 de abril del 2009, indicó: " (...) este Tribunal puede extraer los requisitos básicos que se deben presentar en un caso particular, a efectos de poder afirmar la existencia de una contratación irregular y el derecho de un administrado de solicitar una indemnización por aplicación de esa figura. Estos requisitos o presupuestos serían los siguientes: **1.** No haberse seguido el procedimiento debido, es decir, puede existir un contrato de manera imperfecta o haberse obviado procedimientos básicos dentro de un contrato existente, o del todo, inexistencia

absoluta de una contratación, que es conocido como un contrato de hecho; 2. La Administración Pública, haya obtenido un provecho al recibir un objeto o un servicio del aparente contratista; 3. El aparente contratante debió haber brindado el servicio o dado el objeto a la Administración Pública, de buena fe, a efectos de que la Administración receptora del bien o el servicio, reconozca una indemnización basada en un principio de equidad o equivalencia en las cargas recibidas y un principio de no enriquecimiento sin causa; 4. Lo que se reconoce es una indemnización y no el pago de un contrato que es inexistente o imperfecto, por lo que no se acepta reconocer el lucro cesante, y si éste no se puede calcular debe hacerse una disminución del 10% en el total de la indemnización." (Lo resaltado no es del original)

En espera que la información aportada brinde los elementos necesarios que permitan a este Honorable Concejo Municipal tomar la mejor decisión sobre el tema en discusión, y en la mejor disposición de ampliar cualquier aspecto sobre este tema, se suscribe, Cordialmente, Lic. Gonzalo Chacón Chacón, Auditor Interno a i."

- 2. CRITERIO DEL LIC. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, ABOGADO DE LA AUDITORÍA INTERNA.-** "En relación con su consulta relativa a la modificación presupuestaria propuesta al Concejo Municipal, para dar contenido a la partida correspondiente, a fin hacer frente a una deuda contraída con la empresa BERTHIER EBI DE COSTA RICA S.A., por el servicio de transporte, disposición y tratamiento de desechos sólidos le indico lo siguiente:

I- ANTECEDENTES:

1. Mediante oficio N° 02039 de fecha 02 de marzo de 2011, de la Contraloría General de la República, se le denegó el refrendo a los contratos suscritos entre la Municipalidad de Curridabat y las empresas Berthier Ebi de Costa Rica S.A, y Servicios de Recolección y Limpieza Villa S.A., derivado de la Licitación Pública 2010-000001-01.
2. Por oficio N° 07194 de fecha 05 de agosto de 2011, de la Contraloría General de la República, se concede el refrendo a los contratos suscritos entre la Municipalidad de Curridabat y las empresas Berthier Ebi de Costa Rica S.A, y Servicios de Recolección y Limpieza Villa S.A., derivado de la Licitación Pública 2010-000001-01.
3. No existe evidencia de que en el período comprendido entre la fecha de finalización del anterior contrato para la recolección, transporte y disposición, y el 5 de agosto de 2011, se haya contado con un contrato debidamente suscrito entre la Municipalidad de Curridabat y las empresas que brindan el servicio.

4. Por resolución AMC -17 -12-2011 de las 14 horas y 20 minutos del 20 de diciembre de 2011 emitida por la Alcaldía de la Municipalidad de Curridabat, se revocan de oficio las resoluciones AMC-397-08-2011, AMC-012-09-2011 y AMC-014-09-2011; y se ordena cancelar a la empresa Berthier Ebi de Costa Rica S.A., las deducciones dadas en dichas resoluciones del 13% de utilidad. Y se ordena la investigación preliminar sobre la posible responsabilidad disciplinaria y patrimonial de funcionarios institucionales en el atraso en la obtención del refrendo contralor.

II- CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTRATO IRREGULAR:

De lo expuesto anteriormente existe evidencia de la existencia de un período aún por determinar, en el cual la Municipalidad de Curridabat, recibió el servicio de recolección, transporte, disposición y tratamiento de desechos sólidos, sin contar con un contrato debidamente suscrito, en otras palabras recibió el servicio a través de lo que se denomina UN CONTRATO IRREGULAR, este es aquel que no ha cumplido con el procedimiento legal establecido.

Sobre el particular debemos tener claros los siguientes principios:

- A- Sometimiento del funcionario público al principio de legalidad.** Como señala la Sala Constitucional en el voto número 3410-92 de las 14:45 horas del 10 de noviembre de 1992:

"El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico - reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". (El destacado no es del original).

En el mismo sentido, en el voto número 1739-92 de las 11:45 horas del primero de julio de 1992, se indicó:

"(...) en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en la que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo

está permitido lo que esté autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado- (...)". (El resaltado es nuestro). Asimismo, traemos a referencia una de las sentencias emitidas por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que dice: "*(...) en tratándose de fondos públicos los actos deben interpretarse estrictamente y sólo pueden disponerse al amparo de la disposición expresa y legítima, pues aquí está en juego la conveniencia social de que esos recursos se maneje ordenada y racionalmente*" (lo resaltado no es del original) (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 59, de las 10:00 horas del 21 de febrero de 1996.).

B- Ineficacia de los contratos administrativos por ausencia del refrendo contralor.

El refrendo es una aprobación emitida por el órgano de fiscalización y control de la Hacienda Pública, que constituye un requisito de eficacia de la relación contractual, por lo que aún cuando ésta sea válida por ser conforme al ordenamiento jurídico, no se podrá ejecutar ni tendrá efecto alguno hasta tanto no cumpla con dicho refrendo.

En ese sentido, el artículo 20 LOCGR señala en forma contundente que "*En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirán la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta*".

El Reglamento de Refrendos de la Contraloría General de la República, en su artículo 2 señala:

"Naturaleza del refrendo. El refrendo es un acto de aprobación, por lo que funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo y no como un medio por el cual la Contraloría General de la República pueda anular de forma indirecta el acto de adjudicación ni el contrato administrativo. Por medio del refrendo la Contraloría General de la República examina y verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, en los términos previstos en el artículo 8° de este Reglamento. (...)"

Claro está, que sin en el caso que nos ocupa, la Administración recibió el servicio sobre la base de un contrato que no ha sido refrendado, estamos ante un contrato ineficaz, un contrato irregular que tiene ciertas consecuencias.

III- CONSECUENCIAS PECUNIARIAS DE LA CONRATACIÓN IRREGULAR.

Esta teoría de la contratación irregular y sus efectos, ha sido recogida en los artículos 21 de la Ley de la Contratación Administrativa, reformado por la Ley No. 8511 del 16 de mayo del 2006, publicada en La Gaceta No. 128 del 04 de julio del 2006, y el y el 210 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

En ese sentido, las normas aludidas disponen:

"Artículo 21. -Verificación de procedimientos. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa. / El Reglamento de esta Ley definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley." (El resaltado no es del original)

"Artículo 210. -Deber de verificación. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa./ El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido./ La no formalización del contrato no será impedimento para aplicar esta disposición en lo que resulte pertinente." (El subrayado no es del original).

Como se observa, la normativa referida veda en principio, la posibilidad de pagar al contratista en estas hipótesis. Empero, abre la posibilidad del pago, y solo de modo excepcional, en casos calificados con arreglo a los principios generales del derecho. En este orden, adquiere especial relevancia los casos en que pese a la existencia de irregularidades procedimentales o jurídicas, la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios, que fueron de antemano pactados, sea total o parcialmente, con claro provecho para la Administración.

Acá, cabe traer a colación lo dispuesto en el fallo No. 395-2000 de las 11 horas 15 minutos del 22 de diciembre de 2000 de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo, que sobre un tema similar expresó:

"Esto es así, por aplicación del equilibrio debido en las contra prestaciones realizadas, pues en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injusto, que el ordenamiento y el Juez no pueden permitir. En todo caso, y a más de lo dicho, también impera como principio general de derecho, el deber de no dañar a otro (alterum non laedere), que protegería, en supuestos como este, a quien sufre un perjuicio por la acción de quien representa a la Administración Pública. Un principio que lleva a la responsabilidad objetiva cuando de los entes públicos se trata, bajo los criterios del funcionamiento normal o anormal, lícito e ilícito, enlazados a su vez, con los criterios de falta de servicio y falta personal, que en tanto acumulables, producen, de igual modo, la responsabilidad del Estado (entendido en sentido lato). En el subjúdice, se da una falta personal impura, por la utilización de medios, instrumentos y circunstancias, que producen un nexo de ocasionalidad causal (artículos 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública). Así las cosas, desde la perspectiva contractual o extracontractual, existe la obligación indemnizatoria del Estado."

Calor está, esa obligación de indemnización cuando el contratista ha prestado el servicio de buena fe, tiene ciertas limitaciones muy claras, y es que implica la deducción de la utilidad, que cuando no es determinable, debe establecerse en un 10%.

Ha dicho la Contraloría General de la República:

"(...) En esos supuestos no se reconoce el lucro previsto y si es desconocido se aplica una rebaja de un 10% del monto total. Debe haberse pagado en su totalidad el precio pagado como si se hubiese dado una contratación apegada al ordenamiento jurídico, la Administración debe iniciar las acciones cobratorias pertinentes para recuperar las sumas pagadas de más al contratista, a saber el porcentaje de lucro, es decir la ganancia que percibió con la ejecución de un contrato abiertamente irregular o en su defecto el porcentaje del diez por ciento señalado. (...)" (Oficio No. 02002 del 05 de febrero de 2008.)

En el mismo sentido el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO en el voto 173 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del diez de agosto del dos mil once, ha dicho:

" (...) VI.-Sobre la existencia de una contratación irregular. Efectos. A raíz de lo indicado en el considerando previo, al existir irregularidades en el levantamiento de obras adicionales sin haber satisfecho el trámite de modificaciones contractuales, debe examinarse si la Administración ha obtenido un beneficio mediante la recepción efectiva de una obra o servicio, merced de la

buena fe del contratista. Lo anterior dado que si se han realizado acciones tendientes a obtener un bien o servicio, de haberse concretado, se produce un beneficio que si bien no genera una responsabilidad propia de la ejecución del contrato, si conlleva un derecho de indemnización a favor de quien de buena fe y por acatar actos expuestos de la Administración, realizó una acción pretendiendo cumplir con esos mandatos. Desde este plano, la sola existencia de irregularidades en el procedimiento, no excluye el marco de responsabilidad pública. (...) Cabe aclarar e insistir , **que en estos supuestos de contratación irregular, lo que se reconoce al contratista no es un pago, sino una indemnización, pues lo opuesto llevaría, sin duda, a concluir que las normas que precisan el régimen de contratación administrativa, pueden ser vulneradas, sin consecuencia alguna, lo que ciertamente, no puede cohonestar el Ordenamiento Jurídico.** Desde este plano, ha de reiterarse, el reconocimiento que proceda en tales casos es solo a título de indemnización, sustentado en la equidad y evitar un enriquecimiento sin causa justificante, pero en modo alguno ha de entenderse como un pago de un contrato válido. Este Tribunal, sobre el tema de la contratación irregular, en la resolución No. 716-2009 de las 11 horas 2 minutos del 20 de abril del 2009, indicó: " (...) este Tribunal puede extraer los requisitos básicos que se deben presentar en un caso particular, a efectos de poder afirmar la existencia de una contratación irregular y el derecho de un administrado de solicitar una indemnización por aplicación de esa figura. Estos requisitos o presupuestos serían los siguientes: **1.** No haberse seguido el procedimiento debido, es decir, puede existir un contrato de manera imperfecta o haberse obviado procedimientos básicos dentro de un contrato existente, o del todo, inexistencia absoluta de una contratación, que es conocido como un contrato de hecho; **2.** La Administración Pública, haya obtenido un provecho al recibir un objeto o un servicio del aparente contratista; **3.** El aparente contratante debió haber brindado el servicio o dado el objeto a la Administración Pública, de buena fe, a efectos de que la Administración receptora del bien o el servicio, reconozca una indemnización basada en un principio de equidad o equivalencia en las cargas recibidas y un principio de no enriquecimiento sin causa; **4. Lo que se reconoce es una indemnización y no el pago de un contrato que es inexistente o imperfecto, por lo que no se acepta reconocer el lucro cesante, y si éste no se puede calcular debe hacerse una disminución del 10% en el total de la indemnización.**" (Lo resaltado no es del original)

En consecuencia, si luego de la denegatoria del refrendo la Administración ejecutó estos contratos que podían ser válidos pero no eficaces, se constituyeron sendas contrataciones irregulares, dado que se llevaron a la práctica aun existiendo un vicio grave y evidente, tal y como lo es el no contar con el respectivo refrendo contralor, ergo, cabría eventualmente la posibilidad de reconocer el monto reclamado pero deduciendo el porcentaje correspondiente a la utilidad, que en el caso de la empresa Berthier Ebi, es de un

13% que la Municipalidad debe proceder a su recuperación en caso de haber sido pagado.

IV- CONSECUENCIAS DISCIPLINARIAS DE LA CONTRATACIÓN IRREGULAR.

Tal y como se citara oportunamente, el artículo 21 de la Ley de contratación Administrativa establece que todo funcionario que haya promovido una contratación irregular incurrirá en responsabilidad administrativa. En ese mismo sentido el artículo 110 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos N° 8131, en lo que interesa dice:

"Hechos generadores de responsabilidad administrativa. Además de los previstos en otras leyes y reglamentaciones propias de la relación de servicio, serán hechos generadores de responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad civil o penal a que puedan dar lugar, los mencionados a continuación:

- a) *La adquisición de bienes, obras y servicios con prescindencia de alguno de los procedimientos de contratación establecidos por el ordenamiento jurídico."*

Por esa razón es que mediante Sentencia N° 0168 -20 11-VI del **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEXTA.-SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ.- Goicoechea, Edificio Anexo A**, a las dieciséis horas quince minutos del veintinueve de julio del dos mil once, se dispuso:

"Sobre la obligación de la Administración de emprender acciones internas de control. Como complemento de lo indicado, cabe señalar que como parte del tratamiento legal de la figura de la contratación irregular, el párrafo segundo del ordinal 21 de la Ley de Contratación Administrativa establece con toda claridad la responsabilidad del funcionario que haya promovido una contratación de esta índole conforme a lo preceptuado por el canon 96 bis de ese marco legal. Tal aspecto debe complementarse con las ordenanzas contenidas en el precepto 199 y 203 de LGAP, así como las normas relativas a la tutela de la hacienda pública establecidas en la Ley de Control Interno No. 8292 (eventualmente la Ley No. 8422) y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Así las cosas, la consecuencia lógica y necesaria por el giro de sumas que derivan de una contratación irregular como la que ha sido objeto de examen, es la inmediata apertura de los procedimientos internos que permitan determinar a los funcionarios responsables de las acciones u omisiones que se emprendieron en mengua de los procedimientos debidos en esta materia, dentro de los plazos prudenciales que correspondan. Esto a fin de establecer la responsabilidad pecuniaria o disciplinaria que sea pertinente."

V- RECOMENDACIONES:

- 1- De haber determinado la Administración la existencia de los presupuestos necesarios para la procedencia de la indemnización por los servicios recibidos en materia de desechos sólidos, se deduzca de lo reconocido el porcentaje de utilidad.
- 2- De haberse pagado suma alguna por concepto de utilidad deberá la Administración proceder a iniciar las acciones para su recuperación.
- 3- Procede la apertura de un procedimiento administrativo disciplinario y civil contra los funcionarios que hayan favorecido esta contratación irregular.
- 4- El Concejo Municipal podría incurrir en alguna irregularidad si consiente el reconocimiento de un pago improcedente.

Se deja pendiente de resolución el documento indicado.

CAPÍTULO 3°.- CORRESPONDENCIA.-

ARTÍCULO ÚNICO: ANOTACIONES, TRASLADOS Y TRÁMITES.-

1. **ALUMNOS DEL LICEO DE CURRIDABAT.**-Carta en la que solicitan la colaboración de la municipalidad, para restaurar una pequeña área de recreación que se encuentra ubicada en el barrio Chapultepec. **Se traslada a la Administración para lo que corresponda.**

Regidora Ana Isabel Madrigal Sandí: Le parece importante poner atención a iniciativas como ésta, pues demuestra que hay jóvenes que se preocupan porque las cosas sean mejores.

2. **ESCUELA LA LÍA.**-Misiva en la que se pide el nombramiento de la junta de educación, según las nóminas adjuntas, para un nuevo período de tres años.

19:52 ACUERDO Nro. 2.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- CONFORMACIÓN DE JUNTA DE EDUCACIÓN ESCUELA LA LÍA.- A las diecinueve horas cincuenta y dos minutos del diez de mayo de dos mil doce.- Vista la solicitud que formula la Dirección de la Escuela La Lía y sometida ésta a votación, por unanimidad se acuerda:

Designar a GÓMEZ BARBOZA ARMANDO M. cédula de identidad Nro. 3-0330-0524; SERRANO LORÍA AMALIA, cédula de identidad Nro. 3-0375-0217; DÍAZ AGÜERO MAUREEN, cédula de identidad Nro. 7-0096-0267; ALARCÓN OCHOA TERESA DE J. cédula de identidad Nro. 1-0129-0073; y MORA MOYA RONY, cédula de identidad Nro. 1-0873-0773; para que conformen la Junta de Educación de dicha escuela, durante el período que culmina el 10 de mayo de 2015.

19:53 ACUERDO Nro. 3.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- DECLARATORIA DE FIRMEZA.- A las diecinueve horas cincuenta y tres minutos del diez

de mayo de dos mil doce.- Por unanimidad, se declara como DEFINITIVAMENTE APROBADO el acuerdo precedente, de conformidad con lo que establece el artículo 45 del Código Municipal.

3. LICEO DE CURRIDABAT.- Oficio LCO 45-2012 en el cual se solicita el nombramiento de la señora Rocío Abarca Segura, cédula 1-0708-0904, como miembro en la junta administrativa, debido a que el señor Oscar Alejandro Arburola Rojas, renunció tácitamente.

19:55 ACUERDO Nro. 4.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- SUSTITUCIÓN DE MIEMBRO EN JUNTA ADMINISTRATIVA DEL LICEO DE CURRIDABAT.- A las diecinueve horas cincuenta y cinco minutos del diez de mayo de dos mil doce.- Conocida la gestión que se formula y sometida ésta a votación, por unanimidad se acuerda, designar a ROCÍO ABARCA SEGURA, cédula de identidad Nro. 1-0708-0904, para que integre la Junta Administrativa de ese centro educativo, por el resto del período que correspondía al dimitente, Oscar Alejandro Arburola Rojas.

19:56 ACUERDO Nro. 5.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- DECLARATORIA DE FIRMEZA.- A las diecinueve horas cincuenta y seis minutos del diez de mayo de dos mil doce.- Por unanimidad, se declara como DEFINITIVAMENTE APROBADO el acuerdo precedente, de conformidad con lo que establece el artículo 45 del Código Municipal.

4. ROSA VILLALOBOS RODRÍGUEZ.- Solicitud para que se le rebaje el monto de sus adeudos con la municipalidad, ya que la pensión no le alcanza para cubrir todos sus gastos. Se traslada a la Administración para lo que corresponda.
5. LICEO DE CURRIDABAT.- Copia de oficio dirigido al señor Alcalde, donde se reclama respuesta a una solicitud hecha hace dos meses, para el diseño de un planché y una gradería para uso de los estudiantes. Se traslada a la Administración para lo que corresponda.
6. JOSÉ ANTONIO MONGE SÁNCHEZ.- Copias de oficios cursados al Ing. Juan Carlos Arroyo Víquez, Director de Desarrollo y Control Urbano, donde le solicita que dentro del plazo de diez días, le dé respuesta a sus inquietudes relacionas con urbanización La Romana, pues no le satisface su contestación anterior. Se traslada a la Administración para lo pertinente.
7. UNED.- Oficio en que se invita al Concejo a participar, mediante el nombramiento de una persona representante en la Mesa de Descentralización, que en los próximos días estará definiendo su plan de trabajo.

20:01 ACUERDO Nro. 6.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- DESIGNACIÓN DE REPRESENTANTE.- A las veinte horas un minuto del diez de mayo de dos mil doce.- Leído el oficio cursado, se acuerda por unanimidad,

designar al Regidor ESTEBAN TORMO FONSECA, para que represente a este Concejo en la actividad mencionada. Comuníquese.

20:02 ACUERDO Nro. 7.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- DECLARATORIA DE FIRMEZA.- A las veinte horas dos minutos del diez de mayo de dos mil doce.- Por unanimidad, se declara como DEFINITIVAMENTE APROBADO el acuerdo precedente, de conformidad con lo que establece el artículo 45 del Código Municipal.

8. **DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES.-** Oficio en el que se solicita un informe relacionado con denuncia interpuesta por Víctor Ramírez Moya, por la eventual instalación de un poste de telefonía celular en el parque de urbanización Pinares. Plazo: Cinco días hábiles. **Se traslada a la Administración.**
9. **VECINOS DE BARRIO MARÍA AUXILIADORA, GRANADILLA.-** Carta en la que se solicita la construcción de un parque infantil en área recreativa de esa urbanización. **Se traslada a la Administración.**

Receso: 20:00 a 20:18 horas.

CAPÍTULO 4°.- ASUNTOS VARIOS.-

ARTÍCULO 1°.- COMENTARIOS.-

1. **Congestionamiento vial.-** El Regidor Jimmy Cruz Jiménez insta a la Administración a hacer algo para mitigar el congestionamiento vial que se está produciendo a diario en la intersección de la carretera Florencio del Castillo y el corredor Curridabat - Tirrases - San Antonio, situación de riesgo para un número cada día mayor de peatones que utiliza un tramo sin aceras.
2. **Queja por escombros.-** El síndico Julio Omar Quirós Porras transmite queja de algunos vecinos de urbanización El Hogar, por los escombros arrojados en la vía pública, sin que la inspección municipal haya hecho algo al respecto. También aprovecha para invitar a los miembros del Concejo, a la Feria de la Salud que a partir de mañana se llevará a cabo en Tirrases. Agradece la colaboración de la Administración en algunos gastos del evento.
3. **Nombramiento de la Junta Administrativa.-** El Regidor Roy Barquero Delgado dice extrañarle que la circular enviada por la Dirección del Colegio Técnico Profesional Uladislao Gámez Solano, pareciera alterada en la fecha, por lo que pide una investigación sobre este particular a través de una comisión.
4. **Curso sobre procedimientos presupuestarios.-** La Secretaría comunica que el curso de capacitación para miembros del Concejo y consejos de distrito, se realizará los sábados 19 de mayo y 2 de junio de 2012, de 8:00 a 14:00 horas, en este edificio.

5. Período de descanso anual.- Comunica el señor Alcalde, Edgar Eduardo Mora Altamirano, que a partir del lunes y hasta fin de mes, se acogerá a su período de descanso anual.

ARTÍCULO 2°.- MODIFICACIÓN PRESUPUESTARIA Nro. 05-2012.-

Con el objeto de resolver en el acto, se permite la presidencia, someter a la consideración del pleno, la sustracción de la modificación presupuestaria 05-2012, inicialmente remitida a comisión de hacienda y presupuesto, para su estudio y recomendación.

20:31 ACUERDO Nro. 8.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- SUSTRACCIÓN DE TRÁMITE.- A las veinte horas treinta y un minutos del diez de mayo de dos mil doce.- Escuchada la propuesta, por decisión unánime se acuerda aprobarla y en consecuencia, sustraer del trámite de comisión de hacienda, la modificación presupuestaria Nro. 05-2012, para su resolución en este acto.-

Seguidamente, anuncia el señor Morales Rodríguez, dos cambios específicos al documento presupuestario, básicamente, en los siguientes dos rubros:

1. Del código 02 02 01 99 99 Programa II Servicios Comunales, Recolección de Basura. Servicios, Otros Servicios no Especificados: Se excluye la cifra de ¢10.363.000,00 (Cancelación a Ebi)
2. La inclusión de ¢17.013.555,19 para el programa selectivo de atención de población en riesgo de Tírrases. Se trata de dar contenido presupuestario para después definir, si el convenio con la Universidad Católica, en estudio de la Comisión de Gobierno y Administración, es aprobado modificado o desechado.

20:33 ACUERDO Nro. 9.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- APROBACIÓN MODIFICACIÓN PRESUPUESTARIA 05-2012.- A las veinte horas treinta y tres minutos del diez de mayo de dos mil doce.- Una vez sometida a votación, la modificación presupuestaria Nro. 05-2012, ésta es aprobada por unanimidad con los siguientes cambios:

1. Se excluye la suma de ¢10.363.000,00 que se consigna en el código 02 02 01 99 99, Programa II, Servicios Comunales, Recolección de Basura, Servicios, Otros Servicios no Especificados.
2. Se incluye la cifra de ¢17.013.555,19 para el programa selectivo de atención de la población en riesgo de Tírrases.

20:34 ACUERDO Nro. 10.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- DECLARATORIA DE FIRMEZA.- A las veinte horas treinta y cuatro minutos del diez de mayo de dos mil doce.- Por unanimidad, se declara como DEFINITIVAMENTE APROBADO el acuerdo precedente, de conformidad con lo que establece el artículo 45 del Código Municipal

CAPÍTULO 5°.- ASUNTOS URGENTES DE LA PRESIDENCIA.-

ARTÍCULO ÚNICO: ADJUDICACIÓN CONTRATACIÓN DIRECTA.-

Explica la Presidencia, la necesidad de resolver cuanto antes en plenario, la adjudicación de la Contratación Directa 2012CD 000301-01 "CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES EN DERECHO ADMINISTRATIVO PARA EL ÓRGANO DIRECTOR PROCESO CASO EMPRESA MATRA", asunto que está en manos de la Comisión de Gobierno y Administración, pero que tenía un plazo de diez días hábiles, dentro de los cuales debe emitirse el acto de adjudicación, según Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

Receso: 20:35 a 20:37 horas.

20:37 ACUERDO Nro. 11.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- SUSTRACIÓN DE TRÁMITE.- A las veinte horas treinta y siete minutos del diez de mayo de dos mil doce.- Por unanimidad, se acuerda sustraer del trámite de la Comisión de Gobierno y Administración, la solicitud hecha por el Departamento de Proveeduría, para la adjudicación de la Contratación Directa 2012CD 000301-01 "CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES EN DERECHO ADMINISTRATIVO PARA EL ÓRGANO DIRECTOR PROCESO CASO EMPRESA MATRA".

Detalle de las ofertas presentadas:

Lic. Alba Iris Ortiz Recio	¢ 500.000,00
Lic. José Ernesto Bertolini Miranda	¢ 3.000.000,00
Lic. Rolando Alberto Segura Ramírez	¢ 450.000,00

20:40 ACUERDO Nro. 12.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- ADJUDICACIÓN DE CONTRATACIÓN DIRECTA 2012CD 000301-01.- A las veinte horas cuarenta minutos del diez de mayo de dos mil doce.- Vista la solicitud que se formula y sometida ésta a votación, por unanimidad se acuerda, adjudicar la Contratación Directa 2012CD 000301-01 "CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES EN DERECHO ADMINISTRATIVO PARA EL ÓRGANO DIRECTOR PROCESO CASO EMPRESA MATRA", a favor del oferente MAGÍSTER ROLANDO ALBERTO SEGURA RAMÍREZ, por la suma de ¢450.000,00 (Cuatrocientos cincuenta mil colones exactos). En consecuencia, prosiga la Administración con los procedimientos correspondientes.

20:41 ACUERDO Nro. 13.- CONCEJO DE CURRIDABAT.- DECLARATORIA DE FIRMEZA.- A las veinte horas cuarenta y un minutos del diez de mayo de dos mil doce.- Por unanimidad, se declara como DEFINITIVAMENTE APROBADO el acuerdo precedente, de conformidad con lo que establece el artículo 45 del Código Municipal

Solano Saborío: Señala que si bien inicialmente tenía dudas por cuanto los tres profesionales poseen excelentes atestados, su fracción se ha inclinado por el Lic. Segura Ramírez porque se pensó en que el órgano director fuera manejado externamente y el caso de la Licda. Alba Iris Ortiz Recio, ya es asesora legal del Concejo, siendo por ende importante su criterio en el momento en que dicho órgano emitida su informe final.

CAPÍTULO 6°.- ASUNTOS DEL ALCALDE.-

ARTÍCULO ÚNICO: PROPUESTA VIAL.-

A continuación, el Alcalde Municipal se permite explicar que, no obstante ser evidente que la Dirección de Ingeniería de Tránsito del MOPT, es la llamada a elaborar soluciones viales, frente a un rol muy pasivo de las municipalidades, hay una gran cantidad de problemas que se generan en las vías de Curridabat, los cuales requieren pronta atención. De ahí que la Administración ha venido trabajando en una idea que se ha elaborado en conjunto con los empresarios del Cantón y que el MOPT está dispuesto a aceptar. La idea es generar un plan maestro de Curridabat, de tal manera que todos los permisos de acceso a calle pública estén sujetos a dicho plan. Lo que se está haciendo, entonces, es suplir a la Dirección de Ingeniería de Tránsito lo que no puede hacer. La primera propuesta tiene que ver con el sector de Lomas de Ayarco Norte y Sur. Posteriormente, se desarrollará lo relativo al corredor Registro Nacional - Curridabat centro. La exposición se hace con audiovisuales.

Al ser las veintiuna horas doce minutos, se levanta la sesión.

GUILLERMO ALBERTO MORALES RODRÍGUEZ
PRESIDENTE

ALLAN P. SEVILLA MORA
SECRETARIO