

## Informe de Investigación

### Título: Jurisprudencia sobre incumplimiento en la contratación administrativa.

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Administrativo.	<b>Descriptor:</b> Contratación Administrativa.
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta.	<b>Palabras clave:</b> Incumplimiento contractual, Rescisión de contrato administrativo, Ejecución de la garantía por incumplimiento, Elementos e incumplimiento contractual.
<b>Fuentes:</b> Normativa y Jurisprudencia.	<b>Fecha de elaboración:</b> 03 – 2011.

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Normativa.....</b>	<b>2</b>
ARTÍCULO 14.- Derecho de ejecución de garantías. ....	2
ARTÍCULO 15.- Obligación de cumplimiento. ....	2
ARTÍCULO 25.- Efectos del incumplimiento.....	2
<b>3 Jurisprudencia.....</b>	<b>3</b>
a)Rescisión de contrato administrativo: Falta de motivación de la no prórroga quebranta el debido proceso.....	3
b)Sobre las multas por incumplimiento contractual y causas de justificación para su no imposición.....	6
c)Ejecución de la garantía por incumplimiento contractual.....	8
d)Obligación de la Administración de fundamentar los actos que emita, a efecto de respetar el debido proceso a los administrados.....	8
e)Contratación administrativa:Concepto, características y obligaciones de la administración contratante.....	12
f)Contratación administrativa: Oligaciones de las partes y distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.....	14
g)Contratación administrativa: Análisis sobre los elementos, responsabilidad civil contractual y extracontractual, efectos del incumplimiento.....	16
h)Contratación administrativa: Elementos e incumplimiento contractual.....	19
i)Contratación administrativa: Criterios normativos para la imputación de responsabilidad.....	24
j)Incumplimiento en la contratación administrativa: Atrasos de las etapas de inspección	

por parte del Banco.....	26
k)Contratación administrativa: Concepto, naturaleza jurídica y distinción con convenio administrativo.....	28
l)Contratación administrativa: Nulidad de la adjudicación por vínculos entre funcionarios y oferente.....	33

## 1 Resumen

El presente informe trata sobre el incumplimiento en materia de contratación administrativa, el mismo se desarrolla por medio de jurisprudencia que toma en cuenta a los artículos 14, 15 y 25 de la Ley de Contratación Administrativa, tratando temas como: el derecho de ejecución de garantías, la obligación de cumplimiento y los efectos del incumplimiento.

## 2 Normativa

[Ley de Contratación Administrativa]<sup>1</sup>

### **ARTÍCULO 14.- Derecho de ejecución de garantías.**

Cuando un oferente o un contratista incurra en incumplimiento, la Administración podrá hacer efectiva la garantía correspondiente. La decisión administrativa de ejecutar esa garantía debe ser motivada y se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición.

### **ARTÍCULO 15.- Obligación de cumplimiento.**

La Administración está obligada a 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.

### **ARTÍCULO 25.- Efectos del incumplimiento.**

La violación del régimen de prohibiciones establecido en este capítulo, originará la nulidad absoluta del acto de adjudicación o del contrato recaídos en favor del inhibido, y podrá acarrear a la parte infractora las sanciones previstas en esta Ley.

*(Así reformado por el artículo 65 de la Ley N° 8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004).*

### 3 Jurisprudencia

#### Sobre el artículo 14

##### **a) Rescisión de contrato administrativo: Falta de motivación de la no prórroga quebranta el debido proceso**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII]<sup>2</sup>

Voto de mayoría

**“ II .- SOBRE EL AGRAVIO DE LA ACTORA QUE SE REFIERE AL RAZONAMIENTO CONTRADICTORIO DE LA SENTENCIA :** Alega la actora que el fallo es contradictorio, ya que por una parte se considera que se da una terminación normal del contrato por vencimiento del plazo y se ordena al demandado a devolver las garantías de cumplimiento y reconocer intereses sobre esas sumas, pero por otro lado, se estimó que la decisión del INS de no continuar más con la relación contractual fue en aras del interés público, de un mejor servicio y de contar con colaboradores más eficientes y concluye que el demandado habiendo considerado el incumplimiento contractual de la aquí actora, evitó seguir un procedimiento administrativo y optó por no prorrogar el contrato. Señala que *"la contradicción radica en que por una parte, la sentencia indica que el INS no prorrogó considerando los incumplimientos de mi representada, y por otro, considera que lo que ocurrió fue una terminación normal del contrato"* (folios 210 y 240 del expediente judicial). Manifiesta que está claro que el INS lo que hizo fue ocultar su verdadera intención de rescindir el contrato aplicando el instituto de la no prórroga, sin incluir las razones de tal decisión y que ello violenta los derechos fundamentales de petición y debido proceso según lo dicho por la Sala Constitucional en el voto N° 2003-8459 de las 15:36 horas del 12 de agosto de 2003. **Lleva razón la parte actora.** En el presente caso, la Sala Constitucional en el citado voto N° 2003-08459, al conocer de la *"no prórroga del contrato"* por medio del recurso de amparo planteado por la actora, dispuso: *"(...) Efectivamente, el contrato suscrito entre el Instituto Nacional de Seguros y los amparados establecía una cláusula que habilitaba a cualquiera de las partes para no prorrogar el contrato. De allí que no existe duda en que el instituto puede o no prorrogar el contrato. Sin embargo, esta (sic) Tribunal considera que en la aplicación concreta de tal cláusula el instituto recurrido no podría actuar de forma discriminatoria, arbitraria o en violación de los derechos fundamentales de los amparados. Y la única forma en que los amparados puede (sic) controlar de alguna forma que la no prórroga no sea arbitraria o discriminatoria es que dicho instituto señale como mínimo las razones por las cuales no prorrogará el contrato. Incluso, si se partiera que el Instituto Nacional de Seguros está actuado en su capacidad de derecho privado al suscribir un contrato mercantil, en razón de su particular situación de poder (al ostentar el monopolio en materia de seguros, por lo que en Costa Rica sólo se puede contratar con el INS) igualmente estaría en obligación de motivar su determinación de no prorrogar el contrato y sacar -con ello- a los amparados del mercado de seguros. Si no existiera el deber de motivar la determinación los amparados (que están en una evidente situación de desventaja y dependencia respecto del instituto) no tendrían la posibilidad de controlar que el ejercicio de la cláusula no obedezca a razones arbitrarias, discriminatorias o violatorias de sus derechos fundamentales. Analizado el caso, la Sala lleva (sic) a la conclusión que el caso concreto se está en presencia de varias violaciones a derechos fundamentales, entre ellos el de petición (artículo 27 de la Constitución Política), y el del debido proceso (artículos 39 y 41 ibidem) y, más concretamente, la motivación o motivo como elemento del mismo. Los derechos fundamentales tienen una eficacia directa e inmediata y vinculan fuertemente a los poderes públicos e incluso a los sujetos privados, puesto que, irradian sus efectos al entero ordenamiento jurídico. En el sub judice, el instituto recurrido no le motivó a los directivos y agentes de seguros miembros de la empresa amparada, las razones por las cuales no quiso prorrogar el contrato que mantenía con dicha empresa, extremo que violenta el debido proceso en uno de sus componentes y que, como tal, debe ser respetado y observado, por las autoridades públicas. Ciertamente, ninguna persona se encuentra obligada a permanecer vinculada por un contrato si median razones para no prorrogarlo. No obstante, dada la situación muy particular del Instituto Nacional de Seguros, al mantener el monopolio de los seguros y,*



consecuentemente, eliminar del mercado a los sujetos privados con los que no negocie o deje de negociar, es criterio de esta Sala que el instituto recurrido, en la hipótesis de no querer mantener una relación contractual con un tercero, debe, indefectiblemente, indicarle los motivos y razones que lo llevan a tomar tal determinación. En suma, el Instituto Nacional de Seguros debe explicarle de forma debida y satisfactoria al gestionante las razones objetivas por las cuales no desea prorrogar un contrato que se ha venido ejecutando por seis años. Lo anterior, tomando en consideración que el monopolio de los seguros supone ante el término de una relación contractual que los particulares no tienen ninguna otra opción o posibilidad de escogencia en el mercado. En esencia, este Tribunal estima que dadas las condiciones de monopolio en que opera el Instituto Nacional de Seguros, la potestad de rescisión unilateral –cuyo ejercicio no puede discutirse- debe ser ejercida de forma motivada y circunstanciada y no antojadiza o caprichosa para de esa forma garantizar su regularidad jurídica. (...)" (el subrayado no es del original) . Por lo anterior, la Dirección de Mercadeo y Ventas del INS dictó el oficio N° DMV-0504-2003 del 26 de agosto de 2003, en el que comunicó a la actora las razones que fundamentan la no prórroga del contrato, mismas que consisten en incumplimientos de pólizas, estructura administrativa, aspectos contables, control interno, falencias que infringen lo establecido en el contrato y en el Reglamento para la Operación de Agencias Comercializadoras de Seguros (folios 128 a 132 del expediente administrativo). Es importante destacar, que la jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), esto se refiere a la obligatoriedad de aplicar y obedecer los pronunciamientos de la Sala Constitucional en el caso concreto y en aquellos en que exista similitud de hechos y argumentos con lo resuelto. En el caso concreto, la Sala Constitucional en su voto 2003-08459 conoció el asunto que aquí se atiende y no solo ordenó al instituto demandado comunicar las razones que fundamentan tal actuación, sino que además exigió que la decisión de no prórroga del contrato se ajustara a derecho, por estimar que "las condiciones de monopolio en que opera el Instituto Nacional de Seguros, [ imponen que ] la potestad de rescisión unilateral –cuyo ejercicio no puede discutirse- debe ser ejercida de forma motivada y circunstanciada y no antojadiza o caprichosa para de esa forma garantizar su regularidad jurídica". De conformidad con lo expuesto y en estricta aplicación del precedente constitucional aludido, no puede entenderse que el oficio N° DMV-0504-2003 dictado por el INS (folios 128 a 132 del expediente administrativo) cumple a cabalidad la orden de la Sala Constitucional, ya que las razones -ahí contenidas- que justifican la decisión del Instituto demandado de no prorrogar la relación contractual, aluden a supuestos incumplimientos contractuales del actor, sin que se acredite la instrucción de un procedimiento administrativo previo garante del derecho de defensa de la parte actora. Además, las anteriores razones, no coinciden con lo externado por el INS en el oficio N° DVM-244-2003, donde le comunica a la actora -por primera vez- la decisión de "no prórroga del contrato", argumentando en esa ocasión "razones de conveniencia" (folio 276 expediente administrativo). El análisis del cuadro fáctico completo y demás probanzas que constan en autos, permiten a este Tribunal concluir que el INS tenía la intención de resolver el contrato por supuestos incumplimientos de la parte actora y que por tal motivo ejecutó la garantía de cumplimiento, según lo reconoció expresamente en la contestación del hecho tercero de la demanda (folio 53 del expediente judicial). Sin embargo, el demandado no inició ningún procedimiento administrativo para constatar los incumplimientos contractuales atribuidos a la parte actora, ni para ejecutar la garantía de cumplimiento, sino que optó por utilizar "la no prórroga del contrato". No pierde de vista este Tribunal, el argumento de la demandada respecto a que los incumplimientos constan en el informe INTCO-0429-2003 y que éste se le comunicó a la actora (folios 58, 59 del expediente judicial), sin embargo aquel documento, no puede considerarse por sí solo como sustitutivo del inicio del procedimiento, de la audiencia y del contradictorio. En este sentido, la actuación del INS infringe abiertamente los artículos 11 y 14 de la Ley de Contratación Administrativa N° 7494 vigente al momento de los hechos, que establecen la potestad de la Administración de rescindir o resolver unilateralmente sus contratos, por motivos de incumplimiento, fuerza mayor, caso fortuito o conveniencia del interés público, así como hacer efectiva la garantía por los cumplimientos contractuales, todo ello con apego al debido proceso. En consecuencia, resulta acertada la cita jurisprudencial que hace el actor en su escrito de conclusiones del voto N° 120-2001, dictado por la Sección Segunda de este Tribunal y confirmado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto N° 02-404 de las quince horas quince minutos del veintidós de mayo del año dos mil dos, éste último que en lo que interesa señaló:

"(...) La empresa no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, para tratar de constatar la veracidad o no de las anomalías denunciadas en su contra, tampoco pudo, en consecuencia, ejercer el contradictorio. Así las cosas, aunque en el contrato celebrado por las partes se estableció el derecho del



*Instituto a dar por terminado el contrato, es evidente que previamente debió cumplir con el debido proceso, dando la oportunidad a la empresa actora de defenderse, así como ofrecer la prueba pertinente. El cumplimiento del debido proceso no implica necesariamente procesos largos o desgastantes, pues de por medio se encuentra el servicio público del Instituto. Pero tampoco es viable aceptar que por tratarse de dicho servicio el Instituto tiene derecho a rescindir contratos sin respetar el derecho de defensa de la contraparte. El cumplimiento del debido proceso debe estar implícito en este tipo de rupturas contractuales. / (...) / Como ya se dijo, en ese contrato se dispuso la posibilidad de la Administración de darlo por finalizado en cualquier momento, pero si bien no fue objetado por la empresa actora, la ejecución de tal cláusula no puede incumplir el debido proceso, ni tampoco el derecho de defensa y el contradictorio. La Administración, previo a aplicar dicha cláusula y dar por terminada la relación contractual, debió dar audiencia a la parte actora sobre las anomalías acusadas. Si bien del expediente administrativo se constata haber puesto en conocimiento de la actora tales anomalías, ello no es una audiencia de las mismas a fin de poder defenderse y ofrecer prueba. La Administración dio por un hecho que la actora era la responsable de las anomalías, violando con ello los principios integrantes del derecho fundamental al debido proceso. Por otra parte, no puede ser de recibo la afirmación de la recurrente de haber dado la oportunidad a la empresa actora de recurrir. El Instituto dio por sentada la autoría de la empresa en las anomalías, y ordenó su corrección en 5 días. Por ello la empresa actora no recurrió de una resolución administrativa fruto del debate en igualdad de oportunidades. Lo recurrido por la actora fue una orden de la Administración, con conclusiones subjetivas y carentes de prueba derivadas del contradictorio.(...)" (El subrayado no es del original).*

En virtud de todo lo anterior procede declarar con lugar el recurso de apelación de la parte actora y revocar la sentencia de primera instancia N° 836-2008 de las once horas diez minutos del dieciocho de julio de dos mil ocho, para en su lugar declarar procedente la demanda, declarando la nulidad de los oficios DMV-0238-2004, DMV-0381-2003 y G-0807-2004. Entiéndase corregido el error material en la pretensión N° 1 del escrito de deducción de la demanda (folio 47 del expediente judicial), que pide la nulidad del oficio DVM-0248-2004, toda vez que el número de oficio correcto es el DMV-0238-2004, según fue aclarado por la parte actora en memorial visible a folio 152 del expediente judicial. Por innecesario, al haberse acogido en su totalidad la demanda, se omite pronunciamiento sobre el resto de los agravios presentados en el recurso de apelación de la parte actora.

**III .- SOBRE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS:** Respecto a la reparación de los daños sufridos por los administrados, es conveniente destacar lo analizado por la Sección VI de este Tribunal, en el voto N° 45 -2010 de las 9:30 horas del 12 de enero del 2010: "(...) *En la dinámica de la indemnización de daños y perjuicios que se pretende exigir a las Administraciones Públicas, no cualquier daño da cabida al deber de reparación, sino solo aquel que sea efectivo, evaluable e individualizable. Así se desprende en efecto del numeral 196 de la Ley General de la Administración Pública. Lo anterior elimina del parámetro indemnizatorio las meras expectativas de derecho o las aspiraciones de lucro eventual, sustentadas en conjeturas, ergo, en situaciones inciertas. La efectividad del daño que se exige en este tipo de pretensiones evita la consideración de lesiones hipotéticas. El daño indemnizable puede ser diversos tipos, bien puede ser material, corporal, moral objetivo o moral subjetivo. Empero, en todo caso, la lesión, se insiste, debe contar con esas características como condicionante de su reparabilidad. (...)*". En el caso concreto, la parte actora solicita daños materiales por la suma de doscientos millones de colones consistentes en las comisiones perdidas por el cierre de la actividad de comercialización de seguros en un período de 24 meses y los perjuicios que calcula en doscientos cuatro millones ciento cincuenta mil doscientos setenta y dos colones con setenta y dos céntimos. Visto lo anterior, queda claro que las sumas solicitadas por la parte actora se derivan de las expectativas de devengar las comisiones por la venta de seguros dentro del período en que se dictó la "no proroga del contrato", con ello se pretende obtener reparación de los efectos que la conducta administrativa pudo ocasionar en el desarrollo de su actividad económica. No obstante, la parte actora no acredita -a excepción de lo relativo a la ejecución de la garantía de cumplimiento-, algún daño real y efectivo, únicamente se limita a plantear meras expectativas, sin justificarlas con análisis técnicos u otras pruebas idóneas, siendo que le corresponde a la parte actora en su condición de víctima demostrar la existencia y cuantía de los daños de conformidad con el artículo 317 del Código Procesal Civil. Por otro lado, en lo que se refiere a la garantía de cumplimiento, el INS reconoce expresamente al contestar el hecho tercero de la demanda que ejecutó parcialmente la garantía y que le depositó el resto a la actora en el Banco de Costa Rica, sin embargo no aporta prueba del depósito bancario. Tampoco se acreditó en autos que para ejecutar la garantía de cumplimiento se instruyera el procedimiento administrativo correspondiente, de ahí que se estime procedente condenar a la demandada a



devolver las sumas ejecutadas por concepto de garantía de cumplimiento con reconocimiento de los intereses legales desde la fecha de la ejecución, sea el 8 de julio del 2005 (según consta en la contestación de la demanda visible a folio 53 del expediente judicial que refiere la fecha de ejecución con el oficio N° PROV-3573-2005) y hasta su efectivo pago, de conformidad con el artículo 497 del Código de Comercio, todo lo cual será calculado en la etapa de ejecución de sentencia.

**IV .- SOBRE EL DAÑO MORAL :** En lo que se refiere al daño moral, el citado voto N° 45 -2010 de las 9:30 horas del 12 de enero del 2010, de la Sección VI de este Tribunal, aclaró que: "(...) *En materia de daño moral, debe establecerse la diferencia entre el moral subjetivo puro, del moral objetivado. Para los efectos, puede verse la sentencia a sentencia (sic) No. 316-f-2006 de las 16 horas 20 minutos del 21 de junio del 2006 , de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia . En dicho fallo se deslinda con precisión los aspectos diferenciadores en ambos tipos de daños. En ese sentido se indicó: "(...) El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., v.gr. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.). El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valubles (v.gr. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio. (...)" A diferencia del daño moral subjetivo, cuya acreditación es "in re ipsa", en el objetivado, es menester su acreditación por parte de quien alega haberlo padecido, con detalle de las causas que en su hipótesis, lo han generado, así como sus alcances económicos. En la especie, se alega la afectación a la imagen y reputación de la empresa por la publicación del acto sancionatorio en el Diario Oficial. Tal circunstancia consta en autos y se encuentra debidamente acreditada. Sin embargo, la cuantificación que se hace de esa lesión no se sustenta en argumentación probatoria alguna. Por el contrario, parte de meras conjeturas y posiciones subjetivas que contrastan con el deber de acreditación del daño. Se extraña la indicación del detalle de como ese acto ha producido la lesión que se endilga, con la impostergable justificación de las partidas y los elementos demostrativos que permitan darle credibilidad y verosimilitud. Esa falta de probanzas y detalle justificante impide a este Tribunal establecer la existencia real de un daño de esta índole así como su magnitud financiera. (...)" . En el caso bajo análisis, la parte actora pretende el reconocimiento de cien millones de colones por concepto de daño moral, por la afectación de su buen nombre y confianza pública producto de la "no prorroga del contrato" y de la publicación realizada por la demandada en el periódico La Nación el 4 de abril de 2004 dando aviso al público sobre el cese de funcionamiento de la actora como agencia comercializadora de seguros. De lo anterior, se tiene que la pretensión de la parte actora consiste en obtener la indemnización por el supuesto daño moral objetivo que fue objeto. Sin embargo, la parte actora pese a demostrar la existencia de la publicación en el periódico La Nación (folio 82 del expediente administrativo), no detalla la relación entre ese acto y la supuesta lesión, ni aporta pruebas que justifiquen la suma peticionada, de ahí que corresponda denegar tal extremo."*

#### **b) Sobre las multas por incumplimiento contractual y causas de justificación para su no imposición**

##### **Análisis sobre las multas y causas de justificación para su no imposición**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VIII]<sup>3</sup>

Voto de mayoría

**"III)- SOBRE LAS MULTAS AL CONTRATISTA EN MATERIA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y CAUSAS DE JUSTIFICACION PARA SU NO IMPOSICION:** En materia de imposición de multas a los contratistas por incumplimiento contractual, es dable indicar que la



misma se incluye dentro de los contratos administrativos como una sanción administrativa ante inobservancia de los términos pactados, y al respecto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 750-F-2006 de las 10:45 del 5 de octubre del 2006, ha dicho que la Administración se encuentra facultada para incluirlas dentro del cartel de contratación, como una sanción pecuniaria que tiene por objeto conminar al contratante a que efectúe la prestación dentro del plazo y condiciones pactadas, la cual debe de estar estipulada en el cartel de licitación, con la especificación de la conducta sancionada con tal medida. Al respecto, **el Reglamento General de Contratación Administrativa, número 25038 del seis de marzo de 1996**, vigente al momento de los hechos, dispuso en sus artículos 36.3 y 67.6.1, que 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. ", indicándose que una vez realizada la recepción provisional no correrán multas por atraso en la entrega. **Por su parte el nuevo Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, número 33411 del 27 de setiembre del 2006** , reguló este instituto, en el ordinal 47, 48 y 49, los cuales dispusieron que la " Administración, podrá establecer en el cartel, el pago de multas por defectos en la ejecución del contrato, considerando para ello, aspectos tales como, monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas, siempre que se considere el medio idóneo para el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones contractuales. Todo lo anterior con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo para el cobro de multas, se considerará sobre el mayor valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones. Los incumplimientos que originan el cobro de la multa, deberán estar detallados en el cartel. Una vez en firme el cartel, se entenderá que el monto de la multa es definitivo por lo que no se admitirán reclamos posteriores. Artículo 48.— **Cobro.** Para el cobro de las multas, no será necesario demostrar la existencia del daño o perjuicio. En caso de incumplimiento total de las obligaciones por parte del contratista, no procede el cobro de multas, posteriores a ese momento, sino la ejecución de la garantía de cumplimiento y la adopción de cualquier otra medida que resulte necesaria. El cobro de las multas, podrá hacerse con cargo a las retenciones del precio, que se hubieran practicado y los saldos pendientes de pago. En caso de que ninguna de esas dos alternativas resulte viable, se podrá ejecutar la garantía de cumplimiento hasta por el monto respectivo. El cobro por concepto de multas no podrá superar el veinticinco por ciento del precio total. Artículo 49.— **Prescripción:** La posibilidad de cobrar las multas prescribirá, en el plazo de cinco años a partir del hecho generador. En el contrato de obra, la recepción provisional excluye la posibilidad de cobrar multas, salvo que la obra haya sido recibida bajo protesta o que se haya recibido provisionalmente faltando solamente pequeños detalles de acabado o la corrección de defectos menores consignados en el acta. La omisión de cobro, ocasionará responsabilidad civil y administrativa del funcionario omiso, cuando éste fuere procedente. ". Sobre este particular se debe indicar, que **la Ley de Contratación Administrativa, número 7494 del dos de mayo de 1995**, en su artículo 11 y 14, ratifica la potestad de la Administración contratante de poder resolver unilateralmente el contrato administrativo por motivo de incumplimiento o causas imputables a la contratista, pero con apego al debido proceso, con decisión motivada y previa audiencia al interesado. **Asimismo, existen causas de justificación exonerativas** de la responsabilidad civil contractual, mediante las cuales los contratistas no obstante incurrir en causales de incumplimiento, su conducta no sería reprochable, ni generaría responsabilidad civil, ni imposición de sanciones pecuniarias como las multas. Al respecto, es dable indicar que si bien el adjudicatario tiene la obligación de observar las condiciones del concurso, con lo ofrecido en su oferta y con lo pactado en el contrato administrativo, la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la propia responsabilidad de la Administración, le facultan para justificar el no cumplimiento de lo pactado o para solicitar la prórroga de la ejecución del mismo, al tenor del ordinal 702 del Código Civil y el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 460-F-03 de las 10:45 horas del 30 de julio del 2003, mismas que debe justificar, acreditar y demostrar, estableciendo además el nexo causal entre el evento justificante y la fase de ejecución del contrato. Ello es así, porque si bien es cierto los contratistas tienen el deber de ejecutar plenamente lo pactado, tal obligación cede ante situaciones de fuerza mayor y caso fortuito, ordinal 11 y 17 de la Ley de Contratación Administrativa y 22 del Reglamento General de Contratación administrativa número 25038, el cual estipula que " 22.1 El contratista esta obligado a cumplir, plenamente, con las condiciones del concurso, lo ofrecido tanto en su oferta como en cualquier manifestación formal documentada que haya aportado adicionalmente durante el procedimiento del concurso o aceptado en la formalización o ejecución del contrato.

22.2 Solamente se autorizarán prórrogas para la ejecución del contrato por razones de fuerza mayor debidamente acreditada por el contratista, o por demoras ocasionadas por la propia Administración. En uno y otro caso, el contratista, solicitará dicha prórroga a más tardar dentro de los ocho días siguientes al conocimiento del hecho que demorará la ejecución. No se concederán prórrogas vencidos los términos de ejecución previstos, sin perjuicio del derecho de justificar el incumplimiento por los medios legales establecidos".

***c)Ejecución de la garantía por incumplimiento contractual***

***Competencia de la Sala Constitucional: Remisión a la vía jurisdiccional ordinaria que corresponda***

[Sala Constitucional]<sup>4</sup>

Voto de mayoría

“ **.-Sobre el derecho.** Según se desprende de la relación de hechos, la discusión de fondo en este asunto versa sobre la procedencia o no de la ejecución de la garantía de cumplimiento que pactaron la empresa amparada y la Municipalidad de Talamanca en la contratación directa RMR 03-2006. Así, en el fondo se pretende que este Tribunal determine si se debe o no cobrar esos dineros por el incumplimiento contractual que alega la Municipalidad recurrida. Bajo esa tesitura, el reclamo planteado debe desestimarse, toda vez que no es a este Tribunal a quien le corresponde determinar tales extremos, ya que ello evidentemente se constituiría en el ejercicio de una función que constitucional ni legalmente le ha sido conferida, amén de que se podría constituir en una usurpación de funciones propias de la Administración activa, lo cual resulta absolutamente improcedente. Por ello, si la inconformidad radica en que se le ejecutando una garantía cuando a consideración de la amparada no existe un incumplimiento contractual, pero ello es un asunto que deberá plantearse por la vía del reclamo administrativo ante la propia Dirección recurrida, o en su defecto en la vía jurisdiccional ordinaria que corresponda, ya que es a dichas instancias a quienes les compete determinar y resolver en fondo lo pretendido por el petente. Aunado a ello, la Administración local bajo juramento dice que la amparada varió el lugar para notificación, lo que hizo imposible comunicar lo actuado, ello aunado a que interpuso los recursos que el ordenamiento le otorga, deja acreditado que no existe una lesión al derecho de defensa. Por lo expuesto, el recurso se desestima.”

***d)Obligación de la Administración de fundamentar los actos que emita, a efecto de respetar el debido proceso a los administrados***

***Dirección Ejecutiva del Consejo Nacional de Vialidad ordenó que se ejecutaran las garantías de participación de su representada, sin que se haya garantizado su derecho de defensa y el debido proceso***

[Sala Constitucional]<sup>5</sup>

Voto de mayoría

“**I.- OBJETO DEL RECURSO.** El punto medular del proceso de amparo es determinar si se han infringido las garantías del debido proceso y el derecho de defensa en perjuicio de la empresa amparada, Puente Prefa Limitada. La recurrente cuestiona que la Dirección Ejecutiva del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) ordenó que se ejecutaran las garantías de participación de su representada, sin que se haya garantizado su derecho de defensa y el debido proceso. Asimismo, reprocha que no existe una resolución fundada que motive la actuación de la Administración.





**II .- HECHOS PROBADOS.** De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: **1)** La empresa amparada, Puente Prefa Ltda., presentó ante el Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) ofertas de participación en los procesos de licitaciones públicas y por registro números 47-2005, 53-2005, 54-2005, 60-2005 y 61-2005 las cuales tenían un plazo de vigencia hasta el **15 de setiembre del 2006** (hecho no controvertido). **2)** Conjuntamente con las ofertas se presentaron las correspondientes cartas de la garantía de participación GRB0610005992, GRB 0610006013, GRB 0610006000, GRB 0610006020, GRB 0610005981, emitidas por el Banco Cuscatlán y vigentes hasta el 18 de octubre del 2006, excepto la garantía GRB 0610006020 cuyo vencimiento era el 19 de octubre del 2006 (hecho no controvertido). **3)** Por oficio número SP-06-3493 del **10 de octubre del 2006**, la Dirección Administrativa Financiera del CONAVI solicitó a la empresa amparada la ampliación del plazo de las garantías de participación de las diferentes licitaciones ofertadas (GRB 0610005992, GRB 0610006013, GRB 0610006000, GRB 0610006020, GRB 0610005981) bajo la prevención que de no cumplir se incurriría en incumplimiento y la Administración estaría facultada para declarar la oferta como inelegible (copia a folio 20). **4)** En la resolución R-DE-167-06 de las 9:00 hrs. del **12 de octubre de 2006**, la Dirección Ejecutiva del CONAVI ordenó iniciar un procedimiento para ejecutar la garantía de participación del Banco Cuscatlán de Costa Rica N° GRB 0610006020 por haber incumplido la prevención efectuada en el marco del proceso licitatorio N° 61-2005 (copias a folios 64-68). **5)** Por medio del oficio SP 06-3547 del **18 de octubre de 2006**, el Encargado de Garantías del Consejo Nacional de Vialidad solicitó al Banco Cuscatlán que se procediera con la ejecución de las garantías N° GRB 0610005992, GRB 0610006013 y GRB 0610006000 (copia a folio 23). **6)** Por medio de la resolución N° **0009-2006** de las 10:00 hrs. del **18 de octubre de 2006** se ordenó la ejecución total de la garantía de participación consistente en la carta de garantía N° GRB061000600 por veinte millones de colones (folios 24-25). **7)** En la resolución N° **0010-2006** de las 10:30 hrs. del **18 de octubre de 2006**, el Consejo Nacional de Vialidad ordenó la ejecución total de la garantía de participación consistente en la carta de garantía N° GRB 0610006013 (folios 27-28). **8)** Mediante resolución N° **0011-2006** de las 11:00 hrs. del **18 de octubre de 2006**, el Consejo Nacional de Vialidad ordenó la ejecución total de la garantía de participación consistente en la carta de garantía N° GRB0610005992 (ver folios 30-31) **9)** En resolución N° **0012-2006** de las 11:00 hrs. del **19 de octubre de 2006**, el Departamento de Proveeduría del Consejo Nacional de Vialidad ordenó la ejecución total de la garantía de participación en la carta N° GRB 0610005981 en respaldo de la licitación por registro N° 0060-2005 (copias a folios 21-22). **10)** El Departamento de Proveeduría del CONAVI por resolución **0013-2006** de las 10:30 del **19 de octubre de 2006**, ordenó la ejecución total de la garantía de participación que consta en la carta N° GRB0610006020 debido al incumplimiento de prorrogar la vigencia de la misma (ver folios 33-34). **11)** El **27 de octubre de 2006** la recurrente presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante contra la resolución N° R-DE-167-06 de las 9:00 hrs. del 12 de octubre de 2006 (ver copias con sello de recibido a folios 77-93). **12)** En la resolución R-DE-173-06 de las 14:00 hrs. del **31 de octubre de 2006**, la Dirección Ejecutiva del Consejo Nacional de Vialidad resolvió iniciar el proceso de ejecución de garantía de participación del Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A. N° GRB 0610006013 (ver folios 40-46). **13)** Por medio de la resolución R-DE-176-06 de las 15:30 hrs. del **1° de noviembre de 2006**, el Director Ejecutivo a.i. del Consejo Nacional de Vialidad resolvió iniciar el proceso de ejecución de garantía de participación del Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A. N° **GRB061000600** por supuesto incumplimiento de prevenciones realizadas en el curso de la licitación y otorgó tres días hábiles para que presentara alegatos y ofreciera prueba (ver folios 36-39).

**III .- SOBRE LA COACCIÓN ILEGÍTIMA DE LA ADMINISTRACIÓN.** Sobre el particular, en la sentencia N° 2004-05697 de las 15:40 hrs. del 26 de mayo de 2004, se indicó, con redacción del ponente, lo siguiente: *"La expresión más acabada de la coacción administrativa ilegítima es la vía de hecho. Dicha institución, desde una perspectiva sustantiva, puede ser definida como una actuación material ilícita de una Administración Pública que afecta o daña, directa o reflejamente, los derechos fundamentales del administrado. En este sentido el artículo 357 de la Ley General de Administración Pública, al referirse a las vías de hecho, las define como "(...) las simples actuaciones materiales de la Administración, no fundadas en un acto administrativo eficaz (...)". Dentro de las hipótesis de la coacción administrativa ilegítima o de las simples actuaciones materiales se encuentran los siguientes: a) cuando no existe un acto ejecutorio de base válido y eficaz, dictado en el ejercicio de la autotutela declarativa de la Administración, que le da cobertura a las actuaciones materiales o técnicas; b) cuando se produce un exceso en la ejecución del acto administrativo y se va más allá de la habilitación que brinda éste; c) cuando no existe un servicio público autorizado por el ordenamiento jurídico que justifique el despliegue de las actuaciones materiales; d) cuando no existe una situación de hecho*

que justifique el ejercicio de la coacción directa para la autodefensa administrativa, prevenir los delitos o mantener el orden público; e) cuando no median circunstancias anormales o excepcionales que justifiquen la sustitución o desaplicación provisional del ordenamiento jurídico vigente por uno adecuado a aquellas (estado de necesidad o de urgencia administrativos). Por consiguiente, habrá vía de hecho cuando la Administración Pública ejerce coacción sin un acto administrativo o un servicio público que le otorgue cobertura o fundamento, o bien, si no median las circunstancias propias que motivan el ejercicio de la coacción directa o anómala. **Cuando se trata de las Administraciones Públicas, el principio general es que sólo resultan legítimas las actuaciones opuestas a los derechos o intereses del administrado cuando son ejecución fiel y directa de un acto administrativo previo, el cual tiene que estar fundado en una potestad abstracta, concedida a la Administración por una norma expresa, sea una ley formal o un reglamento ejecutivo en virtud de los principios de legalidad y de reserva de ley.** Adicionalmente, entre el acto de ejercicio de la potestad y su ejecución debe mediar, para legitimar a la última, otra potestad que autorice la ejecución.” (Lo resaltado no corresponde al original).

**IV.- SOBRE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.** La declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la Administración Pública al dictado o emanación del acto administrativo es una exigencia del debido proceso y del derecho de defensa. Al consistir en una enunciación de los hechos y del fundamento jurídico que la Administración Pública tuvo en cuenta para emitir su decisión o voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad de ésta. Precisamente, por lo anterior es que la debida motivación del acto forma parte del debido proceso, puesto que “*la notificación adecuada de la decisión que dicta la Administración y de los motivos en que ella se funde*”, forma parte de esas garantías fundamentales. El principio general es la obligación de motivar todos los actos administrativos, dado que, dimana de la observación y aplicación de principio de legalidad por parte de los entes y órganos públicos. Desde la perspectiva del administrado, la motivación supone una mayor protección de sus derechos, puesto que, del cumplimiento efectivo de la obligación de motivar por parte de la respectiva administración, depende que conozca los antecedentes y razones que justificaron el acto administrativo para efectos de su impugnación.

**V.- EL RESPETO A LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO COMO CONDICIÓN PREVIA PARA LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE PARTICIPACIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS.** De la relación de hechos probados y de los informes rendidos por las autoridades recurridas, se desprende que la intención original de la Administración recurrida era iniciar el procedimiento administrativo correspondiente, garante del derecho de defensa de la empresa amparada, para ejecutar la garantía de participación en los procesos licitatorios en los que ésta participó. El aval de la Administración para ejecutar esa garantía se encuentra previsto en el artículo 14 de la Ley de la Contratación Administrativa, Ley No. 7494 de 2 de mayo de 1995, que dispone lo siguiente:

**“ Artículo 14.- Derecho de ejecución de garantías**

*Cuando un oferente o un contratista incurra en incumplimiento, la Administración podrá hacer efectiva la garantía correspondiente. **La decisión administrativa de ejecutar esa garantía debe ser motivada y se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición.**”* (Lo resaltado no corresponde al original).

Disposición que se desarrollaba en el artículo 16 del Reglamento General de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo N° 25038-H de 6 de marzo de 1996 (reglamento que se encuentra actualmente derogado por el artículo 226 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 33411-H del 27 de setiembre del 2006, publicado en La Gaceta N° 210 del 2 de Noviembre del 2006 y cuya vigencia data del 4 de enero de 2007), al disponer lo siguiente:

**“16.- Derecho de ejecución de garantías**

**16.1 Ejecución de la garantía de participación**

**16.1.1 El incumplimiento en que incurra el oferente dará lugar a la Administración para disponer en sede administrativa la ejecución de la garantía de participación, mediante resolución debidamente razonada y fundamentada, previa audiencia, por al menos tres días hábiles, para que exponga sus alegatos y pruebas de descargo.**(...)” (Lo resaltado no corresponde al original).

Conforme se desprende de las disposiciones citadas, la Administración antes de proceder a ejecutar las garantías de participación debe dictar una resolución debidamente razonada y fundamentada, previa audiencia a la parte para que ejerza su derecho de defensa. De lo contrario, se incurre en una evidente infracción a las garantías del debido proceso y la defensa que goza el administrado, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 11, 39 y 41 de la Constitución Política.

**VI.- CASO CONCRETO.** En el caso concreto ha quedado demostrado que la Administración comunicó a la empresa amparada el oficio SP. 06-3493 del 10 de octubre de 2006. Por medio de dicho oficio, el Encargado de Garantías le solicitó a los representantes de la empresa amparada, Puente Prefa Limitada, que ampliaran el plazo de las cartas de garantías N° GRB0610005992, GRB 0610006013, GRB 0610006000, GRB 0610006020, GRB 0610005981, emitidas por el Banco Cuscatlán y vigentes hasta el 18 de octubre del 2006, excepto la garantía GRB 0610006020 cuyo vencimiento era el 19 de octubre del 2006. Mediante esa comunicación se advirtió a la empresa que *“de no cumplir con la prevención en cuestión, su representada incurriría en incumplimiento y la Administración estaría facultada para declarar la oferta como inelegible de conformidad con lo estipulado en el Reglamento General de la Ley de Contratación Administrativa”* (ver copia del oficio a folio 20). Ahora bien, del análisis de la prueba aportada, considera este Tribunal que dicha comunicación resulta sustancialmente disconforme con el Ordenamiento Jurídico, pues en el fondo, el objetivo de la Administración no era declarar a la empresa como inelegible en los respectivos procedimientos de licitación. Por el contrario, para ese momento, la finalidad de la Administración era iniciar el procedimiento administrativo para sancionar a la empresa amparada con la ejecución de las garantías de participación, por un supuesto incumplimiento con la presentación de la certificación de estar al día con la Caja Costarricense de Seguro Social por el pago de cuotas obrero-patronales. Ante la falta de prórroga de las garantías indicadas, la Administración se apresuró a dictar las resoluciones N° 0009-2006 de las 10:00 hrs., N° 0010-2006 de las 10:30 hrs. N° 0011-2006 de las 11:00 hrs., todas del 18 de octubre de 2006 y las resoluciones N° 0012-2006 de las 11:00 hrs., y N° 0013-2006 de las 10:30 del 19 de octubre de 2006, mediante las cuales, se ordenó la ejecución total de las garantías de participación respectivas. De la lectura de dichas resoluciones se desprende que la Administración en el resultando segundo dispuso lo siguiente: *“Que mediante oficio N° SP. 06-3493 de fecha 10 de octubre del 2006, debidamente notificado a Puente Prefa LTDA., el 10 de octubre del 2006, esta Unidad de Proveeduría solicitó al oferente prorrogar la vigencia de la garantía de participación conforme a las condiciones cartelarias. Se indicaba en dicho oficio que la prórroga debía presentarse caso contrario se procedería con la ejecución de la misma de acuerdo a los alcances de los numerales 33 de la Ley de Contratación Administrativa y los artículo 16 y 37 del Reglamento General de la Contratación Administrativa”*

Criterio que no resulta apegado a la realidad de los hechos, pues como se dijo, la advertencia que se le realizó a la empresa amparada lo fue en el sentido que *“de no cumplir con la prevención en cuestión, su representada incurriría en incumplimiento y la Administración estaría facultada para declara (sic) la oferta como inelegible”*. De otra parte, se aplicó en dicha resolución el artículo 16 del Reglamento General de la Contratación Administrativa al disponer lo siguiente: *“Que el artículo 16 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, establece que prevenido el oferente de la necesidad de prorrogar la vigencia de la garantía de cumplimiento por vencer, y éste no atendiera la prevención, la Administración estará facultada para proceder a la ejecución un día hábil antes de su vencimiento, si no está acreditado en el expediente administrativo dicha ampliación”*

Sin embargo, de la lectura de la disposición aplicada por la Administración se colige que, en realidad, esa posibilidad está prevista en el artículo 16.5 del Reglamento General de la Contratación Administrativa para la ejecución de la garantía de cumplimiento y no la garantía de participación. Esa disposición ordenaba, textualmente, lo siguiente: *“( ...) 16.5 Prevenido el contratista, con al menos diez días hábiles de anticipación, de la necesidad de prorrogar la vigencia de la garantía de cumplimiento por vencer, y este no atendiera la prevención, la Administración estará facultada para proceder a la ejecución un día hábil antes de su vencimiento, si no está acreditado en el expediente el debido cumplimiento de la prestación objeto del contrato.”*

Con sustento en lo anterior, este Tribunal considera que la Administración procedió de forma unilateral y mediante una clara vía de hecho sin conceder audiencia y emitir una resolución motivada, a ejecutar las garantías de participación de la empresa amparada utilizando una fundamentación que resulta a todas luces ilegítima y violatoria de los derechos de defensa de aquella. Ahora bien, fue en esas mismas fechas que a

través de los oficios SP 06-3547 del 18 de octubre y el SP 06-3550 del 19 de octubre de 2006, el Encargado de Garantías del Departamento de Proveduría del Consejo Nacional de Vialidad –sin fundamentación alguna– ordenó a los personeros del Banco Cuscatlán que ejecutara las garantías de participación rendidas por la empresa amparada. De conformidad con lo anterior, se tiene por acreditado que sin observar las garantías del debido proceso, es decir, sin conceder la audiencia previa, la Administración procedió de manera unilateral e inmotivada a ejecutar las garantías de participación en perjuicio de la empresa, motivo por el cual, se debe anular lo actuado por contrariar el Derecho de la Constitución. En esa tesitura este Tribunal no comparte la afirmación de la autoridad recurrida respecto a que sí se respetó el debido proceso pues se dio inicio al respectivo procedimiento administrativo, sino que a juicio de esta Sala, la Administración procedió de forma apresurada e inmotivada para asegurar los resultados del procedimiento que posteriormente procedería a incoar. Corolario de lo expuesto, los medios empleados por la Administración para garantizar la eficacia del eventual acto final del procedimiento de ejecución de garantía constituyen una clara vía de hecho.

**VI.- CONCLUSIÓN.** Como corolario de las consideraciones esbozadas, se impone anular lo actuado por la Administración y restituir a la empresa amparada en el pleno goce de sus derechos constitucionales.”

### **Sobre el artículo 15**

#### **e) Contratación administrativa: Concepto, características y obligaciones de la administración contratante**

##### **Alcances y naturaleza jurídica del cartel de licitación**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección IX]<sup>6</sup>

Voto de mayoría

“V.- La Administración Pública en el ejercicio de sus competencias legalmente asignadas, emplea diversos medios para el cumplimiento de los fines públicos que el ordenamiento jurídico le ha asignado, medios que no se agotan con las meras actuaciones materiales o los actos administrativos formales en su acepción más tradicional, sino que por el contrario, ante la amplitud de necesidades tanto propias como del mismo ciudadano, que debe satisfacer de manera eficiente y oportuna, se recurre a la técnica de la contratación administrativa, modalidad contractual propia del derecho público en la cual se pacta el cumplimiento de un objeto con un contratista, tercero generalmente ajeno al aparato estatal en sentido laxo, quien funge como un sujeto colaborador para el logro del interés público que la administración está llamada -por imperio de ley- a satisfacer. Dicha relación contractual, aunque en ocasiones matizada por algunos aspectos propios del derecho privado -como por ejemplo los principios *rebus sic stantibus* y el *pacta sunt servanda* entre otros-, no obstante, a diferencia de una negociación de carácter estrictamente de derecho civil o mercantil, se caracteriza por la existencia de una serie de elementos que trascienden el mero acuerdo de voluntades plasmado y rubricado en un documento, elementos que a su vez vienen a condicionar su nacimiento a la vida jurídica, su desarrollo o ejecución y también su extinción. En este sentido, se ha señalado lo siguiente: "(...) tenemos presente en la contratación administrativa el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, como elemento vital de la figura del contrato en su amplia configuración jurídica y práctica. La carga obligacional de éste, y su escudo de protección, queda filtrado por el conjunto normativo, con incorporación del cartel o pliego de condiciones, que es la reglamentación entre las partes contratantes. A lo dicho debemos insistir en una verdad de perogrullo: hay libertad del oferente para participar en alguna modalidad de contratación administrativa y aspirar, sin dolo ni mala fe, a la singularización del acto adjudicatorio a su favor dentro del contexto normativo. Pero también existe otra verdad no menos patente: el contrato administrativo está condicionado en su origen, evolución y finalización a las exigencias o necesidades generales o públicas, lo cual es un elemento extrínsecos a la libre determinación de las partes, como lo es el propio Ordenamiento jurídico y las condiciones cartelarias subordinadas a ambos (...)" (Manrique Jiménez Meza. Derecho Público. Editorial Jurídica Continental. 2001.) El marco jurídico general para las relaciones contractuales de la



administración, se encuentra contemplado en la ley No. 7494 "Ley de Contratación Administrativa", cuyo artículo 15 expresamente señala, en lo que resulta de interés al referirse a las obligaciones de la administración contratante: *"La Administración está obligada a 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 mismo, de manera correlativa a dicho deber, el artículo 20 de la misma ley establece a su vez la siguiente obligación de cumplimiento para los contratistas: *"Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato"*. Ambas obligaciones, recíprocas por demás, surgen a partir del principio de buena fe imperante en toda relación contractual, mediante el cual ambas partes tienen como punto referencial para su desarrollo, el deber de cumplimiento de sus obligaciones contractuales así como el de la mutua colaboración. Dentro del marco de esa relación comercial de carácter administrativo, los términos y condiciones particulares a los cuales deben someterse las partes interesadas en relacionarse contractualmente con la administración, se encuentran plasmadas en el cartel respectivo, el cual contempla las bases y particularidades del concurso según las necesidades propias de la respectiva Administración Pública, constituyéndose en el reglamento especial para el caso concreto, según definición plasmada implícitamente en el artículo 2.2.6 y 49 del anterior Reglamento General de Contratación Administrativa Decreto Ejecutivo No. 25038-H, aplicable al caso que nos ocupa; y posteriormente contemplada de manera expresa en el numeral 51 del Decreto Ejecutivo No. 33411 Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante RCA) actualmente vigente, el cual a la letra reza: "(...) El cartel, constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento. Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar. Para su confección, la Administración podrá contratar o solicitar la asistencia de personas físicas o jurídicas, especializadas en la materia de que se trate, siempre que no tengan ningún interés particular directo ni indirecto en el negocio, cuando no tuviere en su organización los recursos técnicos necesarios para ello.(...)" Por definición y en atención a su naturaleza jurídica, se ha indicado que el cartel se equipara al reglamento para el caso concreto, al definir las condiciones en que se concretará el concurso y por ello resulta vinculante para el oferente los términos que en él se haya establecido, siendo no sólo parte integral de la normativa aplicable a la contratación particular de la cual se trate, sino que además cumple un papel de fuente interpretativa ante los diversos supuestos fácticos que se enfrentan a lo largo del desarrollo de la relación contractual. Así lo ha señalado la doctrina, al manifestar: *"El pliego de bases es el documento público más importante al momento de establecerse los derechos y deberes de las partes negociantes. En las fases del pre-contrato como en la vida del convenio, el pliego de condiciones desempeña un papel capital. Se puede hablar de un reenvío que se hace, en materia de contratos administrativos, respecto del pliego de bases; ya que el cartel juega como norma interpretativa de tales convenios."* Romero Pérez, Jorge Enrique. *El Cartel de Licitación*. Revista de Ciencias Jurídicas N. 55. Enero- abril. 1986. Es con base en el cartel que el oferente elabora su oferta, brindándosele así un parámetro de seguridad jurídica y garantizando a su vez la administración promovente, el cumplimiento del principio de confianza legítima para el potencial participante, quien sabe de antemano las condiciones que regirán en el concurso de su interés. Así, éstas le serán aplicadas a partir de que manifieste su libre voluntad atinente a integrar la relación contractual mediante la manifestación inequívoca del deseo comercial, con pleno sometimiento a las condiciones cartelarias, disposiciones legales y reglamentarias vigentes, plasmada en su plica, cuando la misma se presenta ante la contratante, la cual a su vez vincula al oferente, pues en caso de resultar adjudicatario, deberá someterse no sólo a las condiciones cartelarias al efecto establecidas, sino también a los términos por él ofertados en dicho documento (artículos 61 y 66 del RGCA). Por lo anterior, ninguno de dichos componentes puede verse de manera aislada, sin tomar en consideración la integralidad de la oferta y el cartel al cual se sujeta, aspecto que en todo caso previó expresamente la administración contratante en la cláusula G punto 5 del cartel respectivo, visible a folio 409 del expediente administrativo. Con base en el cartel y los contenidos de la oferta adjudicada, así como en la documentación señalada por la administración como parte integral del concurso, es que se funda el respectivo contrato administrativo, el cual debe interpretarse, según los siguientes criterios: *"El contrato administrativo (en el ejemplo de una licitación pública usada como mecanismo de selección del contratista público) puede ser interpretado a partir y desde la base de los instrumentos legales que lo integran, como del marco global de la normativa aplicable directa como supletoriamente. Así, por vía de ilustración: cartel o pliego de bases, oferta adjudicada, reglamento de la contratación administrativa, código civil. Y, sin duda la aplicación de los principios rectores del derecho y de la*

*contratación administrativa (buena y sana administración, interés general y público, colaboración negocial, ecuación financiera del convenio, etc).* Romero Pérez, Jorge Enrique. *El Contrato Administrativo. Sus directrices básicas.* Revista de Ciencias Jurídicas. N. 58, Setiembre-Diciembre, 1987. En razón de lo anterior, en materia de contratación administrativa, la determinación del cumplimiento efectivo de la obligación u objeto negocial, debe tomar en consideración tanto el cartel como la oferta, considerados de manera integral y a la luz de los principios propios de la materia, como la buena fe, pero desde una óptica ineludiblemente orientada a obtener la más eficiente y eficaz satisfacción del fin público previsto por el ordenamiento jurídico vigente.”

**f) Contratación administrativa: Oligaciones de las partes y distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI]<sup>7</sup>

Voto de mayoría

**“IV.-** El cumplimiento de los fines públicos, exige de la Administración Pública el empleo de diversas técnicas, siendo una de ellas la contratación administrativa, que se diferencia de la contratación privada, en tanto en la primera, existe una serie de elementos que a nivel exógeno trascienden el acuerdo de voluntades puro y simple que se pacta en el ámbito privado. Tales elementos, exógenos, son capaces de condicionar el nacimiento de la negociación, así como su desarrollo y extinción y bajo esa inteligencia, la doctrina ha señalado: “... tenemos presente en la contratación administrativa el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, como elemento vital de la figura del contrato en su amplia configuración jurídica y práctica. La carga obligacional de éste, y su escudo de protección, queda filtrado por el conjunto normativo, con incorporación del cartel o pliego de condiciones, que es la reglamentación entre las partes contratantes. A lo dicho debemos insistir en una verdad de perogrullo: hay libertad del oferente para participar en alguna modalidad de contratación administrativa y aspirar, sin dolo ni mala fe, a la singularización del acto adjudicatorio a su favor dentro del contexto normativo. Pero también existe otra verdad no menos patente: el contrato administrativo está condicionado en su origen, evolución y finalización a las exigencias o necesidades generales o públicas, lo cual es un elemento extrínseco a la libre determinación de las partes, como lo es el propio Ordenamiento jurídico y las condiciones cartelarias subordinadas a ambos...” (Manrique Jiménez Meza. *Derecho Público. Editorial Jurídica Continental. 2001.*) El artículo 15 de la Ley de Contratación Administrativa, como marco general regulador de las obligaciones tanto de los entes contratantes como de las empresas contratistas, señala como obligación de toda Administración contratante, que: “La Administración está obligada a 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”. Igualmente, en correlación con tal obligación, el artículo 20 de la misma ley, también establece la siguiente: “Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato”. Las citas anteriores reflejan un deber de cumplimiento de lo pactado para cada parte, tanto como resalta el de colaboración mutua; ambos surgen del principio de buena fe en la contratación, no obstante, en la Contratación Administrativa, además de ellas se contempla para las partes otras diversas obligaciones, es así como en el caso de los contratantes con la administración, el artículo 23 del decreto ejecutivo N° 25038-H, Reglamento General de Contratación Administrativa, dispone: “23.1 El contratista está obligado a verificar la legalidad y corrección del procedimiento de contratación administrativa seguido para la adjudicación a su favor del contrato, así como en la ejecución de éste. En virtud de esta obligación, el contratista no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento jurídico aplicable en la especie, para fundamentar gestiones resarcitorias o para eludir responsabilidades originadas en tales incorrecciones. 23.2 Dentro de esta obligación, el contratista deberá comunicar a los respectivos jefes administrativos las incorrecciones que detecte, a efecto de salvar su responsabilidad eventual en el caso”. Queda claro entonces, la existencia de responsabilidad compartida, tanto del contratista como de la Administración, a efecto de verificar el debido curso del procedimiento y ejecución de la contratación, así como de cumplir a cabalidad el ordenamiento jurídico administrativo aplicable



a la materia en todas sus gestiones. Por su parte, la responsabilidad contractual de la Administración, parte de un vínculo obligacional previo y tiene como fundamento el incumplimiento de una obligación contractual, a diferencia de la responsabilidad civil extracontractual, que caracteriza el deber genérico de no dañar a otros. Sobre esta distinción el voto 000460-F-03 de Sala Primera de las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta de julio del dos mil tres, señaló: "**VI.- La responsabilidad contractual** atiende a la preexistencia de una obligación determinada a cargo de un sujeto específico, cuya inobservancia genera daños en el titular del derecho correlativo. Ergo, existe, previo al daño, la posibilidad de reconocer a un deudor, a cargo del cual corre la satisfacción de la relación jurídica que lo ubica en la posición pasiva del crédito. No deviene únicamente del incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato, sino de cualquier otra fuente de obligación, de conformidad con la cual, la conducta debida pudiera serle exigida coactivamente al deudor por el titular de ese derecho. El fundamento legal de este tipo de responsabilidad está en el artículo 702 del Código Civil, que regla: "El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito." Ante la responsabilidad contractual, u obligacional como la refiere alguna doctrina reciente, el damnificado no tiene la carga de probar que el incumplimiento se ha producido como consecuencia de una conducta culposa, principalmente en cuanto a las obligaciones de resultado. La mera constatación del incumplimiento, los daños producidos como consecuencia directa de éste, y la relación de causalidad entre ambos, hace surgir el deber de reparación. Si el deudor desea desvirtuar el nexo de causalidad por mediar hecho de la víctima, de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente deberá probarlo. Únicamente tratándose de las obligaciones de medios, al no poder exigirse un determinado resultado concreto, no es viable invocarlo ante el juez como parámetro objetivo de incumplimiento, por lo cual es menester demostrar la culpa en la conducta exigida, probando que el deudor no hizo todo lo posible por alcanzar el resultado. Ergo, más que un resultado, se exige un deber de comportamiento. Por su parte, la **responsabilidad extracontractual** agrupa toda la doctrina de la reparación por daños causados en virtud del incumplimiento de un deber general de conducta, que establece abstenerse de causar daño a otro. Tratándose de un deber genérico, la responsabilidad surge a partir de su inobservancia. Concurren como sus elementos, el comportamiento ilícito contrario al deber genérico de no dañar a otro, el daño patrimonial y el nexo causal entre ambos. Su pilar legal es el ordinal 1045 ibídem, que refiere: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios." . Reciente doctrina ha puesto en entredicho la utilidad de este cariz bifronte de la responsabilidad, no sólo por las dificultades que entraña, sino también, porque ambas conducen a un idéntico destino: la obligación de reparar por los menoscabos patrimoniales ilegítimamente infringidos. A ello debe añadirse la infructuosa satisfacción de pretensiones del reclamante, bajo el principio de congruencia de la sentencia, cuando equivoca los fundamentos fácticos y jurídicos de su pretensión, y las disquisiciones doctrinales acerca de que un daño puede ser considerado como contractual y extracontractual al mismo tiempo, esto es, concurrencia de responsabilidades". En materia de la Administración Pública, ambas responsabilidades, contractual y extracontractual, son objetivas, en tanto que excluyen valoraciones de dolo o culpa para proceder a su reconocimiento. En este orden de ideas, con respecto a la responsabilidad contractual se ha indicado: "El artículo 702 cc o exige la presencia de una "voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo pactado". Mas aún, ni siquiera menciona al dolo o a la culpa como elementos del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual. Más bien establece el principio de que el mero hecho de que no se verifique la obligación estipulada, da lugar a la responsabilidad del deudor, salvo que el hecho del acreedor, la fuerza mayor o el caso fortuito, concurren como exonerantes de la responsabilidad". (Juan Marcos Rivero Sánchez. ¿Responsabilidad por culpa o garantía de ejecución? Reflexiones en torno a la responsabilidad contractual en el Código Civil Costarricense. Iustitia. año 9- setiembre 1995. Por lo anterior, para efectos de reconocimiento de los daños, tanto en el caso de la responsabilidad civil contractual como extra contractual, se requiere necesaria y únicamente la prueba de dos elementos fundamentales, a saber, la existencia del daño y el nexo de causalidad entre éste y la conducta - sea incumplimiento contractual, omisión o actuación- de la Administración. El voto 000904-F-2006 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, indicó al respecto lo siguiente: "Siendo así, tal y como lo expresó el Tribunal de segunda instancia, debió probar la parte actora que la actuación de la entidad demandada la hizo incurrir en un esfuerzo o costos adicionales directos o indirectos, que alteraron la ecuación financiera del contrato. En otras palabras, era imperativo demostrarse que el atraso del Banco para promover los concursos en algunos proyectos, y en la fase de diseño en otros, causó daños y perjuicios a su contraparte, lo que aquí no se hizo. A falta de una normativa específica en la Ley de Contratación Administrativa, corresponde una aplicación supletoria de los artículos 702 y 704 del



Código Civil, que establecen por su orden: “ El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito ”, y “En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse ”. Entonces, como no se probó la existencia de daños y perjuicios, no puede tenerse al Banco de Costa Rica, como obligado al pago de honorarios adicionales, por lo que no resultan violados por falta de aplicación los numerales 15, 16, 17 y 18 de la Ley de Contratación Administrativa, los artículos de su Reglamento que desarrollan estos preceptos, ni los ordinales 36, apartado A, inciso a) del Reglamento para la Contratación de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura o el número 5 inciso A) del Arancel de Servicios Profesionales de Consultoría para Edificaciones”. Es patente que en materia de responsabilidad contractual- y evidentemente extracontractual- no es dable la mera alegación del daño, para su reconocimiento, sino que se debe comprobar la efectiva existencia de éste y su conexión inmediata y directa con el incumplimiento contractual; al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto de No. 309 de las 14:50 horas del 31 de octubre de 1990 ha señalado: “ La Sala de Casación ha considerado reiteradamente que no es cualquier incumplimiento el que autoriza la resolución del contrato, ya que ésta sólo puede tener lugar en presencia de un incumplimiento grave (entre otras, resolución No. 53 de las 15,15 horas del 31 de mayo de 1972). No es procedente la resolución, aunque fuere demostrado el incumplimiento, si éste no reviste tal importancia que amerite realmente la sanción más grave que existe en el ordenamiento civil frente a una relación contractual nacida válida y eficaz, cual es su aniquilamiento definitivo con efectos retroactivos y sus lógicas consecuencias restitutorias y de resarcimiento. Hay ocasiones en que por no ser suficientemente grave el incumplimiento operado por una de las partes en un contrato, lo procedente es solicitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas y exigir el pago de daños y perjuicios, conforme lo autoriza la ley civil (...) De manera que, para que sea procedente la declaratoria de resolución de un contrato, no basta con probar en juicio el incumplimiento por parte de uno de los contratantes, sino que se debe demostrar además su gravedad, que debe ser tal que determine la extinción definitiva del contrato, según se ha dicho” . Con base en lo expuesto, no puede una parte contratante tan solo alegar la existencia de daños, sino que debe demostrarlos fehacientemente, en tal sentido, tanto para el reclamo en sede administrativa como para el que nos ocupa, según lo resuelto en primera instancia, el recurrente no logró acreditar el respaldo de su dicho, de hecho, no queda clara la naturaleza de su reclamo según la redacción de algunas de las consideraciones del actor, al punto que el fallo de instancia inició, demarcando la esfera legal y tratamiento que a su juicio correspondía aplicar en el caso de estudio, esto reviste importancia por cuanto, ante el incumplimiento contractual, debe distinguirse entre la pretensión de prestación del cumplimiento debido y la pretensión de resarcimiento del daño, esto respecto de lo siguiente: "...la "aestimatio rei" y la indemnización o "id quod interest" son conceptos que deben separarse inicialmente con absoluta nitidez. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento; el deudor debe cumplir "in natura", pero si lo hace, deberá cumplir prestando el equivalente, y por eso son incompatibles la ejecución forzosa de la obligación originaria y la prestación del equivalente. O se cumple con lo que era debido, o se paga la "aestimatio", pero ni una cosa ni otro son reparación de daño alguno, sino cabal cumplimiento o cumplimiento por equivalencia, respectivamente. No son medios de tutela del crédito que tengan que ver, en sentido técnico, con la responsabilidad contractual. Pero, eso sí, siendo incompatibles ambas formas de cumplir, cada una es individualmente compatible con la pretensión resarcitoria: cuando el acreedor, además de la prestación o su valor, quiere verse reintegrado de todos los efectos dañosos que el cumplimiento tardío (en el primer caso) o el incumplimiento definitivo de la primitiva obligación y su sustitución por la "aestimatio rei" (en el segundo) le hayan podido reportar, tratará de conseguir la indemnización...." (Yzquierdo Tolsada Mariano. Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual. Editorial Dykinson, 2001. P. 119.)“

**g)Contratación administrativa: Análisis sobre los elementos, responsabilidad civil contractual y extracontractual, efectos del incumplimiento**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI]®



#### Voto de mayoría

**"IV-)** La Administración Pública emplea diversos medios para el cumplimiento de los fines públicos, que no se agotan en las meras actuaciones materiales o en actos administrativos formales, en tanto que también se recurre a la técnica de la contratación administrativa, en la cual, se pacta el cumplimiento de un objeto con un contratista, como sujeto colaborador del logro del interés público buscado. No obstante, a diferencia de un contrato privado, en la contratación administrativa existe una serie de elementos que trascienden el mero acuerdo de voluntades rubricado en un documento y que condicionan su nacimiento, desarrollo y extinción. En este sentido, se ha señalado lo siguiente: *"... tenemos presente en la contratación administrativa el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, como elemento vital de la figura del contrato en su amplia configuración jurídica y práctica. La carga obligacional de éste, y su escudo de protección, queda filtrado por el conjunto normativo, con incorporación del cartel o pliego de condiciones, que es la reglamentación entre las partes contratantes. A lo dicho debemos insistir en una verdad de perogrullo: hay libertad del oferente para participar en alguna modalidad de contratación administrativa y aspirar, sin dolo ni mala fe, a la singularización del acto adjudicatorio a su favor dentro del contexto normativo. Pero también existe otra verdad no menos patente: el contrato administrativo está condicionado en su origen, evolución y finalización a las exigencias o necesidades generales o públicas, lo cual es un elemento extrínseco a la libre determinación de las partes, como lo es el propio Ordenamiento jurídico y las condiciones cartelarias subordinadas a ambos..."* (Manrique Jiménez Meza. *Derecho Público*. Editorial Jurídica Continental. 2001.)

El marco general regulador de las obligaciones tanto de los entes contratantes como de las empresas contratistas se encuentra contemplado en la Ley de Contratación Administrativa. En el artículo 15 de dicho cuerpo normativo, expresamente se señala como obligación de toda Administración contratante, lo siguiente: *"La Administración está obligada a 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"*. Por otra parte, de manera correlativa a dicho deber, el artículo 20 de la misma ley, establece la siguiente obligación para los contratistas: *"Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato"*. Ambas obligaciones surgen de un principio de buena fé en la contratación, mediante el cual, ambas partes, tienen como referente en el cumplimiento de sus obligaciones un deber de cumplimiento y colaboración mutuos. No obstante, las anteriores obligaciones no son las únicas que se contemplan para las partes contratantes en materia de contratación administrativa. Es así como en el caso de los contratantes con la administración, el artículo 23 del decreto ejecutivo N° 25038- H, Reglamento General de Contratación Administrativa, dispone: *"23.1 El contratista está obligado a verificar la legalidad y corrección del procedimiento de contratación administrativa seguido para la adjudicación a su favor del contrato, así como en la ejecución de éste. En virtud de esta obligación, el contratista no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento jurídico aplicable en la especie, para fundamentar gestiones resarcitorias o para eludir responsabilidades originadas en tales incorrecciones. 23.2 Dentro de esta obligación, el contratista deberá comunicar a los respectivos jefes administrativos las incorrecciones que detecte, a efecto de salvar su responsabilidad eventual en el caso"*. En virtud de lo anterior, existe una responsabilidad compartida, tanto del contratista como de la Administración, de verificar el debido curso del procedimiento y ejecución de la contratación administrativa y de cumplir a cabalidad el ordenamiento jurídico administrativo aplicable a la materia en todas sus gestiones.

**V.-** La responsabilidad contractual de la Administración tiene como fundamento el incumplimiento de una obligación contractual. A diferencia del aforismo *"neminem laedere"* que fundamenta la responsabilidad civil extracontractual - sea del deber genérico de no dañar a otros-, en el caso de la primera, ésta parte de un vínculo obligacional previo. Sobre esta distinción el voto 000460-F-03 de Sala Primera de las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta de julio del dos mil tres, señaló: **"VI.-La responsabilidad contractual atiende a la preexistencia de una obligación determinada a cargo de un sujeto específico, cuya inobservancia genera daños en el titular del derecho correlativo. Ergo, existe, previo al daño, la posibilidad de reconocer a un deudor, a cargo del cual corre la satisfacción de la relación jurídica que lo ubica en la posición pasiva del crédito. No deviene únicamente del incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato, sino de cualquier otra fuente de obligación, de conformidad con la cual, la conducta debida pudiera serle exigida coactivamente al deudor por el titular de ese derecho. El fundamento legal de este tipo de responsabilidad**



está en el artículo 702 del Código Civil, que regla: "El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito." Ante la responsabilidad contractual, u obligacional como la refiere alguna doctrina reciente, el damnificado no tiene la carga de probar que el incumplimiento se ha producido como consecuencia de una conducta culposa, principalmente en cuanto a las obligaciones de resultado. La mera constatación del incumplimiento, los daños producidos como consecuencia directa de éste, y la relación de causalidad entre ambos, hace surgir el deber de reparación. Si el deudor desea desvirtuar el nexo de causalidad por mediar hecho de la víctima, de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente deberá probarlo. Únicamente tratándose de las obligaciones de medios, al no poder exigirse un determinado resultado concreto, no es viable invocarlo ante el juez como parámetro objetivo de incumplimiento, por lo cual es menester demostrar la culpa en la conducta exigida, probando que el deudor no hizo todo lo posible por alcanzar el resultado. Ergo, más que un resultado, se exige un deber de comportamiento. Por su parte, la **responsabilidad extracontractual** agrupa toda la doctrina de la reparación por daños causados en virtud del incumplimiento de un deber general de conducta, que establece abstenerse de causar daño a otro. Tratándose de un deber genérico, la responsabilidad surge a partir de su inobservancia. Concurren como sus elementos, el comportamiento ilícito contrario al deber genérico de no dañar a otro, el daño patrimonial y el nexo causal entre ambos. Su pilar legal es el ordinal 1045 ibídem, que refiere: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios." Reciente doctrina ha puesto en entredicho la utilidad de este cariz bifronte de la responsabilidad, no sólo por las dificultades que entraña, sino también, porque ambas conducen a un idéntico destino: la obligación de reparar por los menoscabos patrimoniales ilegítimamente infringidos. A ello debe añadirse la infructuosa satisfacción de pretensiones del reclamante, bajo el principio de congruencia de la sentencia, cuando equivoca los fundamentos fácticos y jurídicos de su pretensión, y las disquisiciones doctrinales acerca de que un daño puede ser considerado como contractual y extracontractual al mismo tiempo, esto es, **concurrencia de responsabilidades**". En materia de la Administración Pública, ambas responsabilidades, contractual y extracontractual, son objetivas, en tanto que excluyen valoraciones de dolo o culpa para proceder a su reconocimiento. En este orden de ideas, con respecto a la responsabilidad contractual se ha indicado: "El artículo 702 cc o exige la presencia de una "voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo pactado". Mas aún, ni siquiera menciona al dolo o a la culpa como elementos del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual. Más bien establece el principio de que el mero hecho de que no se verifique la obligación estipulada, da lugar a la responsabilidad del deudor, salvo que el hecho del acreedor, la fuerza mayor o el caso fortuito, concurren como exonerantes de la responsabilidad". (Juan Marcos Rivero Sánchez. *¿Responsabilidad por culpa o garantía de ejecución? Reflexiones en torno a la responsabilidad contractual en el Código Civil Costarricense. Iustitia. año 9- setiembre 1995.*

Por lo anterior, para efectos de reconocimiento de los daños, tanto en el caso de la responsabilidad civil contractual como extra contractual, se requiere necesaria y únicamente la prueba de dos elementos fundamentales, a saber, la existencia del daño y el nexo de causalidad entre éste y la conducta - sea incumplimiento contractual, omisión o actuación- de la Administración. El voto 000904-F-2006 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, indicó al respecto lo siguiente: "Siendo así, tal y como lo expresó el Tribunal de segunda instancia, debió probar la parte actora que la actuación de la entidad demandada la hizo incurrir en un esfuerzo o costos adicionales directos o indirectos, que alteraron la ecuación financiera del contrato. En otras palabras, era imperativo demostrarse que el atraso del Banco para promover los concursos en algunos proyectos, y en la fase de diseño en otros, causó daños y perjuicios a su contraparte, lo que aquí no se hizo. A falta de una normativa específica en la Ley de Contratación Administrativa, corresponde una aplicación supletoria de los artículos 702 y 704 del Código Civil, que establecen por su orden: " El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito ", y "En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse ". Entonces, como no se probó la existencia de daños y perjuicios, no puede tenerse al Banco de Costa Rica, como obligado al pago de honorarios adicionales, por lo que no resultan violados por falta de aplicación los numerales 15, 16, 17 y 18 de la Ley de Contratación Administrativa, los artículos de su Reglamento que desarrollan estos preceptos, ni los ordinales 36, apartado A, inciso a) del Reglamento para la Contratación de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura o el número 5 inciso A) del

*Arancel de Servicios Profesionales de Consultoría para Edificaciones*". No basta en materia de responsabilidad contractual - y evidentemente extracontractual- la mera alegación del daño, sino que se debe comprobar la efectiva existencia de éste y su conexión inmediata y directa con el incumplimiento contractual.

**VI.-)** Con respecto a los efectos del incumplimiento contractual, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto de No. 309 de las 14:50 horas del 31 de octubre de 1990 ha señalado lo siguiente: " La Sala de Casación ha considerado reiteradamente que no es cualquier incumplimiento el que autoriza la resolución del contrato, ya que ésta sólo puede tener lugar en presencia de un incumplimiento grave (entre otras, resolución No. 53 de las 15,15 horas del 31 de mayo de 1972). No es procedente la resolución, aunque fuere demostrado el incumplimiento, si éste no reviste tal importancia que amerite realmente la sanción más grave que existe en el ordenamiento civil frente a una relación contractual nacida válida y eficaz, cual es su aniquilamiento definitivo con efectos retroactivos y sus lógicas consecuencias restitutorias y de resarcimiento. Hay ocasiones en que por no ser suficientemente grave el incumplimiento operado por una de las partes en un contrato, lo procedente es solicitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas y exigir el pago de daños y perjuicios, conforme lo autoriza la ley civil (...) De manera que, para que sea procedente la declaratoria de resolución de un contrato, no basta con probar en juicio el incumplimiento por parte de uno de los contratantes, sino que se debe demostrar además su gravedad, que debe ser tal que determine la extinción definitiva del contrato, según se ha dicho". En razón de estas consideraciones, no puede una parte contratante ampararse en un incumplimiento que no reviste suficiente gravedad, para proceder a dar por resuelto un contrato de manera unilateral y suspender de manera automática el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De hecho, de conformidad con el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa, la única que tendría potestades de resolución contractual de manera unilateral, sería la Administración, en tanto señala lo siguiente: "*Derecho de rescisión y resolución unilateral. Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso. Cuando se ponga término al contrato, por causas que no se le imputen al contratista, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados. En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato. La Administración podrá reconocer, en sede administrativa, los extremos indicados en los incisos anteriores. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación de la Contraloría General de la República*". Por otra parte, ante el incumplimiento contractual, debe distinguirse entre la pretensión de prestación del cumplimiento debido y la pretensión de resarcimiento del daño, dado que ambos son distinguibles entre sí. En este orden de ideas, se ha indicado, al respecto lo siguiente: "... la *"aestimatio rei"* y la *indemnización* o *"id quod interest"* son conceptos que deben separarse inicialmente con absoluta nitidez. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento; el deudor debe cumplir *"in natura"*, pero si lo hace, deberá cumplir prestando el equivalente, y por eso son incompatibles la ejecución forzosa de la obligación originaria y la prestación del equivalente. O se cumple con lo que era debido, o se paga la *"aestimatio"*, pero ni una cosa ni otro son reparación de daño alguno, sino cabal cumplimiento o cumplimiento por equivalencia, respectivamente. No son medios de tutela del crédito que tengan que ver, en sentido técnico, con la responsabilidad contractual. Pero, eso sí, siendo incompatibles ambas formas de cumplir, cada una es individualmente compatible con la pretensión resarcitoria: cuando el acreedor, además de la prestación o su valor, quiere verse reintegrado de todos los efectos dañosos que el cumplimiento tardío (en el primer caso) o el incumplimiento definitivo de la primitiva obligación y su sustitución por la *"aestimatio rei"* (en el segundo) le hayan podido reportar, tratará de conseguir la indemnización...." (Yzquierdo Tolsada Mariano. *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*. Editorial Dykinson, 2001. P. 119.)"

#### **h) Contratación administrativa: Elementos e incumplimiento contractual**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI]<sup>9</sup>



### Voto de mayoría

**"V).**- La Administración Pública emplea diversos medios para el cumplimiento de los fines públicos, que no se agotan en las meras actuaciones materiales o en actos administrativos formales, en tanto que también se recurre a la técnica de la contratación administrativa, en la cual, se pacta el cumplimiento de un objeto con un contratista, como sujeto colaborador del logro del interés público buscado. No obstante, a diferencia de un contrato privado, en la contratación administrativa existe una serie de elementos que trascienden el mero acuerdo de voluntades rubricado en un documento y que condicionan su nacimiento, desarrollo y extinción. En este sentido, se ha señalado lo siguiente: *"... tenemos presente en la contratación administrativa el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, como elemento vital de la figura del contrato en su amplia configuración jurídica y práctica. La carga obligacional de éste, y su escudo de protección, queda filtrado por el conjunto normativo, con incorporación del cartel o pliego de condiciones, que es la reglamentación entre las partes contratantes. A lo dicho debemos insistir en una verdad de perogrullo: hay libertad del oferente para participar en alguna modalidad de contratación administrativa y aspirar, sin dolo ni mala fe, a la singularización del acto adjudicatorio a su favor dentro del contexto normativo. Pero también existe otra verdad no menos patente: el contrato administrativo está condicionado en su origen, evolución y finalización a las exigencias o necesidades generales o públicas, lo cual es un elemento extrínseco a la libre determinación de las partes, como lo es el propio Ordenamiento jurídico y las condiciones cartelarias subordinadas a ambos..."* (Manrique Jiménez Meza. *Derecho Público. Editorial Jurídica Continental. 2001.*) El marco general regulador de las obligaciones tanto de los entes contratantes como de las empresas contratistas se encuentra contemplado en la Ley de Contratación Administrativa. En el artículo 15 de dicho cuerpo normativo, expresamente se señala como obligación de toda Administración contratante, lo siguiente: *"La Administración está obligada a 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"*. Por otra parte, de manera correlativa a dicho deber, el artículo 20 de la misma ley, establece la siguiente obligación para los contratistas: *"Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato"*. 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. Un referente fundamental para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, es el cartel del concurso, en tanto que en él se establecen las bases de éste, según las necesidades de la respectiva Administración Pública. En este orden de ideas, se ha indicado que el cartel se equipara al reglamento de la contratación al definir las condiciones en que se ella concretará. Por dicha razón, el cartel es fuente de interpretación, así se ha indicado de la siguiente manera: *"El pliego de bases es el documento público más importante al momento de establecerse los derechos y deberes de las partes negociantes. En las fases del pre-contrato como en la vida del convenio, el pliego de condiciones desempeña un papel capital. Se puede hablar de un reenvío que se hace, en materia de contratos administrativos, respecto del pliego de bases; ya que el cartel juega como norma interpretativa de tales convenios."* Romero Pérez Jorge Enrique. *El Cartel de Licitación. Revista de Ciencias Jurídicas N. 55 Enero- abril. 1986.*

Con base en el cartel, es que el oferente elabora su oferta, la cual tiene la característica de ser integral en todos sus componentes, sea, tanto en el contenido del escrito principal, como de los diseños, planos, muestras, catálogos que la acompañan. Por lo anterior, ninguno de dichos componentes puede ser visto de manera aislada sin tomar en consideración la integralidad de la oferta y el cartel al cual se refiere. Con base en el cartel y los contenidos de la oferta adjudicada, es que se funda el respectivo contrato administrativo, el cual, debe interpretarse, según los siguientes criterios: *El contrato administrativo (en el ejemplo de una licitación pública usada como mecanismo de selección del contratista público) puede ser interpretado a partir y desde la base de los instrumentos legales que lo integran, como del marco global de la normativa aplicable directa como supletoriamente. Así, por vía de ilustración: cartel o pliego de bases, oferta adjudicada, reglamento de la contratación administrativa, código civil. Y, sin duda la aplicación de los principios rectores del derecho y de la contratación administrativa (buena y sana administración, interés general y público, colaboración comercial, ecuación financiera del convenio, etc).* Romero Pérez. Jorge Enrique. *El Contrato Administrativo, Sus directrices básicas. Revista de Ciencias Jurídicas. N. 58, Setiembre-Diciembre, 1987.* En razón de lo anterior, en materia de contratación administrativa, la determinación del cumplimiento efectivo de

la obligación, se debe hacer haciendo referencia tanto al cartel como a la oferta considerada de manera integral, y siempre orientado al cumplimiento del principio de buena fé entre las partes suscribientes y en atención al interés público que orientó la decisión de la Administración de realizar la respectiva contratación.

**VI).-** La responsabilidad contractual de la Administración tiene como fundamento el incumplimiento de una obligación contractual. A diferencia del aforismo "*neminem laedere*" que fundamenta la responsabilidad civil extracontractual - sea del deber genérico de no dañar a otros-, en el caso de la primera, ésta parte de un vínculo obligacional previo. Sobre esta distinción el voto 000460-F-03 de Sala Primera de las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta de julio del dos mil tres, señaló: **"VI.- La responsabilidad contractual atiende a la preexistencia de una obligación determinada a cargo de un sujeto específico, cuya inobservancia genera daños en el titular del derecho correlativo. Ergo, existe, previo al daño, la posibilidad de reconocer a un deudor, a cargo del cual corre la satisfacción de la relación jurídica que lo ubica en la posición pasiva del crédito. No deviene únicamente del incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato, sino de cualquier otra fuente de obligación, de conformidad con la cual, la conducta debida pudiera serle exigida coactivamente al deudor por el titular de ese derecho. El fundamento legal de este tipo de responsabilidad está en el artículo 702 del Código Civil, que regla: "El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito." Ante la responsabilidad contractual, u obligacional como la refiere alguna doctrina reciente, el damnificado no tiene la carga de probar que el incumplimiento se ha producido como consecuencia de una conducta culposa, principalmente en cuanto a las obligaciones de resultado. La mera constatación del incumplimiento, los daños producidos como consecuencia directa de éste, y la relación de causalidad entre ambos, hace surgir el deber de reparación. Si el deudor desea desvirtuar el nexo de causalidad por mediar hecho de la víctima, de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente deberá probarlo. Únicamente tratándose de las obligaciones de medios, al no poder exigirse un determinado resultado concreto, no es viable invocarlo ante el juez como parámetro objetivo de incumplimiento, por lo cual es menester demostrar la culpa en la conducta exigida, probando que el deudor no hizo todo lo posible por alcanzar el resultado. Ergo, más que un resultado, se exige un deber de comportamiento. Por su parte, la **responsabilidad extracontractual** agrupa toda la doctrina de la reparación por daños causados en virtud del incumplimiento de un deber general de conducta, que establece abstenerse de causar daño a otro. Tratándose de un deber genérico, la responsabilidad surge a partir de su inobservancia. Concurren como sus elementos, el comportamiento ilícito contrario al deber genérico de no dañar a otro, el daño patrimonial y el nexo causal entre ambos. Su pilar legal es el ordinal 1045 *ibídem*, que refiere: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios." . Reciente doctrina ha puesto en entredicho la utilidad de este cariz bifronte de la responsabilidad, no sólo por las dificultades que entraña, sino también, porque ambas conducen a un idéntico destino: la obligación de reparar por los menoscabos patrimoniales ilegítimamente infringidos. A ello debe añadirse la infructuosa satisfacción de pretensiones del reclamante, bajo el principio de congruencia de la sentencia, cuando equivoca los fundamentos fácticos y jurídicos de su pretensión, y las disquisiciones doctrinales acerca de que un daño puede ser considerado como contractual y extracontractual al mismo tiempo, esto es, **conurrencia de responsabilidades**". En materia de la Administración Pública, ambas responsabilidades, contractual y extracontractual, son objetivas, en tanto que excluyen valoraciones de dolo o culpa para proceder a su reconocimiento. En este orden de ideas, con respecto a la responsabilidad contractual se ha indicado: "El artículo 702 cc o exige la presencia de una "voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo pactado". Mas aún, ni siquiera menciona al dolo o a la culpa como elementos del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual. Más bien establece el principio de que el mero hecho de que no se verifique la obligación estipulada, da lugar a la responsabilidad del deudor, salvo que el hecho del acreedor, la fuerza mayor o el caso fortuito, concurren como exonerantes de la responsabilidad". (Juan Marcos Rivero Sánchez. *¿Responsabilidad por culpa o garantía de ejecución? Reflexiones en torno a la responsabilidad contractual en el Código Civil Costarricense. Iustitia. año 9- setiembre 1995.***

Por lo anterior, para efectos de reconocimiento de los daños, tanto en el caso de la responsabilidad civil contractual como extra contractual, se requiere necesaria y únicamente la prueba de dos elementos fundamentales, a saber, la existencia del daño y el nexo de causalidad entre éste y la conducta - sea incumplimiento contractual, omisión o actuación- de la Administración. El voto 000904-F-2006 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, indicó al respecto lo siguiente: "Siendo así, tal y como lo expresó el Tribunal de segunda instancia, debió probar la parte actora que la actuación de la entidad demandada la hizo

*incurrir en un esfuerzo o costos adicionales directos o indirectos, que alteraron la ecuación financiera del contrato. En otras palabras, era imperativo demostrarse que el atraso del Banco para promover los concursos en algunos proyectos, y en la fase de diseño en otros, causó daños y perjuicios a su contraparte, lo que aquí no se hizo. A falta de una normativa específica en la Ley de Contratación Administrativa, corresponde una aplicación supletoria de los artículos 702 y 704 del Código Civil, que establecen por su orden: "El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito", y "En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse". Entonces, como no se probó la existencia de daños y perjuicios, no puede tenerse al Banco de Costa Rica, como obligado al pago de honorarios adicionales, por lo que no resultan violados por falta de aplicación los numerales 15, 16, 17 y 18 de la Ley de Contratación Administrativa, los artículos de su Reglamento que desarrollan estos preceptos, ni los ordinales 36, apartado A, inciso a) del Reglamento para la Contratación de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura o el número 5 inciso A) del Arancel de Servicios Profesionales de Consultoría para Edificaciones". No basta en materia de responsabilidad contractual - y evidentemente extracontractual- la mera alegación del daño, sino que se debe comprobar la efectiva existencia de éste y su conexión inmediata y directa con el incumplimiento contractual.*

**VII).-** Con respecto a los efectos del incumplimiento contractual, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto de No. 309 de las 14:50 horas del 31 de octubre de 1990 ha señalado lo siguiente: *La Sala de Casación ha considerado reiteradamente que no es cualquier incumplimiento el que autoriza la resolución del contrato, ya que ésta sólo puede tener lugar en presencia de un incumplimiento grave (entre otras, resolución No. 53 de las 15,15 horas del 31 de mayo de 1972). No es procedente la resolución, aunque fuere demostrado el incumplimiento, si éste no reviste tal importancia que amerite realmente la sanción más grave que existe en el ordenamiento civil frente a una relación contractual nacida válida y eficaz, cual es su aniquilamiento definitivo con efectos retroactivos y sus lógicas consecuencias restitutorias y de resarcimiento. Hay ocasiones en que por no ser suficientemente grave el incumplimiento operado por una de las partes en un contrato, lo procedente es solicitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas y exigir el pago de daños y perjuicios, conforme lo autoriza la ley civil (...). De manera que, para que sea procedente la declaratoria de resolución de un contrato, no basta con probar en juicio el incumplimiento por parte de uno de los contratantes, sino que se debe demostrar además su gravedad, que debe ser tal que determine la extinción definitiva del contrato, según se ha dicho".* En razón de estas consideraciones, el incumplimiento generador de la resolución contractual será aquel que reviste suficiente gravedad, para así poder dar por terminado un contrato de manera unilateral y suspender de manera automática el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De hecho, de conformidad con el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa, la única que tendría potestades de resolución contractual de manera unilateral, sería la Administración, en tanto señala lo siguiente: *"Derecho de rescisión y resolución unilateral.*

*Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso. Cuando se ponga término al contrato, por causas que no se le imputen al contratista, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.*

*En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato. La Administración podrá reconocer, en sede administrativa, los extremos indicados en los incisos anteriores. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación de la Contraloría General de la República".* Por otra parte, ante el incumplimiento contractual, debe distinguirse entre la pretensión de prestación del cumplimiento debido y la pretensión de resarcimiento del daño, dado que ambos son distinguibles entre sí. En este orden de ideas, se ha indicado, al respecto lo siguiente: *"... la "aestimatio rei" y la indemnización o "id quod interest" son conceptos que deben separarse inicialmente con absoluta nitidez. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento; el deudor debe cumplir "in natura", pero si lo hace, deberá cumplir prestando el equivalente, y por eso son incompatibles la ejecución forzosa de la obligación originaria y la prestación del equivalente. O se cumple con lo que era debido, o se paga la "aestimatio", pero ni una cosa ni otra son reparación de daño*



*alguno, sino cabal cumplimiento o cumplimiento por equivalencia, respectivamente. No son medios de tutela del crédito que tengan que ver, en sentido técnico, con la responsabilidad contractual. Pero, eso sí, siendo incompatibles ambas formas de cumplir, cada una es individualmente compatible con la pretensión resarcitoria: cuando el acreedor, además de la prestación o su valor, quiere verse reintegrado de todos los efectos dañosos que el cumplimiento tardío (en el primer caso) o el incumplimiento definitivo de la primitiva obligación y su sustitución por la "aestimatio rei" (en el segundo) le hayan podido reportar, tratará de conseguir la indemnización...." (Yzquierdo Tolsada Mariano. Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual. Editorial Dykinson, 2001. P. 119.)*

**VIII).**- La posibilidad de apercibir o inhabilitar un contratista con la Administración Pública se encuentra debidamente regulado en los artículos 99 y 100 de la Ley de Contratación Administrativa vigente en el momento de los actos impugnados, en tanto establece: *"Se hará acreedora a la sanción de apercibimiento, por parte de la Administración o la Contraloría General de la República, la persona física o jurídica que, durante el curso de los procedimientos para contratar, incurra en las siguientes conductas: a) El contratista que, sin motivo suficiente, incumpla o cumpla defectuosa o tardíamente con el objeto del contrato; sin perjuicio de la ejecución de las garantías de participación o cumplimiento. b) Quien afecte, reiteradamente, el normal desarrollo de los procedimientos de contratación. c) El oferente que deje sin efecto su propuesta, sin mediar una causa justa. d) Quien invoque o introduzca hechos falsos en los procedimientos para contratar o en los recursos contra el acto de adjudicación".*

*"La Administración o la Contraloría General de la República inhabilitarán para participar en procedimientos de contratación administrativa, por un período de uno a cinco años, según la gravedad de la falta, a la persona física o jurídica que: a) Después del apercibimiento previsto en el artículo anterior, reincida en la conducta que motivó la sanción de apercibimiento, dentro de los tres años siguientes a dicha sanción. Si la sanción de apercibimiento se ha originado en la causal señalada en el inciso a) del artículo anterior, la inhabilitación será para participar ofreciendo el mismo producto o bien objeto del contrato por el que previamente fue sancionada. Quedan excluidos de este último supuesto los contratos de obras o servicios. b) Obtenga ilegalmente información confidencial que la coloque en una situación de ventaja, a ella, a la empresa de su propiedad o a la empresa para la cual labora, respecto de otros competidores potenciales. c) Suministre dádivas, directamente o por intermedio de otra persona, a los funcionarios involucrados en un procedimiento de contratación administrativa. d) Suministre un objeto, servicio u obra de inferior condición o calidad del ofrecido. e) Contrate o subcontrate obras, maquinaria, equipo, instalaciones o materiales, para ejecutar obras públicas adjudicadas mediante licitación, con empresas o grupos de empresas relacionadas, diferentes de las que señala el listado de subcontratación presentado con la oferta según el artículo 58 de esta ley. f) Participe, directa o indirectamente, en un procedimiento de contratación, pese a estar cubierta por el régimen de prohibiciones del artículo 22 de esta ley".* Con base en esta norma, el artículo 106 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, indica lo siguiente: *"106.1 Los particulares que durante el curso de los procedimientos de contratación Administrativa incurran en las causales previstas en los artículos 99 y 100 de la Ley de Contratación Administrativa, serán sancionados con apercibimiento e inhabilitación, respectivamente. 106.2 El apercibimiento consiste en una formal amonestación escrita dirigida al particular, a efecto de que corrija su conducta, cuando fuere posible, sin perjuicio de la ejecución de garantías, cuando así procediere y constituye un antecedente para la aplicación de la sanción de inhabilitación. 106.3 La sanción de inhabilitación consiste en el impedimento para participar en todo procedimiento de contratación administrativa, por un período de uno a cinco años según la gravedad de las faltas. 106.4 La Contraloría General o la Administración interesada, de oficio o por denuncia, tomará el acuerdo de apercibimiento o de inhabilitación, previa audiencia al o a los presuntos infractores por el término de cinco días hábiles para que formulen sus alegatos y presenten sus pruebas de descargo. Si de dicha audiencia resultare necesario obtener alguna prueba por parte de la Administración, producida ésta se dará nueva audiencia por tres días hábiles a los interesados, transcurridos los cuales se dictará la resolución definitiva. El apercibimiento y la inhabilitación deben ser notificados al infractor en el lugar señalado en el expediente respectivo y a la Contraloría General, cuando es la Administración quien dicta el respectivo acuerdo, y a la Administración interesada, cuando es la Contraloría General quien la emite. 106.5 La inhabilitación además será publicada en el Diario Oficial para efecto de información a toda la Administración Pública. 106.6 Cada Administración, la Contraloría General y la Proveeduría Nacional en el caso del Gobierno Central, llevarán un registro de las sanciones que dicten respectivamente y de las que imponga la Administración y la Proveeduría Nacional, en el caso de la Contraloría General, y de las que esta imponga y que le atañan, en el caso de cada Administración y de la*

Proveeduría Nacional. Este registro será de fácil acceso para cualquier interesado" De conformidad con lo anterior, se evidencia que existen tanto causales de inhabilitación que requieren previamente de apercibimiento al contratista, como otras que no lo establecen para la respectiva decisión, no obstante lo cual, sí se requeriría como requisito formal, la audiencia previa a cualquier acto firme y decisorio".

### ***j) Contratación administrativa: Criterios normativos para la imputación de responsabilidad***

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII]<sup>10</sup>

Voto de mayoría

**“ 6.- DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL:** Sobre el tema de la responsabilidad contractual, esta Sección recientemente ha vertido su criterio en el voto N° 12-2009 de las 15:20 horas del 23 de enero de 2009, que en lo que interesa se transcribe: "(...) La obligación de la parte demandante de demostrar el nexo de causalidad y los daños cuya indemnización se pretenda, ha sido recientemente desarrollada con amplitud por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: "IV.- El cumplimiento de los fines públicos, exige de la Administración Pública el empleo de diversas técnicas, siendo una de ellas la contratación administrativa, que se diferencia de la contratación privada, en tanto en la primera, existe una serie de elementos que a nivel exógeno trascienden el acuerdo de voluntades puro y simple que se pacta en el ámbito privado. Tales elementos, exógenos, son capaces de condicionar el nacimiento de la negociación, así como su desarrollo y extinción y bajo esa inteligencia, la doctrina ha señalado: " ... tenemos presente en la contratación administrativa el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, como elemento vital de la figura del contrato en su amplia configuración jurídica y práctica. La carga obligacional de éste, y su escudo de protección, queda filtrado por el conjunto normativo, con incorporación del cartel o pliego de condiciones, que es la reglamentación entre las partes contratantes. A lo dicho debemos insistir en una verdad de perogrullo: hay libertad del oferente para participar en alguna modalidad de contratación administrativa y aspirar, sin dolo ni mala fe, a la singularización del acto adjudicatorio a su favor dentro del contexto normativo. Pero también existe otra verdad no menos patente: el contrato administrativo está condicionado en su origen, evolución y finalización a las exigencias o necesidades generales o públicas, lo cual es un elemento extrínseco (sic) a la libre determinación de las partes, como lo es el propio Ordenamiento jurídico y las condiciones cartelarias subordinadas a ambos..." (Manrique Jiménez Meza. Derecho Público. Editorial Jurídica Continental. 2001.) El artículo 15 de la Ley de Contratación Administrativa, como marco general regulador de las obligaciones tanto de los entes contratantes como de las empresas contratistas, señala como obligación de toda Administración contratante, que: " La Administración está obligada a 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". Igualmente, en correlación con tal obligación, el artículo 20 de la misma ley, también establece la siguiente: "Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato". Las citas anteriores reflejan un deber de cumplimiento de lo pactado para cada parte, tanto como resalta el de colaboración mutua; ambos surgen del principio de buena fe en la contratación, no obstante, en la Contratación Administrativa, además de ellas se contempla para las partes otras diversas obligaciones, es así como en el caso de los contratantes con la administración, el artículo 23 del decreto ejecutivo N° 25038-H, Reglamento General de Contratación Administrativa, dispone: "23.1 El contratista está obligado a verificar la legalidad y corrección del procedimiento de contratación administrativa seguido para la adjudicación a su favor del contrato, así como en la ejecución de éste (...). Por su parte, la responsabilidad contractual de la Administración, parte de un vínculo obligacional previo y tiene como fundamento el incumplimiento de una obligación contractual, a diferencia de la responsabilidad civil extracontractual, que caracteriza el deber genérico de no dañar a otros. Sobre esta distinción el voto 000460-F-03 de Sala Primera de las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta de julio del dos mil tres, señaló: "VI.- La responsabilidad contractual atiende a la preexistencia de una obligación determinada a cargo de un sujeto específico, cuya inobservancia





genera daños en el titular del derecho correlativo. Ergo, existe, previo al daño, la posibilidad de reconocer a un deudor, a cargo del cual corre la satisfacción de la relación jurídica que lo ubica en la posición pasiva del crédito. No deviene únicamente del incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato, sino de cualquier otra fuente de obligación, de conformidad con la cual, la conducta debida pudiera serle exigida coactivamente al deudor por el titular de ese derecho. (...)” Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 00012-2008 de las 14 horas del 30 de abril de 2008”. La cita anterior, lleva a considerar que los criterios normativos para la imputación de responsabilidad contractual en materia de contratación administrativa, se derivan de la aplicación de los Principios de Legalidad, Buena Fe y Reciprocidad de las prestaciones. En cuanto al Principio de Legalidad en materia de contratación administrativa, resulta conveniente tener en cuenta el criterio vertido por la Sección Sexta de este Tribunal en el voto N° 1730 -2009, de las 8:10 horas del 25 de agosto del 2009: “Sobre la sujeción a la legalidad en los procedimientos de contratación administrativa. La actividad de la contratación administrativa, como cualquier manifestación de las potestades públicas, se encuentra sujeta al bloque de legalidad en sentido amplio, debiendo sujetar su funcionamiento al contenido y alcance de las normas jurídicas que regulan determinado procedimiento. Esta sujeción se concreta en el denominado principio de legalidad (sea en su versión positiva, como la clásica versión negativa), cuyo sustento normativo se afina en los preceptos 11 de la Carta Magna, 11, 12, 13, 59 y 66 de la Ley General de la Administración Pública. De ahí que la actividad contractual pública solo pueda entenderse válida cuando sea sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico (numeral 128 ibidem), ergo, en tanto se desapegue de esos criterios normativos que delimitan y precisan el proceder dentro del procedimiento, en tesis de principio, se producen nulidades que pueden llevar a suprimir la contratación, según se colige del ordinal 3 de la Ley de Contratación Administrativa (...)”. En el mismo sentido, el artículo 10 de la Ley de Contratación Administrativa, establece: “**Artículo 10.- Sumisión a la normativa administrativa.** En cualquier procedimiento de contratación administrativa, el oferente queda plenamente sometido al ordenamiento jurídico costarricense, en especial a los postulados de esta Ley, su Reglamento Ejecutivo, el reglamento institucional correspondiente, el cartel del respectivo procedimiento y, en general, a cualquier otra regulación administrativa relacionada con el procedimiento de contratación de que se trate”. Se destaca que el cartel de la licitación tiene un valor preponderante en materia de contratación que obliga a ambas partes contratantes, según lo ha indicado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto N° 448-F-S1-2009 de las 11:12 horas del 30 de abril de 2009: “(...) En lo que a la materia de contratación administrativa se refiere, el precepto 51 del Reglamento a la Ley, dispone: “El cartel, constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicable (sic) al respectivo procedimiento...”. Y, en el canon 4 ibidem, al enumerar la jerarquía de las normas, en los incisos h) e i), respectivamente, señala al cartel o pliego de condiciones y al contrato administrativo (...)”. En lo que se refiere al Principio de Buena Fe, este ha sido rescatado por la Sala Constitucional en el voto N° 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, al considerarlo como un postulado fundamental de la contratación administrativa que tiene arraigo en el artículo 39 de la Constitución Política y que parte de la “presunción de cumplimiento de la o ferta”, señalando que “en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro”. Se destaca que el Principio elemental de Buena Fe, obliga a las partes contratantes a someterse a las reglas del cartel a la hora de presentar su oferta en el concurso, como derivación de las obligaciones establecidas en el artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa, cuando señala como una “responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa (...)”. Por último, el tema de la reciprocidad de las prestaciones y de la equivalencia económica del contrato ha sido desarrollado por la Sala Constitucional en el voto 6432-98, debiendo entenderse como la equivalencia de las prestaciones que debe cumplir cada parte involucrada en el contrato. En esta línea de ideas, el mencionado voto indica: “(...) del concepto mismo de contrato se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos, por lo que es natural pensar que el vínculo que une a las partes se nutre del principio de justicia conmutativa en cuanto se recibe alguna prestación que debe compensarse con cierta igualdad, o lo que es lo mismo, debe existir reciprocidad de intereses; por ello, y como regla general, el contrato administrativo responde al tipo de los contratos que son onerosos (concepto de financiamiento por medio del gasto público), pero a la vez conmutativos (contraprestaciones equivalentes)”. Así las cosas, la infracción de los principios de legalidad, buena fe o reciprocidad conllevaría la existencia de responsabilidad contractual. Teniendo claridad de los indicados aspectos, se continúa con el análisis de los agravios presentados en el recurso de apelación.

**7.- DEL OBJETO CONTRACTUAL DE LA LICITACIÓN RESTRINGIDA N° 7-033-99:** La parte actora argumenta que el juez de instancia confundió los documentos que Flowserve debía presentar según el cartel y que el objeto contractual lo eran las 4 motobombas. Estima este Tribunal, que la parte actora **no lleva razón**, por cuanto en el cartel de la indicada licitación se estableció que el objeto contractual estaba constituido por el suministro de 4 sistemas de motobombas con bombas centrífugas horizontales multietapas y demás condiciones especificadas, junto con la documentación técnica para la aprobación inicial por parte de RECOPE y la documentación para el uso del equipo contratado (hecho probado N° 2). Efectivamente el cartel estableció la entrega de dos tipos de documentación, a saber: los planos y documentos para la aprobación de RECOPE que debían ser entregados un mes después de emitida la orden de compra (hecho probado N° 4); y la documentación técnica para el uso del equipo que el adjudicatario se obligó a entregar junto con los equipos contratados (hecho probado N° 5). Sin embargo, el cartel estableció de manera general que la falta de cualquiera de los documentos: *"será suficiente para dar por incompleta la entrega, con las consecuencias y responsabilidades que eso genera para el adjudicatario"* (folio 95 y 96 del expediente administrativo, tomo I), lo que es coincidente con lo adoptado en el acto de adjudicación que señala: *"el adjudicatario deberá entregar junto con el equipo toda la documentación consignada en el cartel y la oferta, necesaria para la instalación y operación de los equipos. De no adjuntar esta documentación, no se tendrá por recibido de conformidad el equipo"* (folio 394 del expediente administrativo, tomo II). Se concluye, que la documentación técnica solicitada en el cartel de la licitación, forma parte integral del objeto contratado, en virtud de que tal información resultaba fundamental para implementar por parte de la entidad contratante el uso del equipo adquirido, de manera que la omisión o entrega tardía necesariamente conlleva a la insatisfacción del objeto contractual. A lo anterior, se debe agregar que la parte actora se comprometió en su oferta a entregar la documentación técnica en la forma y plazos establecidos por el cartel (hecho probado N° 8), de manera que al participar en el concurso el actor se sujetó voluntariamente a las reglas específicas que el pliego cartelario estableció y por ende, a los principios de Legalidad, Buena Fe y Reciprocidad de las Prestaciones que rigen en materia de contratos públicos, derivados de los artículos 10 y 20 de la Ley de Contratación Administrativa, por lo que se obligó a la entrega de la documentación técnica en los plazos fijados. En apego a las indicadas razones, se rechaza el agravio presentado por el apelante."

**j) Incumplimiento en la contratación administrativa: Atrasos de las etapas de inspección por parte del Banco**

**Improcedencia del pago de daños y perjuicios por falta de prueba**

[Sala Primera]<sup>11</sup>

Voto de mayoría

**"VIII.-** Tocante al tercer agravio, cabe aclarar, que los Juzgadores de segunda instancia expresaron en su fallo, que no existió un atraso injustificado del Banco, por cuanto, conforme a los términos del Cartel, éste era quien determinaba la fecha a partir de la cual, la actora debía ejecutar sus obligaciones contractuales; sin embargo, razonaron, ello no tiene relevancia, ya que la parte demandante no especificó concretamente cuáles fueron los daños y perjuicios irrogados con el supuesto atraso, puesto que en la petitoria solo se solicitaron diversas sumas de dinero por la extensión de las inspecciones de las obras de Guayabo y Moravia, y por las demoras en la etapa de diseño de Puntarenas y Turrialba, *"... pero en ningún momento se dice cuales fueron los daños que ocasionó estos supuestos retrasos. El sólo atraso por sí mismo no genera automáticamente daños, éstos deben especificarse y probarse, lo cual no ocurre en el sub lite (...) pareciera que lo pedido en autos son honorarios profesionales, en los términos pactados y solicitados por el supuesto atraso ocasionado por la institución contratante, lo cual tampoco queda claro. Tal y como se dijo, la parte actora simplemente se limita a solicitar las sumas por el supuesto retraso en la ejecución del contrato, pero no establece cuales fueron los daños ni los demuestra (...) Es así que tenemos tres motivos por los cuales no se puede acoger la demanda: primeramente, tal y como se dijo, no se acreditó el atraso imputable al Banco accionado en la ejecución contractual, no se especificaron cuales fueron los daños y no se probaron éstos ..."* (folio 400). Partiendo de lo



anterior, se analizarán los argumentos del casacionista. Si bien el Ad quem no varió el cuadro fáctico que contiene la sentencia del Juzgado, lo anterior no implica que necesariamente, al realizar el análisis jurídico, tenga que llegar a las mismas conclusiones. El recurrente pretende se analice la viabilidad del pago de honorarios profesionales adicionales, al amparo de la normativa que menciona, sin embargo, a pesar de todos sus esfuerzos, su argumentación no llega a desvirtuar la afirmación del Ad quem, en el sentido de que no especificó ni probó, los daños concretos que le ocasionó el supuesto atraso. No cabe duda alguna, de que la contratación que aquí interesa se rige por sus cláusulas particulares y por la Ley de la Contratación Administrativa y su Reglamento, e incluso, así se dice de manera expresa en el cartel de la licitación por registro número 4124, punto 1.B). Los artículos 1, 3 y 10 de dicha Ley, establecen, su cobertura y que la actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del Ordenamiento Jurídico Administrativo, pero el recurrente se limita a mencionarlos, sin justificar la manera en que fueron indebidamente desaplicados. El numeral 15 de aquel cuerpo legal, dispone que la Administración está obligada a cumplir con todos los compromisos, adquiridos de forma válida en la contratación administrativa y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado. El servicio de consultoría convenido estaba dividido en varias etapas: a.- estudios preliminares y anteproyectos, b.- planos constructivos y especificaciones técnicas, c.- asesoría y estudios de ofertas para adjudicación; y d.- inspección de obras. Fue adjudicado para los proyectos de Moravia, Guayabo, Tilarán, Banca Corporativa de Heredia, Edificio Telebanco, Turrialba y Puntarenas. Ha quedado demostrado en autos que para el 27 de noviembre del 2000, la actora comunicó al Banco, que en los proyectos de Agencia Telebanco, Tilarán, Guayabo, Moravia y Banca Corporativa Heredia, se habían completado las primeras tres etapas de la consultoría, pero los concursos para la construcción, se publicaron hasta el mes de febrero del 2001, porque la entidad bancaria dio prioridad a otras obras; que la orden de compra a la empresa adjudicataria se expidió el 20 de julio siguiente, y el consultor fue notificado de que iniciara sus labores, el día 23 de ese mismo mes. Además, el proyecto de Turrialba estuvo paralizado por no promoverse el concurso para establecer el estado de los equipos y la entidad estatal tardó varios meses en tomar determinaciones sobre las recomendaciones emitidas respecto de Puntarenas, lo que retardó la fase de diseño. En la demanda se solicita el pago del "período de extensión" de las inspecciones, del 21 de julio al 26 de noviembre del 2001, del 27 de noviembre del 2001 al 4 de enero del 2002 y del 5 de enero del 2002 al 13 de febrero del 2002; así como de la etapa de diseño de las obras de Puntarenas y Turrialba. De lo dicho se concluye, que la Institución demandada se atrasó en hacer las revisiones de diferentes fases, actuación que era necesaria para que se pudiera seguir con las demás. La tesis del Tribunal se fundamenta en que el punto 13 del cartel establece el plazo de entrega para la primera etapa a partir del retiro de la Orden de Compra y para las demás, el punto de inicio del cómputo es el visto bueno del Banco, y si la empresa actora participó en esas condiciones no puede pretender en el camino variarlas de manera unilateral, aunque se diera la hipótesis por ella sostenida de que las demoras podrían ser imputables a la Entidad accionada. Efectivamente, de todo el documento contractual no se desprende la obligación del Banco de dar su visto bueno a las diferentes etapas en plazos definidos. Sin embargo, a partir del principio de la buena fe contractual, y de la obligación de cooperación, no puede afirmarse que podía retardar el que se pasara de una etapa a otra de forma indefinida, en perjuicio del contratista. Lo anterior, por cuanto en toda contratación, incluyendo las que se rigen por el derecho público, debe haber un comportamiento leal de las partes, en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas, y es por ello, que los derechos deben ejercitarse y las obligaciones cumplirse con lealtad. La buena fe es un principio general del Derecho, que informa todo el Ordenamiento Jurídico, incluyendo por supuesto el Administrativo, y en consecuencia, es un instrumento decisivo para la labor interpretativa y de integración, aplicable a todos los actos jurídicos, al ejercicio de derechos y al cumplimiento de las obligaciones, lo que incluye los contratos y demás negocios jurídicos. La sentencia de primera instancia tuvo por demostrado, y así lo avaló el Ad quem, que hubo atrasos y estos se produjeron porque el Banco dio prioridad a otros proyectos (hechos 24, 30, 37, 40, 41), por lo que el tiempo excesivo que se tomó para ejercitar sus derechos y obligaciones, en el caso concreto, debe ser tenido como un factor determinante de la infracción de las exigencias de la buena fe. Sin embargo, lo anterior no implica que corresponda de forma automática, el cobro de honorarios adicionales. Si bien el ordinal 69 inciso 2) del Reglamento General de Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo No. 25038- H de 6 de marzo de 1996), establece que la contratación de servicios técnicos o profesionales debe remunerarse conforme las tarifas respectivas, cuando los servicios se encuentren regulados por aranceles obligatorios, en el contrato suscrito entre las partes, nunca se hizo referencia al artículo 36, apartado A) inciso a) del Reglamento para la Contratación de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura, y el numeral 5 acápite a) del Arancel de Servicios Profesionales de Consultoría para

Edificaciones, en relación con indemnizaciones o ampliación de honorarios por prolongaciones indebidas entre las diversas fases de la contratación, e incluso el propio recurrente reconoce que la segunda norma citada, se refiere a supuestos distintos de los que aquí interesan. Siendo así, tal y como lo expresó el Tribunal de segunda instancia, debió probar la parte actora que la actuación de la entidad demandada la hizo incurrir en un esfuerzo o costos adicionales directos o indirectos, que alteraron la ecuación financiera del contrato. En otras palabras, era imperativo demostrarse que el atraso del Banco para promover los concursos en algunos proyectos, y en la fase de diseño en otros, causó daños y perjuicios a su contraparte, lo que aquí no se hizo. A falta de una normativa específica en la Ley de Contratación Administrativa, corresponde una aplicación supletoria de los artículos 702 y 704 del Código Civil, que establecen por su orden: “*El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito*”, y “*En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse*”. Entonces, como no se probó la existencia de daños y perjuicios, no puede tenerse al Banco de Costa Rica, como obligado al pago de honorarios adicionales, por lo que no resultan violados por falta de aplicación los numerales 15, 16, 17 y 18 de la Ley de Contratación Administrativa, los artículos de su Reglamento que desarrollan estos preceptos, ni los ordinales 36, apartado A, inciso a) del Reglamento para la Contratación de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura o el número 5 inciso A) del Arancel de Servicios Profesionales de Consultoría para Edificaciones. Tampoco se quebrantó, la norma 19 de la Ley de Contratación Administrativa, por cuanto establece el deber para la Administración, de cancelar intereses, en el supuesto de que se incurra en demoras en el pago de sus obligaciones, pero en el sub litem, aún cuando en la demanda se hace referencia a atrasos en el reembolso de facturas, en la petitoria lo reclamado es que se extiendan los honorarios pactados, por la imprevista prolongación en el tiempo, de las etapas de inspección, en unos lugares y del diseño en otros, y no por no cancelar el precio pactado, en el tiempo estipulado. Por lo expuesto, no encuentra razones esta Sala para quebrar el fallo del Ad quem, en virtud de que no ha podido el casacionista demostrar que se hayan violado las normas que alega conculcadas, es por ello que el agravio deberá rechazarse.”

***k) Contratación administrativa: Concepto, naturaleza jurídica y distinción con convenio administrativo***

***Convenio de cooperación entre instituciones: Concepto, naturaleza jurídica y distinción con contratación administrativa***

***Cláusula penal: Concepto, principios aplicables y distinción con mecanismo indexatorio***

[Sala Primera]<sup>12</sup>

Voto de mayoría

“ **IV.- De la contratación pública.** De previo a ingresar al análisis de los cargos formulados, es preciso referirse brevemente a algunos aspectos relacionados con la contratación pública. De conformidad con el numeral 182 de la Constitución Política, toda contratación que realice alguno de los órganos o entes del Estado, sea dentro de su organización centralizada, descentralizada o desconcentrada, debe realizarse mediante un procedimiento de licitación pública dentro del cual, las normas de adjudicación permitan seleccionar al oferente que de forma más amplia y objetiva, satisfaga los intereses públicos inmersos en dicho proceso de obtención de bienes y/o servicios. (Consúltense en este sentido la sentencia no. 998-98 de la Sala Constitucional) El desarrollo de este principio constitucional se ha realizado y se encuentra contenido en el texto de la Ley de la Contratación Administrativa, No. 7494 y en su Reglamento, Decreto No. 25038-H. Este conjunto legal se constituye en el marco jurídico regulatorio de la actividad de contratación de la Administración Pública. En este sentido, su ámbito de aplicación –influenciado de un criterio marcadamente objetivo–, incluye la actividad de todas aquellas entidades públicas que de alguna manera, sea directa o indirecta, administren o dispongan de recursos públicos. En relación, el artículo 1 de la Ley de referencia indica con claridad meridiana: “*Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del*



*Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas./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./Cuando en esta Ley se utilice el término " Administración ", se entenderá que se, refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones."* Esta disposición presupone que las unidades públicas, en el marco de sus actividades de contratación, y a tono con el principio de legalidad administrativa, contenido en los ordinales 11 de la Carta Magna, 11 y 13 de la Ley General de la Administración Pública, deben sujetarse a lo expresado en ese marco legal, tanto en la utilización de procedimientos, como respecto de los principios inherentes en esta materia. Bajo este marco, toda actividad pública de adquisición o intermediación de bienes y/o servicios, incluidos los acuerdos como el suscrito entre el Banco actor y el Ministerio de Hacienda, se encuentran sujetos a las regulaciones de esta Ley. En torno a la relación jurídica suscrita entre las partes litigantes, cabe precisar que no toda relación que se genere entre dos administraciones públicas debe tenerse como un contrato en sentido estricto, pues bien puede tratarse de un convenio administrativo. Los convenios de esta clase, pueden ser definidos como un mecanismo bilateral utilizado por unidades públicas para conseguir la coordinación inter-administrativa, mediante relaciones jurídicas de colaboración y cooperación entre ellas. De ahí que en este tipo de acuerdos, al buscar un objetivo común, un interés compartido, se presenta un equilibrio entre lo que da y recibe cada una de las entidades u órganos involucrados. En el contrato por el contrario, estas variables no se encuentran presentes, dado que no se impone un balance entre las prestaciones a que se obligan las partes, ni se impone la cooperación como móvil primario de la relación. Tampoco existe una coincidencia de intereses; la Administración busca la obtención de bienes y servicios para cumplir con sus cometidos, en tanto que el contratista, la retribución o utilidad que la realización del objeto del contrato le va a generar. Verbigracia la venta de servicios que pueda hacer una entidad a otra. Visto así, el punto clave para precisar si se está frente a un contrato o ante un convenio, radica en el objeto de la negociación, así como en la "cooperación" que efectivamente se estén brindando entre sí ambas entidades. Ergo, existe una significativa diferencia entre un convenio de cooperación entre instituciones y cualquier otra actividad contractual que se lleve a cabo al amparo del artículo 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa. A la luz de lo anterior, se desprende con claridad que el pacto objeto de examen constituye un contrato administrativo suscrito entre dos instancias públicas, aún cuando se haya denominado convenio, en razón de su objeto y de las condiciones que delimitan y detallan las obligaciones y derechos de las partes que lo suscribieron. La distinción entre ambas figuras y la determinación de la naturaleza del vínculo jurídico entre las partes es de interés al presente caso, en razón de que a tono con lo dispuesto por la Ley de cita y su Reglamento, es dentro de los contratos administrativos y no en los convenios, donde es viable la incorporación de figuras como la cláusula penal por retraso en la ejecución. Esto es así en razón del objeto que estos últimos conllevan, y la relación de coordinación y búsqueda de fin común que se supone intrínseca en ellos. Por tal, este aspecto es de relevancia de cara a abordar el análisis de disposiciones de este tipo, sus alcances, efectos, y en general, el régimen jurídico que las delimita, aspectos que serán objeto de examen en los considerandos siguientes.

**V.- Contrato Administrativo. Deber de cumplimiento.** Ahora bien, el contrato administrativo constituye la fuente primaria que delimita el objeto de la contratación, pero además, es el régimen particular que precisa los términos de la relación jurídico administrativa. Es en este instrumento donde se incluyen las condiciones específicas a las que se obligan quienes lo suscriben, y los aspectos particulares para llegar a su correcta ejecución. Las partes suscriben el contrato para cumplirlo. De ahí que el numeral 20 de la Ley de cita en relación al precepto 22 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, disponen el principio de obligación de cumplimiento a cargo del contratista, deber al que a su vez, guarda sujeción la Administración contratante, según lo preceptúa el canon 15 de la Ley y el 17 del Reglamento. A partir de estas disposiciones, los contratantes se encuentran obligados a que la ejecución se desarrolle dentro de los términos acordados, debiendo acudir al mismo y al marco legal, para justificar los retrasos que puedan producirse y que trunquen la posibilidad de cumplimiento en tiempo y forma, o bien, para corregir los inconvenientes que en su desarrollo pudieren surgir, con la imposición de las sanciones que procedan. Dentro de esta relación jurídico administrativa, las partes pueden establecer una diversa gama de condiciones contractuales, las que, necesariamente, deben inclinarse a buscar o potenciar no solo la concreción del objeto del pacto, sino además, la satisfacción del interés público involucrado (doctrina del numeral 113 Ley General de la Administración Pública), dentro de un marco de equilibrio en la distribución de las cargas. Esto es así, porque

estos acuerdos deben ser objetivos y revestidos de racionalidad. No obstante, es claro que la Administración Pública contratante, como parte de sus potestades de imperio, es quien define las cláusulas primarias del contrato, que se presumen aceptadas por el contratista con la sola presentación de la oferta, de modo que aún cuando manifiesta de modo expreso su inconformidad al respecto, se tiene por no puesta (artículo 49 Reglamento General de la Contratación Administrativa). De igual modo, en virtud de la potestad de modificación unilateral del contrato, ante circunstancias imprevisibles y cuando sea la única forma de satisfacer el interés público, la Administración puede variar las condiciones pactadas hasta en un 50%, según lo dispone el numeral 12 de la Ley de la Contratación Administrativa. Empero, el contenido del contrato así como estas potestades, están sujetos a las reglas que en esta materia impone la legislación, dentro de las que se incluyen las barreras del ejercicio discrecional reguladas por los cánones 15 y 16 de la Ley General de la Administración Pública. Pero además, guardan una sujeción a los principios generales que se encuentran inmersos en el Ordenamiento Jurídico, y que son atinentes a la contratación pública. Estos postulados orientan esta función administrativa, a fin de potenciar su cumplimiento debido dentro de los cauces adecuados. Se trata de principios que se encuentran incluso por encima del contrato, al grado que cuando alguna disposición del convenio atente contra ellos, su desaplicación es inminente, a favor de aquellas reglas superiores. Así, las partes pueden invocarlos a su favor, aún contra el mismo contrato. Es el caso de la intangibilidad patrimonial, la buena fe contractual, equilibrio en las cargas, *ius variandi*, razonabilidad y proporcionalidad, entre otras.

**VI.-** El casacionista recrimina la aplicación del numeral 712 del Código Civil a la cláusula penal contenida en el anexo del convenio suscrito entre el Banco actor y el Ministerio de Hacienda, por considerar que dicha disposición es inaplicable en tanto el convenio tiene fuerza de ley entre las partes, razón por la cual, lo dispuesto en el articulado era lo que debió considerarse para resolver la litis. A diferencia de lo alegado por el recurrente, esta Sala estima que la posición sostenida por el a quo y confirmada por el ad quem, es correcta y ajustada a Derecho por lo que de seguido se indica. En la especie, según se desprende de los autos, en fecha 25 de septiembre de 1997, ambas partes litigantes suscribieron un Convenio de Servicios Auxiliares, en virtud del cual, el Banco actor se comprometía a la recaudación de los tributos administrados por la Dirección General de Tributación, los que debía trasladar, dentro de los plazos pactados, a las cuentas correspondientes de la Tesorería Nacional (hechos probados 2 y 3 del fallo de primera instancia, no controvertidos). En el Anexo de dicho pacto, y para lo de interés, en el Capítulo IV "De las penalidades", se incluyó la cláusula 23 que en lo pertinente indica: *"Para el caso en que el "Banco" no efectúe los abonos de los montos recaudados dentro de los plazos fijados en este Anexo, el interés se producirá de pleno derecho y sin necesidad de trámite previo alguno, salvo caso fortuito o fuerza mayor eventualidad ésta, debidamente sustentada por el "Banco" y comunicada por escrito a la " DGTD" el día hábil siguiente de producción de los hechos que causaron el atraso en la acreditación de los fondos. Tratándose de atrasos en el abono de los montos recaudados, con posterioridad a la fecha fijada, se procederá de la siguiente amera: 1. Se aplicará sobre el monto dejado de abonar un interés equivalente al 1% diario. (...) 2. El interés se aplicará desde la fecha en que se debió efectuar el depósito hasta el día de efectivo ingreso de la recaudación en la cuenta de la Tesorería nacional y, de corresponder, de los otros entes beneficiarios de la recaudación."* En cuanto a los intereses moratorios, el punto 3 de ese mismo numeral disponía: *"... Cuando el monto correspondiente al interés, no hubiere sido cancelado dentro del plazo establecido en el párrafo anterior, dicho importe o su saldo devengará intereses moratorios a la tasa indicada en el inciso 1º..."* Por su parte, el ordinal 24 del mismo anexo, disponía la sanción por el atraso en la rendición de información, la que consiste en *"... una multa equivalente al 5% de la comisión que le corresponden por "captura y transcripción", por cada día de demora en la entrega del o de los formularios correspondientes..."* Adicionalmente, se estableció que la multa en cuestión se determinaría sobre la base de que cada formulario representa un promedio de 350 pulsaciones sin importar el tipo de modelo. Un estudio objetivo de estas figuras contractuales al amparo de la legislación que regula la materia, llevan a concluir que en realidad se tratan de verdaderas cláusulas penales, en tanto son disposiciones que tienen por finalidad, pre-establecer mecanismos de sanción ante los eventuales atrasos en la ejecución o incumplimientos del contrato o de alguna de sus fases. Esto obliga a analizar el régimen jurídico aplicable a este tipo de cláusulas dentro de la contratación pública, a fin de contar con panorama claro que permita una correcta solución de los agravios formulados.

**VII.-** Conforme se ha indicado con antelación, dentro de los contratos administrativos, es factible la incorporación de las denominadas cláusulas penales, como figuras de sanción contractual. Se trata de acuerdos que definen en forma anticipada, cual será la multa económica concreta que deberá cancelar el

contratista por incurrir en el incumplimiento de una de sus obligaciones (normalmente por demora o ejecución prematura del contrato). El canon 34 de la Ley y los incisos 3) y 4) del numeral 36 de su Reglamento, permiten la inclusión de este tipo de condiciones en los contratos públicos. En esta línea, el citado inciso 3) dispone la posibilidad de "...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." De igual forma, el ordinal 34 de la Ley dispone la imposibilidad de ejecutar la garantía de cumplimiento por la misma causa específica, en virtud de la que se ha aplicado una cláusula penal. Si bien las anteriores disposiciones enunciadas mencionan el instituto de la cláusula penal, lo cierto del caso es que no aportan un contenido amplio sobre el tema, mas al contrario, se limitan a prever su existencia dentro del contrato y a disponer la improcedencia de cobrar por una misma causa, la garantía de cumplimiento y ejecutar dicho tipo de cláusula. Esta laguna obliga a acudir a otras disposiciones legales que permitan establecer los términos del uso de ese tipo de determinaciones contractuales, de conformidad con el principio de integración del Ordenamiento Jurídico, a fin de establecer reglas objetivas aplicables a la generalidad de los casos. La composición aludida ya se encuentra prevista en las normas que regulan la contratación del Estado. En efecto, en línea con dicho principio general de derecho, el canon 3 de la Ley y el 2 del Reglamento, refiriéndose al régimen jurídico aplicable a la materia de la contratación administrativa, establecen la aplicabilidad instrumental de las figuras contractuales y normas que no se encuentren desarrolladas por el ordenamiento jurídico-administrativo, pero si lo estén en el derecho privado. El canon 3 de la ley indica al efecto: "*La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo./ Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa.*" Por su parte, el ordinal 2 del Decreto No. 25038-H dispone: "*2.1 La actividad de contratación administrativa se rige por las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo. (...) 2.3 Solamente en ausencia de disposición expresa de estos cuerpos normativos, se podrá aplicar las disposiciones pertinentes del derecho privado. Cuando se utilice alguna de las figuras contractuales privadas, se entenderá que se hace con un sentido instrumental, prevaleciendo en todo caso, la regulación de derecho público en lo que concierne la formación de la voluntad administrativa, y el respeto de los principios y procedimientos propios de la contratación administrativa.*" 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 insuficiente. En el caso del derecho 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, lo que deviene del poder público inherente a la Administración, que ha justificado figuras como las cláusulas exorbitantes, la modificación unilateral del contrato, principios tales como la intangibilidad patrimonial, que obliga a mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato (mediante reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, *rebus sic stantibus*, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato), entre muchos otros, 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 de las cláusulas penales, acudir a las normas del derecho civil como parámetro de complementación. En este sentido, es el Código Civil el instrumento legal que regula con el detalle de mérito la figura bajo examen y el que, por ende, complementa bajo una relación de instrumentalidad, las normas de la contratación pública.

**VIII.-** En este sentido, el numeral 708 de dicho Código establece como efecto de los acuerdos: "*...determinar con anticipación y a título de multa los daños y perjuicios debidos al acreedor, por el deudor que no ejecute su obligación o que la ejecute de una manera imperfecta*". Se trata de un sistema de sanción administrativa alternativo, que pretende establecer de previo, cuales van a ser los efectos económicos del incumplimiento. Empero, esta liberalidad de acuerdo de regímenes sancionatorios en realidad es relativa, en tanto se encuentra sujeta a normas de mayor nivel que disponen principios que aseguran su racionalidad y proporcionalidad, de manera que no se impongan como medios de castigo excesivos, generadores de beneficios indiscriminados a favor de una de las partes. En armonía con este postulado, el canon 712 del Código Civil dispone: "*Cuando sólo se reclame la pena, ésta no puede exceder en valor ni en cuantía a la*



**obligación principal; y en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquél.**" (El destacado es propio) 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 objetivos de naturaleza cuantitativa, que en la especie, consiste en una cuarta parte de la obligación principal. Es decir, 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. 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 alguna de las partes, aún en contra del propio pacto. 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 de buena fe, puedan incorporarse disposiciones abusivas que introduzcan sistemas sancionatorios desproporcionados e irracionales, sin sujeción a límites. Esto es así porque las sanciones están afectas a esos parámetros. Visto así, estima esta Sala que la aplicación supletoria del numeral 712 del Código Civil que dispuso el Juzgado y confirmó el Tribunal, se encuentra ajustada a derecho, dado que es la misma Ley de la Contratación Administrativa la que dispone la procedencia del uso de figuras del derecho privado, cuando las estructuras del derecho administrativo sean limitadas, ergo, la integración normativa encuentra su sustento en la misma legislación. [...]

**X.-** En lo atinente al alegato de que la multa del 1% es en realidad un mecanismo indexatorio, cabe señalar que del estudio del convenio y del anexo respectivo, no se infiere que el artículo 23 aludido haya sido pactado bajo esa modalidad. Más al contrario, según se señaló en el considerando VI precedente, se trata de una cláusula penal, regida por un régimen jurídico particular, aspecto ya debatido anteriormente. En todo caso, la demostración de que ese acuerdo en particular había sido convenido en esa naturaleza, corría a cargo del Estado, al socaire del numeral 317 inciso 2 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión expresa del canon 103 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Esa afirmación no fue acreditada, por tanto, el cargo es desafortunado. En esta línea, cabe indicar que la finalidad de la cláusula penal y de los mecanismos indexatorios, es diametralmente distinta. La primera, en armonía con lo ya expuesto, consiste en determinar de antemano, la multa por daños y perjuicios a aplicar por incumplimiento contractual, o por ejecución indebida o no satisfactoria. Es entonces, un mecanismo de sanción económica que opera ante motivos concretos y predispuestos en el pacto. Por su parte, la indexación consiste en un mecanismo que tiene por fin, traer a valor presente una obligación dineraria, ergo, se trata de un dispositivo de ajuste económico, cuyo propósito es actualizar el valor de la obligación, al momento concreto en que sea exigida. Desde esta perspectiva, la cláusula penal no tiene por virtud perseguir dicha actualización, sino, erigirse como sanción patrimonial. Es precisamente este último, el propósito que se observa, buscaba el artículo 23 del convenio, y no fungir como mecanismo de indexación, como equivocadamente asegura el recurrente, de ahí que su alegato no sea de recibo. Así mismo, cabe mencionar que el fallo impugnado no conlleva un peligro o riesgo de legitimar el incumplimiento de los contratos administrativos. Lo anterior en razón de que, conforme lo ha indicado ya esta Sala *"la cláusula penal, como deuda dineraria, conlleva el pago de intereses moratorios desde su incumplimiento, pues a partir de ese momento resulta exigible el monto pactado por ese concepto. Estos réditos no los cobija la indemnización compensatoria de la obligación definitivamente incumplida. Los intereses, reitera esta Sala, refieren a la eventual ejecución tardía del pago de la suma establecida a manera de cláusula penal. Se trata de un resarcimiento de los daños moratorios a cargo del deudor moroso que no cumple a su debido tiempo con su obligación de pagar. En estos casos es posible hablar de dos incumplimientos: el primero produce la aplicación de la cláusula penal y, su declaratoria mediante el fallo judicial, sólo consolida la existencia de la obligación dineraria pactada por esa vía indemnizatoria. El segundo resulta del no pago de esa suma adeudada, cuya consecuencia para el deudor es reconocer intereses legales. Razonar distinto sería admitir que el incumpliente, con pleno conocimiento de esa circunstancia, constriña al acreedor a plantear un proceso y evitar, de esa manera, el pago de intereses desde su incumplimiento."* (Sentencia no. 731 de las 10 horas 55 minutos del 25 de septiembre del 2002) Por ese motivo, si bien el monto de la sanción a lo sumo puede llegar a un 25% del total de los fondos que no se trasladaron en tiempo, a partir del momento en que se imponen los efectos de la cláusula penal, la deuda que deriva devenga intereses moratorios. Ergo, la suma impuesta por el incumplimiento se incrementa con los réditos correspondientes al retraso en su pago, de lo que se debe concluir que el fallo impugnado, de ninguna



manera, cohonesta o legítima las desatenciones de las obligaciones contractuales. No eximiría en todo caso, de la debida indemnización de daños y perjuicios paralelos o colaterales, fundados fuera de la causa específica del retraso, con las garantías o acciones jurisdiccionales previstos para su exigibilidad. Se trata de una sanción por retraso, no de una confiscación financiera disfrazada de interés público. Así, el argumento esbozado no es de recibo.”

## **Sobre el Artículo 25**

### ***I) Contratación administrativa: Nulidad de la adjudicación por vínculos entre funcionarios y oferente***

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VIII]<sup>13</sup>

Voto de mayoría

**“V- SOBRE EL FONDO:** El demandado Ruiz Castro ha sostenido a lo largo del proceso, que al momento de participar como miembro de la Comisión Técnica de Licitaciones y conocer y recomendar la adjudicación de los citados concursos, desconocía que el representante de la empresa P&P Construcciones S.A., señor Mauricio Pereira Ruiz, era su sobrino. De la misma forma lo alega en esta instancia. El apelante cuestiona el fallo en los siguientes aspectos puntuales: o Confronta el fallo, diciendo que se le imputa una responsabilidad que deviene de la omisión de un tercero, lo que se opone a los principios de la responsabilidad administrativa. Menciona en su agravio que la Comisión contaba un Asesor Legal externo, responsable de vigilar que las recomendaciones fueran conforme al Ordenamiento Jurídico, y que el conocer el régimen legal de prohibiciones, resulta muy distinto a determinar en cada caso incompatibilidades de alguno de los miembros con los representantes de los oferentes, pues no estaba en condiciones objetivas de conocer la incompatibilidad, ya que en la práctica solo se revisan los expedientes en caso de duda, y la Comisión se guía por el cuadro resumen, por lo que era obligación de la asesora legal externa, el revisar las ofertas para detectar vicios legales. Tal argumento, merece rechazo. El demandado Ruiz Castro como miembro de una Comisión encargada de valorar y recomendar las ofertas en los concursos licitatorios, suscribió una declaración en la que afirma conocer el régimen sancionatorio dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa, mismo que lo cubría al momento de emitir su recomendación en la licitación cuestionada, lo cual generaba ineludiblemente una responsabilidad intransferible. Pierde de vista el apelante, que el objeto de dicha declaración, no constituye un mero requisito (folio 314), sino, contiene el aseguramiento de que el funcionario público, conoce el régimen sancionatorio de las faltas y conductas relacionadas con la materia de contratación administrativa; lo anterior con la finalidad clara que la función desempeñada dentro de una Comisión de tal naturaleza (a saber, la revisión objetiva, el estudio y recomendación a la Junta Directiva del respectivo concurso, según folio 11 de los autos por sí y en relación con el Art. 7 del Reglamento especial proyectado que aparece como prueba N° 4 Ampo del Exp. Adm-), sea desarrollada bajo el principio de transparencia, y que sus miembros comprendan las responsabilidades y consecuencias de sus actuaciones en el desempeño de su cargo, situación que no excluye el caso concreto. Si bien, lleva razón el recurrente al indicar que la asesora legal externa contaba con responsabilidades sobre rendir la debida orientación legal al momento de realizar las recomendaciones por parte de la Comisión, tal circunstancia no excluye su responsabilidad como miembro de dicha Comisión, la cual debía conocer en detalle cada una de las ofertas que se presentaban para los diferentes concursos, a fin de valorar y recomendar la adecuada, sin dejar de lado que sus obligaciones comprendían la vigilancia de la disposiciones de la ley que rige la materia, las cuales provienen de la aceptación del cargo y que se concretan en la declaración jurada en la que declara conocer las responsabilidades propias de esta función y de la materia, por lo cual, no resultan de recibo sus manifestaciones en torno a que surge gran diferencia entre el régimen legal de prohibiciones y el conocer la existencia de compatibilidad de alguno de sus miembros con los representantes de los oferentes, pues era de su conocimiento que en razón de su cargo, debía emitir su recomendación ajustada a Derecho; lo que no



ocurrió en autos, al participar en una votación y posterior recomendación para la adjudicación de una oferente que era representada por su sobrino Mauricio Pereira Ruiz, y el hecho de que lo haya puesto en conocimiento de la Junta Directiva, no lo exenta de su responsabilidad y las consecuencias de su actuación. Este Tribunal al analizar similar situación, en la que también concurren las mismas partes de la presente litis, determinó la importancia de la incompatibilidad en mención de la siguiente manera: *"VI.- (...) es claro que la Ley de Contratación Administrativa -en adelante LCA-, número 7494 de 2 de mayo de 1995, según reforma por la 7612 de 12 de julio de 1996 (no se aplica al caso la reforma por ley 8422 de 6 de octubre de 2004, por no estar vigente al momento de los hechos y decisiones que se juzgan), en su Capítulo V, determina una serie de prohibiciones, expresamente el artículo 22 regula que están inhibidos de participar en un proceso de contratación como oferentes los funcionarios públicos con influencia o participación directa o indirecta en cualquier etapa del procedimiento, o sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado, o las personas jurídicas en que tales parientes sean titulares de más de un veinticinco por ciento del capital social o ejerzan puestos directivos o de representación en ellas (incisos b ° , d ° y e ° ); situación en que evidentemente se encuentran el representante de la actora como dueño de su capital y su madre como miembro de la junta directiva respecto del doctor Ruiz Castro como funcionario, por ser tío del primero y hermano de la segunda. **Debe llamarse la atención de que la norma no regula un simple impedimento u obstáculo procesal, sino una clara y terminante prohibición;** acto seguido, el numeral 25 ibídem establece que la violación del régimen dicho originará la nulidad absoluta de la oferta, del acto de adjudicación o del contrato en que recaiga y acarreará a la parte infractora las sanciones que prevé la misma ley; lectura que conduce a dos conclusiones, una, que la consecuencia de la infracción dicha es la nulidad absoluta de los actos que benefician a quien incurrió en la figura; segunda, que la consecuencia dicha no afecta sólo el momento de la oferta, sino que se aplica a todo lo largo del procedimiento de contratación y recae igualmente sobre la adjudicación, como en este caso, o aún si ya se suscribió el contrato. (...) Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia N° 344-2005 de las diez horas con veinticinco minutos del veinticuatro de agosto del dos mil cinco."*



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 7494 del dos de mayo de 1995. Ley de Contratación Administrativa. Fecha de vigencia desde: 08/06/1995. Versión de la norma: 17 de 17 del 17/02/2011. Datos de la Publicación: N° Gaceta: 110. del: 08/06/1995. Alcance: 20.
- 2 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SÉTIMA.- Sentencia número 12 de las once horas quince minutos del veintiséis de febrero de dos mil diez. Expediente: 04-000478-0163-CA.
- 3 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN OCTAVA.- Sentencia número 29 de las quince horas del veinticuatro de abril de dos mil nueve. Expediente: 02-001178-0163-CA.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 2636 de las diez horas veintiséis minutos del veintidós de febrero de dos mil ocho. Expediente: 07-016085-0007-CO.
- 5 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 10794 de las once horas cincuenta y ocho minutos del veintisiete de julio de dos mil siete. Expediente: 06-012922-0007-CO.
- 6 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN NOVENA. Sentencia número 4 de las dieciséis horas treinta minutos del catorce de agosto de dos mil ocho. Expediente: 05-000041-0161-CA.
- 7 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA.- Sentencia número 12 del treinta de abril de dos mil ocho. Expediente: 01-000315-0163-CA.
- 8 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA.- Sentencia número 13 de las dieciséis horas veinticinco minutos del treinta de abril de dos mil ocho. Expediente: 99-000220-0163-CA.
- 9 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA.- Sentencia número 44 de las diez horas treinta minutos del cuatro de julio de dos mil ocho. Expediente: 03-000057-0163-CA.
- 10 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SÉPTIMA.- Sentencia número 92 de las trece horas cuarenta minutos del treinta de setiembre de dos mil nueve. Expediente: 03-000014-0163-CA.
- 11 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 904 de las ocho horas cincuenta y cinco minutos del diecisiete de noviembre de dos mil seis. Expediente: 02-000107-0163-CA.
- 12 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1019 de las dieciséis horas veinticinco minutos del veintiuno de diciembre de dos mil cinco. Expediente: 01-000606-0163-CA.
- 13 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN OCTAVA.- Sentencia número 36 de las quince horas del quince de diciembre de dos mil ocho. Expediente: 04-000902-0163-CA.