



REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL PROCESO Y EJECUCIÓN DE LA LICITACIÓN

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Licitación Pública.
Palabras Claves: Responsabilidad de la Administración, Responsabilidad del Concesionario, Responsabilidad Administrativa, Responsabilidad Civil, Responsabilidad Penal, Prescripción del Régimen de Responsabilidad, Riesgos del Contratista, Faltas de la Administración, Faltas del Adjudicatario.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 05/04/13.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
a) El Régimen de Responsabilidad de la Administración Pública	2
b) El Deber de Fiscalización de la Administración Pública sobre los Concesionarios	2
c) Prescripción de la Responsabilidad del Contratista	3
d) Riesgos del Contratista y Límites de la Responsabilidad de la Administración Pública	3
e) La Responsabilidad Civil y Penal	3
DOCTRINA	4
Del Ámbito de Responsabilidad y Sancionatorio de las Partes de la Contratación	
Administrativa	4
a. De las Faltas Ocasionadas por la Administración	4
b. De las Faltas del Adjudicatario	7
JURISPRUDENCIA	8
1. La Responsabilidad de la Administración por Declarar Desierto un Acto de Adjudicación dentro del Proceso de Contratación Administrativa	8
2. La Responsabilidad de la Administración Pública por Declarar Desierto un Acto de Adjudicación Firme Derivado del Proceso Licitatorio	13
3. Daños y Perjuicios Ocasionados por la Competencia Desleal entre las Empresas Participantes en el Proceso Licitatorio	31

4. La Posibilidad de Incluir Cláusulas Penales y Multas en el Cártel de Licitación	34
5. Concepto, Importancia y Características de la Garantía de Participación en el Proceso Licitatorio	36

RESUMEN

El presente documento reúne información el tema de la Responsabilidad deriva de la ejecución de Licitaciones, considerando los supuestos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que le dan sustento al régimen de responsabilidad licitatoria.

NORMATIVA

a) El Régimen de Responsabilidad de la Administración Pública

[Ley General de la Administración Pública]ⁱ

Artículo 190.

1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente.

b) El Deber de Fiscalización de la Administración Pública sobre los Concesionarios

[Ley de Contratación Administrativa]ⁱⁱ

ARTICULO 13. Fiscalización.

La Administración fiscalizará todo el proceso de ejecución, para eso el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. A fin de establecer la verdad real, podrá prescindir de las formas jurídicas que adopten los agentes económicos, cuando no correspondan a la realidad de los hechos.

En virtud de este derecho de fiscalización, la Administración tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas.

Si la Administración no fiscaliza los procesos, eso no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

c) Prescripción de la Responsabilidad del Contratista

[Ley de Contratación Administrativa]ⁱⁱⁱ

ARTICULO 35. Prescripción de la responsabilidad del contratista.

En cinco años, prescribirá la facultad de la Administración de reclamar, al contratista, la indemnización por daños y perjuicios, originada en el incumplimiento de sus obligaciones. Si se trata de obras públicas, el término para el reclamo indemnizatorio originado en vicios ocultos, será de diez años, contados a partir de la entrega de la obra.

d) Riesgos del Contratista y Límites de la Responsabilidad de la Administración Pública

[Ley de Contratación Administrativa]^{iv}

ARTICULO 60. Riesgo del contratista.

La ejecución del contrato de obra se realizará por cuenta y riesgo del contratista y la Administración no asumirá ante él más responsabilidades que las previstas en la contratación.

e) La Responsabilidad Civil y Penal

[Ley de Contratación Administrativa]^v

ARTICULO 94. Responsabilidad penal y patrimonial.

La aplicación de las sanciones administrativas previstas en este capítulo no excluye de las eventuales sanciones penales por conductas en que hayan incurrido los funcionarios públicos o los particulares. Tampoco excluye la posibilidad de exigir la responsabilidad, por daños y perjuicios ocasionados a la Administración.

DOCTRINA

Del Ámbito de Responsabilidad y Sancionatorio de las Partes de la Contratación Administrativa

[Ramírez Loría, I]^{vi}

a. De las Faltas Ocasionadas por la Administración

En este tanto, la Administración se encuentra en medio de dos tipos de responsabilidad, aquella que tiene frente a cualquier individuo de la sociedad a quien se le acuse un daño y aquella que tiene directamente con el contratista, en virtud del Contrato; la primera es conocida como responsabilidad extracontractual y la segunda contractual.

Con respecto a la responsabilidad extracontractual, esta se rige por lo establecido en la Ley General de Administración Pública, artículo 190 y siguientes. Como se dijo anteriormente la Administración Pública debe responder por su actuar siempre y en la medida en que se produzca un daño; pudiendo ser este actual legítimo o ilegítimo, normal o anormal.

Esta última frase indica el contenido del Principio de Responsabilidad, por lo que no es importante determinar el actuar de la Administración sino el daño que se produzca.

Este daño debe ser, según se establece en el artículo 196 de la Ley General de la Administración Pública, *efectivo, evaluable e individualizarse en relación a una persona o grupo*, teniendo con ello la carga probatoria aquel que solicite la indemnización.

Para poder determinar la responsabilidad extracontractual de la administración, será necesario hacer remisión al momento en que éste surja, la ley en esto es muy clara al establecer que no importa el actuar de la Administración, es decir, si es dentro o no de su funcionamiento, si este existe y es cuantificable, la Administración deberá responder. Por tanto debe acreditarse su existencia y demostrarse que es por ese actuar Administrativo que se produce dicho daño.

En materia de contratación administrativa, en al medida en que se cause un daño, debe la Administración responder.

A diferencia de la extracontractual, la responsabilidad contractual se da directamente en relación con el contratista en virtud del Contrato establecido, en este tanto es la relación contractual la que determina la responsabilidad.

La jurisprudencia ha indicado que *"La responsabilidad contractual está íntimamente relacionada con la materia de los contratos administrativos; por ende, en el contenido*

*de cada uno de ellos se encuentran las reglas de la responsabilidad derivada del contrato, determinadas por el principio de autonomía de la voluntad, las normas de derecho privado aplicables de conformidad con el párrafo 2, artículo 3, de la Ley General de la Administración Pública (entre ellas el Código de Comercio) y, por último, las reglas que norman, hacia el interior de la Administración, su potestad de contratación (Ley de Administración Financiera, Reglamento de la Contratación Administrativa). La responsabilidad extracontractual, en cambio, se rige por disposiciones de naturaleza distinta...'*¹

Así como es la ley General de la Administración Pública la que determina el régimen de responsabilidad extracontractual, es la Ley de Contratación Administrativa quien determina el ámbito de la responsabilidad contractual.

Es en el Capítulo X de la supracitada ley denominado de las sanciones, que además tienen relación directa con el Capítulo IX del Reglamento a esta ley, donde se determinan una serie de parámetros que de cumplirse generan responsabilidad para la Administración Contratante.

En términos generales el ámbito sancionatorio de la Ley de Contratación hace referencia directa al incumplimiento de los deberes de los funcionarios y especialmente al incumplimiento del ámbito de prohibiciones establecido por esta misma ley u otras.

Debemos por tanto tener muy claro que para que en materia de contratación administrativa surja alguna responsabilidad contractual deben suceder dos supuestos; en primer lugar debe existir un daño cierto e indemnizable y por otro el funcionario público debe hacer caso omiso a una norma prohibitiva.

Como se ha indicado anteriormente, el contratista es un simple colaborador de la Administración, y es en ella donde recae la responsabilidad de satisfacer el interés general. *"Utilizando el procedimiento de la contratación, no se trata de que se prive tice el servicio público, pues el Estado continúa teniendo la obligación de prestarlo y aún de ser el responsable de que éste se preste"*²

La responsabilidad contractual surge en el instante en que por una acción u omisión la Administración produzca un daño al adjudicatario. El capítulo de sanciones de la Ley de Contratación es muy claro al determinar los supuestos por los que un funcionario recae en responsabilidad, resumiendo podemos delimitarlos en los siguientes supuestos:

¹ Resolución N. 210 del 27 de noviembre de 1991, de las 14:30 horas. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

² PARRA GUTIERREZ (William René) Los Contratos Estatales; jurisprudencia del Consejo de Estado, suplemento legislativo, ley 80 de 1993 y decretos reglamentarios, Ediciones Jurídicas Gustavo Xbáñez, Bogotá, Colombia, 1994, p. 93.

- El incumplimiento de las prohibiciones establecidas en el artículo 22 incisos a y b de la Ley de Contratación.
- El incumplimiento de la prohibición establecida en el párrafo final del artículo 112 de la Constitución Política.
- Dificultar el proceso de contratación, bien sea favoreciendo a alguno de los oferentes, omitir datos en el expediente o los dictámenes, retrasar pagos.
- Faltar al deber de diligencia.
- Omitir o no cumplir a tiempo funciones propias de su cargo.
- Recibir bienes, obras o servicios que no se ajusten a lo adjudicado.
- Recibir dádivas, comisiones o regalías.
- Hacer que la Administración incurra en pérdidas.
- Cualquier otro que el régimen particular de la Administración Contratante establezca.

Primordialmente el régimen sancionatorio recae sobre la efectividad en el cumplimiento de los deberes del funcionario público, pero a la vez, se refiere a la conducta corrupta o corruptible del funcionario.

También incurrirá en responsabilidad contractual en lo que a la Ley de Contratación Administrativa respecta cuando la Administración no cumpla los deberes que le han sido establecidos o no haga efectivos los derechos del contratista.

Respecto de este punto tenemos entonces que incurrirá en responsabilidad la Administración respecto del adjudicatario en los siguientes supuestos:

- Cuando incumpla las obligaciones válidamente adquiridas en la contratación.
- Al no prestar la colaboración necesaria para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado.
- Cuando no cumpla en el plazo establecido en el artículo 16 de la Ley de Contratación Administrativa.

La Administración Contratante posee pues por su actuar una responsabilidad genérica en cuanto a los daños que ocasione y una específica en cuanto a la materia de contratación administrativa por los incumplimientos a lo largo del contrato.

b. De las Faltas del Adjudicatario

Una vez determinado que en materia de Contratación Administrativa la Administración Contratante posee una doble responsabilidad, es importante ahora analizar la responsabilidad del adjudicatario.

A diferencia de la Administración, el particular o colaborador posee intereses meramente privados, por tanto responde respecto de la Administración en forma contractual.

Debe pues cumplir en principio con su oferta, es decir, entregar el bien determinado o cumplir el servicio adjudicado, hacerlo en el plazo establecido y con los requerimientos que le impone la propia Administración.

Siguiendo el principio de que el contrato es ley entre partes, el adjudicatario se ve obligado en todos y cada uno de los acuerdos allí tomados. Debe entonces responder por los daños que provoque a la Administración Contratante, ante esto la Ley de Contratación es muy clara en su articulado al establecer los deberes del adjudicatario antes mencionados.

Debe entonces el contratista:

- Cumplir a cabalidad lo pactado.
- Procurar que los procedimientos de contratación sean acordes a lo establecido en la norma.

Ante el surgimiento de un incumplimiento, la Administración está en la facultad de ejecutar la garantía de cumplimiento o hacer efectivas las cláusulas penales u otras sanciones previamente establecidas.

El contratista, en el tanto que cumple con la ejecución del contrato, es un simple colaborador de la Administración, mantiene por ello responsabilidad de naturaleza contractual con respecto a la Administración contratante.

Debe por lo tanto cumplir con lo pactado y además, en el capítulo de sanciones de la Ley de Contratación, en sus artículos 99 y 100, se establece dos tipos de *sanciones administrativas para el* contratista, que son el apercibimiento y la inhabilitación.

La primera de dichas sanciones surge cuando:

- Incumpla o cumpla defectuosamente lo pactado.
- Se afecte reiteradamente el normal desarrollo de los procedimientos de contratación.

- Cuando se deja sin efecto una propuesta sin causa justa.
- Quien introduzca o invoque hechos falsos en los procedimientos o recursos de la Contratación.

Por su parte la inhabilitación surge cuando:

- Cuando reitera una actitud sancionada anteriormente.
- Obtenga ilegalmente información confidencial.
- Suministre dádivas, directa o indirectamente a un funcionario.
- Entregue un bien o servicio inferior al pactado.
- Cuando utilice empresas distintas a las contenidas en el listado de subcontratación.
- Cuando participe en un proceso de contratación, directa o indirectamente, estando cubierto por el régimen de prohibiciones del artículo 22 de dicha ley.

Podemos entonces determinar que el contratista es responsable respecto a la Administración, por las faltas, los incumplimientos y los daños que cause con su actuar, asimismo, en el tanto su función de colaboración lo transforma en funcionario público, también debe responder por los daños que cause a terceros y que solidariamente la Administración proceda a indemnizar.

El contratista por tanto, posee una responsabilidad Contractual respecto a la Administración.

JURISPRUDENCIA

1. La Responsabilidad de la Administración por Declarar Desierto un Acto de Adjudicación dentro del Proceso de Contratación Administrativa

[Sala Primera]^{vii}

Voto de mayoría:

“VI. Nexo de causalidad e indemnización de daños y perjuicios. De previo al análisis de lo cuestionado, procede efectuar algunas precisiones respecto al tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en especial sobre el nexos de causalidad, del cual esta Cámara se ha pronunciado, entre muchos otros, en el fallo n.º 000053-F-S1-2010 de las 14 horas 50 minutos del 6 de enero de 2010, en el que señaló:

“VI. (...) para que surja la responsabilidad, es preciso que exista una antijuridicidad antecedente o de base, la cual se identifica con el hecho de que el sujeto afectado no se

encuentre en la obligación jurídica de soportar el daño. Empero, esta no debe ser confundida con la antijuridicidad específica, derivada de un quebranto al ordenamiento jurídico, lo que hace referencia a los factores de imputación, específicamente, al de conducta ilícita. En todo caso, de no estar presente este elemento, no puede afirmarse que exista una lesión indemnizable, y por ende, causa suficiente para la reparación. Otro aspecto esencial es la existencia de un nexo de causalidad, el cual es valorado por los jueces de conformidad con las probanzas que las partes, o el mismo órgano jurisdiccional, de conformidad con sus poderes de ordenación, hayan allegado al proceso. Para tales efectos, tal y como lo ha dispuesto esta Sala en otras ocasiones, la teoría que resulta más conveniente para determinar si es posible vincular el daño con la conducta es la de causalidad adecuada, la cual postula que esto se da “cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda” (voto 300-F-2009 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009). Sin embargo, este nexo puede ser eliminado en caso de que el demandado demuestre la concurrencia de una causa eximente de responsabilidad (fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de tercero). Esto por cuanto su presencia descarta que la lesión sufrida por el afectado fuera producida por la conducta del Estado objeto del proceso. Finalmente, según lo ya expuesto, es dable afirmar que la legislación costarricense opta por un esquema de responsabilidad objetiva moderada, el cual reconociendo las particularidades de las funciones y tareas encomendadas a la Administración, obliga a que se valore la conducta desplegada por el aparato estatal con la finalidad de determinar si existió un funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo. Es únicamente en caso de que concurren los supuestos generales a que se alude en el presente considerando, así como las exigencias propias previstas en las normas aplicables al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración que esta le puede ser atribuida, en virtud de alguno de los criterios de imputación. Por todo lo anterior, a pesar del peso preponderante que en la responsabilidad sin culpa adquiere el daño, no se trata de una transferencia patrimonial automática.” El nexo de causalidad, como método jurídico para imputar un daño a una conducta, debe entenderse como aquella vinculación entre estos elementos, cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad, según las circunstancias específicas, en la segunda. Así, se debe probar que el daño existe y que este se produjo como consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la Administración. Tal demostración incumbe, en tesis de principio, a la víctima, según se desprende de los cánones 58, 82, 85 y 122 del CPCA, mediante cualquiera de los mecanismos probatorios que permite el ordenamiento jurídico. Bajo la amplitud de esta normativa, es preciso advertir que, en modo alguno se modifica la estructura sustantiva de la responsabilidad patrimonial (aún objetiva), cimentada en dos pilares fundamentales, a saber: daño real o efectivo y nexo de causalidad, con el que precisamente se vincula la lesión con la conducta atribuida al agente dañoso (activa u omisiva). La flexibilización representa en el plano

procesal, en el que, dentro del amplio marco de hipótesis cubiertas, se hace posible, entre otras, estimar la pretensión indemnizatoria expuesta por la parte con derecho a ello con: a) demostración efectiva y cuantificación plena del momento del dictado de la sentencia; b) demostración plena en sentencia y cuantificación diferida a la ejecución y c) demostración y cuantificación, diferidas ambas, a la etapa de ejecución (condena en abstracto), cuando en criterio del Juzgador, esos daños y perjuicios requeridos por la parte, sean consecuencia de la conducta administrativa o de la relación jurídico-administrativa objeto de la demanda. Tales apreciaciones son indispensables a fin de concluir que no todo el funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal de la Administración genera *a priori* el deber de indemnizar, dado que el interesado debe acreditar la existencia de un nexo de causalidad entre el daño reclamado y la conducta administrativa. Dicho de otro modo y contrario al criterio de la casacionista, el hecho de que la Administración incurra en conductas contrarias al ordenamiento jurídico no genera de manera automática que esta deba resarcir los daños y perjuicios reclamados.

VII. Con base en ese marco referencial, procede analizar el caso en estudio. En lo medular, el Tribunal estimó que la CCSS a lo largo del procedimiento de contratación directa 2008-CD-000016-2559 incurrió en una serie de conductas sustancialmente contrarias al ordenamiento jurídico, principalmente al dejar sin efecto mediante una declaratoria de insubsistencia el acto de adjudicación dictado a favor de la empresa actora, por un motivo que no se ajusta a lo dispuesto en los artículos: 11 y 39 de la Constitución Política, 133 inciso 1), 136, 158 incisos 1) y 2), 166 de la LGAP, 32 de la Ley de Contratación Administrativa y 191 de su Reglamento. Lo anterior, por cuanto la Caja, al amparo del precepto 191 de cita, declaró dicha insubsistencia aduciendo, fundamentalmente, que la adjudicataria no asistió a formalizar el contrato a pesar de habersele requerido, cuando en realidad si compareció a su firma, pero ello no se concretó dado que el documento contenía irregularidades. Así, para los juzgadores ese acto de insubsistencia resulta antijurídico, al ampararse en un supuesto de hecho diferente al que establecen las normas legales y reglamentarias para tal efecto. Ahora bien, pese a la conducta contraria a derecho de la Administración, consideraron los jueces improcedente la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios debido a la ausencia de nexo causal. Al respecto indicaron: *“(...) 3) Inexistencia de nexo causal. Tal y como se ha indicado con anterioridad no se ha acreditado un daño efectivo en los términos del artículo 196 de la Ley General de la Administración Pública, que incida en la esfera subjetiva de la empresa actora, que permita establecer el puente de causalidad con las acciones del centro de Poder Público, o sea, con el dictado del acto mediante el cual, el Director Médico del Área de Salud La Cruz de la CCSS declaró la insubsistencia del procedimiento de contratación directa. En ese sentido, si bien de las pruebas admitidas se desprende que la declaratoria de insubsistencia fue dictada hasta el veinte de enero del dos mil nueve, o sea, casi tres meses después de que el acto de*

adjudicación dictado a favor de la empresa demandada adquirió firmeza y con base en un motivo que no encuadra en ninguno de los presupuestos contenidos en el artículo 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa para sustentarlo (folios 115 a 120, 187, 188, 204, 205 del expediente administrativo; 15, 17 a 19, 22, 30, 195 del expediente judicial); también lo es, que no se acreditó que dicha circunstancia tuviera la virtud de causarle daños y perjuicios (...).” Este Órgano Decisor no comparte el criterio del Tribunal. En la especie, tal y como pretende hacer ver la casacionista, existe una conducta antijurídica de la Administración, un daño y un nexo de causalidad entre ambos, de manera que la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados es procedente en los términos que se dirán. En el sub examine, la empresa I.I.C. S.A participó de una contratación directa por invitación de la CCSS, de la cual resultó adjudicataria, empero, el contrato no se llegó a formalizar y ejecutar, por cuanto tres meses después de adjudicado y por motivos contrarios al ordenamiento jurídico, la Caja lo declaró insubsistente. Como consecuencia de este acto administrativo surgieron daños y perjuicios para la empresa actora, al lesionarse el derecho subjetivo que adquirió con la adjudicación, es decir, el derecho a que la Administración formalizara el negocio jurídico, a efectos de ejecutar las obras y los servicios continuos licitados y por ende, a recibir la contraprestación respectiva (pago del arrendamiento de los inmuebles). Cabe destacar que esta Sala en torno al tema de la adjudicación ha sostenido que: “(...) En primer lugar, la adjudicación se debe concebir como aquel acto administrativo unilateral, por el cual, la Administración finaliza, dentro del curso normal, el procedimiento respectivo de contratación, mediante la selección de uno de los oferentes elegibles para que asuma la ejecución del contrato administrativo correspondiente. Se entiende, que la Administración contratante elige la oferta más conveniente a los intereses públicos. La adjudicación surge a la vida jurídica, después de la valoración, estudio y calificación de las ofertas elegibles y en consecuencia, emerge un contrato administrativo válido por encontrarse este conforme al ordenamiento jurídico (teoría del artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa y 188 del actual Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). Debe entenderse en este apartado, que el acto de adjudicación es unilateral, puesto que la propia administración (sic) es la obligada a brindarla, después de valorar las ofertas existentes; por tal motivo, dicha aprobación se configura como el consentimiento que otorga la Administración para que surja el contrato administrativo. Ahora bien, el acto firme de adjudicación y el otorgamiento de la garantía de cumplimiento, cuando sea exigida, perfeccionará la relación contractual entre la Administración y el contratista. En síntesis, la decisión de adjudicación, es el acto de voluntad de la Administración, que determina cual de las ofertas presentadas es la más ventajosa, con lo cual el vínculo jurídico queda perfeccionado y tanto la Administración como el particular, pueden esperar consecuencias jurídicas por ese acto.” (Resolución n.º 1180-F-S1-2011 de las 9 horas 35 minutos del 22 de setiembre de 2011). Como se señaló anteriormente, cuando se adjudica una contratación nace a favor de la adjudicataria el derecho

subjetivo a que la Administración formalice y perfeccione el contrato única y exclusivamente con ella, de manera que no puede iniciar un nuevo proceso de contratación para el mismo objeto, salvo que previamente se haya anulado la adjudicación que otorgó, de conformidad con los procedimientos dispuestos por el ordenamiento jurídico (mandatos 173 de la LGAP o 34 del CPCA). Supuesto aplicable en la especie, ya que si la intención de la CCSS era anular la adjudicación en cuestión, debió utilizar los conductos legales correspondientes y no suprimirla a través de una declaratoria de insubsistencia argumentando un motivo contrario a derecho, dado que con tal actuación antijurídica se vio obligada a asumir la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados. Así las cosas, la actividad desplegada por la Caja al declarar insubsistente la contratación adjudicada, impidiendo que el contrato se formalizara y ejecutara (aspecto no cuestionado ante esta Sala), provocó un daño que la actora no se encontraba en la obligación de soportar, consistente en el dinero que dejó de percibir por el arrendamiento de los inmuebles. De manera que, queda plenamente acreditada la existencia del nexo de causalidad necesario, a efectos de otorgar su indemnización, en razón de lo cual esta Cámara declara con lugar el agravio planteado en ese sentido. Conforme al mérito de los autos, y según las consideraciones dadas en este pronunciamiento, en la especie procede reconocer los daños y perjuicios que surgen de la actuación antijurídica de la demandada. Sin embargo su reconocimiento, no se hará en los términos solicitados, sino como de seguido se expondrá. Es importante precisar que los daños y perjuicios no pueden equipararse con la contraprestación originalmente pactada en el negocio jurídico, por ende, no resulta lógico, pese a la antijuricidad señalada, que se condene a pagar el monto total por el cual fue adjudicada la contratación si la parte adjudicataria no tuvo que incurrir en ningún gasto ni ejecutar ninguna obra a favor de la Administración. Lo anterior, tampoco implica que pueda considerarse, tal y como hace el Tribunal, que no existen daños y perjuicios a indemnizar, por cuanto si los hay como se expuso previamente. Por daños, correspondiente a los tres meses durante los cuales la actora no disfrutó del pago del arrendamiento en cuestión, contados desde que la Administración adjudicó la contratación (20 de octubre de 2008) hasta que la declaró insubsistente (20 de enero de 2009), deberá otorgarse la suma de \$9.768,00. A título de perjuicios procederá el reconocimiento de los intereses netos sobre ese monto, los cuales serán calculados a partir de la fecha en que se debió hacer cada pago, hasta su efectiva cancelación, los que se liquidaran en etapa de ejecución de sentencia, donde también se indexará la suma acordada anteriormente a título de daños, desde la firmeza de esta sentencia y hasta su efectivo pago.”

2. La Responsabilidad de la Administración Pública por Declarar Desierto un Acto de Adjudicación Firme Derivado del Proceso Licitatorio

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{viii}

Voto de mayoría

“IVo. SOBRE EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. GENERALIDADES.

NORMAS APLICABLES. Al amparo del numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración es responsable por su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal. Cabe destacar que la referencia que hace el legislador no es simplemente a los actos, sino que trasciende al funcionamiento administrativo (artículo 49 de la Constitución Política), concepto que refleja cualquier forma de manifestación de voluntad administrativa, sean formales o materiales, y que engloba además, a la disfunción, sea, las omisiones administrativas. La responsabilidad dicha, se enmarca, por ende, dentro de un régimen preeminentemente objetivo, que engloba en su fundamento tanto la teoría del daño y del riesgo, así como en el equilibrio en la ecuación patrimonial. Con ello se procura, en lo fundamental, la reparación indemnizatoria a quien ha experimentado una lesión atribuible a la organización pública como centro de autoridad que resulta ser antijurídica en su base. Este criterio finalista produce a su vez, una transformación plena en el eje central de la responsabilidad misma, pues abandona la observación analítica del sujeto productor del daño y la calificación de su conducta, para ubicarse en la posición de la víctima, que menguada en su situación jurídica, queda eximida en la comprobación de cualquier parámetro subjetivo del agente público actuante (salvo en lo que a su responsabilidad personal se refiere). Esto ocasiona, sin duda, un giro en el enfoque mismo de su fundamento, ya que habrá responsabilidad de la Administración siempre que su funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo, cause un daño que la víctima no tenga el deber de soportar, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, con independencia de su situación jurídica subjetiva y la titularidad o condición de poder que ostente, cumpliendo claro está, con el presupuesto imprescindible del nexo causal. Sobre el tema, véase el extenso desarrollo realizado en la resolución no. 584 de las 10 horas 40 minutos del 11 de agosto del 2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Desde este plano, la legislación impone como criterios de imputación la conducta ilícita o lícita, así como el funcionamiento normal o anormal. En el caso de la conducta lícita y el funcionamiento normal, el Ordenamiento Jurídico establece presupuestos y exigencias que determinan su procedencia, entre ellos, el daño debe ser especial o anormal, lo que supone que debe recaer sobre una pequeña proporción de afectados o bien, en el segundo caso, debe tener una intensidad excepcional. En estas hipótesis la responsabilidad solo cubre el daño, no así los perjuicios (artículos 194 y 195 de la Ley General de la Administración Pública). Por su parte, en la conducta ilícita y el funcionamiento anormal, la responsabilidad es

plenaria. Con todo, ante esos criterios de imputabilidad, ha de acreditarse que la lesión es consecuencia de esas acciones u omisiones, a efectos de establecer el nexo causal que permita la atribución de responsabilidad al centro de autoridad pública. Aunado a ello, en los casos de anormalidad e ilicitud, el juzgador ha de abordar un examen del funcionamiento público, a fin de establecer si efectivamente, se ha presentado un proceder que se aleja de la legalidad o bien, se contrapone a los conceptos de eficiencia administrativa. En tales casos, resulta determinante inferir con claridad la existencia de esos criterios, pues de otro modo, el tratamiento y análisis de cada caso debe ser diferente, atendiendo al tipo de funcionamiento al que se atribuye el detrimento. Surgen como causas eximentes de tal responsabilidad la culpa de la víctima, el hecho de un tercero y la fuerza mayor. Empero, en cada debate, el juzgador ha de examinar si el efecto liberatorio de tales circunstancias es total o lo es solo parcial, caso este en que solo podrá llegar a producir un efecto reductor en la responsabilidad de la unidad administrativa. De nuevo, la concurrencia de esos aspectos incumbe a la Administración. Este deber compensatorio subsiste incluso ante los daños ocasionados a raíz de las faltas cometidas por sus funcionarios o servidores, durante el desempeño de sus deberes o en ocasión del cargo que ocupan. En efecto, el canon 191, en relación al 199, ambos de la Ley General de la Administración Pública, refieren al Estado la responsabilidad objetiva por las acciones u omisiones de sus funcionarios, cuando se hayan valido del cargo o de los medios que este les proporciona, para causar un efecto dañoso en la esfera jurídica de un tercero, que no se tiene el deber de soportar. En ese tanto, esos medios o instrumentos son vías de ocasionalidad causal que dan paso a la responsabilidad, por la vinculación modal, instrumental o indirecta con el servicio. Cabe destacar que este deber indemnizatorio se fundamenta, además, en el concepto de antijuridicidad de base, traducible en la inexistencia del deber de soportar la lesión. Más simple, siempre que se haya sufrido una lesión como consecuencia de una conducta pública, sea esta activa u omisiva, que la víctima no tiene la obligación de soportar, surge el deber indemnizatorio como derivación de máxima de reparación integral del daño que se desprende del numeral 41 de la Constitución Política. De ahí que dentro del espectro de cobertura de este sistema de responsabilidad, se encuentren comprendidos los daños que puedan ocasionarse de un funcionamiento normal o bien de una conducta lícita, pues en tales casos, pese a que en tesis de principio, el proceder público se ajusta a legalidad o bien a las reglas de eficiencia que lo orientan, si se produce un efecto lesivo que la persona no tiene el deber de soportar, ha de ser indemnizado. Desde luego que en esas hipótesis el daño ha de ser especial (infringido a una pequeña proporción de afectados) o anormal (sea, de un alcance excepcionalmente intenso, por encima de los márgenes normales de tolerancia), dando pie a la reparabilidad del daño, no así del lucro cesante, según las reglas dispuestas por los artículos 194 y 195 de la Ley General de la Administración Pública. Con todo, cabe indicar que no todo daño es indemnizable, sino solo aquel que el Ordenamiento Jurídico considere antijurídico en

su base. En efecto, sólo es indemnizable la lesión que confrontada con la globalidad del Ordenamiento, pueda reputarse como antijurídica en su base; lo contrario llevaría, a decir de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia a afirmar la compensación por acción dañosa frente a un menoscabo que el Ordenamiento no reprocha y que, por el contrario, tolera y consciente como normal y justificado, lo que llevaría a una inminente quiebra del Estado, que en el contexto nacional, se encuentra vinculado directa o indirectamente con un gran número de áreas de acción. Dicho en términos más simples, existe antijuricidad de base siempre que un mandato legal establezca la obligación de reparar una lesión contraria a derecho que la víctima no deba soportar, al margen del parámetro de imputación. Aún lo indicado, cabe destacar que no todo daño es indemnizable, sino solo aquel que sea efectivo, evaluable e individualizable. La amplitud del marco de tutela del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración no es óbice del deber de acreditar que el daño es consecuencia de un proceder público. A su vez, debe demostrarse el marco fáctico a partir del cual, es viable desprender la lesión a los bienes extrapatrimoniales. No basta alegar la existencia de padecimientos internos, debe demostrarse al menos, los hechos que en teoría, han originado tal detrimento. Ello viene como derivación del principio de carga de la prueba, que dimana del ordinal 317 del Código Procesal Civil, al establecer la necesidad de quien alega tener un derecho, de probar los hechos constitutivos de aquel. No se trata de una inversión de la carga probatoria en una materia que se sustenta en la reparación integral del daño y tiene como pilares el daño y el riesgo creado, sino de la comprobación mínima de los criterios de imputación y hechos que dan origen al daño, como presupuestos elementales de la atribución de responsabilidad y con ello del surgimiento de la obligación reparadora. El ordinal 82 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece como una de las finalidades del proceso, determinar la verdad real de los hechos, mediante cualesquiera medios de prueba. Empero, ello no releva a la parte que aduce tener un derecho oponible a un tercero, como es el caso del derecho de reparación de un daño, de acreditar los fundamentos fácticos que sustentan ese derecho, así como de la existencia misma de la lesión. Lo anterior sin perjuicio de aquellos casos en que el padecimiento surge como consecuencia lógica de un proceder administrativo. Lo anterior deriva además de lo preceptuado por el canon 196 de la Ley General de la Administración Pública, en cuanto señala: *“En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo.”* La efectividad del daño en un caso concreto pende, de manera directa, de la demostración del nexo de causalidad, que permita vincular el resultado lesivo con una acción u omisión de una Administración Pública. Por otra parte, resulta determinante establecer, el daño solo podrá ser reclamado por quien realmente lo ha padecido, sea, quien se encuentre en la posición de víctima por haber recibido el daño de manera directa en su esfera vital. Desde este plano, solo la víctima se encuentra legitimada para reclamar la indemnización. Para ello, es cada tipo de daño el que determina la posición de víctima

y por ende, define quien se encuentra amparado por el Ordenamiento Jurídico para pretender su reparación. Ergo, el reclamo no sería de recibo si es promovido por personas que no han recibido el daño reclamado de manera inmediata. Se trata de una vinculación subjetiva en el marco de la responsabilidad aludida que permite concretar de manera efectiva el postulado de reparación integral que subyace en el canon 41 de la Carta Magna. Si el resarcimiento ante una lesión que no se tiene el deber de padecer se erige como un derecho de la víctima, pues solo ella puede petitionarlo, sin perjuicio de la eventual transmisibilidad de ese derecho que en supuestos concretos pueda darse (v.gr. vía mortis causa). Ello es determinante de examinar, dado que de otro modo, se cohonestarían indemnizaciones a quienes no tienen esa vinculación subjetiva con el efecto lesivo. De igual modo, dentro de este esquema general, cabe indicar que la acción indemnizatoria que se busca cargar a la Administración Pública se encuentra sujeta a un plazo de prescripción de cuatro años. Ahora bien, el análisis de validez del acto mediante el cual, la Administración Contratante declaró desierto la adjudicación de la Licitación Pública número LP-01-2006, es necesario para establecer un criterio de imputación de responsabilidad, razón por la cual, en el supuesto de que resultara disconforme con el ordenamiento jurídico, no deberá anularse. Bajo dichos parámetros, este Tribunal procederá a realizar el análisis del acuerdo adoptado por el Concejo Municipal de La Unión, en sesión extraordinaria número 147 celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, mediante el cual, declaró desierto el acto de adjudicación parcial dictado a favor de la empresa actora en el procedimiento licitatorio número LP-01-2006, y conforme a ello determinará -si resulta procedente-, si existe un nexo de causalidad entre el acto indicado y las consecuencias dañosas que la parte actora alega le fueron provocados. Establecido este marco general, es menester abordar el examen del presente caso.

Vo. SOBRE EL CASO CONCRETO. Este Tribunal considera que el artículo 2 adoptado por el Concejo Municipal de La Unión, en sesión extraordinaria número 147 celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, mediante el cual, declaró desierto el acto de adjudicación parcial dictado a favor de la empresa actora en el procedimiento licitatorio número LP-01-2006, resulta contrarios al ordenamiento jurídico, por las siguientes razones: **1) Respecto a declarar desierto un acto de adjudicación firme dictado en un procedimiento licitatorio.** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 de la Ley de Contratación Administrativa y 86 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se podrá declarar desierto un concurso, mediante acto motivado, en aquellos supuestos en que no obstante fueron presentadas ofertas elegibles, no se procede a adjudicar el concurso a ninguna de los oferentes, por razones al interés público que así lo ameriten. En consecuencia, la declaratoria de desierto de un procedimiento de contratación administrativa, se da con anterioridad a que dicte el acto de selección de un adjudicatario. Si bien es cierto, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 del Reglamento a la Ley de Contratación

Administrativa, es posible que la Administración Contratante revoque por razones de oportunidad o legalidad el acuerdo de adjudicación o el que declara desierto o infructuoso un concurso, también lo es, que la revocatoria deberá tomarse antes de que el acto haya adquirido firmeza. **En el caso concreto**, este Tribunal ha tenido por demostrado que mediante acuerdo número S.M. 313-2006 adoptado por el Concejo Municipal de La Unión, en sesión ordinaria número 21 celebrada en jueves 03 de julio del dos mil seis, capítulo dos, se dispuso: *“...Con dispensa de trámite de Comisión y en firme se acuerda aprobar la adjudicación de*

*ProductID="la Licitación Pública" w:st="on">la Licitación Pública N° LP 01-2006, para “remodelación del Parque Central de Tres Ríos” a Rodríguez Constructores Asociados S.A. por un monto de treinta y seis millones ochocientos ochenta y tres mil novecientos treinta y ocho con ochenta céntimos, ¢ 36.883.938,80 al cual se le adjudican los ítems 2, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 13, 14 y 16...” (folio 119 del expediente administrativo de la Licitación Pública LP-01-2006); acuerdo que salió publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 170 del cinco de setiembre del dos mil seis, en el cual, se indica:“... La Municipalidad de La Unión, por este medio, informa que según acuerdo del Concejo Municipal N° SM 313, sesión ordinaria N° 21, capítulo 2º, del jueves 3 de julio del presente año, se adjudica la licitación pública N° LP-01-2006 de la siguiente manera: A la empresa Rodríguez Constructores Asociados S.A. por un monto de ¢ 36.883.938,80 (treinta y seis millones ochocientos ochenta y tres mil novecientos treinta y ocho con ochenta céntimos), por los ítems 2, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 13, 14 y 16. Los ítems 1, 7, 11, 15 y 17 no se adjudican por falta de contenido presupuestario...” (folio 122 del expediente administrativo de la Licitación Pública LP-01-2006). En este punto cabe indicar, **que el acuerdo de adjudicación dictado a favor de la empresa actora, adquirió firmeza**, porque *“... solamente participó una empresa oferente, la empresa Rodríguez Constructores Asociados S.A. presenta su oferta dentro del tiempo establecido para la apertura y recepción de ofertas y cumple con los términos correspondientes...” (folio 116 del expediente administrativo de la Litación Pública LP-01-2006)*. En razón de lo anterior, el 12 de setiembre del dos mil seis, la empresa actora **otorgó ante el Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A., la garantía de cumplimiento número GRB0610012994**, por un monto de ¢3.690.000,00 (tres millones seiscientos noventa mil colones), a favor de la Municipalidad de La Unión, que regía a partir de esa misma fecha y hasta las diecisiete horas del 12 de febrero del 2007. Para tal efecto y en la misma fecha antes indicada, la empresa actora pagó al Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A., una comisión de apertura de ¢ 65.737.60 (sesenta y cinco mil setecientos treinta y siete colones con sesenta céntimos) (folios 62 y 64 del expediente judicial; 125 y 129 del expediente administrativo de la licitación pública LP-01-2006). Conforme a lo anteriormente expuesto y de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 32 párrafo 2º de la Ley de la Contratación Administrativa y 189 del Reglamento a dicha ley, al adquirir firmeza el acto de adjudicación y al otorgarse válidamente la garantía de cumplimiento, este*

Tribunal considera que **se tuvo por perfeccionada la relación contractual entre la Municipalidad de La Unión y la empresa Rodríguez Constructores Asociados S.A.** Tan es así, que a las trece horas del veintidós de setiembre del dos mil seis, el Alcalde Municipal de La Unión y el Apoderado Generalísimo de la empresa actora, **firmaron el Contrato para la Remodelación del Parque Central de Tres Ríos de Conformidad con el acuerdo de Adjudicación de la Licitación Pública Nº LP-01-2006**, en cuya **cláusula sexta** se establece que la *“...garantía de cumplimiento es el 10% del monto ofrecido, la cual ha sido entregada el 12 de setiembre del año en curso por la suma de ¢ 3.690.000.00. Tendrá vigencia de 3 meses...”* (folios 6 a 11 del expediente judicial; 141 a 136 del expediente administrativo de la Licitación Pública LP-01-2006). En ese sentido, si a consecuencia de que la Contraloría General de la República por oficio número CA-3614 del 15 de noviembre del dos mil seis, la División de Contratación Administrativa Refrendos de la Contraloría General de la República, comunicó –en lo que interesa- al Departamento de División Jurídica de la Municipalidad de La Unión que *“...Una vez realizado el análisis respectivo, devolvemos el contrato de marras sin su refrendo correspondiente...”* (folios 134 y 135 del expediente administrativo de la licitación pública LP-01-2006), la Municipalidad no estaba facultada para declarar “desierta la adjudicación del proceso licitatorio número LP-01-2006”, promovido para la Remodelación del Parque Central de Tres Ríos, puesto que la declaratoria de desierto de un concurso público, se da con anterioridad al acto de adjudicación , o sea, en la fase de estudio de ofertas , conforme a lo dispuesto en los artículos 29 de la Ley de Contratación Administrativa y 86 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En consecuencia, si la Municipalidad de La Unión pretendía dejar sin efecto el acto de adjudicación del proceso licitatorio indicado y el contrato suscrito con la empresa demandante, conforme a los cuales, la actora tendría derecho –si se refrendaba el contrato- a ejecutar las obras para las que se le había contratado y por ende, a recibir la contraprestación respectiva, siempre que cada una de las obras fuera entregada en su totalidad y a entera satisfacción de la Administración Contratante (ver cláusulas segunda y tercera del contrato, a folio 11 del expediente judicial); estaba en la obligación de seguir el procedimiento previsto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública o en su defecto, el proceso de lesividad dispuesto en los numerales 183 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo –ello por cuanto el régimen de nulidades que se aplicará a la contratación administrativa es el establecido en la Ley General de la Administración Pública (artículos 3 párrafo 3º de la Ley de Contratación Administrativa y 6 de su Reglamento)-; y no declarar desierto un concurso que había adjudicado desde hacía más de un año y ocho meses –que había adquirido firmeza-; cuya garantía de cumplimiento se otorgó el 12 de setiembre del 2006 (folios 62 y 64 del expediente judicial; 125 y 129 del expediente administrativo de la licitación pública LP-01-2006) y se renovó de manera continua desde el 13 de febrero del 2007 hasta el 14 de mayo del 2008, fecha de la última renovación efectuada por la empresa

demandante (*folios 66 a 88 del expediente judicial*) **y cuyo contrato fue firmado desde el veintidós de setiembre del dos mil seis (folio 15 del expediente judicial), sin que de previo le otorgara a la empresa adjudicataria la oportunidad de proveer su defensa, conforme a las normas procedimentales contenidas en los artículos 173, 183 inciso 3) y 308 de la Ley General de la Administración Pública y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo.** En ese sentido, **el motivo del acto impugnado** –dejar sin efecto el acto de adjudicación y el contrato suscrito entre ambas partes-, **no se corresponde con el contenido del acto** –declarar desierta la adjudicación del proceso licitatorio LP-01-2006 promovido para la Remodelación del Parque Central de Tres Ríos-, toda vez que **la motivación del acto impugnado** –que no se haya refrendado el contrato por parte de la Contraloría General de la República- **no justifica el contenido de éste.** Dicha situación se agrava porque la Municipalidad de La Unión, no le notificó a la parte actora el acto por el cual declaró desierta la adjudicación del proceso licitatorio LP-01-2006, a pesar de que ésta había señalado como medio para recibir notificaciones el fax número 282-2586, medio al que si le notificó los actos mediante los cuales resolvió negativamente los recursos presentados contra el acuerdo cuestionado, sino que se limitó a comunicarlo mediante publicación en el Diario Oficial La Gaceta número 71 del once de abril del dos mil ocho (*ver folios 162, 99, 98 del expediente administrativo de la Licitación Pública LP-01-2006; 16 a 10 del expediente administrativo del Concejo Municipal; y aparte j) del considerando II de esa sentencia*). Ello implica que en este caso, **no se cumplían los presupuestos condicionantes contenidos en el artículo 241 de la Ley General de la Administración Pública** –aplicable conforme a lo dispuesto en los incisos 1 y 2 del numeral 364 de esa misma ley-, para que la Administración válidamente comunique un acto mediante publicación, **toda vez que la Municipalidad de La Unión si contaba con un medio –el fax número 282-2586- para notificar a la empresa actora el acuerdo objeto de este proceso.** En razón de lo expuesto, el acuerdo contenido en el artículo 2 y adoptado por el Concejo Municipal de La Unión, en sesión extraordinaria número 147 celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, resulta sustancialmente contrario a lo dispuesto en los artículos 11 y 39 de la Constitución Política; 11, 132, 136, 158 incisos 1 y 2, 166, 173, 183 inciso 3) y 241 de la Ley General de la Administración Pública; 3, 29, 32 de la Ley de Contratación Administrativa; 6, 86, 89, 188 y 189 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **2) En cuanto a los alcances del refrendo y a las responsabilidades de la Administración Contratante en la valoración del precio ofertado.** De conformidad con los artículos 182 y 184 de la Constitución Política, 32 de la Ley General de la Administración Pública y 190 párrafo 5º de su Reglamento, estarán sujetas a refrendo de la Contraloría General de la República las obligaciones derivadas de la actividad contractual pública. El refrendo constituye un acto de aprobación, por lo que funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo y no como un medio por el cual la Contraloría General de la República pueda anular de forma indirecta el acto de adjudicación ni el contrato administrativo. Por medio del refrendo

la Contraloría General de la República examina y verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, lo cual, determina su validez en los términos del párrafo 1º del artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa y 188 de su Reglamento. Ahora bien, el análisis que realiza la Contraloría General de la República para determinar la procedencia del refrendo de un contrato administrativo es de legalidad y no de oportunidad o conveniencia. Asimismo, dicho análisis no implica una revisión integral del expediente de la contratación, sino que se circunscribe a la verificación de varios aspectos, entre los que destaca – conforme al caso concreto- el precio del contrato se ajuste a los términos del avalúo administrativo, en los casos previstos y según los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, el numeral 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece que se estimarán inaceptables y en consecuencia motivo de exclusión de la oferta que los contenga, los siguientes precios: **i) ruinoso o no remunerativo**, supuesto en el cual, la Administración deberá indagar con el oferente si con el precio cobrado será capaz de cumplir los términos del contrato; **ii) excesivo**, caso en el que, la Administración también indagará con el oferente cuáles motivos subyacen para ese tipo de cotización, antes de adoptar cualquier decisión; **iii) que excede la disponibilidad presupuestaria** (*artículos 8 de la Ley de Contratación Administrativa y 9 de su Reglamento*). **En este último caso**, si el oferente no acepta ajustar su precio al límite presupuestario, manteniendo las condiciones y calidad de lo ofrecido, la oferta se comparará con el precio original. De lo anterior se desprende, que **es responsabilidad exclusiva de la Administración constatar la razonabilidad del precio**, motivo por el cual, cuando los estudios técnicos incorporados en el expediente señalen la no razonabilidad del precio, deberán acreditarse las razones técnicas y jurídicas que sustenten la decisión de proseguir con la contratación. La procedencia de esas razones forma parte del ámbito de responsabilidad de la Administración y estará sujeta a la fiscalización posterior facultativa. **En el caso concreto**, este Tribunal tiene por acreditado que por oficio número CA-3614 del 15 de noviembre del dos mil seis, la División de Contratación Administrativa Refrendos de la Contraloría General de la República, comunicó –en lo que interesa- al Departamento de División Jurídica de la Municipalidad de La Unión que *“...Una vez realizado el análisis respectivo, devolvemos el contrato de marras sin su refrendo correspondiente, por cuanto esa corporación municipal no contestó de forma adecuada los requerimientos que se le hicieran en el oficio DCA-3418, notificado oportunamente a esa Municipalidad. Mediante el citado oficio esta Contraloría General solicitó aclaración de varios puntos, dentro de ellos, la necesidad de que se acreditara la razonabilidad de los precios cobrados. No obstante, en nota suscrita por el Ingeniero Municipal, en lo conducente indicó: “...Los ítems 5, 8, 13 y 16 deben ser aclarados sus costos por parte de la compañía adjudicataria, esto por cuanto la diferencia de precios entre el presupuesto y lo cotizado es demasiado alta. A ejemplo pongo el ítem 16, el cual está siendo cotizado por esta empresa a 924 350.56 colones el metro cuadrado, lo*

*cual es desproporcional según el criterio del suscrito y lo establecido por la Contraloría. Estos serían los únicos ítems que faltaría darles la razonabilidad de costos solicitada...". Asimismo, adjuntan una nota de la empresa en la que se establecen algunos datos, sin que se haga un análisis de la razonabilidad de dichos rubros. Ante este panorama tenemos que para este órgano contralor, la Administración (responsable directa de ello) lejos de acreditar la razonabilidad de los precios cobrados, hace una manifestación expresa, mediante su asesor técnico de la materia, en el sentido de que hay precios muy altos y desproporcionados, sin que valore la información aportada por la empresa y sin que se expongan razones de peso, que evidencien una necesidad de protección especial al interés público, para continuar con el procedimiento en tales condiciones, lo cual impide otorgar el respectivo refrendo..." (folios 134 y 135 del expediente administrativo de la licitación pública LP-01-2006; 12 del expediente judicial). En razón de lo expuesto, este Tribunal considera que no lleva razón la Municipalidad de La Unión al indicar que la empresa actora no demostró que los precios de los ítems cuestionados por la Contraloría General de la República, fueran razonables y proporcionados, en virtud de que el documento que presentó ante la Municipalidad no contenía un análisis de razonabilidad de aquellos (ver folios 18 y 19 del expediente judicial; 145 del expediente administrativo de la licitación pública LP-01-2006), toda vez que dicho análisis correspondía realizarlo a la Municipalidad de La Unión al momento de evaluar la elegibilidad de la única oferta presentada por la empresa actora. Lo anterior cobra relevancia en este caso, puesto que el precio total ofrecido por la demandante en su oferta ascendía a ¢50.261.309,00 (cincuenta millones doscientos sesenta y un mil trescientos nueve colones exactos), monto que *"...se encuentra libre de todo impuesto, además es firme y definitivo e invariable y se subdivide en ITEMS de acuerdo a la "TABLA COSTO POR ITEM", presentada con esta oferta..."* (ver folios 99, 98 y 85 del expediente administrativo de la Licitación Pública LP-01-2006); el cual, superaba la disponibilidad presupuestaria de la Municipalidad accionada, dado que con vista en la cláusula 3 del capítulo I del cartel de la Licitación Pública LP-01-2006, relativa al **Financiamiento y Forma de Pago**, se establece que: **"... Esta contratación se financia con recursos propios, por un monto de ¢ 37.914.048,19** (treinta y siete millones novecientos catorce mil cuarenta y ocho colones con diez y nueve céntimos), según datos del director de Hacienda en su memorando DHM-188-2005 del 27 de julio del 2005, los cuales se encuentran presupuestados en el ejercicio económico del 2005..." (folio 45 del expediente administrativo de la licitación pública LP-01-2006). Tan es así, que en el oficio número PR-199-2006 del ocho de agosto del dos mil seis, la Comisión de la Licitación Pública LP-01-2006, le comunicó al Alcalde Municipal de La Unión, que recomendaban adjudicar la Licitación Pública LP-01-2006 para la Remodelación del Parque Central de Tres Ríos, a la empresa Rodríguez Constructores Asociados S.A., *"...por un monto de ¢36.883.938,00 (treinta y seis millones ochocientos y tres mil novecientos treinta y ocho colones con ochenta céntimos) por los ítem 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 13, 14 y 16. (...)* No obstante, el monto*

económico total de la oferta excede el presupuesto correspondiente para la licitación mencionada, por tal motivo esta comisión recomienda adjudicar por ítem, para lo cual se basará en las necesidades y prioridades establecidas por la Dirección de Control y Desarrollo Urbano (memorando 04-090506), se deja por fuera los ítem 7, 10, 11, 15 y 17...” (folio 116 del expediente administrativo de la Licitación Pública LP-01-2006); recomendación que tiene como fundamento la cláusula 22 del Capítulo I del cartel, que señala: “...

La Municipalidad se reserva la facultad discrecional de adjudicar parcialmente (por ítem) o totalmente, la presente contratación según considere conveniente al interés general o a la disponibilidad presupuestaria...” (folio 35 del expediente administrativo de la Licitación Pública LP-01-2006); criterio que en última instancia, fue acogido por el Concejo Municipal de La Unión, tal y como se desprende del acuerdo de adjudicación publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 170 del cinco de setiembre del dos mil seis, que establece:“... La Municipalidad de La Unión, por este medio, informa que según acuerdo del Concejo Municipal N° SM 313, sesión ordinaria N° 21, capítulo 2º, del jueves 3 de julio del presente año, se adjudica la licitación pública N° LP-01-2006 de la siguiente manera: A la empresa Rodríguez Constructores Asociados S.A. por un monto de ¢ 36.883.938,80 (treinta y seis millones ochocientos ochenta y tres mil novecientos treinta y ocho con ochenta céntimos), por los ítemes 2, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 13, 14 y 16. Los ítemes 1, 7, 11, 15 y 17 no se adjudican por falta de contenido presupuestario...” (folio 122 del expediente administrativo de la Licitación Pública LP-01-2006). En consecuencia, resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en este caso, la Municipalidad de la Unión no haya acreditado la razonabilidad de los precios ofertados por la empresa adjudicataria y que pretenda imputarle esa responsabilidad a aquella, toda vez que dicho análisis correspondía realizarlo a la Municipalidad de La Unión al momento de evaluar la elegibilidad de la única oferta presentada por la actora. 3) Respecto a la dilación injustificada de la Municipalidad de La Unión en enviar a refrendo nuevamente el contrato o en disponer conforme a derecho su nulidad. El artículo 12 del Reglamento sobre el Refrendo a las Contrataciones de la Administración Pública, número R-CO-33-2006 de las catorce horas del ocho de marzo del 2006, publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del miércoles 15 de marzo del 2006 –que se encontraba vigente al momento en que la Contraloría General de la República denegó el refrendo en este caso-, establecía que “La Administración interesada deberá gestionar y obtener el refrendo, previo a ordenar el inicio de ejecución del respectivo contrato. La inexistencia o denegación del refrendo, impedirán la eficacia jurídica del contrato y su ejecución quedará prohibida y sujeta a sanción de nulidad absoluta”. En consecuencia, la Administración contratante en aras de garantizar la efectiva satisfacción del interés público a partir de un uso eficiente de los recursos públicos (artículos 4 de la Ley de Contratación Administrativa y 2 de su Reglamento), es la que

deberá gestionar y obtener el refrendo –cuando así sea procedente- a fin de ejecutar de que el contratista pueda ejecutar plenamente lo pactado y con ello satisfacer dicho interés público (artículo 17 de la Ley de Contratación Administrativa). En ese sentido, es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa y la ejecución del contrato, por lo que, en virtud de esta obligación y a efecto de sustentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa (artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa y 210 de su Reglamento). **En el caso que nos ocupa**, este Tribunal ha tenido por acreditado que con posterioridad al quince de noviembre del dos mil seis, fecha en que la Contraloría General de la República emitió el oficio CA-3614, mediante el cual, denegó el refrendo al contrato derivado del proceso licitatorio LP-01-2006, la Municipalidad de la Unión incurrió en una dilación injustificada, dado que no adoptó las medidas necesarias para solventar la situación provocada por la denegatoria del refrendo, ya sea que estuvieran encaminadas a remitir nuevamente a refrendo el contrato, o a adoptar una decisión – conforme a derecho- tendente a dejar sin efecto el acto de adjudicación y el contrato suscrito con la empresa adjudicataria, lo cual, se pone de manifiesto de las siguientes conductas: **i)** El dieciséis de mayo del dos mil siete, la empresa actora presentó ante la Alcaldía de la Municipalidad de La Unión, un escrito mediante el cual, manifiesta entre otros aspectos que: *“...3. Es interés de mi representada ejecutar las labores para las cuales fue contratada y formalmente adjudicada, muestra de ello es la garantía de cumplimiento que en su oportunidad entregamos y que a pesar de lo extenso que ha sido este proceso, hemos mantenido vigente en todo momento, entregando las ampliaciones del caso (...) En vista de que la Municipalidad plantea reducir el monto contratado a casi la mitad de lo adjudicado, no podríamos cubrir nuestra carga a menos de que los únicos rubros que se eliminen sean los números IV y V; “Demolición de bancas” y “Construcción de bancas de concreto”, respectivamente. Y se incluya y justifique el rubro de “Construcción de caseta de seguridad”, número XVI. Para ello le presentamos el desglose de presupuesto del ítem, el cual se detalla por costos unitarios y cumple con lo solicitado en el cartel...”* (ver folios 20 y 21 del expediente judicial); **ii)** por oficio número PR-230-2007 del 27 de julio del 2007, la Proveeduría de la Municipalidad de La Unión, le solicitó a la División Jurídica de esa misma corporación, que iniciara *“...el trámite para el otorgamiento del refrendo contralor, si así corresponde, para la contratación correspondiente a la Licitación Pública N° LP 01-2006, correspondiente a la “Remodelación del Parque Central de Tres Ríos”, adjudicada según acuerdo del Concejo Municipal N° SM 313-2006, sesión ordinaria N° 21, capítulos dos, del jueves 03 de julio del presente año, a la empresa Constructores Asociados S.A. por un monto total de ¢ 36.883.938,80 (treinta y seis millones ochocientos ochenta y tres mil novecientos treinta y ocho con ochenta céntimos), correspondientes a los ítems 2, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 13, 14 y 16, el resto de los ítems no se adjudican por falta de presupuesto...”* (folio 143 del expediente administrativo de la Licitación Pública LP-01-

2006); **iii)** el veintinueve de noviembre del dos mil siete, se recibió en la Alcaldía Municipal de La Unión, un escrito mediante el cual, la empresa actora solicita que “...A raíz de que la Contraloría General de la República aparentemente no refrendó el contrato indicado y solicitó información adicional, mi representada la aportó a la Municipalidad, sin que a la fecha hayamos tenido noticia al respecto. Habiendo transcurrido seis meses desde entonces, por este medio acudo ante usted a solicitar que se nos defina la situación del citado contrato, ya sea procediendo a enviarlo nuevamente a la Contraloría para su refrendo con la información y aclaraciones solicitadas, o si es que ya no resulta de interés de la Municipalidad ejecutarlo, que se proceda con la rescisión del mismo, con ajuste a las disposiciones establecidas en la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento...” (ver folio 145 del expediente administrativo de la licitación pública LP-01-2006); **iv)** por oficio del 19 de diciembre del 2007, el Proveedor Municipal de La Unión le solicitó a la empresa actora “...renovar la garantía de cumplimiento correspondiente a la Licitación Pública Nº LP-01-2006, la cual comprende el proyecto “Remodelación del Parque Central de Tres Ríos”...” (ver folio 148 del expediente administrativo de la licitación pública LP-01-2006); **v)** renovación continua de la garantía de cumplimiento, desde el 13 de febrero del 2007 y hasta el 14 de mayo del 2008, fecha de la última renovación efectuada por la empresa demandante (folios 66 a 88 del expediente judicial). De lo anterior se desprende que la parte actora **no sólo procedió a cumplir su deber de verificación en los términos del artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa, sino también, que trató de mantener las condiciones para que pudiera ejecutarse el contrato**, dado que durante más de un año y tres meses renovó la garantía de cumplimiento del contrato derivado del proceso licitatorio LP-01-2006. Por el contrario, la Municipalidad de la Unión **mantuvo de manera injustificada por más de un año y cuatro meses el contrato suscrito con la empresa actora, sin que adoptara ninguna decisión a efecto de solventar la situación de incertidumbre e inseguridad provocada por la denegatoria del refrendo**, con el agravante de que no obstante su inactividad formal y material, gestionó ante la empresa contratista, la continua renovación de la garantía de cumplimiento, para con posterioridad declarar “desierta la adjudicación” del proceso licitatorio LP-01-2006, mediante el artículo 2 adoptado por el Concejo Municipal de La Unión, en sesión extraordinaria número 147 celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, lo que resulta sustancialmente contrario a lo dispuesto en los artículos 11, 132, 136, 158 incisos 1 y 2, 166, 241 de la Ley General de la Administración Pública; 3, 29, 32 de la Ley de Contratación Administrativa; 6, 86, 89, 188 y 189 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y al principio de buena fe contractual. En consecuencia, **si la Municipalidad de La Unión pretendía dejar sin efecto el acto de adjudicación** del proceso licitatorio indicado y el contrato suscrito con la empresa demandante, conforme a los cuales, la actora tendría derecho –si se refrendaba el contrato- a ejecutar las obras para las que se le había contratado y por ende, a recibir la contraprestación respectiva, siempre que cada una de las obras fuera entregada en

su totalidad y a entera satisfacción de la Administración Contratante (*ver cláusulas segunda y tercera del contrato, a folio 11 del expediente judicial*); **estaba en la obligación de seguir el procedimiento previsto** en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública o en su defecto, el proceso de lesividad dispuesto en los numerales 183 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo –ello por cuanto el régimen de nulidades que se aplicará a la contratación administrativa es el establecido en la Ley General de la Administración Pública (*artículos 3 párrafo 3º de la Ley de Contratación Administrativa y 6 de su Reglamento*)-; **y no declarar desierto un concurso que había adjudicado desde hacía más de un año y ocho meses** –que había adquirido firmeza-; **cuya garantía de cumplimiento se otorgó el 12 de setiembre del 2006** (*folios 62 y 64 del expediente judicial; 125 y 129 del expediente administrativo de la licitación pública LP-01-2006*) y se renovó de manera continua desde el 13 de febrero del 2007 hasta el 14 de mayo del 2008, fecha de la última renovación efectuada por la empresa demandante (*folios 66 a 88 del expediente judicial*) **y cuyo contrato fue firmado desde el veintidós de setiembre del dos mil seis** (*folio 15 del expediente judicial*), sin que de previo le otorgara a la empresa adjudicataria la oportunidad de proveer su defensa, conforme a las normas procedimentales contenidas en los artículos 173, 183 inciso 3) y 308 de la Ley General de la Administración Pública y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo. En este punto, cabe aclarar que en este caso concreto, este Tribunal considera que no procede la rescisión del contrato suscrito entre ambas partes, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 de la Ley de Contratación Administrativa y 206 de su Reglamento, la Administración podrá rescindir unilateralmente -conforme a las reglas del debido proceso- los contratos no iniciados o en curso de ejecución. En la especie, al denegar la Contraloría General de la República el refrendo al contrato suscrito por ambas partes, la Municipalidad de la Unión estaba imposibilitada para dar la orden de inicio del contrato y por ende, para iniciar su ejecución, en consecuencia la rescisión del contrato no es aplicable en este caso, no sólo porque el contrato no era eficaz por la falta de refrendo, sino también, porque las causas que motivaron su denegatoria por parte de la Contraloría General de la República, podrían tener incidencia en la validez de dicho convenio. En ese sentido, **este Tribunal considera necesario aclarar** que en este caso concreto, independientemente de que pueda existir o no un motivo para anular el acto de adjudicación del proceso licitatorio número LP-01-2006 y del contrato suscrito entre ambas partes, **lo cierto es, que la Municipalidad de La Unión incurrió en conductas sustancialmente contrarias al ordenamiento jurídico, que podrían provocar una consecuencia dañosa a la empresa adjudicataria**, no sólo al habersele mantenido de manera injustificada por más de un año y cuatro meses, en una relación cuya base contractual no había sido refrendada por la Contraloría General de la República, sin que durante ese lapso la Municipalidad accionada adoptara alguna decisión a efecto de solventar la situación de incertidumbre e inseguridad provocada por la denegatoria

del refrendo; sino también, al dejarse sin efecto el acto de adjudicación y el contrato firmado por ambas partes, sin que de previo le otorgara a la empresa adjudicataria la oportunidad de proveer su defensa, conforme a las normas procedimentales contenidas en los artículos 173, 183 inciso 3) y 308 de la Ley General de la Administración Pública y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo, y mediante la aplicación sustancialmente contraria al ordenamiento jurídico de la declaratoria de desierto de un concurso público, a un supuesto de hecho completamente diferente al que establecen las normas legales y reglamentarias para tal efecto. En consecuencia, este Tribunal considera que las dilaciones injustificadas en que incurrió la Municipalidad de La Unión, tendentes a solventar la situación provocada por la denegatoria del refrendo, resultan sustancialmente contrarias a los artículos 4, 17, 21 de la Ley de Contratación Administrativa; 2, 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y 12 del Reglamento sobre el Refrendo a las Contrataciones de la Administración Pública, número R-CO-33-2006 de las catorce horas del ocho de marzo del 2006, publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del miércoles 15 de marzo del 2006 –que se encontraba vigente al momento en que la Contraloría General de la República denegó el refrendo en este caso- y a los principios de seguridad jurídica y de buena fe contractual. **4)** Por todo lo expuesto, este Tribunal declara no para efectos de supresión del acto impugnado, sino como criterio de imputación de responsabilidad administrativa, que el artículo 2 adoptado por el Concejo Municipal de La Unión, en sesión extraordinaria número 147 celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, resulta sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, en el tanto es contrario a lo dispuesto en los artículos 11, 39 y 41 de la Constitución Política; 11, 132, 136, 158 incisos 1 y 2, 166, 173, 183 inciso 3) y 241 de la Ley General de la Administración Pública; 3, 4, 17, 21, 29, 32 de la Ley de Contratación Administrativa; 2, 6, 30, 86, 89, 188, 189 y 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; 12 del Reglamento sobre el Refrendo a las Contrataciones de la Administración Pública, número R-CO-33-2006 de las catorce horas del ocho de marzo del 2006, publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del miércoles 15 de marzo del 2006 –que se encontraba vigente al momento en que la Contraloría General de la República denegó el refrendo en este caso- y al principio de seguridad jurídica.

Vio. SOBRE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS SOLICITADOS. La parte actora estima que conforme a lo dispuesto en los artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, la Municipalidad de La Unión debe indemnizarle por los daños y perjuicios causados, al haberse demostrado la existencia de una conducta ilegítima por parte de la demandada, al declarar desierta la adjudicación del proceso licitatorio número LP-01-2006, acto que se dictó el once de marzo del dos mil ocho, o sea, un año y cuatro meses después de que la Contraloría General de la República, denegó el refrendo al contrato suscrito por ambas partes, con fundamento en el acto de adjudicación de la Licitación Pública LP-01-2006. En ese sentido, considera que deben

indemnizarle los montos que tuvo que pagar no sólo para efectos de presentar la oferta, sino también, para rendir y renovar la garantía de cumplimiento, suma que asciende de conformidad con el desglose visible a folio 90 del expediente judicial, a los ¢904.477,16 (novecientos cuatro mil cuatrocientos setenta y siete con dieciséis céntimos). Asimismo, considera que también debe indemnizársele el perjuicio sufrido a causa de que no se ejecutara el contrato de la licitación pública que le había sido adjudicada y que fue declarado desierto por la Municipalidad de La Unión, que consiste en el margen bruto de utilidad proyectada a devengar por la empresa actora, en el supuesto de que hubiese podido ejecutar el contrato indicado, que asciende a la suma de ¢5.262.669,50 (cinco millones doscientos sesenta y dos mil seiscientos sesenta y nueve colones con cincuenta céntimos), según la estimación prudencial realizada por la empresa actora visible a folio 90 del expediente judicial. Por último, estima que se le causó un daño moral y público estimado en la suma de ¢43.817.853,34 (cuarenta y tres millones ochocientos diecisiete mil ochocientos cincuenta y tres colones con treinta y cuatro céntimos) –ver folio 90 del expediente judicial–, a consecuencia de que mediante artículo 2 adoptado en la sesión extraordinaria número 147, celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, el Concejo Municipal de La Unión declarara desierto el acto de adjudicación del procedimiento licitatorio número LP-01-2006, en virtud de que la Contraloría General de la República, no refrendó el contrato suscrito entre ambas partes, convenio que se sustentó en dicha licitación pública. Este Tribunal considera lo siguiente: **1) Demostración del Criterio de Imputación por parte de quién reclama el daño.** La imputación de responsabilidad a un centro de poder público solo es posible cuando el daño ha sido consecuencia de su funcionamiento (o disfunción), de manera que dentro de un ligamen objetivo, pueda surgir la inter-relación causa-efecto, sea, que la lesión es el resultado de aquella conducta u omisión. Para ello, en cada caso, el juzgador ha de ingresar al análisis de las manifestaciones de voluntad administrativa, a fin de inferir si en algún grado, pudieron llegar a desembocar en una consecuencia negativa que merezca reparación patrimonial. En esta dinámica, como se ha señalado, es resorte de quien reclama el daño, acreditar la existencia de una conducta pública u omisión administrativa a la cual, pueda atribuirse el resultado lesivo, es decir, **debe acreditar la existencia del nexo causal entre ese funcionamiento y la lesión que solicita se repare.** En el **caso concreto**, ese ligamen parte de la demostración de que el artículo 2 adoptado por el Concejo Municipal de La Unión, en sesión extraordinaria número 147 celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, mediante el cual, declaró desierta la adjudicación del proceso licitatorio número LP-01-2006 en contra de la empresa actora, resulta sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, en el tanto es contrario a lo dispuesto en los artículos 11, 39 y 41 de la Constitución Política; 11, 132, 136, 158 incisos 1 y 2, 166, 173, 183 inciso 3) y 241 de la Ley General de la Administración Pública; 3, 4, 17, 21, 29, 32 de la Ley de Contratación Administrativa; 2, 6, 30, 86, 89, 188, 189 y 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa;

12 del Reglamento sobre el Refrendo a las Contrataciones de la Administración Pública, número R-CO-33-2006 de las catorce horas del ocho de marzo del 2006, publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del miércoles 15 de marzo del 2006 –que se encontraba vigente al momento en que la Contraloría General de la República denegó el refrendo en este caso- y al principio de seguridad jurídica. Dicho aspecto se acreditó en el considerando V de esta sentencia, dado que por las razones allí expuestas, se declaró no para efectos de supresión del acto impugnado, sino como criterio de imputación, que el artículo 2 adoptado por el Concejo Municipal de La Unión, en sesión extraordinaria número 147 celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, resulta sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, en el tanto provocaron una violación a los principios de legalidad, buena fe, seguridad jurídica, eficacia y eficiencia, justicia pronta y cumplida en vía administrativa, así como, a la garantía del debido proceso en contra de la parte actora; [...] ; 3) Sobre el daño moral y público alegado por la empresa Rodríguez Constructores Asociados S.A. Ahora bien, en cuanto al **daño moral de las personas jurídicas**, la misma Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia número 000752-F-2006 de las trece horas treinta minutos del cinco de octubre del dos mil seis, consideró:

*“...VI. **Persona jurídica y daño moral.** El artículo 41 constitucional no distingue en cuanto a personas –físicas o jurídicas- como posibles víctimas de daños, en cualquiera de sus diferentes calificaciones. Esto supone que, aún cuando no es pacífico en la doctrina, desde la perspectiva constitucional es plausible que personas jurídicas puedan verse afectadas por padecimientos de orden moral, -sin que sea necesario, para el sub-lite, deslindar si ello ocurre sólo en supuestos de responsabilidad contractual, extracontractual, o en ambos-, claro está, aún cuando esos no necesariamente guardan consonancia con ciertas afectaciones extrapatrimoniales de las personas físicas. **Así, el sufrimiento, el estrés, la angustia, o la depresión, entre otros, sólo pueden experimentarlos estas últimas, pero ello no mengua que ciertas afectaciones a personas otrora denominadas morales, que no califican ni como daño emergente, ni lucro cesante, puedan llegar a tener cabida bajo el cariz del daño moral. Puede pensarse, verbiqracia, en el desprestigio de una marca en la percepción del consumidor, que sea imputable a un sujeto distinto a su titular (...)** A ello debe añadirse que, según la jurisprudencia de esta Sala, **el daño moral objetivo, por sus características, ha de ser probado no sólo respecto de su existencia, sino también de su cuantía, y aún cuando se sostenga –como ejercicio hipotético- que los extremos reclamados califican como tales, no existirá forma de calcularlos, en el tanto se echa de menos prueba en este sentido...**”.* Como derivación de lo indicado, tratándose de solicitudes de imputación de responsabilidad administrativa, aún en el ámbito del daño moral (cuya tutela se desprende del ordinal 197 ibidem), ha de demostrar, al menos, que los hechos en los que se soporta el pedimento, han ocurrido. No basta alegar la existencia de afectaciones en la imagen y buen nombre de la persona jurídica,

debe demostrarse tanto los hechos que en teoría, han originado tal detrimento, como también la existencia de esos daños. En la especie, la causa que configura el daño alegado es la presunta afectación de la imagen, buena fama, y reputación de la empresa Rodríguez Constructores Asociados S.A., a consecuencia de que el Concejo Municipal de La Unión, por artículo 2 adoptado en la sesión extraordinaria número 147, celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, mediante el cual, se declaró desierta la adjudicación del proceso licitatorio número LP-01-2006, que se había acordado a favor de la empresa actora, a consecuencia de la denegatoria del refrendo por parte de la Contraloría General de la República. Empero, aún la amplitud mencionada del daño moral, lo cierto del caso es que tal y como se indica en el aparte h) del considerando II de esta sentencia, no se ha acreditado ni se aporta elemento que permita concluir que en efecto, tal y como lo alega la accionante, se le haya causado un detrimento en su imagen y buen nombre como persona jurídica estimados en la suma de ¢43.817.853,34 (cuarenta y tres millones ochocientos diecisiete mil ochocientos cincuenta y tres colones con treinta y cuatro céntimos), como consecuencia del acuerdo adoptado por el Concejo Municipal de La Unión, en el artículo 2 de la sesión extraordinaria número 147 celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, mediante el cual, declaró desierta la adjudicación del proceso licitatorio número LP-01-2006 en contra de la empresa actora, conducta que resulta sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, tal y como ya lo analizó este Tribunal en el considerando V de esta sentencia. La acreditación de esas causas resulta determinante para efectos de poder abordar el análisis de la existencia o no de un posible padecimiento moral objetivo como el que se peticiona. Desde esa óptica, no se acredita la fuente de los presuntos daños morales objetivos, ni su existencia y cuantía, y con ello, resulta imposible tender el puente de causalidad entre la conducta del accionado y esos daños pretendidos, lo que hace imposible la atribución de responsabilidad por esa causa. Así las cosas, ante la inercia demostrativa sobre ese particular, debe rechazarse ese extremo de las pretensiones. **4) En cuanto a los perjuicios alegados por la parte actora.** 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 un lucro eventual, posible, hipotético o condicionado y cuyas repercusiones se proyectan al incoarse el proceso. La efectividad del daño que se exige en este tipo de pretensiones evita la consideración de lesiones hipotéticas, eventuales o condicionadas. El daño indemnizable puede ser de 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 la especie,** del análisis de cada uno de los puntos que expone en su escrito de demanda y de la estimación económica a prudencial que

aporta como sustento de sus reclamos (*folio 90 del expediente judicial*) , se desprende que los perjuicios cuya reparación pretende, radican o se sustentan en el margen de utilidad proyectada a devengar por la empresa Rodríguez Constructores Asociados S.A. , en el supuesto de que se hubiera refrendado el contrato y por ende, hubiera tenido la posibilidad de ejecutar el contrato que se sustentó en el proceso licitatorio que le fue adjudicado y la incidencia que ello habría provocado en su esfera patrimonial (ver folio 90 del expediente judicial). Empero, no se acredita, un daño efectivo y real, sino meras expectativas, proyección de márgenes de utilidad a devengar, aspecto que, se reitera, no da paso a la indemnización. En ese sentido, cabe indicar que si bien es cierto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32 párrafo segundo de la Ley de Contratación Administrativa y 189 del Reglamento a esa Ley, se tendrá por perfeccionada la relación contractual entre la Administración y el contratista, cuando - como en este caso- el acto de adjudicación adquiera firmeza y la garantía de cumplimiento sea válidamente otorgada ; también lo es, que conforme a lo dispuesto en los artículos 184 de la Constitución Política; 32 párrafo 4º de la Ley de Contratación Administrativa; 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; 12 del Reglamento sobre el Refrendo a las Contrataciones de la Administración Pública, número R-CO-33-2006 de las catorce horas del ocho de marzo del 2006, publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del miércoles 15 de marzo del 2006 –que se encontraba vigente al momento en que la Contraloría General de la República denegó el refrendo en este caso- , el refrendo constituye un acto de aprobación, por lo que funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo y no como un medio por el cual la Contraloría General de la República pueda anular de forma indirecta el acto de adjudicación ni el contrato administrativo. Por medio del refrendo la Contraloría General de la República examina y verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, lo cual, determina su validez en los términos del párrafo 1º del artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa y 188 de su Reglamento. En consecuencia, la empresa actora lo que tenía era una expectativa de derecho fundada en el acto de adjudicación y en el perfeccionamiento de la relación contractual acaecidos en el caso concreto , a ejecutar los términos del contrato suscrito con la Municipalidad de La Unión para remodelar el parque central de Tres Ríos, la cual, estaba condicionada a que la Contraloría General de la República otorgara el refrendo al contrato sustentado en el proceso licitatorio LP-01-2006 , por lo que, aunque en principio resultó adjudicataria de dicha licitación pública y firmó el contrato correspondiente ; ello no excluía la posibilidad de que la Contraloría General de la República no refrendara dicho convenio por razones imputables a la propia Municipalidad de La Unión, como en efecto sucedió, la que no adoptó durante un año y cuatro meses después de denegado el refrendo, para solventar la situación causada como consecuencia de dicho acto . Que en razón de lo anterior, la ganancia que se proyectaba recibir si se hubiera ejecutado el contrato , estaba condicionada al resultado de la solicitud de refrendo planteada por la

Municipalidad accionada ante la Contraloría General de la República, y en última instancia, a la efectiva ejecución del contrato . Por todo lo expuesto, este Tribunal declara improcedente la pretensión relacionada con el pago de ¢ 5.262.669,50 (cinco millones doscientos sesenta y dos mil seiscientos sesenta y nueve colones con cincuenta céntimos), por concepto de perjuicios, como consecuencia de que el Concejo Municipal de La Unión mediante el artículo 2 adoptado en la sesión extraordinaria número 147 celebrada el martes 11 de marzo del dos mil ocho, declaró desierto el acto de adjudicación del procedimiento licitatorio número LP-01-2006, en virtud de que la Contraloría General de la República, no refrendó el contrato suscrito entre ambas partes, convenio que se sustenta en dicha Licitación Pública.”

3. Daños y Perjuicios Ocasionados por la Competencia Desleal entre las Empresas Participantes en el Proceso Licitatorio

[Sala Segunda]^{ix}

Voto de mayoría

“II. Proceso sumario de competencia desleal. Según escrito de demanda de folio 74, en lo esencial, se aduce que ambas partes son competidores directos en el mismo giro comercial; esto es, prestar servicios para desarrollar capacitación virtual. Por esa razón, dice la sociedad actora, las dos empresas participaron en las licitaciones números 2008CD-001098-01 y 2008CD-001075-01 del Banco Nacional de Costa Rica. El día 17 de diciembre de 2008, añade, la citada Institución bancaria le adjudicó ambos carteles por un monto total de \$ 34.680. Sin embargo, agrega, la sociedad demandada presentó ante el Banco una solicitud de descalificación a las ofertas e instó la apertura de un procedimiento de verificación de la información suministrada por la actora para acreditar la experiencia, la cual no coincidía con las cartas extendidas por sus clientes. Amparada en esa denuncia, continúa, el Banco revocó los actos de adjudicación y ordenó aclarar la información respectiva. En forma paralela, dice, la accionada mantuvo su conducta de mala fe y envió cartas a dos de sus clientes, concretamente al Instituto Nacional de Aprendizaje y Purdy Motor Costa Rica. Ninguna de esas empresas, afirma, fueron parte en los dos procesos licitatorios y no tienen ningún interés en ellos. En las cartas pone en conocimiento de las supuestas contradicciones que constan en el expediente administrativo y, advierte, de la eventual responsabilidad para ellas por haber extendió documentos a favor de la demandante. Sostiene, *“resulta evidente como la accionada monta un ardid donde vincula que dichos documentos podrían eventualmente generar una denuncia penal. Asimismo, recurre a una advertencia sórdidamente planteada, todo con el fin de aminorar la imagen de mi representada en el mercado, haciéndola aparentar poco ética frente a nuestros clientes.”* Insiste, todos esos actos orquestados de la demandada, tienen como único propósito denigrar la imagen de la actora dentro del mercado,

proveniente de una competidora directa. Concluye, la conducta temeraria de la accionada se hizo evidente porque el 19 de enero de 2009, el Banco Nacional de Costa Rica, readjudicó las referidas licitaciones. No se detectaron contradicciones y hubo procedimientos de responsabilidad para nuestros dos clientes. Se pide se acoja la demanda y se condene a la vencida al pago de los daños y perjuicios, los cuales se liquidarán en etapa de ejecución del fallo.

III. La sociedad accionada contesta en forma negativa a folio 144 y, como excepciones perentorias, alega falta de derecho y la expresión “genérica sine actione agit”. Reconoce, por interés público, haber enviado la solicitud de descalificación de la oferta y verificación de la información ofrecida por la actora. Se exigió de esa manera porque se pudo constatar contradicciones en la experiencia en el desarrollo de capacitaciones virtuales, entre ellas las declaradas por la Purdy Motor y el Instituto Nacional de Aprendizaje. Todo se hizo, reitera, para velar por la transparencia en el proceso licitatorio y por ese interés público, se alertó al Banco de las discrepancias encontradas. Estima que no ha incurrido en actos de competencia desleal, pues nunca falseó la verdad de la información presentada por la actora. Simplemente, dice, se le hizo ver al Banco de las contradicciones entre las declaraciones juradas y las cartas emitidas por Purdy Motor y el Instituto Nacional de Aprendizaje. Añade, no ha actuado de mala fe ni ha pretendido afectar el nombre comercial, sólo denunciar discrepancias para que se aclararan.

IV. En el fallo de primera instancia, el Juzgado desestima las excepciones opuestas. Declara con lugar la demanda de competencia desleal e impone, en abstracto, el pago de los daños y perjuicios causados. Además, debe la vencida cubrir las costas procesales y personales. Para el juzgador, las cartas enviadas por la demandada a diversos clientes de la actora constituyen actos desleales con base en el artículo 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Atacan el buen prestigio empresarial porque se remitieron sin justificación alguna., en el tanto de haber existido discrepancias se debió tramitarse el asunto a lo interno del Banco Nacional de Costa Rica. De ese pronunciamiento recurre la parte demandada, cuyo agravio lo sustenta de la siguiente manera: *“El señor juez tiene por demostrado que mi representada no faltó a la verdad, esto es que las aseveraciones que se realizan no son falsas, pero, haciendo una interpretación extensiva y teleológica de dicho numeral señala que, para su criterio, sí hay competencia desleal por considerar el contenido de esas cartas como “publicidad denigratoria.” Apartándose entonces del criterio de tipicidad indicado y por consiguiente, la valoración que hace, va más allá de su función jurisdiccional, razón por la cual la interpretación que hace, considera el suscrito que es “contra legem.”* Escrito de apelación de folio 194. Ese mismo argumento lo reitera ante el Tribunal en memorial de folio 198. Solo agrega que la publicidad denigratoria procede cuando se dirige al público consumidor y, en este caso concreto, las notas

fueron enviadas a personas jurídicas determinadas incluyendo hechos ciertos. El trasiego de correspondencia, añade, no equivale a publicidad.

V. La competencia funcional de este órgano jurisdiccional se reduce a los motivos de inconformidad, sin que tenga atribuciones para abordar de oficio extremos no cuestionados expresamente. El agravio de la sociedad apelante gira alrededor los alcances de la “publicidad denigratoria”. En síntesis, se alega, que el juzgador resuelve contra ley porque realiza una interpretación extensiva del numeral 17 inciso b) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Además, estima que el envío de correspondencia no califica de publicidad, sobre todo por la veracidad del contenido de las notas. No comparte el Tribunal los reproches. En el considerando III del fallo de primera instancia, concretamente a folio 188, con toda precisión se define el objeto del debate: *“El punto medular de esta discusión es determinar si el envío de cartas por parte de la empresa accionada a diversos clientes de la accionante con motivo de la gestión de impugnación de la adjudicación de la licitación constituye o no un acto prohibido por ley y califica o no como competencia desleal.”* De la lectura de los argumentos del juzgador, la sentencia estimatoria se fundamenta en la falta de justificación en la remisión de las cartas y no, con lo sugiere la recurrente, en una interpretación forzosa de la “publicidad denigrante.” Es cierto que se refiere a ella como concepto doctrinario, pero de seguido se apoya en la cláusula general de los actos prohibidos del citado ordinal 17 y concluye que injustificadamente la demandada compromete el buen prestigio de la sociedad actora *“al tratar de dar un mensaje en el sentido de que dicha empresa presentó información falaz al Banco Nacional para competir por una contratación administrativa.”* Folio 189. Las dos cartas en cuestión se agregan a folios 10 y 12, cuyo contenido constituye un hecho no controvertido. El acto desleal no se fundamenta, esencialmente, en el marco de la publicidad y sus diversas modalidades, sino en la conducta desproporcionada de la accionada al enviar esas dos misivas a los clientes de la demandante. Como bien lo dice el A-quo, ese proceder resulta injustificado porque de existir alguna anomalía en los datos requeridos en el cartel de licitación, la controversia se debió limitar a lo interno del proceso licitatorio y no involucrar a terceras personas ajenas. En ese aspecto, se respalda la tesis del Juzgado al afirmar: *“No podría pensarse que no se ha intentado desprestigiar la imagen de la empresa actora cuando ambas compiten en el mercado. Queda claro que si la empresa demandada notó algún tipo de inconsistencia en la información brindada por la competidora ante el ente Bancario para obtener la contratación, estaba en su derecho de impugnar esa adjudicación, pero esa situación no le da derecho alguno de comunicarse con clientes de la empresa accionante para indicarle la situación acaecida. Debía tramitarse únicamente a lo interno del Banco Nacional, y en caso de que dicha entidad Bancaria tuviese la necesidad de verificar datos directamente con agentes externos tenía la potestad de hacerlo, no así la accionante, competidora directa de la actora.”* Ese razonamiento refleja el mérito de

los autos y lo dispuesto en el párrafo penúltimo del precepto 17 ibídem, disposición que califica como prohibido todos aquellos otros actos o comportamientos de competencia desleal, ya sean análogos a los previstos en forma imperativa o que distorsionen la transparencia del mercado en perjuicio del consumidor o los competidores. Con base en esta norma residual, se desestima el agravio sobre la tipicidad. Es evidente que la actitud de la demandada es irracional, injustificada y extralimitada, con el único propósito de afectar la buena imagen de su competidora directa en los mismos servicios ofrecidos al consumidor. Los actos de denigración o desprestigio, como erróneamente lo sugiere la accionada, no se limitan a un escenario de publicidad o “marketing” en sentido estricto. En situaciones evidentes, como la que nos ocupa, se concluye que la conducta de la accionada constituye actos desleales, al amparo de la citada disposición legal. No se trata de simple correspondencia ni de un problema de publicidad formal. Lo que se cuestiona como acto desleal o prohibido, es la decisión de enviar cartas para involucrar a clientes de la actora – ajenos al proceso de licitación – en una denuncia posterior a la adjudicación del cartel. Tampoco tiene relevancia si el contenido de las cartas es verdadero o no. La conducta ilegal se produce con su envío innecesario para poner en conocimiento de una situación propia de un procedimiento administrativo, lo que distorsiona la transparencia entre competidores. La situación se agrava porque el Banco Nacional de Costa Rica readjudicó las licitaciones, sin necesidad de solicitar aclaraciones a Purdy Motor Sociedad Anónima y al Instituto Nacional de Aprendizaje. En realidad, mayores consideraciones serán odiosas ante la claridad de lo resuelto. Por lo expuesto, en lo que es objeto de alzada, se confirma el fallo impugnado.”

4. La Posibilidad de Incluir Cláusulas Penales y Multas en el Cártel de Licitación

[Sala Primera]^x

Voto de mayoría

"XI. Sexto: en la contratación administrativa es posible aplicar además de las garantías de cumplimiento, cláusulas penales y multas. Así lo reconoce la doctrina, y, la legislación nacional de conformidad con ésta, en el artículo 36 del Reglamento General de la Contratación Administrativa dispone: *“...36.2 además de la garantía de cumplimiento, la Administración podrá incorporar en el cartel cláusulas de retención porcentual de las sumas pagadas, cuando esto sea necesario para asegurar que la ejecución total se efectuará dentro de condiciones de satisfacción del interés general. 36.3 Igualmente el cartel podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento. Por la naturaleza de estas cláusulas para su aplicación no será necesario demostrar el daño...”*. En consecuencia,

faculta a la Administración a incluir en el cartel de contratación este tipo de sanciones pecuniarias, previendo cualquier incumplimiento del contratista al momento de ejecutarlo. Se constituyen en mecanismos que buscan asegurar la fiel observancia de lo pactado, o en su defecto, lograr una indemnización por el perjuicio sufrido. De ahí, que tengan dos funciones básicas, la compulsiva y la resarcitoria. Figuran en el contrato administrativo, como eventuales sanciones, que persiguen garantizar de mejor manera a la Administración, que el contratante cumplirá con la prestación dentro del plazo y con las condiciones pactadas, prefijando de antemano la reparación de los perjuicios que se causarían ante un eventual atraso en el plazo señalado o un incumplimiento. Sobre el particular, la Contraloría General de la República en resolución RC-759 de 13 horas del 15 de noviembre del 2002, señaló: *“Merece señalar que el artículo 36.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa dispone que el cartel podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía 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... ..Así pues, con fundamento en lo dispuesto en dicha normativa la Administración está facultada para incluir este tipo de sanción pecuniaria en el cartel, previendo cualquier incumplimiento del contratista al momento de ejecutar el contrato. ...las multas son aquellos montos o porcentajes que la Administración en el ejercicio de sus potestades de imperio y facultades discrecionales, establece en el cartel para sancionar el incumplimiento de ciertos requerimientos del objeto contractual o para sancionar algunos defectos ya previsibles de la ejecución del contrato, pues la Administración ha tomado en consideración los daños y perjuicios que eventualmente estos le causen y ha tipificado esos eventuales defectos de la ejecución contractual. ...Para utilizar el mecanismo de las multas, en el cartel deben puntualizarse y detallarse claramente los incumplimientos bajos los cuales la Administración las podrá hacer efectivas, de modo que los oferentes conozcan antes de someter su oferta, las multas que deberán pagar en caso de que la ejecución resulte defectuosa”*. **Según lo expuesto, en el cartel pueden incluirse cláusulas penales y multas, las primeras aplicadas a los casos de ejecución tardía o anticipada y las segundas por defectos en el cumplimiento. Para que puedan ser aplicadas han de formar parte del cartel y estar claramente señaladas e incluir de forma pormenorizada y cristalina los incumplimientos en los que tiene la posibilidad de aplicarlas en la práctica.** En este punto, es menester hacer una aclaración. En la especie, los juzgadores y las partes se refieren a las cláusulas penales y multas indistintamente, sin embargo, estos conceptos desde el punto de vista doctrinal y legal, como se expuso, no son sinónimos. El punto 9° de las Condiciones Generales para Participar en Licitaciones de JASEC, alude a cláusulas penales no a multas. El reproche en esencia se dirige a atacar el hecho de que se le apliquen las primeras sin formar parte del cartel y porque en su criterio el numeral 36.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa fue erróneamente interpretado, al asumirse algo no establecido en él. Analizados los autos

lleva razón la casacionista, en efecto la norma citada establece la posibilidad de que la Administración incorpore en el cartel cláusulas penales por realización anticipada o retrasada o multas por defectos en la ejecución. Esto es así, porque su aplicación obedece a casos muy particulares a criterio de la Administración, de manera que deberá decidir si lo será a todo el objeto o a una parte, según sea la tipificación del supuesto que ha efectuado, y tomando en cuenta la importancia y naturaleza de cada concurso. O sea, que en la utilización de estos medios, en el cartel deben puntualizarse y detallarse claramente los incumplimientos en los cuales la Administración los podrá hacer efectivos, de modo que los oferentes conozcan antes de someter su oferta, los montos que deberán pagar en caso de ocurrir determinado incumplimiento. JASEC en la especie no lo estipuló en el cartel, por ende no se establecieron los supuestos y mecanismos mediante los cuales aplicaría la cláusula penal (“multa”) de ser necesario. En la especie la actora-reconvenida no pudo conocer a qué atenerse sobre el particular, y JASEC no puede pretender su aplicación con base en una disposición general que dice forma parte de todas las contrataciones con esa institución, tampoco con fundamento en el canon 36.3 citado, porque no dispone que éstas estarán contenidas en toda contratación, sino que el ente público los podrá incluir, lo cual no hizo JASEC en este asunto. En consecuencia, lo resuelto por el Ad quem se encuentra en franca contradicción con el marco normativo que rige lo relativo a la contratación administrativa en el ordenamiento jurídico patrio, porque sea que se trate de cláusulas penales o multas, lo correcto es que consten en el cartel y contrato administrativo correspondientes, por ende, ha de acogerse la inconformidad sobre este extremo."

5. Concepto, Importancia y Características de la Garantía de Participación en el Proceso Licitatorio

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II]^{xi}

Voto de mayoría

"V. Conviene en primer término, referirse al concepto de garantía de participación y su importancia dentro de la contratación administrativa. Al respecto, se ha expresado que es *“un aval por medio del cual el contratista demuestra la intención seria, responsable y firme de contratar con la Administración, es a través de ella que se avala la solemnidad de la oferta por parte del contratista; constituyéndose en una señal precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato (...) Entre las características que se pueden enumerar de este tipo de garantía están la **unilateralidad**, ya que está dada porque sólo la Administración puede exigirla, no así el particular de aquélla. Lo anterior, se desprende del artículo 33 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual dispone que la Administración exigirá, a los oferentes, una garantía de participación. La **obligatoriedad** es otra de las características de la garantía de participación, toda vez que el ordenamiento jurídico*

*impone las garantías como presupuestos de la oferta. El artículo 33.1 del Reglamento a la Ley General de la Contratación Administrativa, establece la obligatoriedad únicamente para las licitaciones públicas y por registro. La tercera, es su **consustancialidad** y **accesoriedad**. En relación con la primera, en tanto existe como modalidad propia del procedimiento administrativo de contratación; y accesorias, en la medida que se encuentran ligadas con la obligación principal que garantiza el mantenimiento de la oferta. De la obligación principal depende su duración, reintegro, devolución, pérdida. Otra característica es su **inembargabilidad**, por cuanto solo tendría efecto el embargo sobre el excedente que pudiera resultar una vez cubiertas las reparaciones o indemnizaciones a que tenga derecho la Administración por el incumplimiento precontractual o contractual propiamente dicho. Se dice además que es **independiente**; la doctrina propone que las garantías deben constituirse por cada contratación. No se permiten garantías permanentes, globales, indeterminadas, etc. Finalmente se enumeran entre sus características su **ejecutoriedad**, lo anterior significa que el cumplimiento o realización de la ejecución debe hacerse en forma plena y efectiva. En este sentido esta Contraloría General ha señalado que la garantía de participación no solo debe tener plena ejecutoriedad sino que no debe encontrarse condicionada ...” (Contraloría General de la República, resolución No. RC-701-2002 de las 10 horas del 31 de octubre de 2002). VI.- De conformidad con el artículo 2 de la Ley 7969 del 22 de diciembre de 1999, el transporte remunerado de personas en la modalidad de taxi es un servicio público, que se explota mediante una concesión administrativa, para cuyo otorgamiento se estableció un procedimiento que se denominó, especial abreviado (artículos 30 y siguientes), que se rige por esa ley y su reglamento. El transitorio VI de la misma normativa, expresó: “TRANSITORIO VI.- Únicamente para el primer concurso posterior a la entrada en vigencia de la presente ley, se pondrá a disposición la siguiente cantidad de concesiones por provincia: Alajuela, 1883; Heredia, 995; Guanacaste, 563; Limón, 890; San José, 7.464; Cartago, 940; Puntarenas,940.*

La totalidad de estas concesiones administrativas serán adjudicadas de conformidad con el inciso d) del artículo 1) por base de operación, para lo cual el MOPT tendrá un plazo máximo de treinta días naturales para asignarlas. En el primer concurso, el Consejo de Transporte Público deberá asignar la totalidad de estas concesiones administrativas. Inmediatamente después de adjudicado el primer concurso, el Consejo procederá a efectuar los estudios de demanda correspondientes, conforme a esta ley.” Resulta de interés aquí, el numeral 32 de la Ley 7969, que exige como requisito, “g) *Rendir garantía de participación equivalente a un salario base establecido en el artículo 2 de la Ley No. 7337, de 5 de mayo de 1993, a favor del Consejo de Transporte Público, en la forma mencionada en el Reglamento de la Contratación Administrativa. El propósito es garantizar la seriedad de la oferta mediante la cual concursa*”. El Decreto Ejecutivo No. 28913-MOPT, publicado en el

Alcance No. 62 a La Gaceta No. 179 del 19 de septiembre del 2000, que es “Reglamento del Primer Procedimiento Especial Abreviado de Transporte Remunerado de Personas Modalidad Taxi”, en su artículo 7 inciso e), requirió una caución, equivalente a un salario base, a favor del Concejo de Transporte Público, *“mediante los títulos que para tales efectos establece el numeral 37 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, decreto ejecutivo No. 25083-H, que deberán depositarse en cualquier agencia del Banco Nacional de Costa Rica, Sección de Valores en custodia cuenta No. 2745 que será devuelta una vez depositada la garantía de cumplimiento o en su defecto para los que no resulten adjudicados una vez declarado en firme el acto de adjudicación”*. Como se observa, el reglamento es muy claro sobre la forma en que debían rendirse las garantías de participación y su depósito obligatorio en el Banco Nacional de Costa Rica.

VII. En el caso concreto, el señor Meneses Carpio, suscribió la caución correspondiente a través del Banco Crédito Agrícola de Cartago, pero no la depositó en la Sección de Valores en Custodia de una agencia del Banco Nacional de Costa Rica, como lo exigía la normativa transcrita, ni la entregó a la Administración para que ésta la tuviera a su disposición y pudiera tener la posibilidad de ejecutarla, en el evento de que se dieran las circunstancias para ello, sino que mantuvo el original en su poder. El demandante alega que con su plica, adjuntó copia certificada del bono, que era lo requerido, con lo que cumplió adecuadamente y prueba de ello dice, es que fue recibida sin objeción alguna por el funcionario de la Oficina de Correos y que cuando formuló los recursos administrativos correspondientes, aportó el original. Efectivamente, el instructivo preparado por la Administración expresa que los interesados debían aportar con su oferta, copia certificada del comprobante de pago de la caución, pero lo anterior, no puede considerarse en forma independiente a las normas que rigen el concurso. La exigencia, en el caso de bonos emitidos por uno de los bancos del Sistema Bancario Nacional o el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, no se limitaba a la suscripción del documento, sino también que el original se pusiera en custodia en el Banco Nacional – lo que no hizo el accionante-, y se aportara copia certificada a la oferta. ¿Por qué esta última exigencia, sobre la cual presta atención el instructivo?, porque el original debía estar previamente en custodia. La Administración no llevó a error al señor Meneses Carpio, sino el hacer caso omiso del decreto ejecutivo 28913-MOPT. El funcionario de la oficina de correos que recibió los documentos, dio por cumplidos los requisitos, porque se le anexó la copia certificada requerida, pero no tenía posibilidad alguna de saber en ese momento, no se había puesto el bono bajo custodia del Banco Nacional. Cabe entonces preguntarse: ¿qué alcance tiene su omisión?. Los artículos 4 y 5 de la Ley de Contratación Administrativa, establecen los principios de eficiencia e igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Si bien por el primero, debe darse siempre una interpretación favorable a la conservación de las actuaciones, cuando ello no afecta los contenidos fundamentales o esenciales de la oferta, también

es cierto, que no puede hacerse en perjuicio de la igualdad de trato. La falta de depósito del original del bono, hace que sea imposible para la Administración hacerlo efectivo, por no contar con el documento idóneo que permita esa acción. Por otra parte, la entrega al Banco Nacional, debía ser previa y no posterior a la presentación de la plica, porque el oferente debe garantizarle a la Administración su seriedad desde el instante mismo de la recepción de ofertas, y no es posible subsanar dicha omisión presentando el documento original en un momento posterior, como por ejemplo, cuando se formulan recursos administrativos, porque atenta contra el principio de igualdad de trato. La Sala Constitucional en voto No. 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, considerando XXV expresó: *"...Téngase en cuenta que la forma, modo, monto, momento y plazo para presentar la garantía están regulados por las normas positivas de la contratación específica, según las especificaciones del cartel, en tanto su objeto, finalidad o razón de ser, es asegurar o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado en el pliego de condiciones. Esta garantía avala la solemnidad de la oferta, y como tal, constituye una seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato o su no cumplimiento, como medida cautelar de la responsabilidad del oferente. La garantía de participación constituye el presupuesto de la oferta, de manera tal, que sin la primera no puede válidamente legitimarse la oferta ante la administración, a la vez que del mantenimiento de la garantía depende la validez la oferta. En razón de lo anterior, es que, como elemento sustancial de la contratación administrativa, cualquier modificación en la garantía de participación implica una modificación en la oferta..."*[...] **No se trata entonces, de un aspecto formal intrascendente, sino una falta de orden sustancial que hace inelegible la oferta del señor Meneses Carpio, por lo que debe acogerse la defensa de falta de derecho, al ser improcedente la demanda."**

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.

-
- ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 6227 del dos de mayo de 1978. **Ley General de la Administración Pública**. Versión de la norma 8 de 8 del 14/09/2009. Datos de la Publicación Colección de leyes y decretos Año: 1978. Semestre: 1. Tomo: 4. Página: 1403.
- ⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Fecha de Vigencia desde 08/06/1995. Versión de la norma 18 de 18 del 20/02/2012. Datos de la Publicación Gaceta 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.
- ⁱⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Fecha de Vigencia desde 08/06/1995. Versión de la norma 18 de 18 del 20/02/2012. Datos de la Publicación Gaceta 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.
- ^{iv} ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Fecha de Vigencia desde 08/06/1995. Versión de la norma 18 de 18 del 20/02/2012. Datos de la Publicación Gaceta 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.
- ^v ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Fecha de Vigencia desde 08/06/1995. Versión de la norma 18 de 18 del 20/02/2012. Datos de la Publicación Gaceta 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.
- ^{vi} RAMIREZ LORIA, Ileana (2002). **Poder de Fiscalización de la Administración Pública en la Ejecución de los Contratos Administrativos**. Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Pp 100-108.
- ^{vii} SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 898 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del treinta y uno de julio de dos mil doce. Expediente: 09-002002-1027-CA.
- ^{viii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 112 de las diez horas con quince minutos del nueve de mayo de dos mil once. Expediente: 08-000959-1027-CA.
- ^{ix} TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Sentencia 683 de las siete horas con treinta minutos del veintiocho de julio de dos mil diez. Expediente: 09-000011-0181-CI.
- ^x SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 750 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del cinco de octubre de dos mil seis. Expediente: 00-000747-0163-CA.
- ^{xi} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia 144 de las once horas del primero de abril de dos mil cinco. Expediente: 03-000043-0163-CA.