



DECLARATORIA DE CONCURSO “INFRUCTUOSO” O “DESIERTO” EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Contratación Administrativa.
Palabras Claves: Concurso Administrativo, Concurso Desierto, Concurso Infructuoso, Adjudicación Desierta, Adjudicación Infructuosa.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 27/09/2013.

Contenido

RESUMEN.....	2
NORMATIVA.....	2
1. La Declaratoria de Deserción en la Contratación Administrativa	2
2. La Declaratoria de Deserción y Concurso Infructuoso en la Contratación Administrativa	2
DOCTRINA.....	4
Adjudicación Desierta.....	4
Declaratoria de Concurso Infructuoso o Concurso Desierto.....	4
JURISPRUDENCIA	6
1. Responsabilidad Administrativa por la Declaratoria de Deserción de una Licitación Pública.....	6

RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre la Declaratoria de Concurso Desierto o Infructuoso para lo cual son aportados los extractos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que prevén la aplicación de tal concepto a los Procesos de Contratación Administrativa y que además prevén la eventual responsabilidad de la Administración Pública al decretar le deserción sin que exista un motivo suficiente para llevar a cabo tal acto.

NORMATIVA

1. La Declaratoria de Deserción en la Contratación Administrativa

[Ley de Contratación Administrativa]ⁱ

Artículo 29. **Motivación de la deserción.** Cuando la Administración resuelva declarar desierto un procedimiento de contratación, deberá dejar constancia de los motivos de interés público para adoptar esa decisión.

2. La Declaratoria de Deserción y Concurso Infructuoso en la Contratación Administrativa

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]ⁱⁱ

Artículo 15. **Variación del procedimiento infructuoso.** La licitación y el remate se considerarán infructuosos cuando no hubiere habido oferentes o los que se hubieren presentado hayan formulado sus ofertas en términos que contravinieren el cartel o resultaren inaceptables para la Administración.

Si se produce una licitación pública infructuosa, la Administración podrá utilizar el procedimiento de licitación abreviada en el nuevo concurso.

Si una licitación abreviada resulta infructuosa, la Administración podrá realizar una contratación directa concursada.

En el caso de un remate infructuoso, la Administración podrá aplicar hasta dos rebajas a la base fijada por el avalúo respectivo, hasta en un 25% cada vez.

En los casos anteriormente citados, deberá mediar autorización de la Contraloría General de la República, órgano que tendrá diez días hábiles para resolver, previa

valoración de las circunstancias que concurrieron para que el negocio haya resultado infructuoso.

La Contraloría General de la República, podrá denegar la autorización, si las causas del procedimiento fallido se encuentran en las propias actuaciones u omisiones de la Administración contratante, como la falta de claridad del cartel, el retardo en la calificación de ofertas, la ausencia de la publicidad del concurso, según corresponda. Para valorar esas circunstancias, con la respectiva solicitud, se enviará el expediente del concurso o remate.

Artículo 86. **Acto final.** Una vez hechos los estudios y valoraciones señalados en los artículos anteriores, la Administración, deberá dictar el acto de selección del adjudicatario. Cuando se soliciten precios unitarios y la Administración se haya reservado la posibilidad de adjudicar parcialmente una misma línea o mismo objeto, así lo indicará.

Si la oferta ganadora del concurso presenta un precio menor al monto presupuestado, la Administración podrá adjudicar una mayor cantidad de bienes o servicios si la necesidad así lo justifica.

Si al concurso no se presentaron ofertas o las que lo hicieron no se ajustaron a los elementos esenciales del concurso, se dictará un acto declarando infructuoso el procedimiento, justificando los incumplimientos sustanciales que presenten las ofertas.

Si fueron presentadas ofertas elegibles, pero por razones de protección al interés público así lo recomiendan, la Administración, mediante un acto motivado, podrá declarar desierto el concurso.

Cuando la Administración, decida declarar desierto un procedimiento de contratación, deberá dejar constancia de los motivos específicos de interés público considerados para adoptar esa decisión, mediante resolución que deberá incorporarse en el respectivo expediente de la contratación.

Cuando se haya invocado motivos de interés público para declarar desierto el concurso, para iniciar un nuevo procedimiento, la Administración deberá acreditar el cambio en las circunstancias que justifican tal medida.

La declaratoria de infructuoso, de desierto o readjudicación deberá ser dictada por el mismo funcionario u órgano que tiene la competencia para adjudicar.

DOCTRINA

Adjudicación Desierta

[Romero Pérez, J.E.]ⁱⁱⁱ

La Administración puede no seleccionar ninguna oferta. Se abstiene de adjudicar. Pero, esta negativa a contratar tiene que ser razonada, fundada. Empero, esta obligación queda en nada, pues, si la Administración razona débilmente su declaración de concurso desierto, y el oferente apela ante la Contraloría, ésta no puede obligar al ente administrativo a adjudicar (ya que el Estado como cualquier particular es libre de negociar y no puede violentarse su voluntad contractual). Tal vez, la Contraloría (que sí tiene facultades legales para ello) podría indicarle a la Administración que razone debidamente el "acto desierto", pues caso contrario, anularía toda la licitación pública. Pero esto también es inocuo y no sirve de nada, ya que la declaración de concurso desierto lleva por sí el efecto de realizar otra nueva licitación. Único expediente que le quedaría a la Contraloría es, de acuerdo a la gravedad de la situación, activar los mecanismos de la responsabilidad civil y penal, respectivamente, y/o solicitar la destitución del agente público (que a criterio de la Contraloría) merece esa destitución.

Declaratoria de Concurso Infructuoso o Concurso Desierto

[Jinesta Lobo, E]^{iv}

Existe una diferencia técnico-jurídica y sustancial entre "concurso infructuoso" y "concurso desierto", aunque tienen ciertos elementos formales comunes, tales como el órgano competente para hacer la declaratoria y, eventualmente, el régimen recursivo.

El "concurso infructuoso", como hemos indicado supra, se produce, a tenor de los artículos 30 LCA, 15, párrafo 1º, y 86, párrafo 3º, del RLCA, cuando no se presentan ofertas o las que son presentadas resultan inelegibles.

El "concurso desierto" se da, conforme con los ordinales 29 LCA, 86, párrafos 4º y 5º, RLCA, cuando se presentan varias ofertas elegibles, pero median razones o motivos de "*interés público*" que le recomiendan a la administración declararlo desierto. En tal supuesto, la administración debe emitir una declaratoria de desierto motivada, incluyendo o dejando constancia de las razones o motivos de interés público que determinaron esa decisión¹.

Como se ve, la declaratoria de "concurso infructuoso" resulta del ejercicio de una potestad reglada, pues se precisa verificar, objetivamente, la ausencia de ofertas o la

¹ V. CGR RSL 62-98 de las 13 hrs. de 9 de marzo de 1998 y oficio No. 4109 -DGCA-411-99- de 9 de abril de 1999.

presentación de ofertas inelegibles, en tanto que la de "concurso desierto", dimana de una potestad discrecional que se encuentra limitada por el concepto jurídico indeterminado de "*interés público*" (artículo 113, párrafo Iº, LGAP), así como por las reglas unívocas o de aplicación exacta de la ciencia y la técnica, los principios elementales de la justicia, lógica o conveniencia y los derechos del oferente que ha formulado la oferta más conveniente (artículos 16, 17, 158, párrafo 4º y 160 LGAP).

La declaratoria de "concurso infructuoso" o "concurso desierto" debe ser efectuada por el mismo órgano que tiene la competencia para adjudicar (artículo 86, párrafo in fine, RLCA).

Como ya se indicó, un concurso infructuoso permite la variación del procedimiento, de modo que si lo fue una licitación pública puede emplearse la abreviada y si fue esta última puede utilizar una contratación directa concursada. En el caso del remate puede aplicar dos rebajas a la base fijada por el avalúo hasta un 25% cada vez (artículo 30 LCA). Para la variación del procedimiento se requiere autorización de la CGR, la que debe valorar las circunstancias para que el concurso resultara infructuoso, este órgano puede denegar la autorización si el procedimiento fallido le es imputable a las actuaciones u omisiones de la administración, tales como falta de claridad del cartel, el retardo en la calificación de las ofertas o ausencia de publicidad del concurso (artículo 15, párrafo in fine, RLCA).

El acuerdo que declara el concurso infructuoso o desierto puede ser revocado por razones de oportunidad o de legalidad, antes de que adquiera firmeza y mediante resolución motivada (artículo 89 RLCA). Contra la revocación y los actos anteriores a ésta no caben recursos, únicamente, contra los actos nuevos o posteriores que se dicten (artículo 174, párrafo 4º, RLCA).

Contra el acuerdo que declara infructuoso o desierto el concurso caben los recursos de revocatoria o de apelación, según proceda uno u otro (artículos 164, 174, párrafo 2º, 185 RLCA). De acuerdo con el artículo 180, inciso b), RLCA, cuando se apele una declaratoria de "concurso desierto", el apelante, además de acreditar su aptitud para resultar adjudicatario, debe alegar que las razones de interés público son inexistentes o no se vinculan al caso.

JURISPRUDENCIA

1. Responsabilidad Administrativa por la Declaratoria de Deserción de una Licitación Pública

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^v

Voto de mayoría:

“IV. 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.

V. 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 la Licitación Pública Nº 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 Nº SM 313, sesión ordinaria Nº 21, capítulo 2º, del jueves 3 de julio del presente año, se adjudica la licitación pública Nº 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 Licitación 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 hicieron 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 Nº SM 313, sesión ordinaria Nº 21, capítulo 2º, del jueves 3 de julio del presente año, se adjudica la licitación pública Nº 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 N° 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.

VI. 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.”

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 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde 08/06/1995. Versión de la norma 18 de 18 del 20/02/2012. Publicada en: Gaceta N° 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.

ⁱⁱ PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde: 04/01/2007. Versión de la norma 9 de 9 del 17/01/2013. Publicado en: Gaceta N° 210 del 02/11/2006.

ⁱⁱⁱ ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. (1993). **Derechos Administrativo (Ensayos)**. Editorial EUNED. San José, Costa Rica. Pp 124.

^{iv} JINESTA LOBO, Ernesto. (2010). **Contratación Administrativa (Tomo IV del Tratado de Derecho Administrativo)**. Editorial Guayacán. San José, Costa Rica. Pp 335-336.

^v 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.