



## EJECUCIÓN DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Contratación Administrativa.
Palabras Claves: Ejecución, Licitación Pública, Contratación Administrativa.	
Fuentes de Información: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha: 25/02/2014.

### Contenido

RESUMEN .....	2
NORMATIVA .....	2
1. Facultades Fiscalizadoras de la Administración Pública en la Ejecución de la Licitación.....	2
2. La Ejecución de Garantías .....	2
3. La Ejecución de la Licitación como Derecho del Contratista .....	3
JURISPRUDENCIA .....	3
1. Ejecución de la Clausula Penal en la Licitación Pública .....	3
2. La Ejecución de Garantías .....	13
3. El Procedimiento de Ejecución de Garantías .....	24
4. La Ejecución de la Licitación Pública como Derecho del Contratista .....	31
5. Condiciones Generales de Contratación Administrativa, Ejecución de la Licitación Pública y Potestades Fiscalizadoras de la Administración Pública en Cuanto al Objeto de la Contratación Administrativa.....	35
6. Facultades Fiscalizadoras de la Administración Pública en la Fase de Ejecución de la Licitación.....	58

## RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre la Ejecución de la Licitación Pública, para lo cual se toman como base los artículos de la Ley de Contratación Administrativa que mencionan esta fase de la Contratación, lo cual se complementa con las consideraciones que al respecto a determinado la jurisprudencia por medio de las sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo en sus secciones cuarta y sexta.

## NORMATIVA

### 1. **Facultades Fiscalizadoras de la Administración Pública en la Ejecución de la Licitación**

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

Artículo 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.

### 2. **La Ejecución de Garantías**

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

Artículo 14. **Derecho de ejecución de garantías.** Cuando un oferente o un contratista incurran en incumplimiento, la Administración podrá hacer efectiva la garantía correspondiente. La decisión administrativa de ejecutar esa garantía debe ser motivada y se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición.

### **3. La Ejecución de la Licitación como Derecho del Contratista** [Ley de Contratación Administrativa]<sup>iii</sup>

Artículo 17. **Derecho a la ejecución.** Los contratistas tienen derecho de ejecutar plenamente lo pactado, excepto si se produce alguno de los supuestos mencionados en el artículo 11 de esta Ley.

## **JURISPRUDENCIA**

### **1. Ejecución de la Clausula Penal en la Licitación Pública**

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]<sup>iv</sup>  
Voto de mayoría:

**"II) SOBRE EL FONDO: II.1) SOBRE LA CLAUSULA PENAL EN MATERIA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA Y SUS EFECTOS JURIDICOS:** Sobre la cláusula penal es definida como una " estipulación contractual por la que la Administración contratante liquida anticipadamente los daños y perjuicios derivados de una ejecución prematura o tardía por el contratista. El fin de esta cláusula es que la administración contratante cuente con mecanismo ágil para obtener la reparación de los daños y perjuicios causados por el adelanto prematuro o atraso, al considerar que en determinados casos el plazo de ejecución resulta de vital importancia. (...) Dada su finalidad específica, debe ejecutarse ante el incumplimiento del plazo de ejecución de las obligaciones pactadas, siendo que por su medio se castiga cualquier desajuste-por prematuridad o atraso- en el plazo de ejecución contractual (...)."(Jinesta Lobo Ernesto. Contratación Administrativa. Tomo IV, primera edición, Ediciones Guayacán, San José Costa Rica, página 396).

Así las cosas, la fijación de la cláusula penal en el cartel constituye una suma, que cubrirá los posibles daños y perjuicios que le sean imputables al contratista ante el atraso o desajuste en el plazo de ejecución de las obligaciones, la cual es prefijada de antemano en sede administrativa la reparación de los perjuicios que se causarían con un eventual atraso en el plazo establecido. Al respecto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia dispuso en la sentencia 1019 de las 16:25 horas del 21 de diciembre del 2005, que es un "sistema de sanción administrativa alternativo, que pretende establecer de previo, cuáles van a ser los efectos económicos del incumplimiento (...) que no puede exceder de una cuarta parte (25%) de la obligación principal, de modo que si excede esa porción será abusiva, desproporcionada e ilegal por ser contraria " y generaría un enriquecimiento sin causa en perjuicio del

contratista. Por su parte el voto 750-F-2006 de las 10:45 horas del 05 de octubre del 2006, de la misma Sala de Casación es contundente en sostener que este tipo de sanciones pecuniarias 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 tema de la cláusula penal y de sus efectos en materia de contratación administrativa, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, número 33411 del 27 de setiembre del 2006, en su Sección Tercera, dispone en su numeral 50, que la " cláusula penal procede por ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales, los supuestos y montos deberán incluirse en el respectivo cartel y le serán aplicables las disposiciones indicadas en los artículos anteriores."

De modo que aplicada a la clausula penal las disposiciones anteriores, es dable indicar que para su establecimiento en el cartel debe aplicar criterios de proporcionalidad y razonabilidad y en el caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo para el cobro de multas se considerará sobre el mayor valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones (numeral 47 ibid). De igual forma para el cobro de la cláusula penal no será necesario demostrar la existencia del daño o perjuicio y el cobro podrá hacerse con cargo a las retenciones del precio que se hubieren practicado y los saldos pendientes de pago (artículo 48). Sin embargo, su aplicación no es automática, o simplemente basada en meras apreciaciones, conjeturas o suposiciones no acreditadas fehacientemente de haberse incurrido en una ejecución prematura o tardía en la ejecución de la obligación, ello sería abusivo, leonino e implicaría el ejercicio de potestades sancionatorias basadas en meras presunciones, indicios y no en prueba clara y contundente. **De modo que, para la aplicación o ejecución de la cláusula penal** debe haber un motivo claro y evidente que debe basarse en la constatación de haberse verificado un atraso en el plazo de entrega, es decir el acaecimiento de los presupuestos para los cuales fue creada. Al respecto, se ha expresado que la ejecución o aplicación abusiva y sin razón comprobada, basada en la mera discrecionalidad, implicaría la violación de los principios de derecho de defensa y el debido proceso. Por ello se ha dicho, que debe incoarse un procedimiento administrativo, toda vez que si bien " Ciertamente, el quantum de la multa se encuentra establecido en el cartel y el contrato y el oferente que resulta adjudicatario lo aceptó, sin embargo el incumplimiento como tal -existencia del daño o perjuicio - debe acreditarse por constituir el presupuesto fáctico para la ejecución. De lo que sí

está relevada la administración contratante es de acreditar que el incumplimiento defectuoso, tardío o prematuro le causa una lesión patrimonial, dado que, precisamente, al estipularse la multa o la cláusula penal se presume la lesión al interés público (...) De lo contrario, arbitrariamente la administración contratante podría ejecutar una cláusula penal o una multa, sin que el contratista haya incurrido, de manera efectiva, en el incumplimiento" (Jinesta Lobo Ernesto. Contratación Administrativa. Tomo IV, primera edición, Ediciones Guayacán, San José Costa Rica, páginas 398 y 399).

En ese sentido, expresó la Sala Constitucional en el voto 17517-2005 de las 19:02 horas del 20 de diciembre del año 2005, que "En relación con el procedimiento seguido para la aplicación de las multas por incumplimiento contractual, considera la Sala que llevan razón los informantes, pues se trata de aspectos tipificados en el contrato suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Condicel Limitada. La pertinencia o razonabilidad de dichas multas - como se dijo- escapan del objeto de este recurso, pero lo cierto es que, habiendo cláusulas contractuales que establecen los parámetros y mecanismos de evaluación, así como las consecuencias por el incumplimiento, la Administración se encuentra perfectamente habilitada para sancionar contractualmente a su contraparte mediante un procedimiento simple (de mera constatación). El respeto del derecho fundamental al debido proceso se da en tales casos mediante la emisión de resoluciones debidamente motivadas, además de permitirle al afectado ejercer los recursos que corresponda contra la decisión que lo sancione. En estos casos, no se puede exigir a la Administración que en cada caso, lleve a cabo un procedimiento ordinario antes de la imposición de cada multa contractual por la omisión o inadecuado cumplimiento de lo pactado. Precisamente nos encontramos ante una situación que encuadra dentro de este supuesto, de modo que el procedimiento seguido hasta la fecha se entiende respetuosos del derecho de defensa, que en todo caso ha sido ejercido por la amparada en forma prolija. Es por lo anterior que en cuanto a este extremo, el recurso deberá ser desestimado. ". **Respecto a los requisitos que debe contener para su constitución o fijación en el cartel de licitación**, es fundamental indicar que los montos no pueden ser antojadizos, ni desproporcionados, no debe generar enriquecimientos sin causa en favor de la Administración contratante, debe adecuarse como se expresó a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y no estar librada a la mera discrecionalidad administrativa. Al respecto expresó la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 1176-F-S1-2011, de las 9:15 horas del 22 de setiembre del año 2011, que " el establecimiento de la cláusula penal no tiene como base el criterio discrecional de la Administración, pues para fijarla debe contar con elementos que no sólo descarten el enriquecimiento sin causa, (...) y particularmente, que el fin público insatisfecho por la demora en el cumplimiento sea resarcido conforme al parámetro fijado por el canon 41 de la Constitución Política, esto es, de manera integral. Para ello debe acreditarse

entonces que la cláusula fue el resultado de un análisis que tomó en cuenta tres variables; el monto del contrato, el plazo convenido y las repercusiones de un eventual retardo en el cumplimiento. De echarse de menos estos elementos, no puede actuarse la cláusula". Dispone a su vez el numeral 34 de la Ley de Contratación Administrativa, número 7494 del 2 de mayo de 1995, que cuando exista cláusula penal por demora en la ejecución, la garantía no podrá ejecutarse con base en este motivo, salvo la negativa del contratista para cancelar los montos correspondientes por ese concepto, toda vez que la ejecución de la garantía de cumplimiento no exime al contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que no cubre esa garantía. Esta regulación es conteste con lo expuesto en el artículo 41 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual dispone que la garantía de cumplimiento " podrá ejecutarse por demora en la ejecución del objeto contractual, en el evento de que no se haya pactado una cláusula penal por ese motivo; en caso contrario se procederá a la ejecución de ésta última. ". **En lo atinente al tema, y en lo referente a las contrataciones efectuadas por el Instituto Costarricense de Electricidad**, dispone el Reglamento Interno de Contratación Administrativa de tal entidad, número 5881 del 25 de agosto del 2009, en su artículo 8 inciso 11), en consonancia con el ordinal 20 de la Ley 8660 del 08 de agosto del 2008, de Fortalecimiento de las Entidades **Públicas** del Sector Telecomunicaciones, que corresponde al coordinador de la Contratación Administrativa, tramitar ante la Proveeduría la ejecución de las cláusulas penales y retenciones de pago. A su vez el numeral 107 de dicha norma, expresa que las cláusulas penales se ejecutarán automáticamente en estricto apego a lo señalado en el ordinal 41 del Reglamento a la Ley número 8660 o en el cartel o pliego de condiciones una vez detectado el incumplimiento, siendo responsabilidad de dicho servidor solicitar a la Proveeduría mediante acto debidamente motivado su cobro. Al respecto, el cobro de las cláusulas penales se hará con cargo a las retenciones del precio, que se hubieren practicado y los saldos pendientes de pago, facultándose al coordinador de la contratación administrativa al momento de solicitar ante la Proveeduría el trámite de cobro de la cláusula penal, debiendo como medida cautelar hacer la retención provisional del monto de la multa en las facturas pendientes de pago, deducción de pago que se realizará previa comunicación al Área de Administración de Garantías, Registros y Sanciones de la Proveeduría para que así se haga saber al contratista (ordinal 108 del reglamento ibid). A su vez la Proveeduría será la encargada de comunicar y gestionar el cobro ante el contratista. No será necesario demostrar el daño y/o perjuicio pero ello no excluye que el ICE deba dictar un acto debidamente motivado en su decisión de cobro. Dicha resolución será oportunamente comunicada al contratista y para el caso de multas, cláusulas penales o cobros contemplados en los carteles y originados en contrataciones realizadas mediante los Registros de Elegibles, será la Dependencia que promueve la contratación la encargada de comunicar y realizar el rebajo del pago, para lo cual se utilizará el procedimiento establecido en el cartel respectivo (ordinal 109 del reglamento ibid). Por su parte, establece el

Reglamento al título II de la ley 8660 supracitada, número 35148 del 24 de febrero del 2009, en su artículo 41, referido a las multas, expone que " el ICE podrá establecer en el cartel el pago de multas por defectos en la ejecución del contrato, considerando para ello aspectos tales como monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas, siempre que se considere el medio idóneo para el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones contractuales. Todo lo anterior con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo para el cobro de multas, se considerará sobre el mayor valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones. Los incumplimientos que originan el cobro de la multa deberán estar detallados en el cartel. Una vez en firme el cartel, se entenderá que el monto de la multa es definitivo por lo que no se admitirán reclamos posteriores. En relación con el cobro de multas no será necesario demostrar el daño y/o perjuicio, pero ello no excluye que el ICE deba alcanzar un acto debidamente motivado en su decisión de cobro. ". A su vez, el numeral 43 ibid, expone en lo atinente a las cláusulas penales que " procede por ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales, los supuestos y montos deberán incluirse en el respectivo cartel y le serán aplicables las disposiciones indicadas en los artículos anteriores. En el cobro de cláusula penal no será necesario demostrar el daño y/o perjuicio, pero ello no excluye que el ICE deba alcanzar un acto debidamente motivado en su decisión de cobro. ". Normas, que como se observa contienen estipulaciones especiales y propias de la contratación administrativa efectuada por el ICE, las cuales a tenor del ordinal 20 supracitado, regularán la adquisición de bienes y servicios que realice tal entidad, la cual está sometida a las disposiciones especiales contenidas en la ley 8660 y en su Reglamento, de modo que la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494, de 1° de mayo de 1996, sus reformas, y su Reglamento se aplicarán de manera supletoria.

**II. 2 ) CASO CONCRETO:** Aplicado, lo anteriormente expuesto a la resolución del presente asunto, tenemos que lleva razón parcialmente el gestionante en sus pretensiones , toda vez que se observa nulidad de las retenciones efectuadas mediante los oficios 4050-1298-2010 del 15 de julio del 2010, el 4050-1341-2910 del 23 de julio del 2010, el 4050-1607-2010 del dos de setiembre del 2010, el 4050-494-2011 del 31 de marzo del 2011 y el 4050-703-2011 del 19 de mayo del 2011, que le impusieron la aplicación de la clausula penal que ha implicado la retenciones de las facturas de entrega de materiales contratados, y que como consecuencia de ello deba devolverse la cantidad \$43.614.90 dejados de pagar por el ICE por concepto de excedente de Ademes, el cual fuera imputado como imputación de pago de las retenciones impuestas, así como el pago de \$43.615.40 por ser el monto retenido en exceso por el ICE, superior al 25% del valor del contrato que era el monto máximo

retenido, tal y como lo admitiera en juicio. No obstante lo anterior, no se observa que la cláusula penal impuesta en sí misma sea nula, tal y como se hará análisis con posterioridad. Tal y como se acreditara en los hechos probados, las declaraciones testimoniales ofrecidas por las partes y del fundamento jurídico expresado en el considerando de fondo II.1, es claro que acaecen en el presente caso los presupuestos esenciales para declarar la nulidad absoluta de los oficios citados, por los cuales se le retuvo el monto de \$9.125,90, el 4050-1341-2910 del 23 de julio del 2010 que implicó la confirmación de los \$9.125,90 retenidos, el 4050-1607-2010 del dos de setiembre del 2010 sobre la confirmación de la retención impuesta, el 4050-494-2011 del 31 de marzo del 2011 sobre la retención de la factura 1615 por el monto de \$255.342,32 y el 4050-703-2011 del 19 de mayo del 2011 en que se retuvo el monto de \$89.698,00 por atraso en la entrega del suministro y que posteriormente se enviará a la Proveeduría la nota para que proceda con la notificación formal (folio 7 ibid). En ese sentido es dable indicar que tal y como consta en los hechos probados, a la empresa actora se le realizaron una serie de retenciones en los pagos efectuados por el ICE dentro de la **Licitación** Abreviada número 2009LA-000027-PROV con el objeto de adquirir materiales de perforación para el P.G.Borinquen, adquisición de bienes y servicios UEN y PySA (hechos probados octavo, once, dieciséis, veintidós y veintiséis). No obstante, el motivo en el cual se fundamentó tal retención cautelar de los pagos efectuados, según la aplicación de la cláusula penal estipulado en el punto 15 del cartel (hecho probado tercero) no se justificó, ni acreditó, ni fundamentó suficientemente en sede administrativa, ni judicial, de modo tal que el ejercicio de tal potestad resultó abusivo y desproporcionado, con claro incumplimiento de lo dispuesto en los ordinales 132 y 133 de la Ley General de la Administración **Pública**. Ello se observa así, de los hechos probados treinta y treinta y uno en los cuales se observan serias discrepancias entre diversos Departamentos del ICE en torno a la aplicación de las retenciones expresadas. Tales conflictos surgidos a lo interno de la institución revelan que no hay claridad en torno a si en efecto procedía o no la aplicación de la cláusula penal expresada. En ese sentido, es contundente, claro, evidente y revelador el correo electrónico del 13 de junio del año 2011, enviado por el señor Verny Brown Torres, en su condición de Gerente General de la Dirección de Proveeduría Corporativa, Area de Garantías, Registros y Sanciones, dirigido a los funcionarios Don Mauricio Hernández Araya y Freddy Solano Siles, en lo cuales le expresa una serie de inconsistencias, debilidades, falencias y dudas que según su criterio impiden la aplicación de las retenciones propuestas. Tales observaciones expresan que para el caso de la factura 1624 no se logra determinar una fecha de recibido por parte de Almacenes de los materiales pero que se adjunta una nota en la cual se hace constar que el nueve de mayo del 2011 se recibió tal tubería, lo mismo sucede con la factura 1603, y que para la 1594 si tiene un sello de recibido de C.S. Recursos Geotérmicos Suministros del 10 de enero del 2011 pero que para dicha Proveeduría debe venir suscrita por el Administrador de contrato, el Coordinador de Contratación Administrativa y con el visto bueno del Director de



UEN, toda vez que el velar por la correcta ejecución del contrato recae en tales persona y no en el Area de Suministro y Administración de Materiales en los términos de los ordinales 8 inciso 1), 11 y 9 inciso 5) y 7) del Reglamento Interno de Contratación Administrativa, además de que no se aporta señalamiento alguno en el cual se pueda dilucidar porque la línea entregada tardíamente afectó a la otra y que en la nota 4050-755-2011 la multa de \$89.698,00 es mayor al 25%, igual sucede con la nota 4050-797-2011 con la multa de \$43.330,00 y la multa por \$67.689,28 (folios 1167 al 1170 del expediente administrativo). Además, de que en el hecho probado 24, se establece que mediante el correo electrónico del 15 de abril del 2011, el señor Robert Murillo Soto del ICE, le manifiesta al señor Mauricio Hernández Araya, que respecto al documento correspondiente al oficio 4050-538-2011, no se incluye el oficio 4050-371-2011 que motivó el dictamen legal, no se incluye un documento que de fe de la fecha en que ingresan los materiales en el ICE, y la factura no tiene sello de recibido en su lugar del recibo de materiales (folio 1187 del expediente administrativo, así como declaración de Don Mauricio Hernández Araya). Tales objeciones revelan a lo interno del ICE conflictos competenciales entre órganos administrativos, requisitos no cumplidos según el quehacer administrativo institucional y documentación incompleta u omisa que impedía la aplicación de las retenciones expresadas. De igual forma, como se observa en el hecho probado treinta y uno, mediante oficio número 4050-288-2012 del 13 de febrero del año 2012, el Licenciado Mauricio Hernández Araya en su condición de Coordinador del Area de Adquisición de Bienes y Servicios UEN y PySA del ICE, le expresa al Señor Freddy Solano Siles de la Unidad de Suministros y Administración de Materiales que los montos retenidos sobre las facturas 1538 por \$9.125,90 y la factura 1535 por \$116.065,60 no deben ser devueltos ya que el proveedor fue notificado por Bienes y Servicios, pero en lo referente a la factura 1594 en que se retuvo \$42.333,20, la factura 1603 en que se retuvo \$67.689,28, factura 1624 en que se retuvo \$89.698,00 y la factura 1615 en que se retuvo \$255.342,32 no notificados por la Proveeduría se debe proceder a la devolución de \$498.677,70, para un total de \$498.677,70 (folios 1536 al 1537 del expediente administrativo). Con ello, es claro que el propio encargado del Area de Adquisición de Bienes y Servicios, está reconociendo que tales retenciones deben ser devueltas y expresa como justificación de ello que " dado que no se recibió respuesta oportunamente, la Proveeduría no notificó al Proveedor, ya que no se aclararon los aspectos solicitados y por correo de fecha 12/07/11 la Proveeduría indica que procede archivar el caso".

Al respecto, el Reglamento Interno de Contratación Administrativa del ICE, número 5881 del 25 de agosto del 2009, en su artículo 8 inciso 11), expresa que corresponde al coordinador de la Contratación Administrativa tramitar ante la Proveeduría la ejecución de las cláusulas penales y retenciones de pago, con lo cual en efecto se observa un incumplimiento al respecto. A su vez, el numeral 107 de dicha norma, expresa que las cláusulas penales se ejecutarán automáticamente en estricto apego a

lo señalado en el ordinal 41 del Reglamento a la Ley número 8660 o en el cartel o pliego de condiciones una vez detectado el incumplimiento, siendo responsabilidad del Administrador del Contrato y del Coordinador de la Contratación Administrativa solicitar a la Proveeduría mediante acto debidamente motivado su cobro. Si bien, se pueden realizar las retenciones en los pagos efectuados a tenor del numeral 108 del Reglamento 5881, el cual expresa que el Administrador del Contrato en coordinación con el Coordinador de Contratación Administrativa, al momento de solicitar ante la Proveeduría el trámite de cobro de la multa o cláusula penal deberá como medida cautelar hacer la retención provisional del monto de la multa en las facturas pendientes de pago y que esta deducción de pago se realizará previa comunicación al Área de Administración de Garantías, Registros y Sanciones de la Proveeduría para que así se haga saber al contratista, no obstante al haber expresado la Proveeduría institucional que no se cumplieron con los requisitos estipulados para la aplicación del régimen sancionatorio que implica la imposición de la cláusulas penales y su cobro, procede la devolución de lo retenido.

En mérito de ello, tal potestad cautelar puede ser ejercida por el Administrador del contrato en coordinación con el Coordinador de Contratación Administrativa, pero si posteriormente no se recibiere el aval de la Proveeduría, encargada de comunicar, gestionar y decidir sobre la procedencia del al contratista, se debe proceder a la devolución de las montos retenidos. Así las cosas, todo el trámite que conlleva el cobro de las cláusulas penales implica la participación de diversos funcionarios en el quehacer institucional del ICE, como se expresa en los numerales supracitados, de modo tal que sin la anuencia, consentimiento o acuerdo de alguno de ellos no procede el mantenimiento de la retención, ni la aplicación de la cláusula penal. Por ello, tanto la aplicación cautelar de las retenciones, así como imposición de las multas requiere de actos debidamente motivados, justificados, probados y razonados, en razón de lo cual debió de haber procedido la Administración a la devolución inmediata de los montos retenidos, una vez que la Proveeduría institucional y el propio Licenciado Mauricio Hernández Araya en su condición de Coordinador del Area de Adquisición de Bienes y Servicios UEN y PySA, expresara en su oficio número 4050-288-2012 del 13 de febrero del año 2012, que no correspondía mantener retenidos los montos referentes a la factura 1594 en que se retuvo \$42.333,20, la factura 1603 en que se retuvo \$67.689,28, factura 1624 en que se retuvo \$89.698,00 y la factura 1615 en que se retuvo \$255.342,32 no notificados por la Proveeduría, por lo que se debe proceder a la devolución de \$498.677,70, para un total de \$498.677,70. No obstante, pese a lo manifestado por el señor Mauricio Hernández Araya, tampoco se observa mérito para mantener las retenciones efectuadas mediante las facturas 1538 por \$9.125,90 y la factura 1535 por \$116.065,60, toda vez que no se ha seguido con el procedimiento debido para su cobro que estipulan los reglamentos del ICE, no se ha puesto en conocimiento de la Proveeduría para su cobro y además no se pueden

mantener retenidos cautelarmente en forma permanente y máxime en casos como este en que la propia proveeduría encargada de ejecutar las multas e imponer la cláusula penal ha determinado serías anomalías y falencias en el proceso que conllevó a la aplicación cautelar de las retenciones impuestas a la actora y sin que sea suficiente para mantener las retenciones la afirmación de que fueran notificadas por Bienes y Servicios, toda vez que falta el concurso de los demás departamentos para darle validez y eficacia y sin que haya acreditado por la demandada que se hayan obtenido hasta el momento, por lo que deben ser devueltas a la promovente, máxime que la propia Administración así lo ha manifestado por intermedio de sus diferentes departamentos encargados de participar en este proceso.

**En lo referente a las objeciones planteadas por la promovente en lo relativo a que la cláusula penal dispuesta en el cartel de la Licitación Abreviada número 2009LA-000027-PROV del 16 de abril del año 2009, punto 15, es nula, se deniega,** no se observa que la misma sea abusiva, desproporcionada, o irracional, falta de técnica, o leonina, que no haya tomado en cuenta a tenor de lo expresado por el voto supracitado de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 1176-F-S1-2011 de las 9:15 horas del 22 de setiembre del año 2011, las variables del monto del contrato, el plazo convenido y las repercusiones de un eventual retardo en el incumplimiento. Más bien de su estudio, se observa que no es abusivo el fijar por atraso en la entrega del suministro la suma del 0.5% del valor de la parte incumplida, según el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por cada día hábil de atraso, teniendo como máximo el 25% del contrato, o por multa multa la suma de 0.5% del valor de la parte incumplida, resultando más bien adecuado que haya fijado el que el cobro para estos conceptos se considerará sobre el valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones. De este modo, resulta propio y adecuado si hay suficiente motivo para ello, y claros elementos probatorios, dictándose resolución razonada, el que se practiquen retenciones del precio sobre las facturas pendientes de pago. Sin que sea relevante el hecho de que como se acreditara en el hecho probado 32, posteriormente el ICE modificara la estructura y el contenido de la cláusula penal.

**En lo atinente a que se violentó el principio del debido proceso al no haberse impuesto la multa hasta el momento,** efectivamente se observa una incuria administrativa, toda vez que las retenciones realizadas cautelarmente no pueden ser mantenidas en forma indefinida, por convertirse en confiscatorias sin debido proceso. Por ello, como se indicara supra la Proveeduría no ha dado el aval para la aplicación de la cláusula penal, por lo que el trámite sancionatorio no ha culminado ante las serias objeciones planteadas por dicho órgano encargado del cobro, generando con ello el no cumplimiento pronto y oportuno del procedimiento estipulados en los reglamentos especiales supracitados.

De modo que, para poderse mantener las retenciones impuestas debió de haberse acreditado fehacientemente el incumplimiento de la promovente mediante acto debidamente razonado y fundamentado, pero sin que sea necesario el probar el daño, ello así a tenor del numeral 109 del reglamento supracitado, y el ordinal 48 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa. **En lo atinente a la discusión de si el cálculo de las retenciones efectuadas se debían de realizar con base en líneas independientes y no sobre la totalidad del contrato**, no se aportó prueba técnica al respecto por la actora, sin que se haya desacreditado el dictamen técnico que rola a folios 1516 a 1523 de los autos, en el que se demuestra con claridad que las retenciones se debían de efectuar sobre el monto total del contrato, y no sobre líneas independientes, ni se haya objetado la declaración del funcionario del ICE Don Mario Solano Ortega el cual fue contundente en que los materiales eran complementarios y dependientes. **En mérito de lo expuesto, se debe declarar parcialmente con lugar la presente demanda**, entendiéndose denegada en lo no expresamente concedido, de modo que se declara la nulidad de las siguientes actuaciones administrativas: los oficios 4050-1298-2010 del 15 de julio del 2010, el 4050-1341-2910 del 23 de julio del 2010, el 4050-1607-2010 del dos de setiembre del 2010, el 4050-494-2011 del 31 de marzo del 2011 y el 4050-703-2011 del 19 de mayo del 2011, y por consiguiente se ordena devolver a la promovente por concepto de sumas retenidas en los pagos efectuados en las facturas de entrega de materiales las siguientes sumas: \$9.520,00 de la factura 1538, \$72.450,70 de la factura 1535, \$110.022,48 de las facturas 1594 y 1603, \$255.342,32 de la factura 1615 y \$89.698,00 de la factura 1624, para un total de \$537.033.50 dólares. Además de que se le debe reintegrar al promovente la cantidad de \$43.615.40, monto retenido en exceso por el ICE, superior al 25% del valor del contrato que era el monto máximo retenido, así como la cantidad de \$43.614.90 dejados de pagar por el ICE por concepto de excedente de Ademes. Todas las sumas deberán ser indexadas a tenor del ordinal 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo desde la firmeza de la presente resolución y hasta su efectivo pago y además se le deberá reconocer intereses legales comerciales que corren desde la firmeza de la presente resolución y hasta su efectivo pago.

**II. 3 ) - EXCEPCIONES: En razón de lo expuesto, se deniega parcialmente la excepción de falta de derecho** interpuesta por la accionada, porque de conformidad con la normativa citada, prueba aportada y los fundamentos de hecho expuestos, le asiste el derecho invocado a la actora en sustento de sus pretensiones, toda vez que se determinó el derecho que le correspondía a la promovente de recibir el reintegro de las sumas peticionadas ante las actuaciones administrativas anuladas.”

## 2. La Ejecución de Garantías

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]'

Voto de mayoría

“IV. Régimen Jurídico de la vigencia de las ofertas. Generalidades. Punto medular dentro de este proceso es la determinación de los alcances jurídicos de la oferta, con especial énfasis en el tema de su vigencia. Conforme lo establece el canon 61 del Reglamento, la plica debe entenderse como la manifestación de voluntad de un participante, direccionada a la Administración licitante, con el fin de celebrar un contrato con ella, en los términos detallados en las disposiciones cartelarias. El precepto 63 del Reglamento establece una serie de particularidades que deben reunir ese tipo de propuestas, como es el caso de rendirse en idioma español, al igual que su documentación técnica o complementaria y manuales de uso expedidos por el fabricante, salvo que el cartel permita otros idiomas. Desde luego que debe acompañarse de la documentación que la Administración disponga además de las exigencias previstas en el canon 65 ibídem. Para efectos del presente proceso, resulta especialmente relevante el tema de su vigencia, sea, la proyección temporal de la intencionalidad de contratar con la Administración. En este sentido, en materia de contratación administrativa, se impone una presunción de vigencia de la oferta por todo el plazo estipulado en el pliego cartelario, o en su defecto, el plazo máximo para disponer el acto de adjudicación. Por su parte, si el plazo de vigencia indicado en la plica no es inferior al 80% del plazo, la Administración deberá prevenir al oferente la corrección de esa deficiencia dentro del plazo de tres días hábiles, lo que en caso de no ser atendido, dará paso a la descalificación de la oferta. Ahora bien, supuesto relevante resulta el regulado en el párrafo final del mandato 67 del Reglamento en cuanto señala la posibilidad de adjudicar a una oferta cuya vigencia haya expirado, siempre que ante la prevención de la Administración, manifieste por escrito que mantiene los términos de su plica con indicación del tiempo que la prolonga. La vigencia de la oferta constituye el tiempo durante el cual, el proponente mantiene su intención de contratar con la Administración. Al establecer un plazo de vigencia de la oferta, el postulante se obliga a mantener invariable su propuesta por el tiempo establecido, lo que lleva de igual forma a que la Administración licitante no pueda modificar de manera unilateral ese plazo de mantenimiento de la plica. La seguridad y certeza jurídica que impera en todo procedimiento administrativo exige que al fenecer el plazo de vigencia de la oferta, el concursante se libera de su compromiso, el que solo puede volver a surgir si decide, por su propia voluntad, volver a dotar de vigencia su proposición. Para tales efectos, el aludido canon 67 permite a la Administración Licitante prevenir al concursante para que, de estimar que sus condiciones actuales lo permiten, disponga la prórroga y de esa manera, vuelva a revestir de certeza sus compromisos. Lo opuesto expondría al oferente a mantener de manera indefinida una

propuesta, en quebranto evidente de la seguridad jurídica y de los principios que impregnan la materia de la contratación pública. Por tal motivo, en atención a los principios de eficiencia y eficacia, se impone una presunción de conservación de las ofertas, lo que supone, en este extremo en particular, que cuando la Administración advierta que la plica ha vencido, sin que el concurso hubiere culminado o bien, no hubiere dictado el acto adjudicatorio, prevenga a los oferentes si desean mantener su ánimo de contratar, para lo cual, podrán ampliar esa vigencia. Nótese que tal máxima, se insiste, permite incluso adjudicar a una oferta vencida, cuando el oferente prolongue su vigencia, lo que desde luego, pretende empatar el interés público subyacente en las contrataciones públicas con el derecho del proponente de retirar su plica por el vencimiento del tiempo por el cual presentó sus condiciones a la Administración, pues bien, la dilación propia del concurso pudo haber introducido variaciones en su entorno que hacen insostenible mantenerla, v.gr, en el plano financiero. De ahí que el citado numeral 67 del Reglamento establezca que ante la prevención de tres días dada por la Administración para manifestar si se prorroga la vigencia, de no existir respuesta, se deberá proceder a excluir la plica, sin posibilidad alguna de disponer la ejecución de la garantía de participación. Lo mismo sucede si en ese lapso el oferente de manera expresa manifiesta su negativa de mantener la plica. En suma, la caducidad de la oferta solo puede desprenderse si una vez prevenido el oferente de ese aspecto, manifiesta su deseo de no prorrogarla, o bien, no atiende la prevención, caso en el cual el silencio debe entenderse negativo.

V. Tratamiento particular merece la hipótesis sui generis del fenecimiento del plazo por el cual se emitió la oferta sin que haya recaído acto adjudicatorio. Tal supuesto se encuentra regulado por el canon 95 del Reglamento, cuyo párrafo tercero, para efectos de las licitaciones públicas (tipología concursal que aquí interesa) establece: "*Vencido el plazo original más su prórroga, cuando ésta se hubiere dado, sin que se haya dictado el acto de adjudicación, los oferentes tendrán derecho a dejar sin efecto su propuesta y a que de inmediato se les devuelva la garantía de participación, sin que les resulte aplicable sanción alguna por esa razón.*" Igual tratamiento estatuye el párrafo final del canon 39 y artículo 100, ambos del Reglamento, para ese mismo supuesto. Dentro del marco de las relaciones que se producen en la contratación administrativa, con la apertura de un procedimiento licitatorio y la presentación de la oferta, surgen una serie de deberes de ambas partes que se encuentran orientados por el contenido de las normas cartelarias, así como de las normas legales que regulan la materia. Dentro de éstas, se impone a la Administración dictar el acto adjudicatorio o bien, el que defina el resultado del concurso (sea por adjudicación, declaratoria de desierto o infructuosidad), dentro del plazo fijado por la normativa del procedimiento. Con todo ese plazo puede ser ampliado o prorrogado en un tanto igual al indicado en el cartel, siempre que exista resolución motivada sobre el particular. La infracción de esos plazos si bien no produce nulidad absoluta de lo actuado, hace surgir la

responsabilidad disciplinaria de los funcionarios responsables de ese retraso. Por otra parte, la dilación en el cumplimiento de los plazos para decidir el concurso (tema regulado en el numeral 100 del Reglamento para las licitaciones públicas), hace surgir el derecho del oferente de retirar su propuesta y petitionar la devolución de la correspondiente garantía de participación de manera inmediata, sin que por tal retiro se pueda aplicar sanción alguna. Lo anterior se sustenta en razones obvias. La garantía de participación busca secundar la seriedad de la plica, su vigencia es correlativa a la vigencia de la oferta, que por tesis de principio, se asocia a los plazos fijados por la Administración para adjudicar. De ahí que no pueda exigirse al oferente el mantenimiento de la propuesta de contratar con la Administración, cuando transcurrido el plazo para resolver, no ha concretado tal decisión. En ese supuesto, el proponente queda liberado de su ofrecimiento, estando facultado para retirarse del concurso, junto con la devolución del monto que secundaba su plica, o bien, mantenerse en el concurso y ajustar la vigencia de su oferta y de su garantía a los tiempos que determine la Administración para adjudicar. Ahora bien, a juicio de este Tribunal, resulta claro que para la procedencia del retiro de la oferta y de la garantía, debe mediar de previo, formal solicitud del proponente. Ello se desprende de la correcta comprensión del citado párrafo tercero, dado que concede un derecho de retiro sin penalidad. Empero, no se trata de una situación en la que la Administración, deba de manera oficiosa desechar la oferta, sino que debe ser el oferente quien indique a la Administración que ya no desea mantener su ofrecimiento, para poder hacer surgir la consecuencia jurídica comentada. No otra cosa puede colegirse de la interpretación integral de ese supuesto, pues como se ha indicado supra, la Administración podría adjudicar a una oferta vencida, siempre que el oferente ajuste ese aspecto temporal (artículo 67 ibídem). Tal eventualidad sería inviable de considerar que ante el vencimiento de la plica, ex profeso, la Administración, de manera automática, debe retirarla del concurso. Por ende, es criterio de este cuerpo colegiado, cuando transcurra el plazo para adjudicar sin que ese acto se hubiere emitido, el ordenamiento jurídico otorga un derecho al oferente de retirar su propuesta, con la devolución de la garantía de participación, sin penalidad alguna, empero, tal efecto condicionado depende, de manera impostergable, de la petición expresa del concursante en ese sentido, sin poder entender que tal retiro deba ser desprendido por la Administración sin que medie la manifestación inequívoca del postulante. Tal examen resulta relevante en la especie por las razones que infra se abordarán. En suma, con el vencimiento de la oferta, cuando la Administración estime que para la conveniencia del interés público subyacente en el concurso público, sea pertinente contar con esa plica en particular (o conjunto de ellas), para poderlas considerar debe requerir a los oferentes a efectos de que manifiesten la actualidad de su interés para permanecer en el concurso, caso en el cual, deberán manifestarlo de esa manera y prorrogar tanto la oferta como la garantía de participación, siempre que hubiere sido solicitada en el cartel. Por el contrario, cuando se omita respuesta o se

manifieste su negativa, la Administración no tendrá más opción que devolver la garantía de participación sin penalidad alguna por esa causa. Lo mismo ocurre cuando transcurriera el plazo para adjudicar más su eventual prórroga y no hubiere recaído acto adjudicatorio, supuesto en el cual, conforme a los numerales 67, 95 y 100 del Reglamento, los proponentes tendrán derecho a dejar sin efecto su oferta, y a que de manera inmediata se les reintegre la caución de participación, sin posibilidad alguna de sanción por ese proceder.

VI. Sobre la garantía de participación. Accesoriedad con la oferta. Como parte de las exigencias que ha de satisfacer la oferta dentro de un concurso público, la Ley de Contratación Administrativa en el numeral 33 establece la denominada garantía de participación. Se trata de un instrumento cuya finalidad es respaldar la seriedad de la plica. Empero, no se trata de un requisito que deba satisfacerse en todo concurso público, sino solo cuando la Administración así lo exija. Resulta claro que su finalidad se direcciona a impregnar de seriedad a la oferta que se presenta ante la Administración, para asegurar que, en caso de resultar adjudicatario, se va a concurrir a rendir la garantía de cumplimiento y a formalizar el respectivo contrato, manteniendo las condiciones planteadas en la plica que le procuraron ganar el concurso, como precio, plazos de entrega, garantías, calidad, etc. Es decir, para el correcto cumplimiento de las obligaciones que asume el oferente en un procedimiento licitatorio, la Administración exige la rendición de garantías, en virtud de lo establecido en las normas que rigen la materia, con la finalidad de que respalden la seriedad de la oferta ante omisiones o incumplimientos en que pueda incurrir el obligado. Por ende esa garantía busca, se insiste, asegurar a la Administración que si el adjudicatario no comparece a formalizar el contrato o se niega a rendir la garantía de cumplimiento, puede sancionarlo administrativamente por su actuar, ejecutándole la caución presentada. Este detalle es elemental para los diversos aspectos que en este fallo se abordarán, pues dentro de un marco de interpretación integral y finalista, se relativiza la relevancia de esa garantía atendiendo a cada situación, v.gr, la ponderación de este tema no es homogéneo en una exclusión en fase de admisibilidad que en el caso de que habiéndose adjudicado, el favorecido no formalice el contrato o no rinda la garantía de participación. En aquel primer caso, la intensidad de un potencial daño a la Administración es diametralmente menor al segundo. Sobre este tema se abundará infra. Cabe señalar, cuando se exija la garantía de participación, se constituye en requisito de validez de la oferta y guarda un vínculo de accesoriedad, siendo que no podría existir garantía sin oferta, toda vez que aquella nace como consecuencia natural de una exigencia de la Administración para respaldar la plica. De igual modo, por principios lógicos, vencida la oferta, se impone un principio de accesoriedad, en virtud del cual, lo accesorio sigue la suerte del principal, ergo, vencida la oferta, igual suerte se produce con esa caución, pues no podría sostenerse la vigencia de una garantía cuando la causa que le fundamenta ha fenecido. Sin perjuicio



de lo indicado, debe aclararse que en determinados supuestos, pese a que en términos cronológicos la oferta estuviere vencida, desatenciones del licitante dentro del procedimiento puede permitir la ejecución de esa garantía, cuando la causa de esa ejecución y la apertura del procedimiento hubiere sido por conductas incurridas en el curso de la vigencia de la plica. Sobre este tema se abundará infra. En cuanto a la vigencia, el numeral 45 del Reglamento establece que tal aspecto debe sujetarse a lo regulado por el respectivo cartel. Empero, en caso de omisión, la de participación debe rendirse hasta por un mes adicional a la fecha máxima establecida para dictar el acto de adjudicación. Tal disposición pretende mantener esa vigencia para los casos en que una vez adjudicado el concurso, el seleccionado no rinda la de cumplimiento o se niegue a formalizar. No obstante, ello no implica que en los casos en que la oferta ha vencido, fuera de esas causales, esa caución perviva al margen de la oferta, dado que ciertamente se trata de supuestos muy diversos. El tratamiento específico de esa vigencia no elimina en modo alguno la accesoriedad que en tesis de principio guarda la garantía respecto de la oferta, ni confiere a aquella independencia o vida propia. Por demás, el artículo 45 del mismo Reglamento fija las pautas para la devolución de las garantías, norma que debe complementarse con lo ya comentado en torno a las disposiciones 39, 67, 95 y 100 ibídem.

VII. Procedimiento para ejecución de garantías de participación. Finalidad. La eventual ejecución de las garantías de participación no debe observarse como un fenómeno automático, abstraído del examen de razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto, incluso, del grado de relevancia de los hechos en que se sustenta ese efecto punitivo. En efecto, aunado a la impostergable motivación de los actos que dispongan, como efecto, la ejecución de una garantía de participación, es imperativo que la Administración escudriñe las causas fácticas y jurídicas del caso concreto a fin de que pueda establecer, con mesura y objetividad, cuándo resulta debida esa ejecución. En esa línea, como consecuencia directa del principio de legalidad, la Administración no estaría habilitada para ejecutar una garantía sin causa jurídica y fáctica. Por tanto, la ejecución de una garantía solo es posible luego de un procedimiento en el que se haya satisfecho a plenitud el contradictorio que permita al oferente (y ello aplica además al contratista) alegar y probar lo que en su descargo estime oportuno. Incluso, ese acto final resulta totalmente cuestionable en sede jurisdiccional contencioso administrativo, para cotejar su legalidad. Dentro de esta línea de exposición, el artículo 39 del Reglamento establece una lista de supuestos que dan cabida a la posible ejecución de esa garantía, a los cuales debe complementarse lo estatuido en los cánones 67 párrafo segundo, artículo 82, ambos del reglamento, entre otros. Con todo, las citadas normas no deben valorarse al amparo de una interpretación gramatical simple, sino que deben ser ponderadas dentro de una percepción integral. Ello supone que las causales que regula el ordenamiento reglamentario referido para ejecutar ese respaldo de seriedad de la oferta, no permiten un efecto automático. Por su parte, el mismo reglamento

impone el procedimiento para la ejecución de esa caución. En este sentido, el precepto 39 del Reglamento establece que de previo a ejecutar la garantía, debe concederse audiencia por tres días hábiles al oferente sobre la causal imputada, señalando los hechos concretos y las pruebas. Luego de ello, debe resolver en un plazo de cinco días hábiles de manera motivada, con análisis de cada uno de los argumentos del interesado. Este procedimiento resulta aplicable a las normas que desarrollan supuestos de ejecución de garantía de participación (artículos 67 y 82 *ibídem*), por integración normativa y como derivación del debido proceso. Este principio exige no solamente el otorgamiento de audiencia para presentar alegatos, sino además, el deber de motivación del acto final con análisis detallados de cada una de las defensas invocadas. Ahora bien, la instauración de un procedimiento de ejecución, se insiste, no debe considerarse como una consecuencia automática que viene impuesta en cada causal de ejecución. En esta dinámica, la Administración no puede partir, como regla de principio, que toda conducta que pueda encuadrarse dentro de esas referencias, al margen de su ponderación de relevancia o trascendencia en el caso concreto, permita iniciar este mecanismo. En efecto, en cada caso, la Administración debe sopesar dentro de un juicio valorativo de proporcionalidad y razonabilidad, la magnitud de la causal y la conducta específica, a fin de establecer la pertinencia del procedimiento. Ello resulta determinante pues en ciertos supuestos, en atención al estado del procedimiento, la ejecución de la garantía sería desproporcionada, como podría ser el caso de la exclusión en fase de admisibilidad dentro de un concurso en el que perviven varias ofertas y se logre llegar al acto adjudicatorio. En este punto, este órgano colegiado es del criterio que el procedimiento de contratación administrativa no nace como una forma o vía de ejecución de garantías; por el contrario, su finalidad es la selección del mejor ponente para la adquisición de bienes y/o servicios que requiera una Administración Pública para el desarrollo de su marco funcional y el debido cumplimiento de sus cometidos. Visualizar este procedimiento como una senda para procurar, como finalidad medular, la ejecución de garantías, desnaturaliza la ideología que subyace en ese sistema y que se desprende del canon 182 de la Carta Magna, siendo que tal ejecución es solo excepcional, pero en modo alguno, primaria. Cabe en este punto recordar que en virtud de las máximas de eficiencia y eficacia, en todas las etapas de la contratación debe imponerse un principio de fondo sobre forma (artículo 4 Ley de Contratación Administrativa), lo que ha dado pie a una importante evolución en esta temática, redimensionando y ajustando a la dinámica actual, figuras y acciones que en anteriores tiempos constituían verdaderos dogmas de la contratación administrativa y que imponían ataduras a los procedimientos en quebranto de la ratio última de la contratación, sea, mecanismos ágiles para que las unidades administrativas puedan adquirir los insumos relevantes para el cumplimiento de sus quehaceres. De esa evolución participa, entre otros, el tema de las garantías de participación. Ello se pone en evidencia si se observan las reformas practicadas al Reglamento de Contratación Administrativa. Por ejemplo, en regulaciones previas, la

garantía de participación era obligatoria en las licitaciones públicas y las licitaciones por registro, según el artículo 33 .1 del anterior Reglamento General de Contratación Administrativa , Decreto No. 25038-H, que indicaba con claridad: *"En las licitaciones públicas y por registro, obligatoriamente, (...) la Administración exigirá a los oferentes una garantía de participación ..."*

Empero, el actual Reglamento (Decreto No. 33411-H del veintisiete de septiembre del dos mil seis) postula en su canon 37: *"Cuando lo estime conveniente o necesario... la Administración, podrá solicitar en el cartel o invitación una garantía de participación porcentual..."*

Lo anterior evidencia la flexibilización que en el tema concreto se ha dado, sin que ello suponga una desvalorización de su importancia, sino un engarce a las particularidades actuales de los mecanismos de contratación y su finalidad. De ahí que ante esta necesidad de formas más ágiles, la interpretación de las normas y de las diversas situaciones jurídicas que se suscitan en esta materia, no pueda, ni deba ser gramatical o literal, sino integral, conforme se desprende del numeral 10 de la Ley General de la Administración Pública en cuanto señala que las normas deberán interpretarse de la forma que mejor permitan el cumplimiento del fin público para el cual se emitieron, aspecto que debe completarse con lo dicho por el precepto 10 del Código Civil.

VIII. Sobre la causal de ejecución prevista en el canon 82 del Reglamento. Análisis en el caso concreto. Interesa para los efectos el caso concreto de la causal tipificada en el artículo 82 del Reglamento, que coincide con la expresada en el inciso b) del numeral 39 ibídem. Aquella norma establece: *"Si la prevención de subsanar o aclarar no es atendida oportunamente, la Administración, procederá a descalificar al oferente de que se trate, siempre que la naturaleza del defecto lo amerite y a ejecutar, previa audiencia, la garantía de participación."*

A diferencia de lo que postula la CCSS, la ejecución de la garantía de participación en esta hipótesis dista de ser un fenómeno automático. Ya se ha puesto de manifiesto la relevancia del procedimiento que ha de abordarse para aplicar esa sanción y dentro de ello, como presupuesto de validez, el examen razonado y ponderativo de la pertinencia en el caso concreto de esa ejecución, que permita inferir la conveniencia y oportunidad de esa consecuencia jurídica. En el contexto de la norma aludida, este deber de la Administración no solo se impone como proceder de principio, sino que incluso en su contexto gramatical, es evidente que de previo a emprender ese procedimiento, es menester adoptar ese examen. Nótese que a diferencia de la automaticidad que apoya el ente demandado, la norma condiciona el proceder público a la ponderación de la trascendencia de la desatención o defecto, por razones de mérito. Ello implica que de previo, la Administración debe valorar la relevancia del requisito exigido en la prevención. Ahora bien, en la particularidad del supuesto de

marras, el hecho generador del procedimiento es la omisión del oferente a quien se prevenga de un determinado aspecto, de la subsanación o aclaración oportuna, siempre que esas exigencias fueran determinantes en el concurso. Una vez que se haya establecido esa trascendencia, se produce un efecto de exclusión del concurso y eventual ejecución de garantía. Empero, aún en ese supuesto, la ejecución no viene a ser un efecto directo, sino que la Administración debe ponderar si resulta apropiado y proporcionado ejecutar la caución. Se trata de una potestad de contenido discrecional que exige un análisis de mérito y conveniencia casuístico. Sin embargo, como bien lo estatuye el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública, ese tipo de conductas no se encuentran exentas de límites infranqueables, pues ello daría paso a posibles vías de arbitrariedad. El Ordenamiento somete esa conducta a la lógica, conveniencia, la razonabilidad y proporcionalidad, como criterios rectores frente a casos específicos. Ahora, en el caso concreto, dentro del examen del procedimiento instaurado para la ejecución que aquí se cuestiona, análisis que permite de manera oficiosa el precepto 182 de la Ley General de la administración Pública, de aplicación a la especie por remisión del mandato 3 de la Ley de Contratación Administrativa y que además, forma parte de los alegatos de la firma actora, se tiene que la Administración omitió por completo el análisis de relevancia de las desatenciones en que incurrió el accionante. En efecto, si bien se tiene por acreditado que el oficio SCA 1739-2008 del veintisiete de agosto del dos mil ocho fue debidamente notificado a la empresa actora y que esta, por razones que resultan irrelevantes en este proceso, no atendió la prevención, lo que llevó a tenerle por excluido, lo cierto del caso es que la Administración nunca razonó los motivos para retirar del concurso al oferente, sino que aplicó de manera automática y sin mayor examen esa plica. Con todo, los requisitos no subsanados se referían a aspectos que conforme al cartel, eran cláusulas invariables y que se relacionaban con aspectos de aseguramiento en la forma de manipulación de alimentos, ello pese a la objeción que en su momento, sobre ese particular planteó la actora. Ello lleva, a criterio de este órgano colegiado, que si resultaban relevantes. Sin embargo, la motivación de esa exclusión era determinante para luego poder dar paso a un procedimiento de ejecución de garantía. En el acto final de sanción se hace referencia a esa motivación, sin embargo, no sirve para cumplir la exigencia de ponderación que debió haberse establecido en el acto mismo de exclusión. En el expediente solamente consta un cuadro de análisis de ofertas en el que de manera leve se hace referencia a que la oferta de la demandante fue excluida de conformidad con el mencionado artículo 82, pero en modo alguno se motiva esa determinación.

IX. Punto relevante resulta el alegato de la accionante en cuanto a la aplicabilidad del supuesto aludido en el párrafo tercero del artículo 95 del Reglamento. Sobre el particular cabe señalar que esa gestión fue formulada hasta el siete de abril del dos mil nueve, en respuesta de la audiencia para ejecución de la garantía de participación que

le fuere otorgada a la licitante en el oficio AL0094-2009 del treinta de marzo de ese mismo año. Es decir, la manifestación en cuanto a la supuesta pertinencia de esa norma se expone cuando ya había dado inicio el procedimiento de ejecución de garantía, por la desatención de prevenciones que le fueran realizadas en el curso de la licitación conforme al canon 82 del Reglamento. Para los efectos, el retiro pretendido resulta inoperante en la especie al considerar que al momento de iniciar las acciones sancionatorias por las causas dichas, no existía pedimento alguno que permitiera al menos suponer que la oferta deseaba ser retirada del concurso (ello al margen de que de antemano hubiere sido excluida por criterios no comunicados), pero además, porque esa ejecución atiende a hechos generados cuando no habían transcurrido los ochenta días de vigencia de la plica. De ahí que el alegato esbozado resulte incorrecto. No obstante, resulta claro que la oferta en cuestión se encontraba vencida al momento de iniciar el procedimiento de ejecución. Véase que la misma Administración en el oficio AL 0118-2009 indica: "*... si bien es cierto la vigencia de la oferta ha vencido al día de hoy ...*", reconociendo que en efecto, la oferta estaba caduca. A su vez, aduce que no debía prevenir una ampliación de la vigencia porque la plica había sido excluida. No comparte este Tribunal el criterio del ente accionado al señalar la oferta y garantía son dos figuras diferentes, que incluso se regulan en normas diferentes, como interpreta la CCSS. Como se ha indicado supra, entre la oferta y la garantía surge una relación de accesoriedad en los términos ya expuestos. La regulación en mandatos diversos no implica, ni supone, ni por asomo, que se traten de figuras independientes. Cuando así se requiera en el concurso, la garantía es condición de validez de la oferta, y aquella solo tiene sentido y razón, en función de esta, lo contrario llevaría a un sin sentido, impregnando de autonomía a la garantía de participación al margen de la vigencia de la oferta que respalda. El hecho de que la caución tenga una vigencia más prolongada en nada cambia esa accesoriedad. Desde esta óptica de análisis, el reconocimiento de la caducidad de la oferta resulta de gran importancia en este caso. Si la Administración deseaba iniciar el procedimiento, en un marco de eficiencia administrativa, debió haberlo instruido como correspondía una vez dispuesta la exclusión y realizado el análisis aludido, cuando la oferta estaba vigente. Empero, según se desprende de los autos, pese a que se desecha la oferta de la actora en septiembre del dos mil ocho, no es sino hasta abril del dos mil nueve que se comunica a la destinataria la apertura de ese marco represivo, es decir, ese inicio se dilata en aproximadamente siete meses. Esa tardanza incidió de manera directa en la oportunidad del procedimiento, siendo que cuando se comunica el traslado de cargos, la oferta se encontraba vencida. Ello pese a que ya había sido excluida, ya que, se insiste, ante la falta de comunicación de ese acto, no se puede desplegar su eficacia, lo que lleva a que la licitante considerara que su oferta seguía en el concurso. Por ese motivo, el dilema que se suscita en este proceso es solo atribuible al descuido de la Administración de emprender de manera oportuna los mecanismos que le concede el Ordenamiento Jurídico, ello sin perjuicio de las razones de fondo ya expuestas que determinan la nulidad de lo actuado. La

emisión de actos posteriores no subsana esas deficiencias. Así las cosas, resulta irrelevante que los hechos que dan paso a la ejecución fueran en el curso de la vigencia de la plica. Lo relevante es el momento de apertura del procedimiento y ello se produjo en un estadio del concurso en que la oferta había fenecido y con ello, la garantía de participación, sin que resulten de recibo los motivos esbozados por el accionado. Distinto es el caso que el procedimiento se instaure cuando la oferta está vigente y luego, en su curso, fenezca. En ese supuesto, no podría alegarse ese vencimiento como causa sobreviniente de pérdida de interés actual o motivo. Empero, lo analizado es diametralmente distinto, por lo que lo actuado resulta inoportuno por causas solo atribuibles a la Administración, introduciendo una causal de invalidez de grado absoluto que hace insalvable lo actuado.

X. Pero además de ello, la Administración incurrió en una deficiencia insalvable y que a la postre, resulta de suma importancia en este proceso. Del análisis de los autos se desprende, tal y como lo asevera con razón la accionante, que la Administración nunca puso en conocimiento de la empresa excluida ese criterio de retirarle del concurso. Esta falencia del procedimiento cercenó el derecho del demandante de cuestionar esa conducta en concreto, colocándole en un evidente estado de indefensión frente a esa determinación, pero además frente al procedimiento de ejecución. En efecto, la exclusión de la oferta es un acto que en su momento, la oferente pudo haber impugnado, en ejercicio de sus derechos recursivos. Empero, ante la falta de comunicación, se hizo imposible desde toda óptica ejercer ese derecho, por la razón de que no estaba enterado de esa consecuencia, sino hasta que se le comunica de la apertura del procedimiento que buscaba ejecutar su garantía. Conforme al numeral 140 en relación al 148 de la Ley General de la Administración Pública, el acto solo puede surtir efectos una vez comunicado, y en ese momento es que cabe su impugnación. No puede argüirse frente a esa omisión que se trata de un acto de trámite o bien, que el oferente debe saber y anticipar las consecuencias de su omisión. En cuanto a lo primero, un acto que determine la exclusión de un oferente debe comunicarse de inmediato, pues se trata de un acto de trámite, pero con efecto propio, pues para el destinatario, el procedimiento ha concluido. Por ello no puede interpretarse que ese acto resulta incuestionable a la luz del canon 163 ibídem, siendo que se trata de uno de los supuestos en que ese tipo de actos produce en efecto per se, que le hace reprochable de manera directa y no conjuntamente con el acto final. Lo contrario supondría la imposibilidad de recurrir ese proceder, si se considera el criterio restrictivo que en la actualidad pervive en esta materia conforme al canon 85 de la Ley de Contratación Administrativa (que este Tribunal no comparte). La impugnabilidad de ese acto resulta plenamente factible conforme lo establece el canon 163.2 de la Ley General de la Administración Pública y lo confirman los ordinales 2 inciso a) y 36 inciso c), ambos del Código Procesal Contencioso Administrativo. Por otra parte, en cuanto a lo segundo, no podría ampararse la Administración en el supuesto conocimiento que

debe tener el contratista del procedimiento (artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa) y por ende, del efecto de su descuido. Se trata de un acto que debe siempre ponerse a conocimiento del destinatario, por aspectos de debido proceso y transparencia del trámite, por afectar derechos e intereses de una parte, según lo ordena el numeral 239 de la Ley General de la Administración Pública. Al haberse omitido esa comunicación y en consecuencia, al vedarse la posibilidad de combatir ese acto, se genera una nulidad de grado absoluto que debe declararse, siendo que consiste en una informalidad sustancial, dado que no solo causó estado de indefensión, sino que además, se trata de un aspecto que de haberse dado, hubiera podido permitir una decisión diferente, conforme al mandato 223 de la Ley General de la Administración Pública. Nótese que la incerteza a que se expone al licitante por esa falta de notificación lleva a que luego, pretenda retirar su oferta por haber transcurrido el plazo para adjudicar sin que se diera esa decisión, lo que confirma la ausencia de comunicación de esas determinaciones. Ahora bien, la nulidad de esa conducta resulta determinante para las actuaciones posteriores. Según se ha indicado, en el contexto del artículo 82 del Reglamento, la instauración de un procedimiento de ejecución solo es viable cuando de previo se ha excluido al oferente del concurso por la falta de atención a una prevención para subsanar o aclarar un aspecto que resultaba trascendente. Con todo, aún en esos casos, se insiste, la ejecución no es consecuencia impostergradable de la exclusión. Se impone un análisis de proporcionalidad en el caso concreto conforme al canon 15 de la Ley General de la Administración Pública. La ejecución de la caución solo es procedente luego de ese análisis valorativo. Por ello, si el hecho generador de ese procedimiento se encuentra viciado, el procedimiento que surge a raíz de esa fase previa, también lo está, por depender de éste. Esa supresión surge por la interdependencia que surge entre ese acto y el ulterior procedimiento, según lo establece el numeral 164.1 de la mencionada Ley General, aplicado a contrario sensu. En consecuencia, debe disponerse la nulidad absoluta de la resolución No. AL 0118-2009 del veintidós de abril del dos mil nueve del Hospital Nacional Psiquiátrico, que dispone ejecutar la garantía de participación otorgada por la firma accionante por un monto total del \$12.868.257.79 (doce millones ochocientos sesenta y ocho mil doscientos cincuenta y siete colones con setenta y nueve céntimos) dentro de la licitación pública 2008LN-000001-2304. Asimismo, por las mismas falencias desarrolladas, se declara la nulidad de todo el procedimiento adoptado para la emisión de dicho acto final, siendo que se parte de un motivo que no puede considerarse eficaz, pero que además, no pondera de manera debida, conforme lo manda el ordenamiento jurídico, las particularidades del caso para justificar el mérito de instaurar un procedimiento de esa naturaleza.

XI. Con todo, al margen de la nulidad que por este medio se dispone y a mayor abundamiento de razones, es criterio de este órgano colegiado que la sanción impuesta tampoco resulta procedente aún de haberse satisfecho el deber de

notificación del acto de exclusión. Un análisis de las particularidades de este caso llevan a concluir que la ejecución resultaba desproporcionada. En efecto, en la especie, el descuido de la empresa accionante se produjo en la fase de admisibilidad de las ofertas, en el inicio del procedimiento. Si bien los requisitos prevenidos eran atinentes y de antemano se establecieron como condiciones invariables en el cartel, la exclusión de la oferente no generó mayor consecuencia lesiva para los intereses de la Administración. Otras empresas resultaron calificadas y la Licitación fue adjudicada, lo que implica que los bienes y servicios objeto del concurso fueron asignados a una empresa oferente. El retiro de la plica de la actora no generó por ende afectaciones al concurso. Desde ese plano, al estarse en la fase inicial del concurso, no quedarse sin oferentes y tratarse de meros requisitos, la sola exclusión del concurso constituye per se una sanción de suficiente intensidad. Es criterio de este Tribunal, en la especie, resulta una sanción desequilibrada que la Administración ejecute la garantía de participación de la oferente, por la circunstancia de no haber atendido una prevención, por cuanto ello lesionaría la máxima de proporcionalidad que se impone como límite de toda acción administrativa de contenido discrecional, como la que en este fallo se analiza. Se reitera, la instauración de un procedimiento de ejecución en casos como el presente dista de ser un fenómeno automático de la exclusión, pues debe sopesarse la proporcionalidad de emprender esa medida, lo que en este caso, no se ha realizado. No se observa motivación que permita inferir que la sanción de ejecutar la garantía resulte proporcionada en este caso, siendo que no se está frente a un supuesto de oferente único y dadas las peculiaridades de este caso, ese efecto represivo resulta particularmente intenso en relación al motivo que le da génesis, lo que lleva a considerar que carece de tal exigencia.

XII. Sobre el deber de devolución de las sumas ejecutadas. Intereses legales. Como consecuencia de la nulidad que por este medio se declara, debe disponerse el reintegro de la suma depositada en efectivo por la entidad accionante a favor de la Administración por concepto de garantía de participación dentro de la licitación pública 2008LN-000001-2304.”

### **3. El Procedimiento de Ejecución de Garantías**

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]<sup>vi</sup>  
Voto de mayoría

**“IV. SOBRE LA NATURALEZA Y PROPÓSITO DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO Y EL PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA LA EJECUCIÓN DE LA MISMA:** Estima este Tribunal que es importante de previo al análisis del fondo de este asunto, realizar una breve explicación de la naturaleza y el propósito de la garantía de cumplimiento, así como del procedimiento que se debe seguir a efecto de hacerla efectiva. **a) Naturaleza y propósito de la garantía de cumplimiento:** La naturaleza y el propósito de la garantía



de cumplimiento dentro de los contratos administrativos, ha sido un tema adecuadamente tratado por la Contraloría General de la República, que al respecto a indicado:

*"La garantía de cumplimiento, siguiendo la doctrina sustentada por Dromi, tiene la naturaleza de una pena convencional provisional, por cuanto "en los casos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, el acreedor -la Administración comitente- puede ejecutar la garantía como importe mínimo del daño. Ahora bien, si el daño ocasionado por el incumplimiento es superior a la pena pactada, puede exigir el resarcimiento integral, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad pero no una limitación de la pretensión de indemnización" (Dromi, José Roberto. La Licitación Pública Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995, 2ª Edición Actualizada p.p.527-528). Oficio [3527](#) de 7 de abril de 1998 (DGCA 309-98).*

*"La garantía de cumplimiento, como fue señalado por este Despacho antes de la entrada en vigencia de la actual Ley de Contratación Administrativa, constituye un instituto que reviste especial importancia para la Administración, "en el tanto la protege de eventuales incumplimientos en que pueden incurrir los contratistas. La decisión de ejecutar cualquier garantía (acto de la Administración), debe ser razonada y proporcionada en sus consecuencias, debiendo ser además notificada a quien se afecta con lo resuelto, confiriéndole al menos, conforme a los principios que integran el debido proceso, oportunidad suficiente de defensa para presentar alegatos y ofrecer prueba de descargo que estime pertinente." Oficio N°11216 de 19 de setiembre de 1994 (DGCA-1601-94) citado en Oficio [3527](#) de 7 de abril de 1998 (DGCA 309-98)*

Precisamente, de lo dicho por el órgano contralor se puede inferir los siguientes aspectos:

**Primero:** La garantía de cumplimiento es una tasación anticipada de los eventuales daños y perjuicios en que incurra el contratista;

**Segundo:** Funciona como un mecanismo de protección a favor de la Administración contratante de los daños y perjuicios que se le ocasione con el incumplimiento del contratista;

**Tercero:** Es un mecanismo que cuantifica el monto básico de los daños y perjuicios que eventualmente el incumplimiento del contratista le ocasione a la Administración contratante; **Cuarto:** La causa para su ejecución es la existencia de un incumplimiento comprobado del contratista. Ahora bien, lo dicho es corroborado en lo indicado en el artículo 34 de la Ley de Contratación Administrativa, que dispone:

*"ARTICULO 34. Garantía de cumplimiento. La Administración exigirá una garantía de cumplimiento, entre un cinco por ciento (5%) y un diez por ciento (10%) del monto de la*

*contratación. Este monto se definirá en el cartel o en el pliego de condiciones respectivo, de acuerdo con la complejidad del contrato, para asegurar el resarcimiento de cualquier daño eventual o perjuicio ocasionado por el adjudicatario.*

*La garantía se ejecutará hasta por el monto necesario para resarcir, a la Administración, los daños y perjuicios imputables al contratista.*

*Cuando exista cláusula penal por demora en la ejecución, la garantía no podrá ejecutarse con base en este motivo, salvo la negativa del contratista para cancelar los montos correspondientes por ese concepto.*

*La ejecución de la garantía de cumplimiento no exime al contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que no cubre esa garantía."*

Nótese, que se indica claramente que la garantía de cumplimiento tendrá el propósito de "asegurar el resarcimiento de cualquier daño eventual o perjuicio ocasionado por el adjudicatario."

Así como que la ejecución de la misma se hará en relación al monto necesario para resarcir a la Administración contratante, que incluso puede ser una suma mayor a la que se encuentra debidamente garantizada (razonable y proporcionada). Asimismo, la garantía de cumplimiento es un derecho de la Administración contratante (artículo 14 de la Ley de Contratación Administrativa), aspecto muy importante, debido a que de forma correlativa constituye una obligación del contratista, tanto otorgarla, como en caso de incumplimiento tener que asumir la pérdida del monto depositado por la misma. **b) Procedimiento adecuado para la ejecución de la garantía de cumplimiento:** Precisamente, el artículo 14 de la Ley de Contratación Administrativa, da los elementos básicos que se deben seguir para la ejecución de la garantía de cumplimiento al disponer lo siguiente:

*"ARTICULO 14. Derecho de ejecución de garantías. Cuando un oferente o un contratista incurra en incumplimiento, la Administración podrá hacer efectiva la garantía correspondiente. La decisión administrativa de ejecutar esa garantía debe ser motivada y se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición."*

Justamente, entre este artículo y el numeral 34 citado anteriormente, se dan las pautas que las Administraciones contratantes deben seguir a efectos de ejecutar la garantía de cumplimiento. Asimismo, los artículos señalados de la Ley de Contratación Administrativa, deben complementarse con lo indicado en el numeral 41 del Reglamento a esa ley, que dispone:

*"Artículo 41. **Procedimiento para ejecución de garantía de cumplimiento.** La garantía de cumplimiento se ejecutará, parcial o totalmente, hasta por el monto necesario para*

*resarcir a la Administración, por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contratista.*

*La garantía podrá ejecutarse por demora en la ejecución del objeto contractual, en el evento de que no se haya pactado una cláusula penal por ese motivo; en caso contrario se procederá a la ejecución de ésta última.*

*La ejecución de la garantía de cumplimiento o la aplicación de la cláusula penal por demora o ejecución prematura, no exime al contratista de indemnizar a la Administración, por los mayores daños y perjuicios que no cubran esas garantías.*

*Si ejecutada la garantía, el contrato continúa en ejecución, la Administración, deberá solicitar al contratista su inmediata restitución en las condiciones pactadas.*

*De previo a ejecutar la garantía de cumplimiento, la Administración, deberá dar audiencia al contratista por cinco días hábiles, a efecto de que éste pueda ejercer su derecho de defensa.*

*En el traslado deberá indicarse el presunto incumplimiento, las pruebas en las que se fundamenta el reclamo, la estimación del daño y el monto por el cual se estaría ejecutando la garantía.*

*Vencido el plazo para contestar la audiencia, la Administración contará con un plazo de hasta diez días hábiles para emitir una resolución razonada que deberá hacer expresa consideración de los argumentos formulados por la parte interesada en su descargo.*

*Si ejecutada una garantía el monto resulta insuficiente para indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, la Administración, podrá aplicar el monto de las retenciones del precio que se hubieren dado y los saldos de pago pendientes. En todo caso, la ejecución de las garantías, no excluye el cobro en vía judicial de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, con el incumplimiento, del oferente o del contratista, si éstos fueran mayores a los montos cobrados en vía administrativa."*

Ahora bien, lo dicho en los artículos citados se complementa con lo indicado por la Sala Constitucional, al disponer lo siguiente:

*"En sentencia No. 2007-010794, de las 11:58 hrs. del 27 de julio del 2007, este Tribunal se pronunció, con redacción del Magistrado Ponente, sobre el deber de las administraciones públicas de conceder oportunidad de defensa antes de ejecutar la garantía de incumplimiento, de la siguiente manera:*

**EL RESPETO A LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO COMO CONDICIÓN PREVIA PARA LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE PARTICIPACIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS.** *De la relación de hechos probados y de los informes rendidos por las*

autoridades recurridas, se desprende que la intención original de la Administración recurrida era iniciar el procedimiento administrativo correspondiente, garante del derecho de defensa de la empresa amparada, para ejecutar la garantía de participación en los procesos licitatorios en los que ésta participó. El aval de la Administración para ejecutar esa garantía se encuentra previsto en el artículo 14 de la Ley de la Contratación Administrativa, Ley No. 7494 de 2 de mayo de 1995, que dispone lo siguiente:

**“Artículo 14. Derecho de ejecución de garantías.** Cuando un oferente o un contratista incurra en incumplimiento, la Administración podrá hacer efectiva la garantía correspondiente. **La decisión administrativa de ejecutar esa garantía debe ser motivada y se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición.**” (Lo resaltado no corresponde al original).

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

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

##### **16.1 Ejecución de la garantía de participación**

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

Conforme se desprende de las disposiciones citadas, la Administración antes de proceder a ejecutar las garantías de participación debe dictar una resolución debidamente razonada y fundamentada, previa audiencia a la parte para que ejerza su derecho de defensa. De lo contrario, se incurre en una evidente infracción a las garantías del debido proceso y la defensa que goza el administrado, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 11, 39 y 41 de la Constitución Política». **(Voto número 9745-2008, Sala Constitucional a las once horas y diez minutos del trece de junio del dos mil ocho)**

Entre los artículos citados y lo dicho por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia transcrita, este órgano jurisdiccional extrae los elementos básicos que se

deben seguir para efectuar un procedimiento de ejecución de garantía de cumplimiento ajustado a derecho, que son los siguientes:

**1-** Debe existir un incumplimiento contractual demostrado de previo a ejecutar la garantía de cumplimiento. En ese sentido, se debe recordar que la causa que provoca el efecto para hacer efectiva la garantía de cumplimiento es el incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales;

**2-** De previo a la ejecución de la garantía de cumplimiento, la Administración debe darle audiencia al contratista con el propósito que éste se defienda y presente sus pruebas de descargo. En este sentido, considera este Tribunal, que le corresponde al contratista en esa audiencia demostrarle a la Administración contratante, que su incumplimiento (el cual debe ser de previo acreditado), hasta que punto dañó a la administración y cuál es el monto de la garantía de cumplimiento que considera que debe ser ejecutado. Estima este órgano jurisdiccional, que al ser la garantía de cumplimiento un derecho de la administración y una tasación previa de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, la carga de la prueba a efectos de que la garantía de participación deba ser ejecutada parcialmente le corresponde al contratista, no a la Administración contratante. Se debe recordar que el monto de garantía de cumplimiento es una estimación básica incluso mínima de los daños y perjuicios que pueda causar un incumplimiento del contratista. Por ello, le corresponde al adjudicatario demostrar que ese monto básico debe ser reducido, no a la Administración contratante, la cual tendrá derecho por el simple incumplimiento a ejecutar la totalidad de la garantía de cumplimiento, siempre y cuando respete el debido proceso y de manera razonada y proporcionada justifique porqué procede la ejecución de la garantía de cumplimiento. Ahora bien, el plazo de la audiencia será de cinco días, si la Administración contratante otorga más plazo, esto garantiza mejor el derecho de defensa al que tiene derecho el contratista incumpliente;

**3-** La Administración deberá en el traslado que le otorga al contratista, indicarle los siguientes aspectos:

**Primero:** El presunto incumplimiento con las pruebas del mismo. Es decir le debe indicar el incumplimiento o incumplimientos y las pruebas que acrediten el mismo;

**Segundo:** Indicar el daño, es decir, se debe citar los daños provocados por el incumplimiento. Nótese, que el numeral 41 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, no le exige a la administración que pruebe cuáles son los daños, solo exige que se indique la estimación de los mismos;

**Tercero:** Indicar el monto por el cual se estaría ejecutando la garantía. Véase que la normativa solo le pide a la Administración que indique el monto, no que pruebe el mismo. Asimismo, el monto de la garantía de cumplimiento siempre estará

debidamente cuantificado desde que se deposita el mismo calculado en relación al precio total de la contratación, desde la fase de perfeccionamiento del acto de adjudicación, por lo que si la Administración determina que corresponde ejecutar la totalidad de la garantía de cumplimiento no se le puede exigir que indique expresamente en el traslado el monto, el cual el contratista ya conoce desde el inicio de la contratación. Ahora bien, en este punto es importante aclarar que la normativa señalada, así como la jurisprudencia de la Sala Constitucional, no obligan a la Administración a tener que presentar un informe técnico contable que indique el monto a ejecutar de la garantía de cumplimiento, debido a que es lógico que el monto de garantía de cumplimiento se encuentra previamente tasado o cuantificado, por lo que sería un estudio innecesario y que el ordenamiento jurídico no viene exigiendo. Además, la normativa y jurisprudencia citada, no le imponen a la Administración contratante la obligación de demostrar qué monto de la garantía de cumplimiento puede ejecutar, ya que esto va en contra de la naturaleza misma de esa garantía, que es un derecho de la administración el cual se ejecuta a su favor con la existencia comprobada de un incumplimiento contractual. Además, es ilógico que la Administración contratante tenga que gastar recursos para cuantificar los daños y perjuicios que sufra por el incumplimiento del contratista, cuando éstos se encuentran previamente tasados. Asimismo, imponer una carga probatoria sobre la Administración contratante, la cual no ha incumplido sus obligaciones, sería una forma de favorecer a un contratista que incumplió sus obligaciones contractuales, lo cual va en contra del principio de eficacia y eficiencia que debe regir en toda contratación administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa;

**Cuarto:** Dada la audiencia al contratista, la Administración deberá emitir una resolución en la cual deberá considerar los argumentos formulados por el contratista en su descargo. Asimismo, deberá fundamentar las razones para ejecutar la garantía de cumplimiento. Ahora bien, si durante la audiencia conferida el contratista no presenta argumentos referentes a la ejecución de la garantía de cumplimiento, es lógico que la Administración contratante no podría referirse ni analizar argumentos inexistentes y ello no equivaldría a una violación del debido proceso y una falta de fundamentación del acto. Ahora bien, la Administración contratante, deberá motivar, aunque sea de una forma mínima, las razones del porqué ejecuta la garantía de cumplimiento. En resumen, si la Administración contratante cumple con la naturaleza, propósito y procedimiento de ejecución de la garantía de cumplimiento, en los términos explicados anteriormente, no existiría ningún quebranto al ordenamiento jurídico y la apropiación final de la suma dineraria de garantía de cumplimiento sería un acto legítimo y legal.”

#### 4. La Ejecución de la Licitación Pública como Derecho del Contratista

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

V. De los autos se desprende con toda absoluta claridad que la señora Córdoba López fue contratada por el INA desde setiembre del 2008, para el puesto clave No. 2257, bajo el Régimen de Servicios Especiales, como Formador para el Trabajo Uno C, en la especialidad de Bar y Restaurante de la Unidad Regional Huetar Norte. Interesa destacar que su contrato fue prorrogado durante el año 2009 y, luego, hasta el 31 de diciembre de 2010. No obstante, mediante oficio PSA-1740-2010, de 16 de noviembre de 2010, el encargado del Proceso Soporte Administrativo, le informó que: *“(...) de conformidad con el artículo 28 del Código de Trabajo que el puesto de Formador para el Trabajo 1C de Servicios Especiales, clave No. 2257, que usted ocupa actualmente, con un nombramiento a plazo fijo hasta el 31 de diciembre del 2010, en la Unidad Regional Huetar Norte, no será prorrogado a partir del próximo 1 de enero del 2011, debido a que dicho puesto será utilizado por la Administración del Instituto para reforzar las necesidades de capacitación de otros sectores productivos. Por lo tanto, a partir de esta fecha se iniciará con los trámites para reconocerle por liquidación sus derechos de ley. (...)”* (folio 64 del expediente judicial). La actora pretende en esta sede que se ordene al INA reinstalarla en el puesto que venía ocupando hasta el 31 de diciembre de 2010. No obstante, es criterio de este Tribunal que lo pedido es improcedente por las siguientes razones. Como primer aspecto, debe tenerse presente que no es posible equiparar la relación contractual de la accionante con el INA con un contrato por tiempo indefinido. Como ya se explicó, ella fue contratada en un puesto con una naturaleza diversa a los regidos por el Estatuto del Servicio Civil, a saber, por servicios especiales y a plazo determinado. Conforme a lo dispuesto en el reglamento analizado, en este tipo de contratos especiales del INA, que son a plazo fijo, lo convenido opera como condición resolutoria expresa con eficacia *ipso iure*, esto es, resuelve de pleno derecho la relación contractual sin necesidad de declaración alguna. En consecuencia, el contrato nace con una vida útil prefijada. De modo que si el contrato estableció claramente que era a plazo fijo -del 01 de enero al 31 de diciembre de 2010- y éste se cumplió, la parte actora no tiene derecho a la prórroga pretendida. Para ello no es óbice que, en años anteriores se le hubiera prorrogado el contrato. Se trata (la prórroga) de una potestad del ente contratante y que se ejerce dependiendo de las necesidades de capacitación, mas no de un derecho del contratado. Así, el INA bien podía no prorrogar el contrato a la accionante para orientar la plaza hacia otro sector que la necesitara, como en efecto sucedió. En rigor, la terminación del contrato anual (en este caso del año 2010), con efectos extintivos, no constituye técnicamente un despido sino más bien la consecuencia del vencimiento del plazo. Por demás, la vigencia anual de este tipo de contratos proviene de la norma reglamentaria ya

indicada (la que no se cuestiona en este proceso) y de lo pactado expresamente entre ambas partes. Se insiste que con el vencimiento del plazo del contrato terminó la relación existente entre el INA y la demandante, asistiéndole el derecho a esa institución de orientar la plaza a otro sector. La preexistencia de esas necesidades, no tiene como efecto ni produce por resultado, necesariamente, la prórroga del contrato en cabeza de quien es contratado a plazo fijo para ejecutar programas especiales. Como se anticipó en líneas anteriores, el contratista tiene derecho a la ejecución cabal de lo pactado, lo que desde luego incluye la obligación negativa de la Administración de respetar el plazo fijado, a menos que razones de interés general justifiquen otra cosa (*artículos 11 y 17 de la Ley de Contratación Administrativa*). Será el INA quien, con la motivación técnica debida, disponga donde deben prestarse los servicios, cuáles necesidades atender y satisfacer prioritariamente, según los planes de largo y mediano plazo, el Plan Nacional de Desarrollo, cuando sea aplicable, el plan anual operativo, el presupuesto y el programa de adquisiciones (*artículo 7 de la Ley de Contratación Administrativa*). Es decir, la población y región meta, las define el INA, lo mismo que la continuidad de las actividades emprendidas. En consecuencia, no tiene la actora un derecho a la prórroga de su contrato, por lo que en este punto no se observa lesión alguna a su situación jurídica subjetiva. Más bien, en el oficio PSA-1740-2010, de 16 de noviembre de 2010, el INA expresó su clara y determinante voluntad de no prorrogarle el nombramiento para el año 2011, en razón de que las plazas serían utilizadas en otro sector, según las metas y objetivos propuestos para dicho año, de acuerdo a la información de las Unidades Regionales y Núcleo de Formación. La intención de ese ente fue llevar a otro sector de la economía o del país sus programas de desarrollo y promoción de la capacitación. Como explicamos, no se observa limitación alguna para que el INA hubiera dispuesto ubicar la plaza en otro sector, porque así lo habilita el reglamento en cuestión. Finalmente, conviene hacer una precisión respecto de la prórroga en los contratos, en el sentido que la situación varía cuando existe una cláusula que establece expresamente esta posibilidad. En este supuesto, y si la Administración optare por no hacer efectiva la cláusula, nombrando a otro contratista, a pesar de la anuencia e interés de éste en continuar, aquélla deberá justificar las razones o motivos de la substitución y de la no aplicación del convenio, como forma de impedir la arbitrariedad administrativa. Así lo expresó este mismo Tribunal y Sección, en sentencia No. 113-2011 de 11 horas de 9 de mayo: *“Sexto: Que efectivamente en materia de prórroga de contratos administrativos, la motivación del acto que la acuerda o rechaza, debe estar agotadoramente fundamentada en los antecedentes administrativos, no solo como forma de conocer la auténtica y unívoca voluntad administrativa dirigida a la satisfacción del interés general, sino como medio de control de cualquier vicio por desviación de poder; es en esos antecedentes y en la motivación misma del acto donde habrá de buscarse y encontrarse los posibles desquicios o favorecimientos que den lugar a un trato desigual. Hay que tener presente que conforme al principio de eficacia y eficiencia, los actos que nutren la actividad de*



*contratación administrativa están orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la Administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales. En el pórtico de cada contratación administrativa, debe consignarse la decisión de contratar, con indicación de las razones que justifican su procedencia, descripción y estimación del costo del objeto, así como el cronograma con las tareas y los responsables (artículos 11 de la Constitución, 3°, 4° y 7° de la Ley de Contratación Administrativa, y 216.1 de la Ley General de Administración Pública). Es obvio que esa obligación de justificar el inicio del procedimiento de contratación, opera como un límite al ejercicio de la arbitrariedad del poder, impone la sumisión de la Administración al Derecho, y figura como mecanismo de control y fiscalización del auténtico cumplimiento de los planes de largo y mediano plazo, el plan nacional de desarrollo, cuando sea aplicable, el plan anual operativo, el presupuesto y el cronograma de adquisiciones de cada institución. Hay por tanto una exigencia a los poderes públicos de sumisión al Derecho, y por otro, una carga de satisfacer las necesidades generales para las cuales fue creada la institución respectiva. Y es obvio que serán esas necesidades las que en cada momento histórico marcarán la conveniencia y oportunidad de prorrogar o no un contrato administrativo concreto, cuestión que desde luego incumbe valorar a la propia Administración, y controlar a esta jurisdicción si fuere necesario (artículos 15, 16 y 17 Ley General de Administración Pública). Cuando se violen las normas relativas a la motivación, por falta de aplicación (artículos 1° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7° de la Ley de Contratación Administrativa, y 136 de la Ley General de Administración Pública), o por aplicación indebida, sea porque no se prorrogó la contratación administrativa, supuesta la existencia de una cláusula [incumplida] que claramente prevea la prórroga del convenio, una vez vencido el plazo original del contrato, o sea porque se favoreció a un contratista en perjuicio de otro, por regla general el perjudicado tiene derecho a la restitución en el pleno goce de sus derechos conculcados con la correspondiente indemnización patrimonial compensatoria y a la imposición a la Administración del deber de sumisión al Derecho, sin perjuicio de las responsabilidades personales del respectivo funcionario; en su defecto, si no fuere posible la reinstalación, a la indemnización (artículos 41 y 49 Constitucional, 1°, 42, 122 y 128 CPCA). Sin embargo, en este caso concreto, ninguna de esas opciones sería posible, dada la preexistencia de finiquito contractual.”. Pero, insistimos, este no es el supuesto de la actora, quien como se ha expresado fue contratada a plazo fijo. Así las cosas vencido el plazo, será ese instituto quien determine la necesidad o no de prorrogarlo, disponiendo en este caso, legítimamente, la finalización de la relación contractual. Como segundo motivo de invalidez la actora acusa que fue cesada de su nombramiento cuando se encontraba en período de lactancia, sin que se hubiese seguido el procedimiento que para tales efectos establece el Código de Trabajo; argumento que también debe rechazarse. Reiteramos que, en el subjúdice, la terminación del contrato anual (en este caso del*

año 2010), con efectos extintivos, no constituye técnicamente un despido sino más bien la consecuencia del vencimiento del plazo que ya había sido pactado de antemano entre las partes. Desde esta perspectiva, es evidente que no resulta de recibo lo alegado, máxime si se toma en cuenta que la tutela que el ordenamiento jurídico otorga a la mujer en el ámbito laboral ante este tipo de circunstancias (en este caso, respecto de la prohibición de despedir a una mujer embarazada o en período de lactancia) lo es para prevenir y evitar modificaciones o rupturas unilaterales en la relación de empleo por parte del patrono, que resulten discriminatorias en virtud de su estado o condición y en ese tanto, le perjudiquen. No obstante, ninguno de esos supuestos se presenta aquí. No hay una ruptura unilateral del vínculo contractual, porque ya el plazo estaba predeterminado y era harto conocido por la accionante. Por ende, el fin de la relación se da por vencimiento del plazo, sin que se observe que esconda alguna motivación o práctica discriminatoria por la condición de la actora. A mayor abundamiento, debe indicarse que, en todo caso, la demandante tampoco demuestra que se encontrara en período de lactancia al momento en que no se prorrogó la contratación de sus servicios profesionales, siendo ésta una carga procesal que le incumbía conforme al artículo 317 del Código Procesal Civil y numerales 58, 82, 85 del C PCA . Por todo lo expuesto, no se observa irregularidad alguna en la decisión del ente demandado de no prorrogar la vigencia del contrato que reiteramos, incumbe exclusivamente al INA. Por lo expuesto, resulta improcedente la pretensión dirigida a su reinstalación o prórroga del contrato y así debe declararse.

**VI. Sobre el pedimento indemnizatorio.** La demandante reclama, también, el pago de los daños y perjuicios ocasionados con el acto administrativo dictado por el INA, mediante el cual se dispuso el cese del nombramiento y que a la postre, dice, constituye una violación de su derecho al trabajo y los beneficios derivados de aquel. El solo hecho de que el planteamiento de fondo de la demanda haya sido rechazado es base suficiente para denegar el reclamo formulado, en tanto resulta accesorio de aquél. Lo cierto es que no existe ninguna actuación administrativa del INA que pueda señalarse como fuente generadora del daño que aduce la parte actora. Esa ausencia de causalidad impide a este Tribunal establecer la existencia de un daño real y e n consecuencia, debe disponerse el rechazo de dicha pretensión.”

## 5. Condiciones Generales de Contratación Administrativa, Ejecución de la Licitación Pública y Potestades Fiscalizadoras de la Administración Pública en Cuanto al Objeto de la Contratación Administrativa

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]<sup>viii</sup>  
Voto de mayoría

**“IV. Consideraciones Generales sobre la Contratación Administrativa:** La Administración Pública emplea diversos medios para el cumplimiento de los fines públicos, que no se agotan en las meras actuaciones materiales o en actos administrativos formales, en tanto que también se recurre al mecanismo de la contratación administrativa, en la cual, se pacta el cumplimiento de un objeto con un contratista, como sujeto colaborador del logro del interés público buscado. No obstante, a diferencia de un contrato privado, en la contratación administrativa existe una serie de elementos que trascienden el mero acuerdo de voluntades rubricado en un documento y que condicionan su nacimiento, desarrollo y extinción. Ese aspecto es medular y determina una diferencia incuestionable con respecto al contrato privado, donde los intereses particulares de las partes son determinantes, mientras que en este caso el interés público reviste toda la contratación. Es así como el contrato administrativo está condicionado en su origen, evolución y finalización al ordenamiento propio que rige la materia y la contratación en específico. En este sentido, el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, queda filtrado por el ordenamiento jurídico administrativo, y fundamentalmente por la reglamentación de la contratación, sea el cartel o pliego de condiciones, base de la misma. Si bien la doctrina ha oscilado en una discusión sobre si debe ser considerado un acto complejo o una modalidad de contratación, incluso viéndola como una especie de promesa unilateral aceptada, la discusión aún cuando es interesante desde el plano académico, resulta intrascendente para la resolución de la litis que ahora nos ocupa. El ordinal ciento ochenta y dos de la Constitución Política, dispone: *“Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a la mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”*. De conformidad con dicha norma la Administración Pública para alcanzar los fines establecidos en el ordenamiento jurídico y con el propósito de satisfacer de modo eficiente y oportuno sus requerimientos, habrá de acudir a los procedimientos de contratación administrativa con el fin de seleccionar la oferta que mejor se adecue a las necesidades públicas. Esta actividad se encuentra sujeta a una serie de principios, definidos por la Sala Constitucional desde su voto 998 de las 11 horas con 30 minutos del 16 de febrero de 1998, que en lo que es de interés expresó:

*“...VI. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. En virtud de lo anterior, debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan*

*todos los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado. Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son:... 2.- de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, ...tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental; 3.- de publicidad, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate; 4.- de legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política; 5.- de seguridad jurídica, que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación; ...8.- principio de buena fe, en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro”.*

Estos principios permean la materia de contratación administrativa. Desde el punto de vista del derecho positivo, el marco general regulador de las obligaciones tanto de los entes contratantes como de las empresas contratistas se encuentra contemplado en la Ley de Contratación Administrativa y desarrollada a cabalidad en su reglamento, sin perjuicio de la existencia de normas especiales en la materia. En el artículo quince de dicho cuerpo normativo, expresamente se señala como obligación de toda Administración contratante, lo siguiente: "*La Administración está obligada a cumplir con todos los compromisos, adquiridos válidamente, en la contratación administrativa y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado*". Por otra parte, de manera correlativa a dicho deber, el artículo 20 de la misma ley, establece la siguiente obligación para los contratistas: "*Los contratistas*

*están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato". Ambas obligaciones surgen de un principio de buena fe en la contratación, mediante el cual, ambas partes, tienen como referente en el cumplimiento de sus obligaciones un deber de cumplimiento y colaboración mutuos. Por su parte el artículo cincuenta y uno del Reglamento a la Ley dispone: "El cartel, constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento. Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar. Para su confección, la Administración podrá contratar o solicitar la asistencia de personas físicas o jurídicas, especializadas en la materia de que se trate, siempre que no tengan ningún interés particular directo ni indirecto en el negocio, cuando no tuviere en su organización los recursos técnicos necesarios para ello. En aquellas contrataciones de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación, la Administración, facultativamente podrá elaborar un cartel con los elementos esenciales atendiendo al objeto contractual, en armonía con los principios de contratación administrativa". Merece manifestarse que los principios de la contratación administrativa han de reflejarse en las estipulaciones del cartel. Este documento se considera el reglamento concreto de la contratación, en cuanto establece con claridad que es lo pretendido por la Administración, las condiciones generales y específicas de este y la forma en la cual se seleccionará el eventual adjudicatario. Por ello debe ser un instrumento suficiente, específico, claro y objetivo, de modo que los potenciales oferentes se enteren con claridad del objeto y condiciones de la contratación. Por consiguiente, define el contexto en que se concretará el concurso y precisamente en razón de esto serán vinculantes para el oferente los términos predeterminados. Así, se constituye en parte de las regulaciones aplicables a esa específica contratación. El cartel puede definirse como el conjunto de cláusulas que integran cada contratación, en el que deben fijarse los elementos esenciales del negocio, esto es, la delimitación del objeto concursal, la descripción del bien o servicio por adquirir, la fecha de recepción de ofertas, bases generales para la selección y requisitos mínimos de las ofertas, documentación a presentar, forma de cotización, vigencia de las ofertas, plazo de entrega, forma de pago, entre otras (artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa y complementado por los diferentes reglamentos que han existido). El contenido básico de un cartel muta constantemente según sean las necesidades que cada contratación pretenda satisfacer de allí la relevancia del documento. Se afirma que tiene carácter reglamentario porque contiene una serie de normas de acatamiento obligatorio y es el instrumento básico del procedimiento de selección del contratista público, llegando a constituir el verdadero reglamento específico de la contratación, tanto de los trámites por seguir, como de las condiciones contenidas en éstos. Es también fuente de interpretación*

porque en él quedan establecidas las cláusulas o condiciones creadoras de derechos y deberes de las partes. No obstante lo anterior, jerárquicamente está subordinado a la Ley y al Reglamento de Contratación Administrativa, así como la demás normativa específica, en cuanto se encuentra supeditado a las normas de alcance general que establecen disposiciones transversales para el sistema de contratación. En este sentido, el pliego de condiciones puede contener diversos tipos de cláusulas dependiendo del objeto de cada contratación. Normalmente la doctrina distingue entre cláusulas variables e invariables. Las primeras son aquellas en las que el particular ofrece a la Administración lo solicitado por ella y la entidad contratante ponderará y escogerá la oferta que más convenga a los intereses públicos. Pueden variar o cambiar de una oferta a otra, pero son de cumplimiento necesario y obligado, ya que de lo contrario queda fuera de concurso. Ejemplo de éstas son las referidas al precio, la forma de pago o plazo de entrega de los bienes o servicios. Normalmente este tipo de cláusulas son las que permiten escoger al oferente victorioso de sus iguales. Las invariables son de obligado cumplimiento para el oferente y su sujeción a éstas es vinculante, en tanto no puede cambiarlas y si las incumple queda excluido de la licitación. Algunas de éstas son las que describen el objeto contractual. En la mayoría de ellas, la sola presentación de la oferta presume su aceptación. Por el carácter reglamentario, el pliego, es fuente de interpretación del acuerdo entre voluntades, dado que es con base en este, que el oferente elabora su oferta, la cual tiene la característica de ser integral en todos sus componentes, sea, tanto en el contenido del escrito principal, como en cualquier documento anexo. Si debe quedar claro que la definición de las condiciones del cartel no debe ser entendido como un acto discrecional en sentido estricto, en cuando cada una de las disposiciones debe presentar su debida fundamentación, lo que permite a cualquier interesado requerir información justificándolas o incluso acreditar el recurso de objeción. Este último es la facultad de cualquier interesado de manifestar oposición a una disposición del pliego, para que el superior administrativo o la misma Contraloría General de la República (dependiendo del tipo de contratación y el objeto del concurso) entre a valorar la objeción y defina la pertinencia de la misma, mediante un acto plenamente motivado. El oferente con fundamento en el cartel confecciona su pliego, obteniendo un parámetro de seguridad jurídica, donde la administración promovente garantiza la observancia del principio de confianza legítima para los potenciales participantes, quienes conocen con anterioridad las condiciones que gobiernan el concurso de su interés. Frente a la contratación cada uno de los oferentes, no es más que un interesado legítimo de que las reglas cartelarias se cumplirán a cabalidad; de manera que no existe un derecho a ser adjudicado sino una mera expectativa. Incluso, el ordenamiento garantiza acciones administrativas y judiciales supeditadas exclusivamente hacia aquel oferente que pudiera resultar adjudicatario en cumplimiento del pliego cartelario, y que por situaciones ilegítimas o ilegales no lo fue; de manera que aquella persona que detecta incumplimientos del cartel pero sin tener

la posibilidad de que en el supuesto de corregirse tampoco sería adjudicatario carece de todo interés y no tendría acción alguna; salvo la posibilidad de la denuncia ante la Contraloría General de la República que es resguardo de la hacienda pública está llamada a servir de contralor de legalidad de la conducta administrativa. Debe recordarse que la sola presentación de la plúa lleva implícito el sometimiento a todas y cada una de las condiciones del pliego, en cuanto es lógico pensar que si la persona concurrió al concurso fue con el interés de ofrecer sus bienes o servicios y eventualmente resultar adjudicatario; lo anterior naturalmente, salvo en los supuestos que manifiestamente resulte clara la voluntad de apartarse del cartel. Con respecto a la naturaleza de la oferta en esta materia, esta es entendida como una promesa unilateral, libre y voluntaria del participante, a fin de celebrar el contrato en el supuesto que resulte electo. De conformidad con la anterior disposición, la oferta debe cumplir de forma estricta el contenido del cartel, tanto en las reglas del procedimiento a seguir, documentos y sobre todo requisitos solicitados, si la oferta no cumple lo estipulado en el cartel, ésta debe ser excluida del concurso, como ya se indicó. No sin advertir que por el principio de libre participación y en satisfacción del interés público, se procura la mayor cantidad de oferentes, lo que lleva aparejado que la exclusión es la excepción y no la regla; siempre que con ello no se promueva la generación de un trato discriminatoria a favor de algún (os) oferentes), pues tampoco puede llegar al extremo de aceptar incumplimientos con tal de permitir la participación. La oferta vincula al oferente, pues en caso de resultar adjudicatario, deberá someterse no sólo a las condiciones cartelarias al efecto establecidas, sino también a los términos por él ofertados en dicho documento y a la Administración, en tanto que su aceptación significará admitir la delimitación de los términos y condiciones de la contratación según lo propuesto por el contratista. Es decir, cartel y oferta deben ser vistos de manera integral e integrada, siendo así que en el análisis de la segunda no se puede perder de vista lo establecido en el primero. Por lo anterior, la contratación no puede ser vista en sus componentes de manera aislada, ni abstraída del ordenamiento jurídico ni sin tomar en consideración la integralidad de la oferta y el cartel al cual se refiere. El ordenamiento prevee como modalidades de contratación la Licitación Pública y la Abreviada (en su momento dividida en Registro y Restringida), sumado a unas derivaciones de estas (Remate, licitación con financiamiento, con precalificación y subasta a la baja) a lo que se agrega las actividades exentas del procedimiento de contratación (donde se incluye -entre otras- la denominada contratación directa), sin perjuicio que el numeral ciento cuarenta y seis del Reglamento a la Ley de Contratación faculta ha autorizar reglamentos hacia modalidades diferentes de contratación a fin de conocer mecanismos diversos, permitiendo a la Administración establecer otras modalidades contractuales que no fueran previstas por el legislador, esta reglamentaciones pueden ser definitivas (hasta su revocación) o incluso supeditadas a plazo (normalmente para verificar la conveniencia de mantener el mecanismo). En cuanto al procedimiento como tal, las normas legales y reglamentarias

lo que vienen a señalar son plazos y aspectos de trámite en directa relación al tipo de contratación en particular; la idea en esencia es que la licitación pública garantiza plenamente los principios que informan la contratación, mientras que en las restantes modalidades se reducen aspectos facultades recursiva, se flexibilizan la forma, entre otros aspectos, pues es posible garantizar los principios sin cumplir estos requerimientos. En cuanto a los últimos lo más relevante es la generación de una verificación técnica y otra jurídica, siendo la primera la constatación de los requisitos específicos de aquello que la Administración contratante y por otro lado, la jurídica la verificación de requisitos para hacer adjudicable a los oferentes. Al respecto es de rescatar que los carteles establecen requisitos de admisibilidad y elementos ponderables, los primeros corresponden a aquellos que su incumplimiento lleva aparejado la oferta, como podrían ser garantía de participación, señalamiento del ofertante, firma de la oferta, señalamiento de precio, entre muchos otros. Los ponderables, vienen a permitir seleccionar entre las ofertas aquella que resulta victoriosa, como ya se indicara. Los primeros por su misma esencia son prevenibles, salvo en los supuestos expresamente regulados, los segundos como regla de principio no lo son en la medida que quebrantarían el principio de igualdad entre las partes, pues en virtud de conocer para ese momento las otras ofertas cualquier documentación adicional variaría la eventual calificación, salvo en los supuestos de los hechos históricos, es decir aquellos que si bien podrían afectar la puntuación no presenta el interesado forma alguna de manipularlos, siendo el ejemplo típico los atestados académicos, el estado civil, la experiencia en una actividad, entre muchos otros. De manera que recibidas las ofertas, la administración debe proceder a realizar dos análisis (sea de manera simultánea o sucesiva), el primero de ellos de naturaleza legal, que pretende verificar el cumplimiento de las cláusulas invariables no técnicas y el segundo, constando los aspectos variables o técnicos, generando una recomendación. Cabe advertir que la Administración Pública se encuentra facultada para solicitar aclaraciones a la oferta (en cuanto no genere un trato desigual) y eventualmente es posible requerir información adicional, sobre la doctrina de los hechos históricos, aún cuando esta afecte la calificación, en cuanto se trate de situaciones que ocurrieran con anterioridad al concurso, fueran invocadas oportunamente por el (la) interesado (a) y lo faltante sea solo en el plano de su acreditación. Siempre bajo el entendido que dichos datos no son manipulables por el interesado. Es a partir de la recomendación, que el jerarca o el titular subordinado con competencia para ello procede a realizar la adjudicación. Si debe quedar claro que la recomendación legal y técnica no son más que eso, una mera recomendación de suerte que el jerarca o funcionario competente puede revalorar la situación y adjudicar de manera diferente en tanto exista la correspondiente motivación; la recomendación como acto interno no genera estado alguno, ni derecho para ningún interesado. Nuevamente allí vuelve a cobrar importancia el cartel, pues como en él se fijan los parámetros de evaluación, es sobre esa base que se asigna la calificación a los



oferentes y consecuentemente es la base para la determinación del victorioso. Sobre la base de la adjudicación se abre la etapa recursiva, que puede ser interna o externa, según el objeto contractual o el monto de la misma; donde es posible la existencia de readjudicaciones, lo que facultaría a nuevas acciones recursivas. Una vez firme el acuerdo, se abre la etapa de ejecución que inicia con la orden de compra y/ o el contrato; de suerte que el segundo es un documento donde se formaliza el acuerdo de voluntades, a donde se integra el pliego cartelario y la oferta (además de la totalidad de la normativa interna), mientras que el segundo es un documento financiero. Resueltos estos, se genera un acto firme a favor de un contratista en concreto. Posteriormente, con base en el cartel y los contenidos de la oferta adjudicada, es que se funda el respectivo contrato administrativo, el cual, debe interpretarse, desde la base de los instrumentos legales que lo integran, sea, el cartel o pliego de bases, la oferta adjudicada y la normativa y principios propios de la contratación administrativa; sobre la lógica que a partir de los informes técnicos y legales, la Administración contratante desecha las ofertas inelegibles sea por incumplimiento de requisitos de admisibilidad, o por precios abusivos o ruinosos, para poder asignar de manera posterior el puntaje según la tabla de calificación señalada en la plíca. Iniciando el proceso recursivo. En razón de lo anterior, en materia de contratación administrativa, la determinación del cumplimiento efectivo de la obligación por ambas partes contratantes, debe hacer referencia tanto al cartel como a la oferta considerada de manera integral, y siempre orientado al cumplimiento del principio de buena fe entre las partes suscribientes y en atención al interés público que orientó la decisión de la Administración de realizar la respectiva contratación. Lo normal es que dependiendo de la claridad del objeto contractual y/o de la cuantía de la misma, se prescinde del contrato, utilizando únicamente la orden de compra.

**V. En cuanto al objeto de la contratación y su cumplimiento:** Esta Sección del Tribunal en ocasión anterior ya ha señalado que en cuanto al objeto del contrato, hemos de indicar que se denomina así, no sólo, a la cosa que eventualmente será el punto material de referencia del contrato o a la prestación comprometida, sino, en general, al clausulado del contrato y a sus términos y condiciones. sin embargo, en un sentido técnico jurídico más preciso, se entiende que el **objeto de la obligación se refiere a la prestación debida**, es decir, un comportamiento del deudor, por una conducta activa u omisiva del obligado, *“al decir del artículo 629 del código civil que ‘toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa’, afirma con ello que el objeto está constituido por el acto de dar, hacer o no hacer alguna cosa, lo que denota ser una conducta el objeto de la obligación, es decir, la prestación”* (la letra negrita es suplida). Casafont Romero, Pablo, Ensayos de Derecho Contractual, Colegio de Abogados, segunda edición 1979, San José, Costa Rica, pág. 15). Cabe apuntar, además, la casi unánime opinión doctrinal de que el contrato con la administración pública y, consiguientemente, la oferta a ella, son de adhesión, lo que es parcialmente

cierto, dada la necesaria libertad del concursante para determinar por sí, al menos, el precio de la oferta. El fenómeno proviene de dos hechos fundamentales: 1- la oferta del particular viene delimitada por el pliego de condiciones particulares (cartel o convocatoria de licitación), unilateralmente elaborado por la administración pública, sin discusión con el contratante, ni oportunidad para éste de influir sobre su contenido. Dicho cartel es ley entre las partes, de suerte que es la base del acuerdo de voluntades que los une, según ya se indicó. 2- este último viene complementado en gran parte, a su vez, por los llamados pliegos de condiciones generales, verdaderos proyectos de contrato tipo destinados a formular, de la manera más abstracta y comprensible posible, las condiciones, términos, obligaciones y derechos de las partes en el contrato; el objeto, en un sentido general, de un contrato es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo. La doctrina Francesa, (Dugüit) hace una prolija distinción entre el objeto inmediato y el objeto mediato de la voluntad. El objeto inmediato es siempre un acto material consistente en un movimiento físico, a veces una tradición, a veces una declaración verbal o escrita. El objeto mediato es la situación de derecho que produce el objeto inmediato. El acto material inmediatamente querido, es querido como medio para llegar al nacimiento de una situación de derecho. El objeto debe ser cierto, posible, lícito y moral, no es indispensable que posea contenido patrimonial, pero necesariamente debe ser evaluable y transformarse en una prestación pecuniaria en caso de incumplimiento. En síntesis, el objeto del contrato, está constituido por la obligación impuesta contractualmente, que implica una prestación, que constituye siempre una conducta de dar, hacer no hacer algo. Ahora bien, si el objeto del contrato es siempre, la obligación de una prestación debida, entonces, se cumple con el objeto del contrato, realizando la conducta o comportamiento debido, la idea contraria, es decir, la falta de ejecución de la prestación debida o incluso su retraso; implica el incumplimiento del objeto del contrato.

**VI. Imputabilidad en la contratación Administrativa.** Evidentemente, en la sub júdice estamos en presencia del régimen especial de contratación administrativo, que dista sustancialmente del sistema de contratación privada. Específicamente sobre la base de una contratación directa (sea por el objeto contratado o por la baja cuantía del negocio) de suerte que las reglas generales de la contratación se flexibilizan; sin que bajo ningún aspecto dejemos de estar dentro de la órbita del derecho público. Así las reglas del derecho privado no resultan aplicables de manera directa, salvo para llenar lagunas o completar el régimen especial de derecho público. Pese a lo dicho, al estar en presencia de una obligación contractual, toda vez que existe un contrato entre el ICE y Xelas S.A, por el cual (integrado por la convocatoria, la oferta, el acto de adjudicación y todos los demás documentos que conforman la voluntad de las partes), debía cumplirse con un determinado objeto por parte del contratista, en donde ante la existencia de alguna imperfección en el objeto pactado, la culpa del contratista se

presume, correspondiendo a éste el probar que dicha imperfección no es responsabilidad suya. Siendo lo anterior un principio de carga de la prueba en materia contractual, (plenamente aplicable en contratación administrativa). Valga recordar al efecto elementos básicos en el cumplimiento de obligaciones contractuales: De acuerdo al "Art. 1.698, corresponde probar la obligación o su extinción al que alega aquélla o ésta. En consecuencia, si al acreedor le corresponde acreditar la existencia de la obligación, no le toca, en cambio, probar el incumplimiento. Es el deudor quien debe establecer que ha cumplido, porque alega el pago, o sea, la extinción de la obligación y sobre él coloca la ley la carga de la prueba en tal caso./ Pero aún más, si el deudor no ha cumplido, deberá probar, si quiere quedar exento de responsabilidad, que el incumplimiento no le es imputable. Porque el deudor se defenderá de la demanda del acreedor que le exige el cumplimiento o la indemnización de perjuicios, alegando que ha operado algún modo extintivo de la obligación liberatoria para él. Según la regla general del Art. 1.698, deberá probarlo". ABELIUK MANASEVICH, Rene. Las obligaciones, Tomo II, Editorial Temis S.A., Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 653 y 655). Por su parte, el autor Nacional, Fernando Montero Piña, señaló sobre este mismo tema lo siguiente: "En el artículo 702 del Código Civil la responsabilidad del deudor se fundamenta en su culpa, entendida como negligencia o dolo. Existe una presunción en el ordenamiento civil costarricense que consiste en que la culpa del deudor se presume siempre que incurre en incumplimiento y es al incumplidor a quien corresponde la carga de la prueba de la ausencia de esa culpa, es decir, que debe probar que el incumplimiento se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor o incluso al comportamiento del acreedor. En Costa Rica la culpa se extrae de la norma; pero el artículo 1329 del Código Civil de Perú la señala expresamente: "Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor"". MONTERO PIÑA, Fernando. Obligaciones, impreso en Mundo Gráfico S.A., 1999, pág. 253. De conformidad con lo expuesto, es al contratista a quien corresponde probar que cumplió a cabalidad el objeto del contrato.

**VII. Sobre la fiscalización en la ejecución del contrato administrativo.** Si bien la Administración pone en manos del contratista la ejecución del contrato, ello de ninguna forma significa que no realice labores de control y dirección de parte de ésta. Se entiende que el contratante no busca más que un interés puramente privado, por lo que el Estado bajo ningún motivo puede dejar la ejecución a su libre arbitrio. En Costa Rica tal situación se encuentra regulada en la Ley cuando se dispone: Artículo 13 de la Ley de Contratación Administrativa. Fiscalización. *" La Administración fiscalizará todo el proceso de la 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 puede corresponder".* Frente a la colectividad la Administración, es la responsable de controlar que la prestación, sea general, regular, continua y uniforme, es por ese motivo que no debe descuidar sus labores de fiscalización. Así, el Estado tiene a su disposición prerrogativas que le permiten coaccionar al contratista a la ejecución de la prestación, a modificar o dar por finalizado el contrato en caso de que eso se requiriera. La fiscalización abarca cuatro aspectos de la gestión del contratista: 1) un aspecto material: que ayuda a determinar si ejecuta los actos que por contrato se obligó a cumplir; 2) un aspecto técnico: que determina si los actos se ajustan a los parámetros contractuales; 3) un aspecto financiero: donde se procura establecer si hace el pago efectivo de las subcontrataciones, impuestos y demás cuestiones a su cargo; y 4) un aspecto legal: con el cual se establece si el funcionamiento del servicio se ajusta a las normas jurídicas imperantes. Por otra parte, surgen los controles como mecanismos técnicos para la sana administración de los fondos públicos, los cuales se erigen, paralelamente, como filtros sutilmente orquestados para la menor afectación al erario. Por tanto, resultan ser preeminentes durante todo el íter contractual, esto es, a partir de la voluntad de la Administración para forjar el pacto hasta el finiquito del mismo. En otras palabras, la satisfacción de los requerimientos de la sociedad se erige como el fin vinculante del contrato administrativo. A partir de lo cual deriva, ineluctablemente, la fiscalización que recae en cabeza de los administradores públicos, investidos como contraparte técnica o fiscalizadora de la etapa de ejecución contractual. El artículo 15.2.3 del entonces Reglamento de Contratación Administrativa –derogado– contenía la figura del Órgano fiscalizador, con el fin de controlar las actividades de la persona contratista, intrínsecas a la etapa de ejecución contractual para tutelar, asimismo, el derecho de fiscalización incardinado en el numeral 13 LCA, vigente. Por tanto, importa señalar a suerte de ilustración, que la normativa infralegal antes señalada sobre el particular disponía:

*15.2. Para el efectivo ejercicio del derecho de fiscalización la Administración designará un órgano que asumirá la obligación de tomar oportunamente las providencias necesarias para que el contratista se ajuste al estricto cumplimiento de las condiciones, especificaciones y plazos establecidos en el contrato y demás obligaciones implícitas en éste.//15.3. Corresponde a dicho órgano verificar el cumplimiento del objeto de la contratación, advertir, a quien corresponda de acuerdo al régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución unilateral del contrato cuando advierta fundamento para ello.*

Una norma de similar contenido habita en el Derecho comparado español, toda vez que el órgano de contratación –según se le conoce en España al ÓF– ejerce las funciones de dirección e inspección de los contratos administrativos, facultades

consagradas por los numerales 94 y 95 del Reglamento del Texto Refundido de la Ley de Contratos Públicos (RG-TRLCAP). Bajo esa inteligencia, el articulado en mención señala:

Artículo 94. Dirección e inspección de la ejecución. 1. La ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido.//2. Los pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares, contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa.

Art. 95 Facultades del órgano de contratación en la ejecución del contrato. Cuando el contratista, o personas de él dependientes, incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, el órgano de contratación podrá exigir la adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado.

Sobre el particular, la Contraloría General de la República, ha estimado que ese deber incluye lo cuantitativo y lo cualitativo, puesto que, "Sin una cuidadosa vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, no se asegura ni la satisfacción de las necesidades de la sociedad civil, ni el óptimo empleo de los recursos públicos que han sido confiados y por los que deben responder los funcionarios...". CGR oficio No. DGCA-1551-97 del 24 de noviembre de 1997. En razón de lo anterior, en materia de contratación administrativa, la determinación del cumplimiento efectivo de la obligación por ambas partes contratantes, expresada en el contrato, debe hacer referencia tanto al cartel como a la oferta considerada de manera integral, así como al respectivo acto de adjudicación -y al contrato, en caso de existir- y siempre orientado al cumplimiento del principio de buena fe entre las partes suscribientes y en atención al interés público que orientó la decisión de la Administración de realizar la respectiva contratación. No obstante, es de advertir que en materia de incumplimiento, es considerado como grave, el que puede ser susceptible de generar determinados efectos jurídicos. En ese sentido el artículo 4 de la LCA en lo que interesa dispone: *"Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales..."*. De manera correlativa a dicho deber, el artículo 20 de la misma ley, establece la siguiente obligación para los contratistas: *"Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato"*. Ambas obligaciones surgen de un principio de buena fe en la contratación, mediante el cual, las partes, tienen como norte en el cumplimiento de sus obligaciones, un deber de cumplimiento

y colaboración mutuos. Un referente fundamental para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, es el cartel del concurso, en tanto que en él, se establecen las bases de éste, según las necesidades de la respectiva Administración Pública.

### **El jurista José Luis González Berenguer, para quien**

*los poderes de dirección, de control y de vigilancia pertenecen a la Administración como poderes originarios, inalienables e imprescriptibles. Lejos de ser de naturaleza contractual derivan del fin mismo perseguido [...] no son más que una “reacción de la idea de servicio público sobre el contrato” y traducen en realidad el poder público mismo. (González Berenguer, 1966, p. 26-27). (El delineado no corresponde al texto original).*

### **Don Eduardo García De Enterría ilustra:**

La prerrogativa del poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de la impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad; [...] en virtud de este formidable privilegio, la Administración puede exigir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, formal), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato (rescisión, en la terminología administrativa), la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza. (García de Enterría, 1963, p. 63).

La fiscalización es el móvil de la Administración contratante, para vigilar e inspeccionar el modo y la forma de la ejecución contractual por parte del contratista, verificando en consecuencia, el fiel apego al cumplimiento de los términos pactados dentro del contrato administrativo. Por lo cual, en el escenario de cualquier irregularidad, tratándose de la conducta del contratista, está facultado de compelerlo a lo que indica la letra del convenio contractual. De lo anterior se infiere, que en el supuesto de incumplimiento tardío o defectuoso del objeto contractual, la Administración por intermedio del Órgano Fiscalizador deberá instar al contratista a ejecutar las medidas correspondientes, contestes a las reglas técnicas de sentido unívoco, (cfr. Art. 16 LGAP). En su defecto, será procedente la instrucción del respectivo procedimiento correctivo sancionatorio en contra del contratista. Aflorarán pues de la comprobación del presunto incumplimiento, sanciones tales como: la ejecución de las cláusulas penales, de las garantías, cumplimiento, resolución contractual, apercibimiento o

inhabilitación, acompañada todas estas de la respectiva indemnización en daños y perjuicios irrogados a la Administración. La Sala Constitucional, ha definido el contrato administrativo como el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y por ello sinalagmático, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas. Voto número 1205-96. Del contrato administrativo, surgen una serie de derechos y obligaciones para ambas partes contratantes y que han sido reconocidos y regulados en la Ley de Contratación Administrativa. Entre los derechos de la Administración indicada en el artículo 13. De lo transcrito resulta, como premisa del caso, que de todo contrato administrativo, se derivan para las partes varios derechos y obligaciones, que se sintetizan en los siguientes: a) el contratista tiene derecho a la realización del objeto que fuera contratado y al reconocimiento de los precios pactados; a la vez que a él se le debe no sólo un trato justo y adecuado, sino también el respeto del plazo de ejecución convenido en el contrato; y b), la Administración contratante puede, dentro del marco de la contratación, fiscalizar, impartir instrucciones, realizar ciertas modificaciones, ejecutar administrativamente las garantías o bien, resolver o rescindir el contrato.

**VIII. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.** Normalmente nos referimos, a la interpretación en el marco de la praxis del Derecho, es decir, al momento de emplear una norma con el fin de superar un problema jurídicamente relevante. Por ello la Interpretación es la acción de interpretar. Etimológicamente hablando, el verbo “Interpretar” proviene de la voz latina *interpretare* o *interpretari*, palabra que, según el eminente Jurista uruguayo Eduardo J. Couture, deriva de *interpres* que significa mediador, corredor, intermediario. El Diccionario de la Lengua española, en el sentido que nos interesa recalcar, define la voz “interpretar” como: “explicar” o “declarar el sentido de algo”, y principalmente el de textos poco claros. Explicar, acertadamente o no, acciones, palabras o sucesos que pueden ser entendidos de varias formas. El eximio Jurista y tratadista italiano Francesco Messineo, conceptúa la Interpretación (o hermenéutica) de la ley, (norma) diciendo: “...es la investigación y la penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma (o sea, de la voluntad de la misma), esto es, ‘la atribución de un significado’ a la norma para medir su extensión precisa y la posibilidad de aplicación a la determinada relación social a regular. Es, pues, una operación lógica, de conocimiento.”. El Jurista italiano Riccardo Guastini, considera que existe un concepto restringido de interpretación y otro amplio (el primero cuando la norma es dudosa o controvertida y el segundo independientemente de estos calificativos); de acuerdo con la mayoría, cabría en todo caso, hablar de mayor o menor grado de dificultad para interpretar una norma jurídica, pero nunca de la posibilidad de prescindir de hacerlo, de tal modo que existirá siempre la ineludible necesidad de la interpretación de la norma jurídica. La Ley se ha creado con el fin de que se aplique a los casos expresamente previstos por ella, sin embargo, en ocasiones

surgen dudas e incertidumbre en lo tocante a su interpretación, y es en estos supuestos, cuando nace la necesidad de extraer del texto su sentido propio. Los medios de que el operador jurídico se sirve para llevar a cabo este proceso, son substancialmente cuatro: filológico o gramatical, lógico, histórico y sociológico. El artículo 10 del Código Civil, contempla estos cuatro elementos: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”*. Estos conceptos mantienen plena vigencia en la medida en que atienden a una interpretación sistemática o lógica de las normas. Al respecto, conviene recordar, como tesis de principio aplicable a todas las ramas del derecho, que este método de interpretación: *“[...] supone que el orden jurídico es un sistema, y, por ello, que los postulados que estudiamos son los primeros principios interpretativos: su plenitud hermética (sistema cerrado) y su coherencia (falta de contradicciones); por lo demás, precisamente por lo apuntado, no estudia las reglas como manifestaciones singulares del ‘legislador’, en su significado aislado, sino que eleva a categoría de principio la necesidad de relacionar cada regla con las demás vigentes en un orden jurídico, de modo tal de suprimir las incoherencias e, incluso, las lagunas. Bien entendida, la interpretación jurídica no es, para este método, sino búsqueda de los segmentos de la ley, de las oraciones que entran en combinación para construir la norma que solucione el caso [...]”* (MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2002, Segunda Edición, pp. 237). No esta demás agregar que en materia de derecho público, la interpretación se ve marcada por el interés público, como sumatoria de los intereses colectivos de la sociedad (que difiere del interés político del momento), así como por el principio de legalidad. Al final de cuenta esos principios rectores son determinantes para saber cual es la orientación que se da al acuerdo que une a las partes, que dista sustancialmente del derecho privado, como venimos argumentando.

**IX. SOBRE LAS BASE DEL ACUERDO QUE UNÍA A LAS PARTES** . P ara resolver este conflicto debemos tener presentes los principios que rigen la materia de los contratos y en especial la contratación administrativa tal y como lo expresa Carbonier: *“La naturaleza del contrato no convierte la obligación de buena fe en un deber jurídico predicable de una especialidad determinada, sino que sugiere los condicionamientos a que, en cualquier caso, su estimación debe someterse. De ahí se sigue que ninguna de las partes puede atenerse a la letra del contrato para eludir el espíritu del mismo. La inobservancia del deber de buena fe es un fraude a la lex inter partes, por cuanto trata de desviar el alcance jurídicamente debido a los términos en que el contrato se fijará (...) La ley del contrato (al igual que la del Estado) debe aplicarse conforme a su espíritu, que se presume racional y equitativo...”*. (Carbonier, Jean. Derecho Civil, Tomo II, Volumen II, Bosch, Casa Editora, Barcelona, 1960, Pág. 397), en ese mismo



sentido se pronuncia el Dr. Víctor Pérez Vargas, “...El principio de buena fe desarrolla su relevancia en la fase de actuación de la relación obligatoria, influyendo sobre sus modalidades concretas **y más específicamente, imponiendo al Tribunal la valoración de los hechos ocurridos no sólo sobre la base del mero criterio formal, sino en función de las exigencias reales que las circunstancias del caso puedan manifestar.** De lo dicho hasta el momento deriva la consideración del principio de la buena fe como instrumento para la concreta realización del principio de conveniencia del efecto al hecho, como la solución debe ser conveniente al problema. El principio de la buena fe -se ha dicho- sirve para tener advertido al juez de la necesidad de que, para la valoración de los comportamientos de los sujetos en la fase de actuación de la relación obligatoria él realice la indispensable conexión entre las disposiciones particulares del contrato y las directrices ético-sociales de todo el ordenamiento. Por medio de un interpretación según buena fe, el Juez, valorando en el cuadro de los principios generales del ordenamiento, el juego de los intereses de las partes y sus recíprocas posiciones en las que la situación está destinada a operar, **deberá atribuir al contrato el significado que mejor responda al principio de igualdad,** del cual la regla de la buena fe representa una de las más relevantes expresiones y uno de los más eficaces medios de actuación. Hemos referido el principio de la buena fe también a la fase de actuación de la relación obligatoria...la buena fe no opera solamente en el momento de perfeccionamiento del contrato sino, principalmente, en su fase de ejecución...”. Pérez Vargas, La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina. Revista Judicial No, 4, junio de 1977. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera. N, 415 de 9 y 55 horas del 29 de agosto de 1991. La letra negrita es suplida. Sobre el principio en estudio, en el citado voto 998-98 nuestra Sala Constitucional indicó: “...en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro”. Como lo recalca la doctrina dominante, el convenio debe interpretarse y analizarse de acuerdo con el principio de la buena fe contractual que rige en esta materia, desentrañándose el verdadero sentido de lo estipulado en el cartel, siguiendo esa línea interpretativa y revisando el contenido del cartel, la documentación que consta en autos, como lo es el expediente administrativo, y la prueba testimonial, analizando toda la prueba en conjunto, conforme la sana crítica racional, se llega al convencimiento que la parte actora, no lleva razón en su reclamo, pues a criterio del Tribunal, no era obligación del ICE, utilizar las 300 horas de soporte técnico, por lo demás la empresa Xelas S.A, no cumplió con la prevención que le hicieron los personeros del ICE, de las fallas, (como que se requería implementar algunos cambios para la mejora del software adquirido, tales como la implementación del VMWare Data Recovery, con el fin de respaldar los equipos VMWare en conjunto con la solución de respaldo institucional del ICE Symantec Netbackup, asimismo, se le comunicó que se requería conocer cómo se definen los

respaldos calendarizados en el caso de servidores y para los escritorios de usuarios, todo dentro de las horas de soporte contratadas), las cuales no fueron atendidas, ello está debidamente acreditado con la prueba documental y testimonial que aportó la Institución, con razón se ha expresado, que el Derecho no es una ciencia exacta, está dominada por la justicia y la moral. Debe quedar claro que el mencionado incumplimiento se torna un elemento tangencial, pues si la Administración quería dar por cumplido el vínculo ante dicha conducta antijurídica debió concurrir al procedimiento legal al efecto, lo que no fue invocado, argumentado ni probado. Si cotejamos la cláusula cartelaria no se establece una obligación de cancelar las horas sean estas utilizadas o no, eso no es posible extraer del acuerdo que formó las voluntades. Resulta obvio que cuando la Administración realizó el cartel consideró prudente las trescientas horas de soporte, las que en efecto pudieron haberse utilizado, más si la situación fáctica no se dió no existe una obligación correlativa de pago de un servicio que no fue empleado. Comprende el órgano jurisdiccional que la empresa proyectó en su oferta las horas de soporte técnico, pero lo adquirido era software y el soporte era un requerimiento accesorio. Para asegurarse el ente público que si requería alguna colaboración para poner en ejecución óptima el programa que no fuera necesario realizar otra contratación. En este caso, al margen de que no se dió el soporte técnico en la ocasión ya indicada, lo cierto es que no consta la existencia de reportes de asistencia que no fueron canalizados, si estos se hubieran dado y se hubieran probado fehacientemente, este órgano colegiado se inclinaria a pensar que existen actuaciones de mala fe de la demandada, violentando el equilibrio que debería reinar en el vínculo que unía a las partes. No existiendo prueba de esos reportes, la lógica a pensar es que ese servicio no fue requerido. Esperar un pago a partir de un servicio no entregado es ante todo un enriquecimiento sin causa. Se trataba de una mera proyección de posibles horas a ocupar, de manera que si se daban debían de cancelarse, pero en caso de no requerirse, no existe causa legal para requerir su pago. Debe recordarse que los jueces deben procurar la realización de una justicia sustancial, apegada a la médula de las cosas y no a fórmulas regidas. Consecuentemente, la solución justa de un litigio no es simplemente, como lo afirma el positivismo jurídico, el hecho de que ella sea conforme con la ley, es decir legal. En efecto, es muy raro que exista una manera de concebir la legalidad de la solución: es, ante todo, la idea previa de lo que constituirá una solución justa, razonable y aceptable la que guiará al juez en su búsqueda de una motivación jurídicamente satisfactoria. Por lo que el amparo de un derecho, en estrados, precisa de la aportación de prueba suficiente para convencer en su tesis y de la certeza de los hechos en los cuales se cimienta su demanda, en esa línea de reflexión como bien se sabe, todo proceso es una conjugación de pretensiones, argumentos y pruebas que se mezclan para generar una solución en concreto, frente a un caso determinado. Así, las normas son descripciones genéricas, que permiten en abstracto resolver las controversias ante conductas humanas, mientras las pruebas son el soporte material para determinar qué

hechos ocurrieron y sobre esta base, fijar cuál de las diferentes normas resulta aplicable frente a cada caso en concreto. Es de recordar sobre el particular, que el ordenamiento genera diferentes supuestos, algunos de ellos con presupuestos fácticos cercanos entre sí, pero con efectos jurídicos diversos; de tal suerte, que la determinación del cuadro fáctico en concreto, que se está conociendo, resulta determinante para establecer la norma en específico, que es atinente para el conflicto que se conoce. La prueba es entendida como *“la actividad que desarrollan las partes con el tribunal para llevar al juez a la convicción de la verdad de una afirmación”*. (Pietro Castro, Derecho Procesal Civil -Manual, Editorial Librería General, 1955, tomo i, p.285.). Es de tener en cuenta que: *“las simples alegaciones procesales no bastan, para proporcionar al órgano jurisdiccional, el instrumento que éste necesita para la emisión de su fallo, requiere de apoyos...”*. (Carnelutti, Francesco, Instituciones de Derecho Procesal Civil, México: Harla, 1997, t. 1, p.257). De esa manera los medios de prueba, son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso a la reconstrucción de los hechos acontecidos en *“la pequeña historia”* que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso y los instrumentos regulados por el derecho, para la introducción en el proceso de las fuentes de prueba. Visto así, son instrumentos de intermediación requeridos en el proceso, para dejar constancia material de los datos de hechos. Se tratan en efecto, de un concepto esencialmente jurídico, que permite al juzgador, realizar la integración del silogismo categórico a partir de hechos, que bien pueden ser probados o no probados. Ahora bien, para este Tribunal la compañía Xelas S.A, no logró probar o acreditar que el ICE tenía que pagar la totalidad de las 300 horas proyectadas en el cartel, que hubiera alguna modificación por parte del ICE del objeto contractual, que el ICE dentro del período del contrato hubiera generado incidencia o tenía la necesidad de utilizar el soporte técnico contratado de ellos, que las fallas señaladas y prevenidas a la actora no eran parte del objeto del contrato, que no se le hayan cancelado las horas laboradas, que es el pago de \$7850 dólares, la única prueba que aportó la actora en apoyo de su narración que realiza en la demanda, es la prueba documental que consta en el expediente judicial, que de modo alguno hace constar, que el ICE estaba obligado al pago de la totalidad de las 300 horas aún en el supuesto de no haberlas brindado, y la totalidad de las horas laboradas por Xelas S.A, fueron debidamente canceladas por el ICE, por ello, al no aportar los elementos probatorios suficientes para acoger su teoría, con prueba suficiente e idónea, con la cual haya demostrado que hubo responsabilidad por parte del ICE. Al contrario, la Institución demandada si logró acreditar con prueba documental y testimonial, que el no pago parcial de las 300 horas acordadas se debió, a que el contrato alcanzó su fin , todo sin perjuicio de que no existe prueba alguna que haga pensar la existencia de retención de reportes o algo semejante, que hiciera pensar en la existencia de mala fe por parte del ente público. Por el contrario, todo parece enrumbar a que el sistema trabajo según debía y que no fueron necesarios más soportes técnicos, lo que llevaría aparejado que era innecesario

solicitar el apoyo de la empresa y que no existe adeudo alguno que saldar. Dichas obligaciones surgen de un principio de buena fe en la contratación, mediante el cual, las partes, tienen como norte en el cumplimiento de sus obligaciones, un deber de cumplimiento y colaboración mutuos. Reiteramos que la empresa actora no demostró que el ICE tenía la obligación de pagar las 300 horas, aún en el supuesto que no se hubieran utilizado, por ende no demostró que el ICE le quedó debiendo la suma de \$7.850, como consecuencia del contrato administrativo, que se describió en la petitoria, no habiéndose aportado las piezas probatorias necesarias para fallar a su favor, o bien por falta de prueba adecuada, pues solamente tenemos el dicho que la actora, por otro lado la prueba documental que señala la parte actora no respalda su teoría del caso, esa circunstancia hace que no sea suficiente y viable para conceder lo solicitado por la actora, pues repárese que sobre este tema de eminente carácter procesal señala Falcón que: "...la carga de la prueba es el imperativo, o el peso que tienen las partes de recolectar las fuentes de prueba y actividad adecuadamente para que demuestren los hechos que le corresponda probar a través de los medios probatorios y sirve al juez en los procesos dispositivos como elemento que forma su convicción ante la prueba insuficiente, incierta o faltante". (Falcón, Enrique, Tratado de la Prueba, Buenos Aires, Astrea, 2003, Tomo I, p.247), opera el aforismo romano "iude secundum allegata et probata partium decidere debet". No basta solo afirmar, básicamente se debe probar. En este caso se resalta que la actora no cumplió con este principio, pues no probó que la suma reclamada se debiera a la obligación contraída en el contrato administrativo o bien a algún incumplimiento del contrato por parte del ICE, por ello determina este órgano judicial que la balanza se debe inclinar a favor de la tesis, que resulte de ese escrutinio más creíble y acorde con el caso sometido a esta jurisdicción, y ella es la que presentó la parte demandada, de manera que la tesis del apoderado de la sociedad actora no puede tener cabida en esta jurisdicción para condenar al ICE al pago de la supuesta deuda que reclama, se insiste que las fallas reportadas a la empresa actora mediante correos electrónicos de los días 13, 20, 24, 28, de enero del 2011, cuya documentación consta en el expediente administrativo y que está subsumida en el expediente judicial, mantiene su presunción de verdad, resistencia y potencialidad probatoria, hasta tanto la parte actora no la desacredite con prueba al menos de igual linaje, situación que no ocurrió en este asunto, además la misma prueba documental existente no patrocina la tesis que presentó la parte actora por el contrario como lo sostiene el dictamen legal visible a folios 1 y 2 del expediente judicial, en cuanto a la forma de pago, señala que: **"el pago de las horas de soporte será de acuerdo a la necesidad del ICE...el oferente debe ofrecer 300 horas de soporte, las cuales serán acumulables durante el período del contrato, esas horas serán utilizadas a conveniencia del ICE, previa coordinación con la empresa adjudicada..."**

Amén que la carga de la acreditación de esos rubros, le corresponde al que lo reclama, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión, la ley procesal impone en quien alega la carga de la prueba, conforme a la cual todo aquel que alegue para sí la existencia de un derecho o de un hecho, respecto al cual pretenda derivar alguna situación jurídica o la concreción de ese derecho, está llamado –y obligado- a demostrarlo; esta obligación se resume en el aforismo procesal *onus probandi*, conforme al cual el que alega debe probar, desde ese abordaje en cada acción debe probarse todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas, según se explicó supra, la empresa actora, no ofrece prueba idónea, que acredite en forma eficiente el derecho al pago de esas sumas económicas, y lo expresado en la demanda, son conjeturas no acuerpadas en acreditaciones de orden fáctico o técnico. Cabe decir que tal y como ha señalado la Sala Primera: “La prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”. Ello implica la probanza de toda afirmación enunciada por la parte, porque se inmiscuye el interés de cada una de ellas. En nuestro sistema impera el aforismo *judex secundum allegata et probato partiun decidere debet*. Existen diversos principios propios de la prueba, entre ellos se encuentran, 1) la libertad probatoria: las partes podrán ofrecer todos los medios de prueba lícitos, obtenida legítimamente conducente a demostrar o negar los hechos o para afirmar o contradecir las pretensiones de la demanda, 2) la carga y exención: es el viejo y conocido principio de imponer la prueba a quien alegue un hecho o una pretensión y, si alega su inexistencia, modificación o extinción, también deberá probarlo, 3) validez: la prueba se admitirá si tiene relación directa con los hechos y el objeto de la pretensión y se rechazará aquella impertinente, abundante, inconducente, innecesaria, dilatoria, ilegítima o ilegal o cuando se refiere a hechos evidentes o notorios, 4) deber de declarar e informar: cuando sean ofrecidos como prueba, los testigos, los peritos y las partes, tienen el deber de declarar, igualmente los funcionarios públicos tienen esa obligación respecto de informes y certificaciones, comprometiéndose a decir verdad sobre los hechos y 5) contra prueba: toda prueba admite prueba contraria”. (Voto No. 001245-F-01 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 11:00 horas del 21 de diciembre del 2001). Del juego lógico y armonioso de las pruebas que constan en el proceso, en definitiva, no consta en autos la debida acreditación de que el ICE debe cancelarle la suma de 78.5 horas debidas en razón del contrato suscrito, y como consecuencia de lo anterior se deba condenar al ICE al pago de \$7.850 dólares más sus intereses legales, y al pago de ambas costas de esta acción, junto a la indeterminada relación causal de un hecho indemostrado, presuponen la necesaria desestimación de las sumas que intenta cobrar la parte actora, recuérdese que una de las características propias de la “satisfacción jurisdiccional” es la de ser objetiva, esto es que a la “jurisdicción” no le ha de interesar la satisfacción o insatisfacción psicológica de los litigantes, sino sólo la satisfacción del ordenamiento jurídico, por todo lo anterior, se declara sin lugar la demanda, pues aplicando lo anterior a la especie fáctica de este proceso, no cabe otra

cosa que concluir que el representante de la parte demandada no ha actuado de buena fe, al desacatar las prevenciones que hiciera el ICE como parte de esa relación contractual, motivo por el cual no puede recibir la protección del Ordenamiento Jurídico.

**X. SOBRE LAS PRETENSIONES DEL PROCESO** . De conformidad con las pretensiones formalmente establecidas, modificadas solamente en cuanto a la tasa de los intereses, en la audiencia preliminar y reproducida fielmente al momento de que la parte actora emitiera sus conclusiones. La empresa XELAS S.A, presenta prueba documental para acreditar la terminación del contrato que ella suscribió con el ICE, según lo expone, que en forma sorpresiva el ICE decidió terminar la relación contractual, consecuencia de lo anterior cobra al ICE la suma de \$7.850 dólares. Por otro lado el ICE para desacreditar la versión que da la parte actora presenta prueba documental y testimonial. La principal función social del Derecho es la resolución del conflicto, tomando en cuenta las circunstancias y los pormenores del proceso, se debe determinar cuál de las versiones contrapuestas, dadas por las partes, es la que amerita credibilidad por parte de este Tribunal. Por un lado tenemos la narración que hace el representante de la actora, quién manifiesta, que en forma sorpresiva el ICE decide terminar la relación contractual. Por otro lado el ICE niega alguna responsabilidad e indica que si bien es cierto, el período del contrato era por dos años y 300 horas de soporte técnico, el ICE no requirió la totalidad de las horas contratadas y asimismo si hubiera algún incumplimiento contractual es por culpa del contratista, al ser caso omiso a los reportes de fallas señalados a la empresa actora. Siendo así las cosas, se procede a examinar, los puntos controvertidos que contiene la pretensión, para llegar al fallo definitivo. Sobre las pretensiones que hace la parte actora, de que el ICE debe cancelarle la suma de 78.5 horas debidas en razón del contrato. Básicamente el meollo de esta demanda es determinar e l contenido de la Contratación Directa suscrita entre la actora y el Instituto, además determinar si le asiste razón jurídica o no a la parte actora en reclamar 78.5 horas al ICE como parte del convenio. Se puede decir, que la actividad probatoria tiene dos vertientes fundamentales, respecto de las partes que intervienen en el proceso, que consiste en la capacidad de demostrar lo que se está afirmando; y respecto del juez, que se traduce en el convencimiento de que los hechos alegados son ciertos a través de los medios probatorios (Arguedas Salazar, Olman, Comentarios al Código Procesal Civil. Editorial Juritexto. Segunda edición actualizada. San José. Costa Rica. 2002. p. 141.) La doctrina (Ídem, pp. 145 y 146) ha diferenciado entre medios de prueba, medios de convicción y medios de demostración, entendiendo por los primeros aquellos que sirven para acreditar determinados hechos, entre los que se ubican los documentos, registros, poderes, títulos; por los segundos, los que coadyuvan a inclinar el criterio del juez, (declaraciones de las partes y testimonios); y por los terceros, aquellos donde se demuestra directamente al juez determinadas circunstancias de importancia en el proceso, como el reconocimiento, la

prueba pericial y la prueba científica. Siendo así examinemos las argumentaciones y pruebas aportadas por las partes. La empresa actora reclama al ICE el pago de la suma de \$7.850 dólares, pues según ella en la Contratación Directa No. 2009CD-001171-PROV el pago equivale a 300 horas a un valor por hora de \$100 dólares, manifiesta que si bien el ICE no las utilizó en el período acordado, aún así tenía que pagarle las 300 horas contratadas. Un aspecto carente de discusión entre las partes es la ausencia de utilización por parte del ente público de las horas en consideración, sobre ese aspecto existe pleno acuerdo entre las partes. Si nos quedamos con la narración que exterioriza la parte actora, tendría que concluir que lleva razón en su reclamo, sin embargo el representante del Instituto indica en la contestación de la demanda, que el no pago de la totalidad de las 300 horas acordadas en la Contratación Directa se debió a la terminación normal del contrato, en donde el ICE no estaba obligado a utilizar las 300 horas como se expuso en el contrato . De la lectura de la relación contractual no es posible establecer en ningún sentido que existiera una obligación de cancelar horas no utilizadas, esa posición muy cómoda para el contratista, no logra deducirse de ninguno de los elementos del expediente administrativo de la contratación. Tampoco es posible establecer que el ente público haya recibido reportes de averías y que de una forma mal intencionada haya retenido estos, no se los hubiera pasado a su contraparte o en general que de alguna forma estuviera generando conductas contrarias a la buena fe contractual, de forma tal que las horas no se pagaran por mala fe. No esta demás señalar que en materia contractual la buena fe se presume, mientras que la mala fe se prueba, y en este caso no existe prueba en ese sentido. Es criterio del órgano jurisdiccional que se está realizando una lectura por parte de la sociedad actora muy cómoda a sus intereses, pero carente del correspondiente elemento probatorio. Solo ese aspecto, determina por sí la falta de derecho manifiesta que se presenta en el caso y la necesidad de declarar la demanda sin lugar en todos sus extremos; pese a esto y a mayor abundamiento, no esta demás indicar que se logró acreditar que el ente público hizo un reporte de fallas, que consistieron en lo siguiente: a) Que mediante correo electrónico de las 9:14 horas del jueves 13 de enero del 2011, el ingeniero Mauricio León Calvo funcionario de la dependencia Soporte Técnico de la Dirección Infraestructura de Servicios TIC de la División de Información Corporativa del ICE, le reportó a la empresa XELAS S.A, que se requería implementar varios cambios para la mejora del software adquirido, tales como la implementación del VMWare Data Recovery, con el fin de respaldar los equipos VMWare en conjunto con la solución de respaldo institucional del ICE Symantec Netbackup, asimismo se le comunicó que se requería conocer cómo se definen los respaldos calendarizados en el caso de servidores y para los escritorios de usuarios, todo dentro de las horas de soporte contratadas, (folios del 115 al 117 del expediente administrativo de la Contratación). b) Como respuesta al reporte indicado, la empresa contratista mediante correo electrónico señala expresamente el 13 de enero del 2011, que "(...) este correo es para confirmar que recibimos su solicitud, un representante de soporte de Xelas estará en

contacto con usted". Sin embargo, como seguía sin atender el reporte, mediante correo electrónico de las 4:26 p.m. del 20 de enero del 2011, el funcionario Mauricio León nuevamente le indica a la empresa que no se tiene respuesta a la solicitud, por lo que se requiere que se contacten a la mayor brevedad posible, (folios 118 y 119 del expediente administrativo de la contratación), c) Mediante correo del 24 de enero del 2011, la señorita Verónica Chavarría Chavarría CCA de la División de Información Corporativa, recomienda al área técnica administradora del contrato, contactar telefónicamente a la empresa, toda vez que, la solicitud de reporte hecha por el ICE aún no había sido atendida, d) De acuerdo al correo electrónico del 28 de enero del 2011, el señor Carlos Palacios Vado de la dependencia Soporte Técnico de la Dirección Infraestructura de Servicios TIC de la División de Información Corporativa del ICE, señala que dando seguimiento al caso, se logró un contacto telefónico con el señor James Carrier Gerente de la empresa y se le reiteró que existía un reporte abierto que no había sido atendido, obteniéndose como respuesta que Carlos Luna, (*empleado de la empresa Xelas S.A, que tenía a cargo brindar el soporte al ICE*) ya no laboraba más para la empresa Xelas y que se estaba buscando a una nueva persona que supliera el servicio demandado. Por lo demás, vistas e interpretadas adecuadamente las estipulaciones contractuales, a criterio de este órgano jurisdiccional y conforme con el elenco probatorio, todo parece indicar que la empresa actora ni siquiera logró reponer el técnico necesario para conocer de las averías que se fueran presentando, lo que con mayor razón haría improcedente cualquier pago; al tratarse de un abuso del derecho y un beneficio injustificado. No está demás agregar, que el contrato era por un tiempo determinado, y al transcurrir este sin más reportes, el acuerdo expiro de manera normal, sin que se necesitar a n la totalidad de las 300 horas.

**XI. DISPOSICIONES FINALES.** Acorde a los citados preceptos, en toda relación contractual, viene impuesto por un principio de justicia estricta, que, a nivel del ordenamiento jurídico, se inspira en las exigencias de la buena fe, que han de presidir las relaciones humanas en su proyección a la vida jurídica. Lo contrario, supondría, sin duda, incurrir en un abuso del derecho, así como propiciar un enriquecimiento injusto. En el sub lite, mediante la interrelación lógica y coherente de las probanzas no demostró con prueba fehaciente la compañía actora, alguna actuación ilícita del ICE, tal y como lo explica en el punto quinto de su contestación al indicar que: "El ICE en ningún momento dio por terminada la relación contractual con la empresa contratista de forma anticipada, lo que sucedió fue que al no tenerse comunicación con la empresa (por cuanto ésta no atendió las solicitudes de soporte que el ICE le pidió), el ICE no volvió a hacer más solicitudes de soporte y transcurrió el tiempo hasta finalizar la vigencia del contrato, quedando un saldo de horas sin consumir...". Cabe acotar, que la terminación normal del contrato y que el ICE no requirió la totalidad de las 300 horas de soporte técnico, fue acreditado con la prueba documental y el testimonio Carlos Palacios Vado y Ana Leonor Molina Rojas, pruebas que no fueron desvirtuadas



por la Empresa Xelas S.A, por ende, a la luz de las reglas de la lógica y la experiencia humana, y de todo el elenco probatorio que consta en autos, tanto testimonial, como documental, emergen elementos de convicción, suficientes para concluir con el grado de certeza requerido, de que en lo medular, la hipótesis fáctica presentada por el ICE, es verosímil y fue debidamente acreditada en este proceso, por otra parte la tesis que presentó la parte actora, adolece de orfandad de prueba servible para desacreditar la prueba eficiente que presentó el ICE, es decir, la parte actora, no aportó material probatorio apto, para comprobar de manera indubitable, que el ICE, debió pagar las horas reclamadas, véase que no aporta el interesado, según la correcta interpretación del numeral 82 Código Procesal Contencioso Administrativo el necesario acervo probatorio, que fundamente sus afirmaciones. Por ende, quien argumente una situación determinada, llámese acción o excepción, según la parte que corresponda, debe de aportar los elementos probatorios de su dicho; en otros términos, el principio de idoneidad de la prueba, en cuanto deben guardar íntima relación con las situaciones o circunstancias que se pretenden esclarecer respecto de las pretensiones específicas de la parte. Las pruebas en el derecho procesal siempre van a buscar cómo fue que en realidad ocurrieron los hechos. De lo anterior se desprende que alguien debe aportar a los autos esa prueba, la doctrina sostiene que los obligados a presentar las pruebas son las partes, situación que se ve reflejada en la ley, ya que el ordenamiento jurídico, establece la obligación de la parte, que cuando afirma un hecho, se encuentra obligado a demostrarlo, es decir, se deben demostrar los hechos que le vengán a dar sustento a la pretensión. Los artículos 82 y 83 íbidem señalan los diferentes medios de prueba, los cuales son amplios para que las partes puedan cumplir con la exigencia legal de demostrar los hechos que se afirman. Lo anterior implica que no basta con alegar una serie de hechos, sino también deben ser demostrados en forma idónea y fehaciente, para que puedan ser acogidas jurídicamente las pretensiones de las partes. El objeto de la prueba es aquello que se busca probar, y que se relaciona íntimamente con el interés de las partes dentro del proceso.

**XII. Sobre los Intereses:** Al no haber sido acreditados por la actora los hechos expuestos en la demanda, es obvio que se debe denegar el pago de los intereses intentados. No está demás recordar que los intereses son los frutos civiles de una obligación dineraria, de manera que no habiendo logrado acreditar la obligación principal resulta imposible otorgar la accesoría. Procediendo el rechazo de los mismos. Al final de cuentas el interés es una pretensión derivada o accesoría, habiendo rechazado la principal, esta debe seguir la misma suerte.

**XIII. ANÁLISIS OFICIOSO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA DEMANDA:** Consecuentemente, no le asiste el derecho invocado a la actora en sustento de sus pretensiones y por consiguiente debe rechazarse la acción en todos sus extremos, pronunciando que se emite debido a que aunque la accionada se opuso a la acción,

no alegó la excepción de falta de derecho, por lo que debe analizarse oficiosamente el derecho, la legitimación y el interés. Tesis que se sustenta en la reiterada jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (entre otros el Voto 48 de las 14:00 horas del ocho de julio de 1994, así como el fallo de la antigua Sala de Casación número 34 de las 10:20 horas del 22 de marzo de 1961, que impone el revisar de oficio los presupuestos de una sentencia estimatoria, como lo son el interés, la legitimación y el derecho. De este modo, realizado de oficio el análisis indicado, y a la luz del estudio de fondo efectuado, se determina que el derecho no le asiste a la empresa gestionante, en mérito de lo cual se rechazó su pretensión. Acorde a ello, si bien hay una clara legitimación tanto activa como pasiva en razón de la relación jurídica material aquí discutida, que versa sobre una contratación administrativa, gestiona con el objeto de obtener el pago de \$7.850 dólares más sus intereses legales y le asiste el interés actual, dado que se trata de acontecimientos cuya discusión es vigente y actual, no le acompaña la fuerza del derecho en sus pretensiones.”

#### **6. Facultades Fiscalizadoras de la Administración Pública en la Fase de Ejecución de la Licitación**

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]<sup>x</sup>  
Voto de mayoría

**“IV. Del objeto del proceso:** De lo expresado por las partes, tanto en sus pretensiones como argumentos, el objeto del presente proceso estriba en determinar la existencia de una eventual responsabilidad objetiva de las partes accionadas.

**V. Sobre la responsabilidad de la Administración Pública en general :** El deber de indemnizar todos los daños y perjuicios originados con motivo de las conductas y omisiones de la Administración Pública, encuentra su especificidad propia en nuestro país, a partir de la Constitución Política del año 1949. En dicho cuerpo normativo se estableció por una parte, la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa, como parte de los derechos fundamentales de que gozan todos los ciudadanos costarricenses. En este sentido su artículo 49, con las reformas introducidas posteriormente, dispone lo siguiente: *"Establécese la jurisdicción contencioso - administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados"*. Dicha norma, debe complementarse con lo señalado en los artículos 9 y 41 de nuestra Carta Magna, en tanto disponen: *"El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí"*. (El destacado es nuestro) y *"Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación*

*para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". Con respecto al fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado, la sentencia de la Sala Constitucional. N° 5207-2004, de las 14 horas y 55 minutos del 18 de mayo del 2004, literalmente indicó: "Nuestra Constitución Política no consagra explícitamente el principio de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por las lesiones antijurídicas que, en el ejercicio de la función administrativa, le causen a los administrados. Empero, este principio se encuentra implícitamente contenido en el Derecho de la Constitución, siendo que puede ser inferido a partir de una interpretación sistemática y contextual de varios preceptos, principios y valores constitucionales. En efecto, el artículo 9°, párrafo 1°, de la Carta Política dispone que "El Gobierno de la República es (...) responsable (...)", con lo cual se da por sentada la responsabilidad del ente público mayor o Estado y sus diversos órganos –Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial-. El ordinal 11°, de su parte, establece en su párrafo primero la "(...) responsabilidad penal (...)" de los funcionarios públicos y el segundo párrafo nos refiere la "(...) responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes (...)". El artículo 34 de la Constitución Política ampara los "derechos patrimoniales adquiridos" y las "situaciones jurídicas consolidadas", los cuales solo pueden ser, efectiva y realmente, amparados con un sistema de responsabilidad administrativa de amplio espectro sin zonas inmunes o exentas cuando sean vulnerados por las administraciones públicas en el despliegue de su giro o desempeño público. El numeral 41 ibidem, estatuye que "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales (...)", este precepto impone el deber al autor y responsable del daño de resarcir las lesiones antijurídicas efectivamente sufridas por los administrados como consecuencia del ejercicio de la función administrativa a través de conductas positivas por acción o negativas por omisión de los entes públicos, con lo cual se convierte en la piedra angular a nivel constitucional para el desarrollo legislativo de un sistema de responsabilidad objetiva y directa en el cual el resarcimiento no depende del reproche moral y subjetivo a la conducta del funcionario público por dolo o culpa, sino, única y exclusivamente, por habersele infringido o recibido, efectivamente, "(...) injurias o daños (...) en su persona, propiedad o intereses morales (...)", esto es, una lesión antijurídica que no tiene el deber de soportar y, por consiguiente, debe serle resarcida. El numeral 41 de la Constitución Política establece un derecho fundamental resarcitorio a favor del administrado que haya sufrido una lesión antijurídica por un ente –a través de su funcionamiento normal o anormal o su conducta lícita o ilícita- y la obligación correlativa, de éste de resarcirla o repararla de forma integral, el acceso a la jurisdicción previsto en este mismo precepto constitucional, se convierte, así en un derecho instrumental para asegurar, forzosamente, el goce y ejercicio del derecho resarcitorio del damnificado cuando el sujeto obligado a la reparación incumpla voluntariamente con la obligación referida. El*

*artículo 45 de la Carta Magna acoge el principio de la intangibilidad del patrimonio al disponer que “La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley (...)”, se reconoce, de esta forma, por el texto fundamental que los sacrificios especiales o las cargas singulares que el administrado no tiene el deber de soportar o tolerar, aunque devengan de una actividad lícita –como el ejercicio de la potestad expropiatoria- deben resarcirse. El artículo 49, párrafo 1º, de la Constitución Política en cuanto, de forma implícita, reconoce la personalidad jurídica y, por consiguiente, la posibilidad de demandar en estrados judiciales a los entes públicos, cuando incumplan con sus obligaciones constituye un claro basamento de la responsabilidad administrativa. De su parte el párrafo in fine del ordinal 49 ya citado dispone que “La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”, siendo que una de las principales formas de garantía de éstos lo constituye un régimen de responsabilidad administrativa objetivo, directo, amplio y acabado. El párrafo final del artículo 50 de la Constitución Política, en materia del daño ambiental, establece que “La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”, régimen de responsabilidad del que, obviamente, no pueden abstraerse los entes públicos de carácter económico (denominados empresas públicas-ente público) y empresas públicas (llamadas también empresas públicas-ente de Derecho privado) cuando contaminan al desplegar una actividad industrial, comercial o de servicios y, en general, el Estado cuando incumple sus obligaciones de defensa y preservación del medio ambiente a través de una deficiente actividad de fiscalización o de control de las actividades públicas y privadas actual o potencialmente contaminantes. En la hipótesis de los miembros de las Juntas Directivas de las Instituciones Autónomas, el artículo 188 de la norma fundamental dispone que “Sus directores responden por su gestión”. En lo que se refiere al Poder Ejecutivo, el Título X del texto constitucional contiene un Capítulo V cuyo epígrafe es “Responsabilidades de quienes ejercen el Poder Ejecutivo”, siendo que el artículo 148 consagra la responsabilidad del Presidente por el “uso que hiciera de aquellas atribuciones que según esta Constitución le corresponden en forma exclusiva”, la conjunta de éste con el respectivo Ministro del sector “respecto al ejercicio de las atribuciones que esta Constitución les otorga a ambos” –la cual es especificada por el artículo 149 ibídem- y la del Consejo de Gobierno por los acuerdo (sic) que adopte. El principio de responsabilidad administrativa de los entes públicos y de sus funcionarios resulta complementado con la consagración constitucional del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas (artículos 18 y 33) que impide imponerle a los administrados una carga o sacrificio singular o especial que no tienen el deber de soportar y el principio de la solidaridad social (artículo 74), de acuerdo con el cual si la función administrativa es ejercida y desplegada en beneficio de la colectividad, es ésta la que debe soportar las lesiones antijurídicas causadas a uno o varios administrados e injustamente soportadas por éstos. Finalmente, es menester tomar en consideración que la Constitución Política recoge un derecho fundamental*

*innominado o atípico que es el de los administrados al buen funcionamiento de los servicios públicos, el que se infiere claramente de la relación de los numerales, interpretados, a contrario sensu, 140, inciso 8°, 139, inciso 4° y 191 de la Ley fundamental en cuanto recogen, respectivamente, los parámetros deontológicos de la función administrativa tales como el “buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, “buena marcha del Gobierno” y “eficiencia de la administración”. Este derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos le impone a los entes públicos actuar en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos de forma eficiente y eficaz y, desde luego, la obligación correlativa de reparar los daños y perjuicios causados cuando se vulnere esa garantía constitucional. De esta forma, queda en evidencia que el constituyente originario recogió de forma implícita el principio de la responsabilidad de las administraciones públicas, el que, como tal, debe servir a todos los poderes públicos y operadores del Derecho como parámetro para interpretar, aplicar, integrar y delimitar el entero ordenamiento jurídico. Bajo esta inteligencia, un corolario fundamental del principio constitucional de la responsabilidad administrativa lo constituye la imposibilidad para el legislador ordinario de eximir o exonerar de responsabilidad a algún ente público por alguna lesión antijurídica que le cause su funcionamiento normal o anormal o su conducta lícita o ilícita a la esfera patrimonial y extramatrimonial de los administrados.” (el destacado es nuestro).” De lo anterior, es evidente que opera un deber de resarcibilidad plena del daño, que con base en las indicadas disposiciones, se desprende del artículo 190.1 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto dispone que: “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”. Como se advierte, en nuestro país impera un régimen de responsabilidad objetiva, mediante la cual opera el deber de indemnización de la Administración, con independencia de criterios de valoración subjetiva (dolo o culpa), en la actuación de sus servidores. Por otra parte, nuestra legislación prevee inclusive la posibilidad de reclamar responsabilidad de la Administración, con motivo de una conducta legítima, en tanto que el artículo 194 del cuerpo normativo mencionado, dispone al respecto, lo siguiente:*

*“1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión”. En razón de lo anterior, como se advierte, el eje central del sistema de responsabilidad estatal en nuestro país, es la víctima de daño, ya que aquella surge, siempre que su funcionamiento normal o anormal, cause un daño que la víctima no tenga el deber de soportar, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, con independencia de su situación jurídica subjetiva. No obstante, este deber resarcitorio, no es tampoco pleno, en el sentido tenga un carácter irrestricto para cualquier tipo de daño, sino que*

el mismo debe originarse, en el caso de que se origine de una conducta administrativa no lícita o normal, de la anormalidad que significa el apartarse de la buena administración (*conforme al concepto utilizado por la propia Ley General en el artículo 102 inciso d., que entre otras cosas incluye la eficacia y la eficiencia*) o sea con motivo de un mal funcionamiento, o un actuar tardío o inexistencia del mismo, por parte de la Administración. Esta anormalidad determinará la antijuricidad como presupuesto para la resarcibilidad del daño. En el caso del funcionamiento legítimo de la Administración, donde no hay anormalidad o ilicitud, la antijuricidad generadora de la posibilidad de indemnizar el daño, se da en la no obligatoriedad de sufrir una afectación que reviste la característica de ser de intensidad excepcional o pequeña proporción de afectados. En este sentido, vale aclarar que esta responsabilidad está sujeta a otras disposiciones generales sobre la responsabilidad del Estado contenidas en la Ley General de la Administración Pública. Al respecto, debe tomarse consideración lo indicado en el artículo 196 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto expresa lo siguiente: " *En todo caso el daño alegado habrá ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo*". Con respecto a los daños que pueden ser objeto de resarcimiento en sede contencioso administrativa, el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N°112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992 entre otras cosas, indicó: "IV. *El daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, por cuanto el deber de resarcir solamente se configura si ha mediado un hecho ilícito dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante, susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico. El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesitura, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo. V.- En muchas ocasiones se utilizan indiscriminadamente las expresiones "daños" y "perjuicios". Es menester precisar y distinguir ambos conceptos. El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado (damnum emergens), en tanto el perjuicio está conformado por la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir (lucro cesans), la cual era razonable y probablemente esperable si no se hubiese producido el hecho ilícito. VI.- No cualquier daño da pie a la obligación de resarcir. Para tal efecto, han de confluir, básicamente las siguientes características para ser un "daño resarcible": A) Debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjetúrales. El daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba;*

*tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; asimismo, no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio, pues el primero está referido a aquél que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generador del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, ello constituye un extremo de incumbencia subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de una excesiva susceptibilidad. B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. Así puede haber un damnificado directo y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso, y el segundo serán los sucesores de la víctima. C) Deberá ser causado por un tercero, y subsistente, esto es, sí ha sido reparado por el responsable o un tercero (asegurador) resulta insubsistente. D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño. VII.- Dentro de las clases de daños, se encuentra en primer término el daño material y el corporal, siendo el primero el que incide sobre las cosas o bienes materiales que conforman el patrimonio de la persona, en tanto el segundo repercute sobre la integridad corporal y física. En doctrina, bajo la denominación genérica de daño material o patrimonial, suelen comprenderse las específicas de daño corporal y de daño material, en sentido estricto. La segunda parece ser la expresión más feliz, pues el daño corporal suele afectar intereses patrimoniales del damnificado (pago de tratamiento médico, gastos de hospitalización, medicamentos, etc.), ganancias frustradas si el daño lo ha incapacitado para realizar sus ocupaciones habituales (perjuicios), etc.. Esta distinción nació en el Derecho Romano, pues se distinguía entre el daño inferido a las cosas directamente (damnum) y el que lesionaba la personalidad física del individuo (injuria). En el daño patrimonial el menoscabo generado resulta ser valorable económicamente....". De conformidad con lo anterior, no es suficiente invocar un daño, sino que se debe demostrar fehacientemente su existencia y el nexo de causalidad que le une con la conducta u omisión del ente responsable.*

**VI).** La parte actora invoca la responsabilidad del Instituto Costarricense de Electricidad por los daños que le han sido ocasionados, habida cuenta que se dieron con motivo de la instalación de una línea telefónica fija adquirida a dicho ente. Por su parte, el representante de dicha Institución invoca que en lo acaecido en contra del Señor **Ríos Buján**, no participaron sus funcionarios, dado que fue ocasionado por los codemandados y la empresa **Técnicos en Comunicaciones S.A.L.**, quien asume por cuenta propia el riesgo de la prestación del servicio, dado que así lo indicó en el pliego de condiciones para la contratación respectiva. Al respecto, de los autos se evidencia que los funcionarios de la empresa **Técnicos en Comunicaciones S.A.L.**, Señores **Allan Eduardo Gómez García** y **Luis Ángel Marín Camacho**, realizaron la instalación de una línea telefónica en la casa del actor el día 24 de julio de 2009, siendo así que con motivo de ésta se provocó una descarga eléctrica inducida al actor, que le provocó

daños físicos y morales, según se determinará en considerandos posteriores. En este orden de ideas, se advierte que entre la indicada empresa y el ente codemandado opera un vínculo contractual, mediante el cual aquella se encarga de la instalación de las líneas telefónicas que le sean asignadas por dicho ente público, según las solicitudes de servicio que se generen ante los requerimientos de los clientes del mismo. Adicionalmente este Tribunal ha tenido por demostrado que la solicitud de servicio se realiza, previa inspección por parte de un funcionario de la Institución del lugar en donde se practicará la respectiva instalación eléctrica (debiendo tomarse en consideración que inclusive si no hubiera inspección, habría siempre responsabilidad por dicho motivo de falta de fiscalización ex ante y de revisión periódica de la red eléctrica bajo su responsabilidad), siendo así que en la zona en donde habita el actor las acometidas eléctricas pasan y son soportadas por encima de las líneas de baja tensión para lograr más altura y consecuentemente el neutro de estas líneas está por debajo de la altura mínima establecida al efecto. También hay prueba de que con anterioridad a la instalación de la línea telefónica del Señor **Ríos Buján**, había diferentes líneas telefónicas previamente instaladas, a pesar de la situación indicada. En razón de los anteriores hechos demostrados, este Tribunal estima que en el presente caso existe una evidente responsabilidad del Instituto Costarricense de Electricidad por los daños ocasionados al actor. En primer término, debe tomarse en consideración que la responsabilidad objetiva del ente demandado abarca no sólo las conductas u omisiones de sus servidores, sino también de aquellos terceros que contrata con motivo de sus objetivos institucionales. En este orden ideas, la responsabilidad deviene, tanto de la creación de una situación de riesgo con ocasión de la prestación de un servicio público, como de la eventual antijuricidad de una conducta propia o de un tercero contratado que genera una consecuencia dañosa. La contratación del tercero para la prestación de todo o parte de un servicio público tiene un fin meramente instrumental para el cumplimiento de éste y la satisfacción del interés público y de modo alguno releva la responsabilidad objetiva establecida en el ordenamiento jurídico para un ente público. Dicho de otro modo, la circunstancia de que el servicio no se preste de manera directa por el ente y éste emplee otros medios previstos por el ordenamiento para el cumplimiento de los fines públicos asignados, no le exonera de responsabilidad y por el contrario, mantiene incólume su deber de resarcirlo, sin perjuicio de la determinación de una solidaridad frente al afectado. En estos casos, ante la existencia de una conducta u omisión de un contratista, no puede el ente contratante invocar la existencia del hecho de un tercero para evadir su responsabilidad, en tanto que en el caso de la empresa, su participación en la conducta dañosa es inmediata (debiendo responder por el hecho en sí) y en el caso de la Institución puede ser inmediata o mediata, según se demuestre en juicio la existencia de algún grado de participación directa en lo acaecido o simplemente, del vínculo conductor de la situación generadora de riesgo. Precisamente la responsabilidad objetiva que posee todo ente público descansa en la antijuricidad de un daño



ocasionado al Administrado que éste no tiene el deber de soportarlo y así cualquier situación antijurídica que sea durante o con motivo u ocasión de la prestación de un servicio público, implica el rompimiento de la obligación de la Administración (sea que lo preste de manera directa o por medio de terceros) de tener un funcionamiento eficaz y eficiente y correlativamente significa una afectación al derecho del ciudadano de obtener un servicio oportuno, técnico, eficaz, eficiente y ante todo, que no le genere un daño que por su mera existencia deviene en un funcionamiento anormal de la Administración. En este orden de ideas, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto dispone lo siguiente: "*La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad de trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios*". En el mismo sentido, el artículo 5.a) de la Ley de la Administración Financiera y de Presupuestos Públicos indica: "*La administración de los recursos financieros del sector público se orientará a los intereses generales de la sociedad, atendiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia, con sometimiento pleno a la ley*". Dado lo anterior, al ser la responsabilidad objetiva una responsabilidad sin culpa, lo relevante es la comprobación de la existencia del daño, el cual para su resarcibilidad debe estar vinculado a una conducta antijurídica relacionada con la Administración, sea unido por el hilo conductor del nexo causal. En casos de terceros contratados por la Administración, al estimarse éstos como colaboradores de ésta para el debido cumplimiento de los fines públicos, dicho vínculo se fundamentará en la existencia de una relación contractual previa que genera una conducta productora de un daño antijurídico, el cual acaece, a pesar de los deberes contractuales y legales (art. 13 Ley de la Contratación Administrativa, art. 5 de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos y 151 de su reglamento) existentes entre la empresa contratista y la respectiva administración contratante. Únicamente se rompería dicho vínculo en aquellos casos en que la Administración Pública demuestre que a pesar de haber empleado y agotado todos los medios a su alcance (prevenciones, sanciones, fiscalización, inicio de procedimiento de resolución contractual, etc), la contratista persistió en realizar determinada actuación y aún así ocurrió el hecho dañoso. Las anteriores consideraciones se fundan en que la relación entre las partes no es de carácter lineal (administrado-contratista-administración contratante), sino más bien es tridimensional, en la cual la vinculación de las partes es sistémica y dinámica y por ende la Administración Pública guarda frente al Administrado obligaciones directas, para efectos tales como control, rendición de cuentas, verificación del debido control interno, transparencia, cumplimiento del fin público y ante todo, de responsabilidad. Es así como no existe desvinculación de la Administración del resultado final de la contratación realizada, la cual al final de cuentas tiene una mera naturaleza instrumental del servicio público finalmente prestado. Servicio como producto obtenido no le es satisfactorio al usuario o le es

entregado tardamente o peor aún, le causa un daño, es imputable a la Administración misma, como una defectuosa manifestación de su conducta. En el caso del ente demandado le es plenamente aplicable las anteriores consideraciones, en tanto que como ente- empresa pública, está sometido al bloque de legalidad administrativa aplicable a la materia de conformidad con el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, en relación con el artículo de dicho cuerpo normativo. Más aún, a lo indicado sobre la responsabilidad objetiva del ente, debe adicionarse que a la relación entre la Institución y la empresa contratada aplica el deber de fiscalización de la ejecución contractual establecido en el artículo 13 de la Ley de la Contratación Administrativa, en tanto dispone: "*La Administración fiscalizará todo el proceso de ejecución, para eso el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias...*"

Para determinar la responsabilidad del ente, se debe tomar en consideración no sólo la responsabilidad objetiva general que le asiste, sino además, sus obligaciones de la correcta verificación de la ejecución del objeto contractual, por lo que si devienen daños con motivo de ésta y no se demuestra el cumplimiento de dicho deber público, necesariamente se refuerza el deber de reparación de la respectiva Administración Pública. Por otra parte, también es menester indicar que se demostró en autos, tal y como se ha dicho que en el caso del actor, tal y como ocurre en otros casos de idénticas solicitudes de servicios telefónicos, la solicitud de servicio se realiza, previa inspección por parte de un funcionario de la Institución del lugar en donde se practicará la respectiva instalación eléctrica, más que en la zona en donde habita el actor las acometidas eléctricas pasan y son soportadas por encima de las líneas de baja tensión para lograr más altura y consecuentemente el neutro de estas líneas está por debajo de la altura mínima establecida al efecto. Es decir, la situación de riesgo generadora del daño era pública, evidente y notoria, y consecuentemente conocida por el ente demandado, a pesar de lo cual, toleró dicha situación y omitió adoptar alguna conducta que corrigiera tal situación. Lo anterior se ve reforzado en tanto se ha tenido por demostrado que en la zona en donde se hizo la conexión telefónica del actor, ya existían varias líneas ya instaladas desde tiempos atrás. Como se advierte, estamos entonces, además de las consideraciones hechas ut supra, en presencia de una omisión de actuación del ente accionado traducida en una inactividad material en la cual, el ICE no hizo nada para evitar la ocurrencia de una situación generadora de un riesgo y que a la postre, provocó los daños objeto del presente proceso. En autos se ha discutido si dichos daños se ocasionaron por efectos de un arco eléctrico producido al pasar electricidad por dicho fenómeno al cable telefónico instalado al actor o por un contacto directo de cables. Estima este Colegio que tal discusión es irrelevante para efectos de la determinación de existencia de responsabilidad por el daño causado. En ambos supuestos, la existencia de una responsabilidad objetiva, hace necesario el deber de resarcimiento por el mero hecho del acaecimiento del hecho dañoso y de la verificación del daño. En uno u otro caso, la parte más relevante en la situación

descrita, recibió una descarga eléctrica en su persona, que no hubiera sufrido sino se realizara el acto de instalación de línea telefónica. Es este el hecho relevante para efectos de determinación de la responsabilidad surgida y no puede cargarse a la parte con el deber de probar lo que le provocó la descarga eléctrica, cuando en el caso se ha tenido por demostrado que la misma acaeció y que se dio con motivo de la prestación de un servicio por parte de una empresa contratada por un ente público. Las discusiones entre las partes demandadas en los sentidos dichos no deben afectar los derechos del actor, por la simple razón de que ambas están revestidas de responsabilidad objetiva por imperativo legal, no habiéndose demostrado la existencia de un supuesto que excluya su deber de resarcir, dado el nexo causal de ambas con el hecho dañoso. El representante del ICE invoca que la empresa codemandada asumió convencionalmente cualquier responsabilidad que se pudiere originar con motivo de los servicios que ésta presta. Adicional a las anteriores consideraciones que desvirtúan lo manifestado por el ente accionado, debe indicarse que admitir tal tesis, sería legitimar que vía contratación de servicios u obras, se difumine y más aún, se haga nugatoria la responsabilidad objetiva tutelada constitucionalmente, máxime en la época actual, en la cual, dicho mecanismo de prestación de servicios por parte del Estado (v.g. construcción de obras, prestación de servicios sociales, actividades profesionales como el notariado, la ingeniería, etc), es cosa común, ante el cambio de paradigma en cuanto a su operación e impacto en el quehacer público. Como se ha indicado, la Administración Pública mantiene deberes inherentes a los principios que le rigen y a las más sanas normas y técnicas aplicables en la materia, que implican que contratar a un tercero para la prestación de bienes o servicios no significa abdicar de su responsabilidad ni de la necesaria fiscalización y seguimiento de lo pactado, desde el inicio y hasta la finalización de los efectos de la relación contractual, los cuales inclusive pueden ir más allá del mero vencimiento del contrato formal. Así las cosas procede acoger la demanda en lo que respecta al Instituto Costarricense de Electricidad y determinar la existencia de un deber de reparar los daños causados al actor con motivo de los hechos objeto del presente proceso.-

**VII). Sobre la Aplicación de la Ley de Protección al Consumidor** : La tutela de los derechos del consumidor se fundamenta en el artículo 46 de la Constitución Política, reformado mediante Ley No.7607 de 29 de mayo de 1996, en tanto establece lo siguiente: "*Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias*". Esta disposición constitucional surge con motivo de la determinación de una nueva generación de derechos del ciudadano, frente a los fenómenos surgidos con motivo de la sociedad de consumo y las reglas del mercado y a la evidente desigualdad del consumidor ante los productores y distribuidores de bienes y servicios. En este orden

de ideas, se ha indicado que *" Las modernas técnicas de introducción de los productos, las modalidades de comercialización y la animación de la demanda vía publicidad, constituyen otros elementos que acentúan la indefensión de los consumidores, desconcertados sobre el contenido real de sus adquisiciones a las que se siente psicológicamente impulsado a través de eficaces mecanismos motivadores... El interlocutor del comprador no es ya por lo general un comerciante conocido. Aparecen grandes cadenas de supermercados que, como es el caso general, expiden productos creados en serie por importantes complejos nacionales e internacionales. El desequilibrio entre los agentes económicos implicados es así evidente. Los poderes públicos han reaccionado también ante esta situación, en parte por su conciencia de servicio, a la que no puede ser ajena la existencia de unos intereses que afectan de una u otra forma a toda la población..."* Ramón Martín Mateo. *Derecho Público de la Economía*, Editorial Ceura, P. 270. Sobre las primeras referencias del reconocimiento de los derechos del consumidor en nuestra jurisprudencia es necesario citar la sentencia de la Sala Constitucional n.º 1441-92 de las 3:45 horas del 2 de junio de 1992, que recalca la especial protección del consumidor por su posición de inferioridad en la relación de consumo, al respecto expresó: *" En efecto, es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal y su participación en este proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación, en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos que de previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor conocimiento posible del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia."* Con base en estas orientaciones, en el año 1994 se aprobó la Ley número 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que en su artículo 1 establece lo siguiente: *"El objetivo de la presente Ley es proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones necesarias para las*

*actividades económicas"* Esta Ley establece en su artículo 29 una serie de derechos sustanciales y procesales de las personas consumidoras, en los que se destacan, a los efectos los siguientes: *"Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente. b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.... f) Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda....."*

En este orden de ideas cabe mencionar que la doctrina ha analizado el concepto de consumidor desde dos puntos de vista, como cliente y como destinatario final. En cuanto al primer concepto, se indica: *"excede al de consumidor adquirente tutelado por la Ley 24.240 (Ley de protección al consumidor Argentina) pues se refiere a todos los sujetos que contratan para adquirir bienes o servicios ofrecidos en el mercado, tanto para atender sus necesidades privadas como para una actividad empresarial (...) en tanto que como destinatario final el concepto se refiere a la persona que adquiere bienes o servicios para su consumo o uso privado, "quien adquiere bienes o contrata servicios para un destino ajeno a cualquier actividad de producción transformación comercialización o prestación a terceros..."*. (Barrantes Jaime y otro, Derecho y Jurisprudencia en Materia de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Ediciones Jurídicas ARETE, San José, C.R., 1999 , pág. 21). Por su parte, Por su parte , la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la figura del "consumidor", ha manifestado: *"... es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal y su participación en este proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación, en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos que de previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor conocimiento posible del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales*

*internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia ..."* (voto N° 1441-92 de las 15:45 horas del 02 de junio de 1992). Por otra parte, la ley de cita, en lo que es de interés para el presente proceso, dispone en su artículo 32, la siguiente disposición sobre la responsabilidad del productor y del comerciante: *"El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño"*. Con respecto a este tipo de responsabilidad se puede determinar que es objetiva por excelencia y por ello, resulta fundamental la verificación del nexo de causalidad - sea la relación del daño con los hechos creadores de éste y la imputación objetiva, según la conducta riesgosa creada. La Sala Primera, en su voto 646-F-2001 de las 16 horas 45 minutos del 22 de agosto de 2001, en el mismo sentido, señala los elementos de este tipo de responsabilidad, al indicar: *"... Tres son los elementos que conforman éste tipo de responsabilidad, a saber: a) el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño. Resumiendo "...en la responsabilidad civil objetiva debe existir un nexo causal entre la actividad riesgosa puesta en marcha por el agente y el daño ocasionado"* (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 354 de las 10 horas del 14 de diciembre de 1990). Desde el punto de vista práctico -dice el jurista costarricense Victor Pérez Vargas- *"...la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una parcial inversión la (sic) de la prueba, en el sentido de que ésta queda exonerado de la carga de probar la culpa (culpa o dolo) del causante del daño y vano sería el intento de éste de probar su falta de culpa..."* (Pérez Vargas, Victor, *Derecho Privado*, I Edición, Editorial Publitex, San José, Costa Rica, 1988, pag. 417). Sea, le corresponde a la persona o empresa a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar que los daños se produjeron por fuerza mayor o por culpa de la víctima (doctrina que informa los numerales 32 párrafo segundo de la Ley No.7472 y el 1048 párrafo quinto del Código Civil)... " Con base en lo anterior, podemos determinar que en el caso de la responsabilidad del agente económico, tampoco es relevante el concepto subjetivo de dolo o culpa, y que reviste especial importancia la determinación del nexo causal entre el hecho y el daño producido, estando restringido al demandado, únicamente la demostración del rompimiento de dicho vínculo o la inexistencia del daño. En este orden de ideas, el voto número 655 de las 15 horas 05 minutos del 19 de setiembre de 2007, emitido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia dispuso: *"(...)*Esta concepción, surge porque el modelo de la culpa era insuficiente para dar respuesta a la multiplicación de los peligros y daños propios de la vida moderna. La teoría del riesgo, entendida en el sentido de que, quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes, vino a cambiar la mayor parte de las legislaciones. También se le

*denomina teoría del daño creado, cuyo paradigma de imputación radica en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo, debiendo prescindirse de la subjetividad del agente, y centrarse en el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material. Solo interesa indagar cual hecho fue la causa del efecto para imputarlo, dado que es suficiente la producción del resultado dañoso, siendo innecesaria la configuración de un acto ilícito a través de los elementos tradicionales. Como corolario de lo expuesto, la culpa, negligencia, imprudencia o impericia del agente, no son los elementos esenciales para dar nacimiento a la obligación dentro de los parámetros de la responsabilidad objetiva. De allí que, no tiene ninguna importancia, para desvirtuarla, que se logre demostrar que no incurrió en alguno de ellos. En este mismo sentido, puede verse la sentencia no. 61 de las 14 horas 50 minutos del 19 de junio de 1997, de esta Sala. Por tal razón, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad, prescindiéndose como criterios de imputación. Se enfoca en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una prestación peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. Por ende, el elemento a considerar es el riesgo creado. Sobre el tema en particular, puede consultarse la sentencia no. 376 de las 14 horas 40 minutos del 9 de julio de 1999, de este órgano colegiado. Debe agregarse, que se parte del supuesto de que el origen de las obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, y que al provocar daño, exigen al que se sirve de ellas, a resarcirlo. Para la configuración de este tipo de responsabilidad deben darse los siguientes componentes: a) el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar un daño; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño. Finalmente, es importante mencionar que, dentro de esta temática, opera una parcial inversión de la prueba, en el sentido de que el lesionado queda exonerado de la carga de probar la culpa o dolo de quien provocó el daño. En consecuencia, le atañe a la persona física o jurídica a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar que los daños se produjeron por fuerza mayor o por culpa de la víctima. Doctrina que informan los numerales 35 párrafo segundo de la Ley no.7472 y el 1048 párrafo quinto del Código Civil.” (Igualmente, puede verse la resolución no. 646-F-2001 de las 16 horas 45 minutos del 22 de agosto de 2001, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia). En orden de ideas, debe de entenderse e interpretarse el origen y alcance del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor que instituye una responsabilidad objetiva al productor, proveedor y comerciante que lesionen la esfera jurídica del consumidor por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su uso y riesgos. De esta manera, deben responder independientemente de incurrir en culpa. La única excepción se da, si demuestran que han sido ajenos al daño. Consecuentemente, el afectado está exento de demostrar la culpa o dolo de quien provocó el daño, y a éste último le corresponde, probar que se produjo por fuerza mayor o por culpa de la víctima, según lo ha precisado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en lo fallos citados, a la luz de la doctrina que*

informan los numerales 35 párrafo segundo de la Ley no. 7472 y el 1048 párrafo quinto del Código Civil. Complementario con lo anterior, a fin de determinar el daño, es menester indicar la necesidad de existencia de relación entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente económico. En este orden de ideas, doctrinariamente se han indicado diferentes criterios de imputación objetiva, en los que se destaca para los efectos, la *causalidad adecuada*. Con respecto a este criterio, se ha indicado doctrinariamente lo siguiente: "*La conducta del demandado es una causa adecuada del daño padecido por la víctima si, ex ante, la causación del daño era previsible –no muy improbable– por parte del demandado. Pero los autores nunca se han puesto de acuerdo en qué grado de probabilidad –entre 0 y 1– es el adecuado según el derecho; y siempre han discrepado acerca de si el juicio sobre la probabilidad debe consistir en una prognosis puramente subjetiva –similar a la que se lleva a cabo en el análisis del dolo y la culpa–, es decir, en un juicio sobre la evitabilidad del resultado, o si, por el contrario la prognosis ha de ser objetiva en el sentido de que un agente dotado de conocimientos especiales habría de haber conocido la probabilidad de la producción del resultado*". ( Causalidad y Responsabilidad . Pablo Salvador Coderch y Antonio Fernández Crende. Revista para el análisis del derecho. WWW.INDET.COM.) En este sentido, se ha decantado la posición de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, como se advierte del voto 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 2008, que indica: "... el caso fortuito no permite eximir al comerciante o productor de la responsabilidad civil, puesto que no se hace ningún juicio de reproche en relación con su actividad. Únicamente la fuerza mayor y el hecho de la víctima permiten exonerar al comerciante o productor de la responsabilidad civil, en el tanto que ambas circunstancias implican la exclusión de la causalidad, elemento que resulta indispensable para que existan igualmente la responsabilidad subjetiva y la objetiva. Corresponde al juzgador examinar en cada caso si existe o no causalidad directa y adecuada entre el daño reclamado (y demostrado) por el petente y la actividad (activa u omisiva) desplegada por el productor o comerciante. Es claro que en el presente caso resultaría excesivo exigir al consumidor contar con el nivel de dispositivos de seguridad que expone la demanda en sus agravios de segunda instancia, puesto que ello, como bien lo dijo el tribunal, implicaría obligar a los consumidores a un deber de cuidado excesivo, más allá del razonablemente exigible a la persona media. No demostró la demandada que la causa del siniestro fuera atribuible a la propia víctima, por falta de cuidado, negligencia o imprudencia.... " Es con base en estas consideraciones que procede determinar la responsabilidad de la empresa codemandada.

**VIII).** La parte actora indica en su demanda que los daños que le fueron causados se provocaron de manera inmediata por la conducta de los funcionarios de **Técnicos en Comunicaciones S.A.L.**, habida cuenta que fue con motivo de la instalación de su línea telefónica que se le causó la correspondiente descarga eléctrica. La representación de



dicha empresa indica que la descarga eléctrica sufrida por el actor obedeció a las condiciones de las líneas de distribución del lugar, siendo así que en el caso de análisis, todas las conexiones fueron realizadas conforme al procedimiento establecido y no hubo contacto directo con los cables de electricidad. Indica que lo ocurrido se dio con motivo del fenómeno llamado "*arco eléctrico*", y no el choque del cable telefónico con la línea primaria o secundaria de electricidad, dado que de haber sucedido esto se habría activado una protección consistente en un corte eléctrico automático. Al respecto estima este Tribunal que si bien se ha demostrado en autos que el cable eléctrico en la zona donde habita el actor se encuentra fuera de la norma establecida al efecto, siendo así que las acometidas eléctricas pasan y son soportadas por encima de las líneas de baja tensión para lograr más altura y el neutro de estas líneas está por debajo de la altura mínima establecida al efecto, hay responsabilidad objetiva de la empresa demandada. Lo anterior en tanto que como se ha indicado, los daños causados al actor sucedieron con motivo de la instalación de la línea telefónica a éste, por parte de los funcionarios de la empresa codemandada, Señores **Allan Eduardo Gómez García y Luis Ángel Marín Camacho**. Es decir, Técnicos en Comunicaciones S.A.L. fue partícipe activa en el proceso de instalación de la línea telefónica al señor Ríos Buján y que fue causa directa y eficiente de los daños invocados. Nuevamente es menester indicar que es irrelevante que el daño se haya causado por un contacto directo del cable telefónico con los cables secundarios de electricidad o por un "*arco eléctrico*", en tanto que lo relevante es que se ocasionó un daño como producto de una actividad realizada por la empresa demandada, lo cual está debidamente demostrado en juicio y no fue controvertido. Inclusive, no se puede decir que el hecho mismo de la eventual existencia del denominado "*arco eléctrico*" sea motivo suficiente para eximir de responsabilidad a la sociedad actora. Así como la existencia del mismo como situación de caso fortuito (hecho propio de la actividad, imprevisible e inevitable) no habría sido causal de romper el nexo causal y eximir de responsabilidad al ICE, tampoco lo es para la empresa demandada, dado en ningún momento ha demostrado, como le correspondía ajenidad al daño ocasionado. Por el contrario, la misma prueba aportada por la parte codemandada indica lo siguiente: "*... las acometidas eléctricas han tenido que pasar y ser soportadas por encima de las líneas de baja tensión para lograr una mayor altura y que aún así es insuficiente, ya que la altura de 4.00 metros del neutro de las líneas de baja tensión está muy por debajo de la altura mínima establecida. Se ha identificado un riesgo para el técnico la necesidad de instalar las acometidas telefónicas por encima de la red de baja tensión, situación presentada en el momento del accidente. Como consideración adicional se determina que el cable telefónico no está construido con un aislamiento adecuado para baja tensión, situación presentada al momento del accidente...*". Lo anterior fue reforzado por la declaración testimonial del autor del indicado informe, Señor Edwin González Marroquín y que refuerza una consideración fundamental, a saber, que a pesar de las condiciones riesgosas en que se encontraba la ubicación, altura y situación de las

líneas telefónicas en la zona donde se encuentra la residencia del actor, se optó por realizar la instalación correspondiente, sin que conste objeción alguna o advertencia al ICE de la situación indicada. Es decir, la empresa, reflejada en la actuación de sus funcionarios, aceptó el riesgo que podría implicar la instalación de líneas telefónicas en las condiciones dichas, y en el potencial e incierto, pero posible, riesgo de creación del alegado arco eléctrico. De las declaraciones de los codemandados se desprende que ellos eran conscientes de la existencia de una situación inadecuada en la ubicación y altura de las líneas eléctricas y de la relación específica de éstas con la línea a instalar, siendo así que a pesar del riesgo dicho, optaron por continuar su trabajo y no alertar sobre la situación encontrada en el caso concreto. No puede eximir su responsabilidad el que hayan existido otras líneas telefónicas colocadas previamente, por cuanto, su labor los hacía conscientes de que dicha situación no era correcta ni segura. Ahora bien, independientemente del anterior juicio de reproche sobre la actividad desplegada, (que puede ser empleado para desvirtuar cualquier argumento sobre la existencia de un hecho de un tercero) debe entenderse que en el presente caso estamos en un supuesto de responsabilidad objetiva en que hay deber de indemnizar en caso de demostrarse la existencia de un daño, efectivo, evaluable, individualizable y antijurídico, vinculado con una conducta u omisión de la empresa, y respecto del cual, el cual el cliente o usuario no tiene el deber de soportarlo. En este orden de ideas, nuevamente debe realizarse el juicio necesario para determinar la denominada causa eficiente. Para este Tribunal el daño al actor no se hubiera causado, si la empresa demandada no hubiera realizado la instalación telefónica a pesar de las condiciones conocidas y descritas de las líneas eléctricas. Más aún, la responsabilidad de la sociedad demandada ocurre con motivo del propio riesgo existente en su actividad, en donde el nexo causal surge de la realización de la actividad que aunque lícita, constituye una fuente de riesgo y por consecuencia, origen para quien se beneficia de las ganancias de la misma, de soportar sus inconvenientes frente a la propia administración o terceros usuarios o clientes. La actividad de instalación de líneas telefónicas, la colocación de cables y transmisión de electricidad es per se riesgosa y no excluye un hecho como el acaecido, el cual, sea por la colocación del cable eléctrico o por el alegado "*arco eléctrico*" es inherente al servicio prestado, independientemente de cualquier valoración subjetiva. Es por ello, que si bien hay prueba del conocimiento de la situación potencial que podría derivar de la ubicación y altura de los cables a ser colocados, frente a las líneas eléctricas, los fueros de la culpa, negligencia, imprudencia o impericia del agente, no son requisitos de la obligación de la responsabilidad objetiva en este caso. Para la configuración de la misma en la situación de análisis, se debe tomar en consideración la demostración de la existencia de la actividad comercial desplegada por la empresa demandada (la cual no ha sido refutada), el daño ocasionado (sobre el cual nos referiremos con posterioridad) y la existencia de la relación o nexo causal de los dos anteriores presupuestos (los cuales están debidamente demostrados) y en donde no se ha probado que la empresa haya

sido ajena a lo sucedido, por concurrir fuerza mayor, hecho de un tercero o por culpa de la víctima. En el caso en examen existe una relación de consumo, dada la relación sui generis y tridimensional descrita ut supra, en la cual, la empresa demandada vende un servicio al ICE, mas cuyo destinatario final es un tercero, el actor, quien recibe directamente los beneficios de lo pactado. Es así como el actor, como cliente del ente es a la vez, consumidor de la actividad comercial desplegada por la sociedad codemandada, era el destinatario final del servicio y por ende se encontraba, para efectos de dicha situación, en el extremo inferior de la cadena de servicio ICE- Técnicos en Comunicaciones S.A.L.- actor. Por lo anterior y de conformidad con la naturaleza propia de los derechos del consumidor, dentro del esquema de responsabilidad objetiva no es posible cargar al administrado con el deber de demostrar si el daño fue ocasionado por un contacto eléctrico o por un arco de tal naturaleza. Lo relevante es que sucedió un daño con ocasión del servicio prestado por la empresa (causa inmediata y efectiva), según se ha indicado, indistintamente de la causa técnica subyacente. Es deber de la empresa demostrar que lo sucedido de ninguna manera estuvo vinculado con su actuar, prueba que en el caso en examen no se realizó y por el contrario, las mismas declaraciones de los señores Gómez García y Marín Camacho, evidencian su vinculación con el hecho generador del daño invocado. Así las cosas, concluye este Tribunal que converge los supuestos necesarios para imputar responsabilidad a la sociedad codemandada, por lo que de conformidad con el artículo 35 citado en el considerando anterior, le es aplicable plenamente aplicable sus alcances y por consiguiente, procede acoger la demanda en lo que respecta a la misma y determinar la existencia de un deber de reparar los daños causados al actor con motivo de los hechos objeto del presente proceso.-

**IX). Sobre la responsabilidad civil extra contractual:** La responsabilidad de los sujetos de derecho privado no vinculados con una relación contractual previa o de consumo se rige por las disposiciones del artículo 1045 del Código Civil en tanto dispone: *“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”*. De conformidad con lo indicado, a diferencia de las tendencias más modernas en materia de responsabilidad en donde se objetiviza ésta, tal y como hemos visto tanto en el caso de la empresa como del ente codemandados, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual prevista en el Código Civil, se debe partir de la existencia de criterios de imputación subjetivos, a fin de que surja un deber de resarcir los daños ocasionados con motivo de una conducta u omisión de un sujeto de derecho privado. El deber de indemnización se da con motivo del quebranto de un deber jurídico de no dañar al otro (*alterum non laedere*), en donde se da un criterio de imputación o juicio de reproche fundado en el cumplimiento de los indicados presupuestos subjetivos que cargan de antijurídica la respectiva conducta. Así será tal una acción u omisión que sea realizada con dolo, falta, negligencia o imprudencia. Como se advierte, en la norma dicha, incorporada en nuestro Código Civil

de 1888 y fundada en el Code Napoléon de 18 de marzo de 1803, se liga las figuras de la culpabilidad y la responsabilidad, y se parte que debía presentarse la primera para que procediera la segunda. Así el sujeto solo está obligado a reparar un daño si este es producto de una conducta propia dolosa o de culpa grave, (asimilando a un castigo) lo cual tiene su fuente en los orígenes penales de toda determinación de responsabilidad. Con relación al carácter compuesto de este presupuesto de responsabilidad, daño más conducta tildada de antijurídica por el ordenamiento, nos indica el voto 335-2008 de 9:00 horas de 19 de diciembre de 2008 de la Sección Primera del Tribunal Superior Civil, indicó: *“Como se puede verificar para que se configure el daño, en el contexto jurídico, se requiere de tres presupuestos: 1) un perjuicio patrimonial o extra patrimonial, 2) que sea provocado por la acción u omisión de una persona, al sujeto afectado (víctima), y 3) que este perjuicio haya sido causado de manera antijurídica. El daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior a la ocurrencia de la acción u omisión perjudicial, con la posterior a la misma, hasta aquí se puede hablar de daño en sentido genérico. Sin embargo, para que el daño producido, encuentre tutela en el ordenamiento jurídico, de forma tal que el mismo deba ser resarcido por el agente productor, el mismo, no solo debe derivarse de una actividad u omisión imputable al tercero, (segundo presupuesto definido como nexa causal) sino que también esta conducta activa u omisiva, debe ser calificable como ilícita...”* De conformidad con lo indicado, para imputar responsabilidad, al daño demostrado debe adicionarse la comprobación de que la conducta es calificada como antijurídica, según lo dicho por el artículo 1045 del Código Civil. No basta, como lo fue en el caso de los codemandos, con la comprobación del daño y la existencia del vínculo causal para generar responsabilidad, sino que será necesario además, la prueba de que la conducta del que se imputa el deber de resarcir, lo fue con dolo, falta, negligencia o imprudencia. En este caso, también son aplicables las consideraciones hechas sobre la teoría de la causalidad a la materia. En este orden de ideas, se ha indicado que *“En el Derecho Civil utilizamos “teoría de la adecuación” a la relación causal para establecer la relación entre acto y daños (y perjuicios). La teoría de la adecuación se conoce también con el nombre de la “teoría de la condición adecuada” o como la “teoría de la causalidad adecuada”. Según esta teoría sólo es condición del resultado aquélla causa que es adecuada para producirlo, y esta causa se considera que es adecuada cuando una persona con discernimiento pudiera prever que ese resultado puede producirse ante la presencia de determinadas circunstancias, naturales frente al sentido común y al buen juicio de su raciocinio. Pero como estos conceptos son tan amplios y de tan difícil limitación, se utiliza además el criterio de la debida diligencia, según el cual, si un resultado se presenta, a pesar de haber actuado sin contravenir el deber de la debida diligencia, esto es, actuando sin omitir los cuidados requeridos en una situación concreta, se actúa con ello dentro del campo de lo jurídicamente permitido, por lo que esa condición del resultado no será su causa en sentido jurídico. De esta forma, la previsibilidad del hombre medio y la debida diligencia, son los criterios utilizados por el*

*derecho civil para determinar cuando un comportamiento determinado –en el sentido civil-, es condición del resultado”.* (Madrigal Navarro Javier. La imputación para la reparación del daño en sedes civil y penal Revista Judicial, Costa Rica, Nº 105, Septiembre 2012). Por otra parte, debe indicarse que la responsabilidad subjetiva contemplada en la norma citada ut supra impone a la víctima del daño el deber de demostrar el dolo o la culpa de su contrario, (lo cual parte de un postulado ideológico propio de la materia penal fundado en el principio de inocencia) y que se encuentra en *elonus probandipropio* y clásico de la materia civil, que establece el artículo 317 del Código Procesal Civil. Nuevamente se da un distinción importante con respecto a los casos de responsabilidad objetiva analizados anteriormente, habida cuenta que en este caso, no sólo basta que el demandado demuestre ajenidad al daño, sino que la parte actora, tiene el deber de demostrar los presupuestos de responsabilidad subjetivos indicados anteriormente, so pena de que su demanda sea declarada sin lugar.-

**IX).** En el caso de examen se advierte que la parte manifiesta la existencia de responsabilidad con respecto a los señores **Gómez García y Marín Camacho** , en razón de su participación directa en la instalación de la línea telefónica que provocó los daños invocados por el actor. Por su parte, la representación de los codemandados indica que todas las conexiones fueron realizadas conforme al procedimiento establecido y no hubo contacto directo con los cables de electricidad, sino más bien se dio el fenómeno llamado " *arco eléctrico* ", por cuanto el cable eléctrico en la zona donde habita el actor se encuentra fuera de la norma establecida al efecto. Dado lo anterior, la situación resultaba imposible de prever y es imputable a la falta de regulación de la ARESEP respecto de la protección de la red y distribución de alturas y distancias de la misma. Indica que no hay prueba de existencia de negligencia o falta de deber de cuidado por parte de los trabajadores de la empresa demandada. Al respecto, este Tribunal ha tenido por demostrado que las personas que directamente realizaron la instalación productora de las lesiones al actor, fueron los codemandados, siendo así que se ha demostrado que al colocar la línea telefónica en mención, los codemandados eran conocedores de la situación de riesgo que significa el hecho de que el tendido telefónico quedaría a poca distancia de los cables de electricidad, sea pasando por encima del denominado pentagrama y encontrándose las respectivas acometidas telefónicas en una situación tal que éstas " *... han tenido que pasar y ser soportadas por encima de la línea de baja tensión...* ", tal y como lo indica el propio estudio pedido por la Sociedad que ocupa la figura patronal de los codemandados. Para este Colegio, es evidente que lo descrito evidencia una falta al cumplimiento de los deberes de diligencia media de los indicados señores Gómez García y Marín Camacho, en tanto que no es razonable aceptar que personas con experiencia en la materia, hayan sido omisos de advertir la situación planteada al menos y hayan optado, sin objeción alguna, a realizar la instalación telefónica respectiva en las

condiciones dichas. El carácter atípico de la altura y ubicación de las líneas eléctricas y telefónicas en el lugar de residencia del actor y los criterios de la técnica expresados en juicio, indican que ante la situación encontrada en el lugar de los trabajos, existía un nivel de previsibilidad de que podría darse una situación de riesgo, en caso de instalarse otra línea telefónica en la situación dicha. Las declaraciones de los codemandados presentan un reconocimiento expreso de su actuar en el sentido indicado, en tanto que en audiencia de juicio ellos manifestaron que en todo el sector el cableado se encuentra mal diseñado, y que ellos debieron instalar la línea telefónica del actor a pesar de lo anterior, por encima del pentagrama eléctrico. Por otra parte, también hay prueba de que la instalación de la línea eléctrica fue realizada por los codemandados de la casa del actor hacia la caja de dispersión, siendo así que por el contrario, el procedimiento establecido por el ICE para la instalación de líneas fijas, parte de acciones en ésta hacia el domicilio del solicitante. En este orden de ideas, en la prueba confesional solicitada, ambos codemandados admiten haber iniciado la instalación de la conexión en el hogar del actor, para luego proceder a realizar el resto del procedimiento de instalación hacia afuera del mismo, a pesar de que el manual de procedimientos para la instalación de servicios convencionales y con tecnología E.R. indica los pasos a seguir de la siguiente manera: " 7.12. *Desplazar técnico a la Caja de Dispersión.* 7.13. *Probar presencia de tono en el par asociado a la OTC.* 7.13.1. *Si hay tono, se desplaza al inmueble del cliente y continúa con el punto 7.14....* 7.14. *Existen las condiciones requeridas (infraestructura de red y el cliente, dirección y localización del cliente, presencia del cliente en el inmueble y documentación oficial de solicitud del servicio) para ejecutar la instalación de la OTC de acuerdo a la normativa vigente..."*

Como se advierte el incumplimiento de la norma técnica establecida en el manual de procedimientos aplicable a la materia, indica que en la instalación de la línea telefónica al actor, los demandados se apartaron las condiciones exigidas en la materia de manera deliberada, y de manera imprudente permitieron que la electricidad transcurriera del cable respectivo hasta su persona. De haberse seguido el procedimiento establecido, sea de la caja de dispersión hacia el hogar y no al contrario, se hubieran modificado las condiciones originales que generaron los daños invocados, y que fueron producidos al ser el actor el único depositario de la respectiva descarga. Inclusive el testigo ofrecido por los codemandados, quien ocupaba el cargo de Supervisor general de la empresa al momento de los hechos, Señor **Carlos Luis Jiménez Fallas**, indicó expresamente que no se deben instalar las líneas telefónicas por encima del pentagrama eléctrico. En razón de lo anterior, no llevan razón los demandados cuando indican que todas las conexiones fueron realizadas conforme al procedimiento establecido, dado que en autos se demuestra lo contrario. Tampoco es razonable aceptar el argumento de que la situación dada era imposible de prever, por cuanto la línea eléctrica y telefónica presentaba una evidente anormalidad en cuanto a su altura y ubicación, imposible de no ser vista por los funcionarios responsables, los

cuales, por su experiencia, tenían clara conciencia de los riesgos generados. Por otra parte, no demostró la parte demandada que el daño producido por el actor fuera imputable a la falta de regulación de la ARESEP respecto de la protección de la red y distribución de alturas y distancias de la misma. No hay prueba en autos de una actitud omisa por parte de ésta ni se evidencia la existencia de un deber normativo de regular la materia por su parte. En todo caso, la responsabilidad en este sentido es del ente público responsable del tema de las telecomunicaciones fijas, el cual ya ha sido condenado de manera solidaria en esta sentencia. Dadas la anteriores consideraciones, se estima que si se cuenta con prueba de existencia de negligencia o falta de deber de cuidado por parte de los trabajadores de la empresa demandada y por consiguiente, Así las cosas, procede acoger la demanda en lo que respecta a los codemandados y determinar la existencia de un deber de reparar los daños causados al actor con motivo de los hechos objeto del presente proceso.-

**XI). Sobre el daño material:** La parte actora en su demanda invoca daños materiales consistentes en daños graves ocasionados en diferentes partes de su cuerpo y un posible daño al corazón, pulmones, riñones e hígado. Indica quemaduras, injertos y la afectación a su oratejo izquierdo a un grado tal que el mismo quedó inútil para sus funciones básicas. En el caso en examen debe partirse de las consideraciones realizadas respecto a los presupuestos del daño como tal para que sea resarcible. En este sentido, se aplica el artículo 317 del Código Procesal Civil, en tanto dispone: "*La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho. 2) A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor*". Al respecto, si bien es cierto, no se ha demostrado la existencia de un posible daño al corazón, pulmones, riñones e hígado, tal y como en algún momento se indicó en la demanda ni se evidencia otro daño material como probado, mediante dictamen DML-2010-13694 de 9 de noviembre de 2010 del Departamento de Medicina Legal se determinó una incapacidad temporal de cinco meses al actor y una incapacidad permanente del siete por ciento de su capacidad general. No obstante lo anterior, con respecto al impedimento definitivo sufrido por el actor, el Instituto Nacional de Seguros indicó que el actor presenta impedimento de un doce por ciento de la capacidad general. Este colegio estima procedente aplicar este último criterio, en tanto que la valoración hecha por el indicado ente, con independencia a su etiología, corresponde a una disminución de facultades o aptitudes para el trabajo, dada la naturaleza jurídica del mismo, siendo así que el actor es una persona asalariada, en la cual, lo relevante para efectos de la determinación del daño material, es la verificación del grado de la afectación sufrida por él en sus facultades para laborar, ante todo. Una afectación en abstracto, desligada del punto de referencia de la aptitud humana para ejercer su labor y así llevar al seno familiar los ingresos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas, no es admisible ni relevante.

En el caso en examen no debe obviarse que el daño material invocado es fundamentalmente un daño corporal, el cual se entiende como "*cualquier alteración somática o psíquica que, de una forma u otra, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o simplemente, limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya en lo orgánico, ya en lo funcional. Es suficiente cualquier merma de la integridad de la biología individual, con independencia de sus repercusiones prácticas en uno o más campos de la actividad humana*" (M. Rodríguez, citado por Laborda Calvo Eugenio en Cesión de Datos o Consentimiento Informado en Valoración del Daño Corporal). Por su parte, otro autor más recientemente lo define como "*las consecuencias que un suceso traumático determinado ha tenido sobre la integridad psicofísica y la salud de una persona. Cuando el suceso traumático es atribuible a un tercero, éste está obligado a responder de dichas consecuencias, sean de orden penal, civil, laboral o contencioso-administrativo*". (Hernández Cueto citado por Laborda Calvo Eugenio en Cesión de Datos o Consentimiento Informado en Valoración del Daño Corporal). En nuestro país, al haber imperado el monopolio en materia de seguros por más de 60 años, el Instituto Nacional de Seguros (INS) posee amplia experiencia de la administración del programa de valoración y reparación del daño corporal, siendo así que los mismos significan una peritación en donde se define o diagnostica la identidad del daño, el grado de incapacidad, las posibilidades de curación, las modificaciones impuestas por el dolor físico, además indica con claridad la consolidación de las lesiones, y de sus posibles complicaciones así como la afectación de las expectativas de vida, mas sin que existan reglas en la valoración del daño corporal que puedan establecer una equivalencia económica con el perjuicio sufrido, por lo que se habla de la existencia de un principio de discrecionalidad pericial. En razón de lo anterior, tomando en consideración que las lesiones sufridas por el actor en su cuerpo y cuya existencia en su cortejo izquierdo fueron debidamente constatadas en reconocimiento judicial, inciden en su capacidad para laborar, según lo demostrado, se estima procedente utilizar como parámetro para la determinación del daño material sufrido, el indicado impedimento de un doce por ciento de la capacidad general y de cinco meses de incapacidad temporal señalado por el Instituto Nacional de Seguros. En este orden de ideas, no es que se descalifique la existencia de otro dictamen con un porcentaje menor, sino que se estima que para la situación particular del actor y sus requerimientos de uso de su capacidad laboral a futuro, es más aplicable al caso en concreto, la experticia del ente asegurador. Es menester indicar que en el caso en examen, no han demostrado las partes demandadas que el daño indicado no reúna las características establecidas en el artículo 196 de la Ley General de la Administración Pública no sea "*...efectivo, evaluable e individualizable. ..*" o que el mismo no haya sido ocasionado con motivo de los hechos objeto de la presente demanda o imputables a la víctima. En algunas partes de las intervenciones de las partes demandadas, éstas sugieren la eventualidad de que el daño pudiere ser causado por hecho de un tercero, fuerza mayor o que inclusive por una conducta propia de la víctima (falta de cuidado con la higiene y curaciones en el



dedo afectado del actor), se presentara el nivel de lesiones demostrado. Nada esto fue probado, no bastando el mero dicho de la parte en tal sentido. Necesariamente se requiere prueba que de alguna manera de elementos de convicción como para determinar que se ha roto el vínculo causal entre los indicados hechos y el daño invocado. Por el contrario, toda la prueba existente indica de manera fehaciente que las lesiones del actor fueron causadas de manera directa y evidente por la descarga eléctrica producida con motivo del servicio de instalación de su línea telefónica fija por los codemandados. Tampoco es de recibo el argumento del abogado de los codemandados en el sentido de que al no haber aportado el actor el dinero correspondiente al perito matemático y no haberse realizado la labor de éste por su culpa, se encuentra en una situación de ayuno probatorio. Es de advertir que la pericia a realizar sería sobre el quantum del daño y no sobre la existencia de éste en sí mismo, siendo posible que en etapa de ejecución de sentencia se realice tal labor. Así las cosas, procede condenar en abstracto de manera solidaria al **Instituto Costarricense de Electricidad, Técnicos en Telecomunicaciones SAL S.A., Allan Eduardo Gómez García y Luis Ángel Masís Camacho** a pagar al señor **Diego Alonso Ríos Buján**, la sumas correspondientes a la incapacidad permanente de un doce por ciento de la capacidad orgánica del actor, así como cinco meses de incapacidad temporal, ambas sufridas con motivo de los hechos demostrados en el presente proceso. Dichos montos se determinarán en etapa de ejecución de sentencia.

**XII). Sobre el daño moral** : Con respecto a la posibilidad de indemnizar el daño moral que pudiere haberse ocasionado con motivo de una conducta de la Administración, también debe aplicarse el artículo 9 y 41 de la Constitución Política, habida cuenta que en el primero no se realiza en ningún tipo de distinción con respecto a la responsabilidad del Estado y en el segundo, se hace expresamente referencia a la posibilidad de tutelar intereses "morales", entre los cuales, se encuentra la posibilidad de resarcir tanto el daño moral subjetivo, como el objetivo. Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, dispuso sobre este tema: "*Artículo 11: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*" *Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*" "*Artículo 5.1: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*" Inclusive de manera previa a que entrara a regir la Constitución Política de 1949 o se aprobara dicha Convención a finales de la década de los 60, desde el siglo XIX, el numeral 59 del Código Civil preceptúa: "*Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad*" En materia del derecho administrativo nacional propiamente, el artículo

197 de la Ley General de la Administración Pública, dispuso: "*Cabrá responsabilidad por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente*". No obstante lo anterior, procede realizar algunas precisiones sobre la materia, con base en la doctrina y sendas resoluciones judiciales emitidas en la materia, dadas las particularidades existentes con respecto a este tipo de daño, habida cuenta que en el caso del daño moral subjetivo, al afectarse la esfera más íntima del individuo, no pueden aplicarse las reglas comunes con respecto a la prueba del daño, cuando la afectación se realiza en el patrimonio del sujeto. En este orden de ideas, se ha dicho, "*Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades M. de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No creemos que el agravio moral deba ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifiesta a veces por signos exteriores que pueden no ser una auténtica expresión ... nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción*" ( Bustamante Alsina, "*Equitativa valuación del daño no mensurable*", 1990. p 655 y 656). Las anteriores consideraciones tienen como fundamento la apreciación de que el daño moral debe ser visto como *in re ipsa* o *en sí mismo*, dado que para tener configurado un perjuicio espiritual, no resulta necesario probar sufrimiento o depresión exteriorizados hacia terceros, dado que implica más bien la alteración del equilibrio existencial de las personas, dentro de su ámbito más íntimo y no necesariamente dado a conocer o exteriorizado en toda su dimensión hacia terceros, en tanto que esto último está en función de la personalidad de cada individuo lesionado y partiendo de que las reacciones del humano tienen diversas formas y oportunidades de manifestación. Por lo anterior, en el caso de que se demostrara la existencia de una conducta (muerte de un ser querido, pérdida o lesión de un bien moral o patrimonial, afectación a derechos fundamentales, etc) que pudiere afectar el ámbito de intimidad de la persona - por provocar dolor, angustia, sufrimiento, etc-, se interpreta que necesariamente existe un daño moral, siendo así que la intensidad de éste y por ende el medio para su resarcimiento, se determinarán de conformidad con los criterios que a continuación analizaremos en este mismo considerando. Es entonces, en función de los derechos subjetivos menoscabados, que podemos hablar de la existencia de un daño moral, dado que éste se producirá ante la violación de alguno de los derechos inherentes de la personalidad y que por ende son considerados extrapatrimoniales. Es por ello, que se habla que el daño moral surge con el mero acaecimiento demostrado de la actuación formal o material de la Administración u omisión de actuación que vulnera dichos derechos. En este orden de ideas, conviene hacer referencia a lo siguiente: "*Siendo el agravio moral la*

*consecuencia necesaria e ineludible de la violación de algunos de los derechos de la personalidad de un sujeto, la demostración de la existencia de dicha transgresión importará, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño. La determinación de la existencia de un daño moral puede efectuarse de una manera tan objetiva como la comprobación de un agravio patrimonial. Se hace necesario a tal fin sólo confrontar un hecho con la norma jurídica que otorga a favor de un sujeto un derecho inherente a la personalidad, para comprobar si el primero constituye o no violación de lo preceptuado en la segunda.."*

*(Brebba Roberto. El Daño Moral. Editorial Orbir.)* Por otra parte, debe advertirse que se ha aceptado que dentro del marco de la teoría de la responsabilidad de la Administración Pública, en tesis de principio, sería válido aceptar la posibilidad de que el demandado puede probar la existencia de una de las circunstancias eximentes de responsabilidad establecidas en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, a saber, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un hecho de un tercero; o inclusive probar su inexistencia o menor gravedad de lo invocada. Es así como se ha indicado que *"La cantidad que se fije, debe ser fiel reflejo de las circunstancias descritas en el expediente, para que resulte una suma apropiada, dado los problemas sufridos por el perjudicado, causados por los actos ilícitos penales o civiles del agente o de los agentes productores del daño. En razón de que esas presunciones son iuris tantum, admiten prueba en contrario, de lo cual debe ser sumamente diligente el demandado o sujeto activo del daño, ya que le corresponde la carga de la prueba para desvirtuar las presunciones de dolor, sufrimiento, mortificación o agravio y para ello puede acudir a cualquier tipo de prueba ordinaria."*

(Montero Piña Fernando. El Daño Moral, Página 61. Impresión Gráfica del este). No sin advertir que alguna doctrina ha sostenido que cualquier daño producto de una conducta lícita y normal, cuando el nivel de intensidad es excesivo, no procede ningún tipo de eximente. En este orden de ideas, considera este Tribunal que conviene hacer algunas precisiones con respecto al daño moral que serán plenamente aplicables para la resolución de la ejecución sometida a su conocimiento. En primer término, debe destacarse que en materia de daño moral hablamos de una función compensadora y no de la equivalencia buscada en el caso del daño material. Adicionalmente, no debe obviarse que el daño moral no escapa de la certeza con relación a que éste debe ser consecuencia de la actuación u omisión de la administración, así como debe ser cierto el interés lesionado de la persona que lo invoca. En este orden de ideas, se ha indicado lo siguiente: *"El daño moral no es el dolor, la pena, la angustia sino la minoración espiritual derivada de la lesión a un interés no patrimonial. Dicho detrimento existe aunque falte comprensión por parte del damnificado del perjuicio sufrido; en ausencia de lágrimas; inclusive cuando la víctima no se encuentre en condiciones físicas o "síquicas" para "sentir" pena, dolor o angustia (v.gr. una persona descerebrada). El disvalor subjetivo existe cuando la víctima haya "madurado" ese dolor y quizás, dejado*

*de "sentirlo". Así concebida la cuestión, se advierte de inmediato que el daño moral puede derivar sus efectos hacia el futuro, con suficiente grado de certeza..."*

(Daniel Pizarro Ramón Daño Moral. Ed. Hammurabi. Página 105) Por otra parte, el daño moral es de orden personal, en función de la afectación de un interés legítimo del afectado. Con respecto a los alcances del daño moral en nuestro país, la Sala Primera en su voto N 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992, reiteradamente citado y aplicado por diferentes instancias jurisdiccionales, indicó: "

*IV. El daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, por cuanto el deber de resarcir solamente se configura si ha mediado un hecho ilícito dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante, susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico. El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesis, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo. V.- En muchas ocasiones se utilizan indiscriminadamente las expresiones "daños" y "perjuicios". Es menester precisar y distinguir ambos conceptos. El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado (damnum emergens), en tanto el perjuicio está conformado por la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir (lucro cesans), la cual era razonable y probablemente esperable si no se hubiese producido el hecho ilícito. VI.- No cualquier daño da pie a la obligación de resarcir. Para tal efecto, han de confluir, básicamente las siguientes características para ser un "daño resarcible": A) Debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturables. El daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; asimismo, no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio, pues el primero está referido a aquél que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generador del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, ello constituye un extremo de incumbencia subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de una excesiva susceptibilidad. B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. Así puede haber un damnificado directo y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso, y el segundo serán los sucesores de la víctima. C) Deberá ser causado por un*

tercero, y subsistente, esto es, si ha sido reparado por el responsable o un tercero (asegurador) resulta insubsistente. D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño. VII.- Dentro de las clases de daños, se encuentra en primer término el daño material y el corporal, siendo el primero el que incide sobre las cosas o bienes materiales que conforman el patrimonio de la persona, en tanto el segundo repercute sobre la integridad corporal y física. En doctrina, bajo la denominación genérica de daño material o patrimonial, suelen comprenderse las específicas de daño corporal y de daño material, en sentido estricto. La segunda parece ser la expresión más feliz, pues el daño corporal suele afectar intereses patrimoniales del damnificado (pago de tratamiento médico, gastos de hospitalización, medicamentos, etc.), ganancias frustradas si el daño lo ha incapacitado para realizar sus ocupaciones habituales (perjuicios), etc.. Esta distinción nació en el Derecho Romano, pues se distinguía entre el daño inferido a las cosas directamente (*damnum*) y el que lesionaba la personalidad física del individuo (*injuria*). En el daño patrimonial el menoscabo generado resulta ser valorable económicamente. VIII.- El daño moral (llamado en doctrina también incorporeal, extrapatrimonial, de afección, etc.) se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, empero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre daño moral subjetivo "puro", o de afección, y daño moral objetivo u "objetivado". El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.). El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio. Esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación. Para la indemnización debe distinguirse entre los distintos tipos de daño moral. En el caso del objetivo, se debe hacer la demostración correspondiente como acontece con el daño patrimonial; pero en el supuesto del daño moral subjetivo al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad, no constituyendo la falta de prueba acerca de la magnitud del daño óbice para fijar su importe. La diferencia dogmática entre daño patrimonial y moral no excluye que, en la práctica, se presenten concomitantemente uno y otro, podría ser el caso de las lesiones que generan un dolor

*físico o causan una desfiguración o deformidad física (daño a la salud) y el daño estético (rompimiento de la armonía física del rostro o de cualquier otra parte expuesta del cuerpo), sin que por ello el daño moral se repute como secundario o accesorio, pues evidentemente tiene autonomía y características peculiares. En suma el daño moral consiste en dolor o sufrimiento físico, psíquico, de afección o moral infligido con un hecho ilícito. Normalmente el campo fértil del daño moral es el de los derechos de la personalidad cuando resultan conculcados."*

Con base en lo anterior, se evidencia que en el caso del daño moral subjetivo, no se requiere de la existencia de una prueba directa, sino que le es aplicable determinados criterios que delimitan la discrecionalidad del Juzgador y que desprenden de su propia naturaleza jurídica y que han sido desarrollados por la jurisprudencia nacional. Así, en la resolución mencionada ut supra se establece como primer criterio delimitador, los principios generales del derecho y la equidad, siendo así que mediante voto 556-2003 de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo, se dispuso además como criterio, lo siguiente:

**VI.** *Referente al daño moral subjetivo, la situación es distinta, y desde ya se deja de manifiesto, que no lleva razón el Estado en cuanto a su oposición. Es un hecho innegable, que hubo lesión por conducta antijurídica del Ministerio de Educación, según lo declaró la Sala Constitucional, cuya consecuencia es, entonces, procurar en lo posible, el restablecimiento efectivo de la esfera subjetiva afectada, dada la falta de respuesta oportuna a un reclamo administrativo, para cuya concesión, al tratarse de este tipo de daño, es innecesaria la prueba, bastando en ocasiones, la simple constatación del hecho generador para que proceda su indemnización, con independencia del reconocimiento o rechazo de otros aspectos meramente patrimoniales, para los cuales sí es imprescindible la demostración física de los producidos. No significa lo anterior, que por el simple reclamo pueda otorgarse, ya que es necesaria la acreditación de su existencia y gravedad, carga que, sin lugar a dudas, le corresponde a la víctima no obstante, se ha permitido, que su comprobación pueda lograrse a base de indicios, ya que éste se produce, cuando se afecta la intimidad, el honor, la psiquis, la salud y la integridad física, entre otros, cuya gravedad, sin lugar a dudas, corresponde al reclamante, pudiendo acreditarse su existencia a través de presunciones de hombre inferidas de elementos circunstanciales, y por ello su prueba, es in re ipsa, tal y como reiteradamente lo ha expresado la Sala Primera de la Corte".*

(El destacado es nuestro). Tenemos entonces que un segundo criterio delimitador del daño moral subjetivo son las presunciones del hombre inferidas de los elementos circunstanciales del caso de análisis. Asimismo de diversas resoluciones judiciales y de la sentencia 413 de 19 de noviembre de 2002 de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Adm. Sección I, se evidencian otros criterios, a saber: "*III. Por daño moral subjetivo, ha entendido la doctrina aquella afección que incide sobre la esfera emocional de las personas causando preocupación, sufrimiento, ansiedad y otras*

emociones negativas y perjudiciales, cuyo origen sea los actos ilícitos provocados por el accionante. Por su naturaleza, son difíciles de probar por los medio ordinarios, por lo que puede el juzgador estimarlo con examen de las circunstancias que consten en el expediente y aplicado su experiencia, los principios generales de derecho y los de racionalidad y proporcionalidad. " (El destacado es nuestro). Estos últimos criterios han sido desarrollados de manera relevante para limitar la posibilidad de reconocimiento de indemnizaciones exageradas o desproporcionadas. En este orden de ideas, la Sala Primera ha señalado: " No se trata, entonces, de cuantificar el valor de la honra y dignidad de un sujeto, pues estos son bienes inapreciables, sino de fijar una compensación monetaria a su lesión , único mecanismo del cual puede echar mano el derecho, para así reparar, al menos en parte su ofensa. No cabría dentro de tal filosofía, establecer indemnizaciones exorbitantes, como sucede en otros sistemas jurídicos, pues ello produciría el enriquecimiento injusto del ofendido, mediante el lucro inmoral con la honra y dignidad propias. Dentro de los principios fundamentales del derecho, hállanse los de razonabilidad y proporcionalidad , a los cuales se les ha reconocido en nuestro medio el rango de principios constitucionales (ver al respecto, las resoluciones de la Sala Constitucional #1739 - 92 de las 11:45 horas del primero de julio y 3495-92 del las 14:30 horas del diecinueve de noviembre, ambas de 1992). Aplicándolos a situaciones como la presente, resulta indispensable, al fijar las obligaciones nacidas en situaciones jurídicas indemnizatorias, atender la posición de las partes y la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento, sin llegar a crear situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas. En tal sentido, el daño moral, en casos como el analizado, no podría dar lugar a indemnizaciones millonarias, como la pretendida. Ello abriría un portillo inconveniente , para dar paso a pretensiones desproporcionadas las cuales, so pretexto de tutelar el ámbito subjetivo del individuo, conducirían a un enriquecimiento injustificado que lejos de reparar la dignidad mancillada, socavaría sus fundamentos haciéndola caer en valores eminentemente económicos (Sala Primera voto 141 de 15:00 hrs. del 18 de junio de 1993 y No. 99 de 16 horas de 20 de setiembre de 1995) (El destacado es nuestro). La causalidad del daño es otro criterio de naturaleza insoslayable, en tanto que la causa real de éste puede determinar los alcances y límites de la estimación reparadora. Esto se puede inferir claramente del voto 00099-2003 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, en tanto indicó:

"IV. Resulta indispensable, establecer qué se entiende por daño moral, para lo cual, este Tribunal se permite citar la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992: "VII.- Dentro de las clases de daños, se encuentra en primer término el daño material y el corporal, siendo el primero el que incide sobre las cosas o bienes materiales que conforman el patrimonio de la persona, en tanto el segundo repercute sobre la integridad corporal y física. En doctrina, bajo la denominación genérica de daño material o patrimonial, suelen

comprenderse las específicas de daño corporal y de daño material, en sentido estricto. La segunda parece ser la expresión más feliz, pues el daño corporal suele afectar intereses patrimoniales del damnificado (pago de tratamiento médico, gastos de hospitalización, medicamentos, etc.), ganancias frustradas si el daño lo ha incapacitado para realizar sus ocupaciones habituales (perjuicios), etc.. Esta distinción nació en el Derecho Romano, pues se distinguía entre el daño inferido a las cosas directamente (*damnum*) y el que lesionaba la personalidad física del individuo (*injuria*). En el daño patrimonial el menoscabo generado resulta ser valorable económicamente.

VIII.- El daño moral (llamado en doctrina también incorporal, extrapatrimonial, de afección, etc.) se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, empero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre daño moral subjetivo "puro", o de afección, y daño moral objetivo u "objetivado". El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.). El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valubles (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio. Esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación. Para la indemnización debe distinguirse entre los distintos tipos de daño moral. En el caso del objetivo, se debe hacer la demostración correspondiente como acontece con el daño patrimonial; pero en el supuesto del daño moral subjetivo al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad, no constituyendo la falta de prueba acerca de la magnitud del daño óbice para fijar su importe. La diferencia dogmática entre daño patrimonial y moral no excluye que, en la práctica, se presenten concomitantemente uno y otro, podría ser el caso de las lesiones que generan un dolor físico o causan una desfiguración o deformidad física (daño a la salud) y el daño estético (rompimiento de la armonía física del rostro o de cualquier otra parte expuesta del cuerpo), sin que por ello el daño moral se repute como secundario o accesorio, pues evidentemente tiene autonomía y características peculiares. En suma el daño moral consiste en dolor o sufrimiento físico, psíquico, de afección o moral infligido con un hecho ilícito. Normalmente el campo fértil del daño moral es el de los derechos de la



personalidad cuando resultan conculcados." También sobre la prueba del daño moral, en la misma sentencia citada se expresó: " XIII.- En lo referente a la prueba del daño moral el principio es el siguiente: debe acreditarse su existencia y gravedad, carga que le corresponde a la víctima, sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones de hombre inferidas de los indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe "in re ipsa". Sobre el particular, esta Sala ha manifestado que en materia de daño moral "... basta, en algunas ocasiones, con la realización del hecho culposo para que del mismo surja el daño, conforme a la prudente apreciación de los Jueces de mérito, cuando le es dable inferir el daño con fundamento en la prueba de indicios " (Sentencia N 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979)". En el presente caso, cuando el actor solicitó el daño moral, expresó: "El grave daño moral que ocasionaron los Recurridos con sus actos, Los (sic) cuales llegaron a perjudicar psicológicamente mi integridad, los Cuales (sic) fueron debidamente razonados por el Magistrado Instructor y De (sic) los cuales solicito una prueba pericial forense a fin de determinar las secuelas del daño coaccionado al ser sometido a vejámenes y Presiones internas (...) Al ser despedido injustamente por parte del Minae, ocasiono (sic) la destrucción de mi hogar, ya que mi esposa me dejó porque no podía mantenerla, y al día de hoy no he podido conseguir trabajo, nos echaron (sic) de la vivienda en que vivíamos y tuve que irme de arrimado donde mi mamá. Además estaba en proceso un préstamo para vivienda y por mi despido no se pudo hacer." Todo el tema del despido del actor y por supuesto sus consecuencias materiales o morales, no es posible discutirlo dentro del presente proceso, porque no guarda relación de causalidad con los hechos que motivaron se acogiera el recurso de amparo: no pago de los extremos laborales, que en este caso, se limitó a la no cancelación en tiempo de vacaciones. El ejecutante nunca se refirió expresa o implícitamente, a que haya sufrido una perturbación anímica (pequeña o grande), sea dolor, angustia, congoja, por ese motivo, sino por el despido. Es el Juzgado de instancia, el que habla de un daño moral por la "espera en la situación en que se encontraba -cesante- era apremiante para resolver su estado y afrontar sus compromisos personales" . En otras palabras, el señor Miranda Garita pidió daño moral por una causa, y el Juzgado se lo concede por otra no alegada. Bajo estas circunstancias, procede revocar la sentencia apelada en cuanto concede una indemnización por daño moral."

Por otra parte, siempre dentro del orden de la proporcionalidad, se habla de la "prudente apreciación del Juez" del daño y su resarcimiento, de la siguiente manera: "Por lo anterior, el tribunal debe considerar la procedencia del extremo en comentario, al efecto la Sala 1ª. de la Corte Suprema ha dicho: " VI. Si bien el daño moral -en relación con el tema en cuestión- debido a su naturaleza, permite un amplio margen de discrecionalidad al juzgador en cuanto a su fijación, éste debe observarse

necesariamente dentro de ciertos parámetros insoslayables, por ejemplo, la antigua Sala de Casación, en sentencia N° 114 de las 16 hrs. del 2 de noviembre de 1979 avala la prudente apreciación de los jueces "...cuando les es dable inferir el daño con fundamento en la prueba de indicios. Esta Sala, en su fallo N° 114-93 señala que el prudente arbitrio aludido, ha de tener en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad. Alrededor de tales conceptos, la Sala, en un pronunciamiento posterior razona en los siguientes términos: "No se trata, entonces, de cuantificar el valor de la honra y dignidad de un sujeto, pues estos son bienes inapreciables, sino de fijar una compensación monetaria a su lesión, único mecanismo del cual puede echar mano el derecho, para así reparar, al menos en parte su ofensa. No cabría dentro de tal filosofía, establecer indemnizaciones exorbitantes, como sucede en otros sistemas jurídicos, pues ello produciría el enriquecimiento injusto del ofendido, mediante el lucro inmorale con la honra y dignidad propias. Dentro de los principios fundamentales del derecho, hállanse los de razonabilidad y proporcionalidad, a los cuales se les ha reconocido en nuestro medio el rango de principios constitucionales (ver al respecto, las resoluciones de la Sala Constitucional N° 1739-92 de 11,45 horas del 1 de julio y N° 3495-92 de 14,30 hrs. del 19 de noviembre, ambas de 1992). Aplicándolos a situaciones como la presente, resulta indispensable, al fijar las obligaciones nacidas en situaciones jurídicas indemnizatorias, atender la posición de las partes y la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento, sin llegar a crear situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas. En tal sentido, el daño moral, en casos como el analizado, no podría dar lugar a indemnizaciones millonarias, como la pretendida. ello abriría un portillo inconveniente, para dar paso a pretensiones desproporcionadas las cuales, so pretexto de tutelar el ámbito subjetivo del individuo, conducirían a un enriquecimiento injustificado que lejos de reparar la dignidad mancillada, socavaría sus fundamentos haciéndola caer en valores eminentemente económicos (Sala Primera N° 41 de 15,00 de 18 de junio de 1993 ). VII. Recapitulando, se tiene que el prudente arbitrio a emplear por el Juzgador en situaciones como la presente, supone la observancia de parámetros ineludibles como la prueba indiciaria, las circunstancias propias del caso concreto, los principios generales del derecho, la equidad, la posición de las partes; la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento y los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Sobre tales extremos puede y debe la parte interesada ofrecer prueba en lo posible. Solo así puede arribarse a un prudente arbitrio. Al margen de tales consideraciones la fijación discrecional corre el grave riesgo de incurrir en un exceso de poder que desfigure o desvirtúe lo ejecutoriado. Sea, la prudente apreciación del juez, aún contando con la realización del hecho generador -cual ocurre en la especie- (principio "in re ipsa"), precisa de las consideraciones o parámetros comentados, en torno al daño, para, con arreglo a ellos establecer el motivo. En el evento de que no militaren en autos elementos de juicio sobre el particular, tendrá el juzgador que actuar en consonancia con tal situación adoptando

*una actitud conservadora en la fijación, pues de no hacerlo así podría incidir en exceso de poder."*

Voto 00093-2000 del Tribunal Contencioso Adm. Sección II. De conformidad con lo anterior, el reconocimiento del daño moral debe realizarse en el entendido de que si bien no requiere prueba directa, los Juzgadores deben tener especial prudencia y proceder a su valoración bajo su prudente apreciación, bajo criterios de equidad, aplicando las presunciones del hombre inferidas de los elementos circunstanciales del caso de análisis, a efecto de determinar la procedencia y el quantum de la sentencia condenatoria por este extremo dentro de los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad.

**XII). Sobre el daño moral invocado en el caso concreto:** En el presente proceso, la parte actora invoca un daño moral consistente en afectaciones morales como depresión, temor, preocupación por el futuro de su familia, incertidumbre sobre el estado y situación de ésta, impotencia y se vio impedido de realizar una serie de actividades ordinarias en su ámbito personal, laboral y familiar. Las partes demandadas rechazan la existencia de prueba al respecto. Con respecto a este extremo, estima este Tribunal que de la experiencia de los hechos del Ser Humano en general y de la vida, de la lógica y de las consecuencias en sí mismas de la situación ocurrida, se advierte un evidente daño moral subjetivo en perjuicio del señor Ríos Buján. Como se advierte de lo manifestado por la parte actora, el daño invocado se funda básicamente en el dolor sufrido y accesoriamente en las consecuencias del proceso transcurrido con motivo de los hechos que dan origen a la presente demanda. En este sentido, este Tribunal tiene claro que en el caso concreto, existen tres momentos en los cuales se da el daño moral sufrido por el actor, a saber: **a) Durante la descarga eléctrica misma:** En el momento en que el señor Ríos y cualquier otro ser humano surge una descarga eléctrica, (tal y como fue demostrado en autos) siente dolor, angustia e incertidumbre sobre su existencia mortal. A lo anterior se suma la angustia sobre la situación y destino de sus familiares inmediatos y la duda del motivo que originó la situación generadora del daño y si ésta afectará también a sus hijas. Debe advertirse que el hecho tal y como se dio, no era posible de ser previsto por el actor y que por consiguiente le impide adoptar cualquier previsión sobre el bienestar de sus seres queridos. Un ser humano medio ante una situación como la demostrada en juicio mantendrá una situación de angustia, tanto por el devenir de su núcleo familiar, ante la eventual pérdida de su persona como cabeza de familia y principal fuente de ingresos, como de sí misma. Por otra parte, de la declaración del testigo Alejandro Matamoros León se evidencia que inclusive en el sitio en donde se encontraba el actor olía a carne y cabello quemado, siendo así que también debe tomarse en consideración para la determinación de existencia de una afectación moral el hecho de que la descarga eléctrica le ocasionó importantes quemaduras en el cuerpo del Señor Ríos, que aplicando la lógica, generan un dolor de especial

intensidad. **b) En el proceso posterior a la descarga eléctrica:** Con posterioridad a haber sufrido la descarga eléctrica, se ha demostrado que el actor fue sometido a una serie de intervenciones médicas, como curaciones, injertos, lavados, cambios de vendajes que provocaron dolor reiterado. Ese solo hecho es causa de un daño moral, al cual debe sumarse la incertidumbre sobre las consecuencias finales de lo acaecido, la duda sobre si se obtendrá una curación definitiva o si por el contrario, se mantendrán los efectos de lo acaecido en su vida. Adicionalmente, la incertidumbre sobre el estado de su familia y la imposibilidad de estar y socializar con sus seres queridos en el período de internamiento, aunado a la posibilidad de perder el oratejo izquierdo como producto de lo sucedido y que aún hoy le continúa afectando. A lo anterior debe sumarse estrés por una potencial pérdida de ingresos económicos necesarios para la satisfacción de las necesidades alimentarias de sus hijas, menores de edad y que inciden en la angustia que debió sufrir el actor en su estadía en el respectivo hospital.

**c) En las secuelas mismas de la descarga eléctrica :** Luego de la salida del hospital, el actor también ha sufrido otras afectaciones morales. Por un lado, el estado de su primero oratejo izquierdo, que a pesar del tiempo transcurrido aún no muestra signos de curación, la incertidumbre sobre este aspecto hacia futuro y sus consecuencias en el ámbito normal de caminar, sostener su pie e inclusive laboral, implican un daño en su interior, dada la angustia y dolor moral que ello puede significar. De manera correlativa, tenemos las declaraciones hechas en juicio por la cónyuge del Señor Ríos Buján sobre la incidencia que tal hecho ha tenido tanto en su vida íntima como en su relación con sus hijas, dado el estado actual de dicho oratejo (que pudo ser constatado en reconocimiento por parte del Tribunal de Juicio), así como las declaraciones del afectado sobre su incidencia en aspectos ordinarios de la vida como son la diversión - jugar fútbol con amistades, actividades laborales, correr, etc- . Adicionalmente, se ha demostrado que el actor fue sometido a terapias de rehabilitación, que también tienen una incidencia de dolor y afectación emocional. A lo anterior debe adicionarse que la consecuencia de un impedimento permanente de un doce por ciento de la capacidad general, es causa suficiente como para tener por determinado un daño moral en el actor. No llevan razón las partes demandadas cuando niegan la causalidad de la afectación invocada con los hechos objeto del proceso, dado que de éstos in re ipsa y según criterios de lógica, experiencia y del común entender, se desprende de manera fehaciente las lesiones morales indicadas. En razón de lo anterior, procede acoger la pretensión de indemnización en este aspecto, mas en el entendido de que este Colegio estima que el monto requerido por el actor no es proporcional y por ende resulta excesivo. En este orden de ideas, solicita la parte se condene al pago de la suma de treinta millones de colones. No obstante lo anterior, se considera que al nivel de afectación moral indicada, corresponde un monto inferior, habida cuenta que con la suma de veintitres millones de colones se compensa de manera adecuada la aflicción, incertidumbre, dolor, angustia indicados anteriormente, en tanto que si bien grave, el daño ocasionado no trasciende a una invalidez o lesión mayor que le imposibilitara

permanente o de mayor seriedad y gravedad otros ámbitos personales, familiares, laborales o de intimidad. Con lo anterior no se demerita que en el caso del actor se dieron afectaciones morales graves, tal y como se están reconociendo, sino más bien, se hace énfasis, en que los hechos pudieron haber tenido consecuencias aún más graves en el actor, que afortunadamente no trascendieron en su caso en concreto. Como se ha demostrado, el 15 de diciembre de 2009, se suscribió con el Instituto Costarricense de Electricidad un pre acuerdo conciliatorio en donde se le gira tres millones de colones como un adelanto del monto que se establezca como indemnización, siendo así que al actor se le hizo pago de la suma de dicha suma mediante transferencia electrónica. En razón de lo anterior, de la suma indicada por concepto de daño moral, deberá deducir lo ya girado a modo de compensación en sede administrativa, por lo que se debe condenar a los codemandados al pago de la suma de veinte millones de colones como parte de la condena indicada en la presente sentencia.

**XIII). Defensas:** Se invocaron dos presupuestos materiales de la sentencia estimatoria, que resulta imperito analizarlos por separado.

**XIII.I. Sobre la falta de legitimación pasiva:** Estima este Tribunal que esta defensa debe ser rechazada en tanto que la parte actora demanda de manera solidaria a quienes estima, tal y como se ha demostrado en juicio, como participantes en la conducta productora del daño.

**XIII.II. Sobre la falta de derecho:** Por los motivos indicados en los considerandos anteriores, procede rechazar la defensa de falta de derecho y acoger la demanda en todos sus extremos.”

**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.

---

<sup>i</sup> 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 21 de 21 del 26/02/2013. Publicada en: Gaceta N<sup>o</sup> 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.

<sup>ii</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Ídem.

<sup>iii</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Ídem.

<sup>iv</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 35 de las catorce horas del veintiséis de abril de dos mil trece. Expediente: 12-004496-1027-CA.

<sup>v</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 514 de las once horas con cincuenta minutos del dieciséis de febrero de dos mil diez. Expediente: 09-001051-1027-CA.

<sup>vi</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 118 de las once horas con treinta minutos del dieciséis de mayo de dos mil once. Expediente: 09-001833-1027-CA.

<sup>vii</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 259 de las nueve horas del catorce de noviembre de dos mil doce. Expediente: 11-000177-0166-LA.

<sup>viii</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 3 de las ocho horas con quince minutos del dieciséis de enero de dos mil trece. Expediente: 12-002824-1027-CA.

<sup>ix</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 40 de las dieciséis horas del treinta de abril de dos mil trece. Expediente: 11-002511-1102-CA.