

EXP: 99-000366-0163-CA

RES: 001113-F-S1-2010

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las diez horas veinticinco minutos del veintitrés de setiembre de dos mil diez.

Procesos ordinarios acumulados establecidos en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Expediente no. **1** interpuesto por **REFINADORA COSTARRICENSE DE PETRÓLEO SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada por su presidente ejecutivo, **W.**; contra **la demandada**, representada por su apoderado generalísimo sin límite de suma, **J., [...]** y, expediente número **2** de **la demandada**; contra **REFINADORA COSTARRICENSE DE PETRÓLEO SOCIEDAD ANÓNIMA**. Figuran además, como apoderados especiales judiciales: por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., la Licda. Adriana Rodríguez Guillén, bínuba; y, de **la demandada.**, el Lic. Aldo Milano Sánchez. Las personas físicas son mayores de edad y con las salvedades hechas casados, abogados y vecinos de San José.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, la sociedad actora en el expediente no. **1**, estableció proceso ordinario, cuya cuantía se estimó en la suma de dieciséis millones seiscientos cuarenta y dos mil

setecientos sesenta y ocho colones con setenta y dos céntimos, a fin de que en sentencia se obligue al pago de lo adeudado a su representada y se decreten los embargos respectivos contra los bienes de la demandada.

2.- La sociedad demandada contestó conforme a folios 159 a 173 y opuso la excepción de falta de derecho.

3.- Por su parte, la actora en el expediente no. **2**, instauró demanda ordinaria, cuya cuantía se fijó en la suma de treinta y tres millones quinientos cincuenta y seis mil seiscientos ochenta y tres colones con veintidós céntimos, para que en en sentencia se declare: *“a.- Por violar el contenido de la cláusula compromisoria y el punto 1.39 del cartel de Contratación Pública No. [...], la nulidad absoluta de los acuerdos de Junta Directiva de RECOPE números ASJD-0450-98, tomado en la sesión No. 3282-027 del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, ASJD-0646-98 tomado en la sesión número 3298-043 del catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, notificado mediante oficio No. AFAD-SL-1797-98 y de aquellos en conexión directa con éstos, en específico, aunque no taxativamente, la ejecución material de la garantía bancaria de cumplimiento. b.- Condénese a la demandada al pago de daños y perjuicios, consistentes en: - **daños** en la afectación a la imagen de la empresa, estimado en la suma de diez millones de colones; - **perjuicios** consistentes en: - costo financiero derivados del pago al banco emisor de la garantía bancaria ejecutada cuya cuantía será objeto de la pericia ofrecida; costo financiero en el tiempo, de la*

imposibilidad de disponer de la suma finalmente cancelada al banco, y que pudo haber sido invertida en el giro normal de la empresa a razón de un margen de utilidad no menor del 35 % anual, suma a determinar por el perito ofrecido; - la suma a determinar por el perito relativa al costo financiero extraordinario que ha debido asumir la actora a la hora de requerir garantías bancarias de participación o cumplimiento, en diversas entidades bancarias con posterioridad a la ejecución de la garantía por parte de la demandada. c.- como producto del efecto retroactivo de la nulidad aquí solicitada, ordénese la devolución de la suma de treinta y tres millones quinientos cincuenta y seis mil seiscientos ochenta y tres colones con veintidós céntimos, correspondientes al monto de la ejecución de la garantía aquí referida, más los intereses legales, que a modo de indexación deberán reconocerse previa liquidación a partir de la fecha de la ejecución de la garantía de cumplimiento por ese monto; d.- condénese en ambas costas a la demandada.”

*Asimismo, de manera subsidiaria pidió: “**PRETENSIÓN SUBSIDIARIA 1:** a.- Por violarse los principios de razonabilidad y proporcionalidad, declárese con efecto retroactivo, la nulidad absoluta de los actos impugnados y de aquellos en conexión directa con éstos, en específico, aunque no taxativamente, la ejecución material de la garantía bancaria de cumplimiento; b.- Con fundamento en lo establecido en el artículo 20 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, declararse además, la nulidad del artículo 27 del Reglamento General de Contrataciones de la demandada, publicado en el Diario Oficial, La*

Gaceta No. 45 de 4 de marzo de 1992, por los mismos vicios que afectan a los actos impugnados. c.-... d.- como producto del efecto retroactivo de la nulidad aquí solicitada, ordénese la devolución de la suma de ¢33.556.383,22 (treinta y tres millones quinientos cincuenta y seis mil seiscientos ochenta y tres colones con veintidós céntimos), monto de la ejecución de la garantía aquí referida más los intereses legales que, a modo de indexación, deberán reconocerse, previa liquidación a partir de la fecha de la ejecución de la garantía de cumplimiento por ese monto; d.- ...

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA 2: *a.- Por ser ilegítimo el motivo argüido en los actos impugnados dado que el hecho del tercero no vinculado a la demandada - proveedor de la pintura dañada- **SI** es causa de eximente de responsabilidad de la actora, declárese con efecto retroactivo, al tenor de los artículos 133 y 166 de la LGAP, la nulidad absoluta de los actos impugnados y de aquellos en conexión directa con éstos, en específico, aunque no taxativamente, la ejecución material de la garantía bancaria de cumplimiento... **PRETENSIÓN SUBSIDIARIA 3:** En el lejano evento de que no se acoja cualquiera de las anteriores pretensiones, solicito sea acogida la siguiente: a.- Por haberse prescindido el beneficio de la garantía formal del debido proceso, de previo a la imputación de la responsabilidad contractual y su liquidación a la actora, lo cual vulnera el artículo 11, 13, 39 y 41 constitucionales declárese en efecto retroactivo la nulidad absoluta de los actos impugnados y de aquellos en conexión directa con éstos, en específico, aunque no taxativamente, la ejecución material de la garantía*

bancaria de cumplimiento... **PRETENSIÓN SUBSIDIARIA 4:** a.- Por haberse violado las reglas unívocas de la ciencia, la técnica, imponiéndose 100 días multa por atraso, en contra de la recomendación técnica contenida en el oficio DESJ-606-97, constante en el expediente administrativo, quebranto de nulidad absoluta al tenor del artículo 16 de la LGAP, declárese con efecto retroactivo la nulidad absoluta de los actos impugnados y de aquellos en conexión directa con éstos, en específico, aunque no taxativamente, la ejecución material de la garantía bancaria de cumplimiento...”

4.- Recope S. A. contestó conforme a folios 329 a 348 e interpuso la excepción de falta de derecho; así como la expresión genérica *"sine actione agit"*.

5.- La Jueza Evelyn Solano Ulloa, en sentencia no. 307-2007 de las 13 horas 10 minutos del 7 de marzo de 2007, resolvió: *"Se declara sin lugar las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, falta de interés y falta de derecho opuestas por RECOPE. Se declara con lugar la demanda interpuesta por la **demandada**, por lo que se anulan los siguiente actos administrativos: el acuerdo de Junta Directiva de RECOPE número ASJD-0450-98, tomado en la sesión No. 3282-027 del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, el acuerdo ASJD-0646-98 tomado en la sesión número 3298-043 del catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, notificado mediante oficio No. AFAD-SL-1797-98, así como todos los documentos posteriores, y la ejecución material de la garantía*

*bancaria de cumplimiento. Se condena a la Refinadora Costarricense de Petróleo, RECOPE, al pago de los daños y perjuicios que ascienden a la suma total de **treinta y tres millones quinientos cincuenta y seis mil seiscientos ochenta y tres colones con veintidós céntimos (¢33.556.683,22)**, por concepto de la obligación principal por el monto de dieciséis millones novecientos trece mil novecientos catorce colones con cincuenta céntimos (¢16.913.914,50), más los intereses contabilizados sobre la base de la tasa de interés de los certificados de depósito a plazo a seis meses en colones del Banco Nacional de Costa Rica, que suman a la fecha veinticuatro millones ochocientos noventa y tres mil cuatrocientos cuarenta y dos colones con cincuenta céntimos (¢24.893.442,50). Asimismo, se le condena al pago del daño moral objetivo el cual se liquidará en ejecución de sentencia. Se condena también a RECOPE al pago de ambas costas, las cuales se liquidarán en ejecución de sentencia. Se declara sin lugar, en todos sus extremos, la demanda interpuesta por RECOPE en contra de **la demandada**, y con lugar la excepción de falta de derecho interpuesta por **la demandada**"*

6.- Recope S. A. apeló y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Décima, integrada por los Jueces Alinne Solano Ramírez, Bernardo Rodríguez Villalobos y Jonatán Canales Hernández, en sentencia no. 44-2009-SX de las 16 horas 20 minutos del 26 de marzo de 2009, dispuso: "*Se revoca la sentencia apelada y en su lugar se resuelve: Se declara improcedente la demanda interpuesta por **la demandada** contra RECOPE en todos sus extremos. En cuanto a la demanda*

*interpuesta por RECOPE contra **la demandada**, se deniega la excepción de falta de derecho y se declara procedente la misma. En consecuencia se obliga a la **demandada**, al pago de la suma de dieciséis millones seiscientos cuarenta y dos mil setecientos sesenta y ocho colones con setenta y dos céntimos y los intereses legales a partir de la firmeza de esta sentencia. Son las costas de las demandas aquí acumuladas a cargo de **la demandada**”*

7.- El apoderado especial judicial de **la demandada** formula recurso indicando expresamente las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal de instancia.

8.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley. Intervienen en la decisión de este asunto la Magistrada Suplente Stella Bresciani Quirós y el Magistrado Suplente Álvaro Meza Lazarus.

Redacta la Magistrada Escoto Fernández

CONSIDERANDO

I.- El presente asunto, corresponde a dos procesos acumulados. Uno, que es demanda ordinaria de la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE, en lo sucesivo), contra **la demandada [...]**. En dicho asunto, RECOPE denunció, que la **demandada** como adjudicataria de la contratación no. 153-95, incumplió en 100 días con el plazo de entrega, determinación efectuada luego de rechazar la solicitud de prórroga de plazo que formuló la adjudicataria. Con base en lo anterior, adujo, procedió a ejecutar la garantía de cumplimiento por un importe de

¢14.900.000,00, quedando un saldo en descubierto por ¢16.913.914,00, ya que la multa se fijó en un total de ¢33.556.683,22. Según estos hechos, pretende que en sentencia se declare, la obligación de la demandada de pagar el monto no cubierto por la garantía, además de los intereses correspondientes. La demandada contestó en forma negativa, sin interponer excepciones. El segundo asunto, corresponde a la demanda ordinaria de **la demandada** en contra de RECOPE. Sostuvo la demandante, dentro de la contratación no. 153-95, presentó ante RECOPE, solicitud de prórroga del plazo por 100 días naturales. Adujo, el criterio técnico de la Dirección de Ejecución de Proyectos, consideró admisible la petición. No obstante lo anterior, indicó, la Dirección de Suministros solicitó a la presidencia de RECOPE, proceder al "cierre definitivo" de dicha contratación, y a la aplicación de multas por ¢33.556.683,22, que correspondían a la aplicación de 100 días de multa, por mora en la ejecución de las obligaciones contractuales. Explicó, la Junta Directiva de RECOPE, rechazó la solicitud de prórroga, y ordenó tramitar el "cierre del contrato" y cobro de multa –esto mediante acuerdo tomado en la sesión 3282-027, artículo 6, de 19 de agosto de 1998. Dijo, presentó recurso de revocatoria, el cual fue rechazado en acuerdo de Junta Directiva, no. 3298-043, artículo 6, de 14 de octubre de 1998. Manifestó que, acto seguido, la demandada ejecutó forzosamente, sin previo procedimiento, la suma de ¢33.556.683,22, de la garantía de cumplimiento ofrecida por **la demandada**. Según lo anterior, pretende que en sentencia se proceda a la anulación de las siguientes

resoluciones, ambas emanadas del ente demandado: a) acuerdo de junta Directiva ASJD-0450-98, tomado en la sesión no. 3282-027 del 19 de agosto de 1998, notificado en oficio AFAD-SL-1384-98; acuerdo de Junta Directiva ASJD-0646-98, tomado en la sesión no. 3298-043 del 14 de octubre de 1998, notificado mediante oficio AFAD-SL-1797-98. En lo de interés, en el escrito de deducción de demanda, formuló como pretensión subsidiaria número tres, la siguiente: *“Por haberse prescindido el beneficio de la garantía formal del debido proceso, de previo a la imputación de la responsabilidad contractual y su liquidación a la actora, lo cual vulnera el artículo –sic- 11,13, 39 y 41 constitucionales declárese en efecto retroactivo la nulidad absoluta de los actos impugnados y de aquellos en conexión directa con éstos, en específico, aunque no taxativamente, la ejecución material de la garantía bancaria de cumplimiento.”* La demandada contestó de forma negativa, e interpuso las excepciones de falta de derecho, y la expresión genérica *“sine actione agit”*. En primera instancia, la demanda de **la demandada** en contra de RECOPE fue declarada con lugar, mientras que el proceso de RECOPE en contra de **la demandada**, fue rechazado. La juzgadora determinó lo siguiente: *“Se declara sin lugar las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, falta de interés y falta de derecho opuestas por RECOPE. Se declara con lugar la demanda interpuesta por **la demandada**, por lo que se anulan los siguientes actos administrativos: el acuerdo de Junta Directiva de RECOPE número ASJD-0450-98, tomado en la sesión No. 3282-027 del diecinueve de agosto de mil novecientos*

noventa y ocho, el acuerdo ASJD-0646-98 tomado en la sesión número 3298-043 del catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, notificado mediante oficio No. AFAD-SL-1797-98, así como todos los documentos posteriores, y la ejecución material de la garantía bancaria de cumplimiento. Se condena a la Refinadora Costarricense de Petróleo, RECOPE, al pago de los daños y perjuicios que ascienden a la suma total de **treinta y tres millones quinientos cincuenta y seis mil seiscientos ochenta y tres colones con veintidós céntimos (¢33.556.683,22)**, por concepto de la obligación principal por el monto de dieciséis millones novecientos trece mil novecientos catorce colones con cincuenta céntimos (¢16.913.914,50), más los intereses contabilizados sobre la base de la tasa de interés de los certificados de depósito a plazo a seis meses en colones del Banco Nacional de Costa Rica, que suman a la fecha veinticuatro millones ochocientos noventa y tres mil cuatrocientos cuarenta y dos colones con cincuenta céntimos (¢24.893.442,50). Asimismo, se le condena al pago del daño moral objetivo el cual se liquidará en ejecución de sentencia. Se condena también a RECOPE al pago de ambas costas, las cuales se liquidarán en ejecución de sentencia. Se declara sin lugar, en todos sus extremos, la demanda interpuesta por RECOPE en contra de **la demandada**, y con lugar la excepción de falta de derecho interpuesta por **la demandada**" (la negrita corresponde al original). Se dispuso en sentencia de segunda instancia, revocar lo dispuesto por el juzgado: declarar la improcedencia de la demanda incoada por **demandada** contra RECOPE

en todos sus extremos. En cuanto al proceso interpuesto por RECOPE contra **la demandada** se denegó la excepción de falta de derecho y acogió la demanda, obligándose a la empresa accionada al pago de ¢16.642.668,62 y los intereses legales a partir de la firmeza de ese pronunciamiento. Impuso las costas de las demandas acumuladas a cargo de **la demandada**.

II.- El apoderado especial judicial de **la demandada**, interpuso recurso de casación. Aduce un **único** motivo por violación directa de ley. Acusa transgredidos los artículos 11, 33, 39 y 41 de la Constitución Política; 11, 13, 129, 158 inciso 2) y 166 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP); 1 inciso 2) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en lo sucesivo LRJCA); 24 y 69 del Reglamento General de Contrataciones de RECOPE, publicado en La Gaceta No. 45 del 4 de marzo de 1992), así como el ordinal 13 inciso 2) del Reglamento General de Contratación Administrativa (normativa de aplicación supletoria y vigente a la fecha de los hechos que motivan esta litis). Esa falta de aplicación de la normativa citada, en su criterio, provocó que el Ad quem resolviera en contra de lo ahí dispuesto. El argumento, indica, se resume en que, al haberse omitido brindarle audiencia previa al dictado del acto final, generó un vicio de carácter sustancial, en la producción de la actuación formal realizada por RECOPE, generándose así la invalidez —nulidad absoluta-, de todo ello con las consecuencias de rigor, tal y como lo expresó en la pretensión subsidiaria tercera. Vista la naturaleza de la infracción que se acusa, cita los pronunciamientos de

esta Sala no. 331 de las 14 horas 15 minutos del 23 de abril y no. 398 de las 15 horas 10 minutos del 16 de mayo ambos de 2002, respecto de la técnica requerida en el recurso de casación cuando se invoca violación directa de ley. Subtitula el punto primero como "*AUSENCIA DE DISCUSIÓN EN CUANTO A LOS HECHOS TENIDOS COMO PROBADOS*". Con base en el mismo elenco de hechos tenidos como demostrados, señala, las sentencias de primera y segunda instancia llegan a conclusiones totalmente opuestas. El juzgador de primera instancia, a su juicio, acertadamente, consideró que se había violado el debido proceso y por tal razón declaró con lugar la demanda de su representada, conforme a la pretensión subsidiaria identificada como tercera que desgloza en el escrito de deducción. En cambio, resalta, el de segunda instancia estimó, que ante los mismos hechos, no había violación al debido proceso, pronunciamiento que considera erróneo. De tal suerte, manifiesta, no se trata con la presente impugnación de discutir la valoración realizada de las probanzas recibidas, sino de atacar la valoración jurídica de los hechos tenidos por probados, formulada por el Ad quem. El punto segundo del escrito, lo titula como "*EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO FORMAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO*". En primer lugar, afirma, le causa agravio a su representada, la sentencia recurrida porque desconoce el carácter "*de elemento del acto administrativo que ostenta el procedimiento a seguir para su dictado*". Sobre el particular, cita criterios doctrinales en su apoyo para aseverar que son los mismos que recoge la LGAP,

normativa que rige la materia, pues el canon 129 de esa Ley dispone que todo acto administrativo será dictado “*previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto*”. Destaca, dicho precepto, que está ubicado dentro del Capítulo III (de los elementos y de la validez) del Título VI (de los actos administrativos) del Libro 1 de la LGAP, lo cual según su criterio, confirma que indudablemente el procedimiento administrativo es un elemento formal del acto. Con base en las anteriores argumentaciones, explica, que al existir regulación expresa del trámite del procedimiento, en el caso de estudio, dicho elemento del acto era reglado y por ende no había discrecionalidad alguna para RECOPE en cuanto a ajustarse —o no- a dicho íter. La propia sentencia de segunda instancia, añade, reconoce que RECOPE se apartó de ese procedimiento, pero resta importancia a tal hecho. De ahí que, estima necesario referirse al carácter sustancial de este vicio, cuestión que, a su juicio, parece haber pasado desapercibida para el Tribunal. En el tercer epígrafe, señala, “*EL RAZONAMIENTO DE LA SENTENCIA QUE SE PIDE CASAR*”. El considerando III del fallo, refiere, contiene las razones por las cuales el Ad quem decidió acoger la apelación planteada por RECOPE contra el pronunciamiento del A quo. Sintetiza, el Tribunal razonó de la siguiente forma: “*...en autos consta que existen una serie de actos, tenidos todos como hechos probados dentro de este proceso, que muestran efectivamente que la empresa RECOPE, procede a efectuar una serie de verificaciones e investigaciones relacionadas con el contrato de marras;*

*igualmente consta a lo largo del expediente administrativo que de tales actuaciones en forma previa a las recomendaciones emitidas no se puso en conocimiento a la empresa **demandada**, y los mismos documentos remitidos entre departamentos y encargados, describen que tal situación no fue contemplada, por cuanto, en ellos no se expresa remisión de copia a la empresa dicha. **Tales circunstancias se mantienen a lo largo de esas actuaciones, hasta la comunicación de lo resuelto por la Junta Directiva, donde se determina, rechazar la solicitud de prórroga de plazos, por cuanto ese es el momento oportuno para proceder a la luz de lo investigado a decidir el cierre contractual y la ejecución de la garantía, sobre lo cual se otorga la audiencia ordenada por el Reglamento de rito...*** (lo resaltado es del original). De seguido expresa que, el Ad quem tuvo por probado, al igual que el A quo, que a su representada no se le otorgó ninguna audiencia, sino hasta que se dictó el acto final. Sin embargo, a su juicio, en franco error, la sentencia de segunda instancia estimó que no hay nada ilegal en ello. Así, copia un extracto de su interés: "... RECOPE no llega a determinar su procedencia hasta el momento en que dispone terminar con la relación mediante una decisión final; en esa oportunidad, RECOPE, otorga audiencia a la empresa **demandada** para la defensa de sus derechos (...). Es entonces procedente afirmar, que ese debido proceso instaurado en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa antes transcrito, si bien formalmente no se cumplió en forma separada, a través de resoluciones

*independientes, sí se cumplió materialmente, por cuanto RECOPE emite una conclusión de sus investigaciones y ante la misma, otorga la oportunidad procesal a **la demandada**, de ejercer su derecho defensa..."* La sentencia de segunda instancia, insiste, estimó en resumen que "*sí se cumplió materialmente*" el debido proceso, simple y llanamente, porque, según lo expresa la recurrente, pudo interponer los recursos ordinarios administrativos en contra del acto final dictado. Como se verá de seguido, endilga, el pronunciamiento combatido yerra gravemente, porque confunde el derecho a gozar de audiencia previa; la que alega, nunca se brindó, con el derecho a recurrir, que aduce, fue lo único que se le otorgó. El cuarto punto lo titula como "*CARÁCTER SUSTANCIAL DEL VICIO QUE SE DA EN ESTE CASO*". El respeto del debido proceso, dice, sin duda alguna, es una formalidad esencial. Esta garantía constitucional, arguye, se desdobra en distintos componentes, que han sido reseñados por la Sala Constitucional desde el inicio de sus funciones. A partir de la conocida resolución no. 15-90, de las 16 horas 45 minutos del 5 de enero de 1990, estima, inició una sólida línea jurisprudencial en los siguientes términos: "*... al accionante se le ha violado el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de "bilateralidad de la audiencia" del "debido proceso legal" o "principio de contradicción" y que para una mayor comprensión se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del*

*carácter y fines del procedimiento; b) **derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes;** c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) **derecho del interesado de recurrir la decisión dictada.** Tomen en cuenta los recurridos que el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública ..."* (el resaltado es del original). Una vez más, advierte, queda claro que el derecho a gozar de una audiencia es distinto del derecho a recurrir la decisión final que se adopte. Igualmente, asevera, queda claro que, independientemente del desarrollo que se dé a cada procedimiento a través de los reglamentos u otras disposiciones normativas, siempre tiene que respetarse ese contenido mínimo a que se refiere la Sala Constitucional. No hay duda, según su criterio, en cuanto a que el régimen de nulidades del ordenamiento jurídico administrativo parte de una división entre vicios de carácter sustancial e insustancial. Conforme al canon 1 inciso 2) de la LRJCA, el quebrantamiento de formalidades esenciales será motivo de ilegalidad de

la actuación administrativa. Por ello, dice, acusa violación directa de dicha norma, dado que el Ad quem restó importancia al quebranto de una formalidad esencial por parte de RECOPE, dejando de aplicar indebidamente dicho numeral y por ende fallando en contra de su letra. Sobre el particular, cita algunos tratadistas costarricenses, y copia un extracto que considera relevante para el presente asunto. Argumenta, el cartel de la contratación en que se origina esta litis, remitía al antiguo Reglamento General de Contrataciones de RECOPE, publicado en La Gaceta No. 45 del 4 de marzo de 1992. Ahora bien, respecto de lo de su interés, indica, el precepto 24 de dicho Reglamento señalaba con total claridad que: *“la ejecución de las garantías de participación y cumplimiento constituye una sanción administrativa por el incumplimiento del oferente o el contratista a los requerimientos del procedimiento, o del contrato”*. Tratándose de una sanción administrativa, explica, es indudable que no puede dictarse sin haber escuchado antes al investigado y sin haberle brindado oportunidad para producir prueba de descargo. Al respecto, señala, hay cantidad de antecedentes jurisprudenciales tanto de Sala Primera, como también de la Constitucional. Tales formalidades, afirma, son esenciales e independientes del derecho de recurrir el acto final que llegue a dictarse. Visto que en dicho Reglamento no hay un procedimiento definido para la ejecución de garantías, ni para la resolución de contratos administrativos, dice, es oportuno remitir a su disposición 69, la cual a la letra prevé *“los casos no previstos en este Reglamento se podrán resolver aplicando la*

filosofía que informa al Reglamento de la Contratación Administrativa." Siendo así, concibe, en la litis resulta de aplicación el artículo 13 inciso 2) del RGCA, pues refiere, era la norma vigente cuando RECOPE desplegó la actuación que origina esta litis, la cual transcribe. La sentencia de segunda instancia, resalta la oración *"de previo a la audiencia que se conferirá al interesado, la Administración debe haber verificado preliminarmente las causales de la resolución..."*, la cual responde en parte al numeral 13 inciso 2) punto 1 de comentario. De esa frase, a juicio del recurrente, el pronunciamiento combatido interpreta erradamente que esa *"audiencia"* fue conferida a su representada luego del dictado del acto final, cuando hubo oportunidad para impugnarlo en sede administrativa. Insiste en la grave confusión del juzgador de segunda instancia, entre el derecho a gozar de audiencia previa y el derecho a recurrir el acto final, que a su juicio, lógicamente son dos componentes separados, y ambos esenciales, del debido proceso. Dice, olvidó el pronunciamiento combatido, centrar su atención en otras disposiciones del mismo RGCA que también están contenidas en el canon 13 inciso 2) y que aclaran perfectamente la distinción entre el derecho a gozar de audiencia previa y el derecho a impugnar el acto final. Asevera, de nada servía *"brindar audiencia"* (entendiendo por tal, otorgar oportunidad para recurrir) a su representada, cuando ya el acto final, que era ejecutorio, había sido dictado. Alega, ni siquiera se tuvo la oportunidad de requerir la celebración de audiencia oral y privada de previo a su dictado, derecho que la norma reglamentaria irrespetada establecía a favor de su

representada. En resumen, endilga, **la demandada** no tuvo derecho: - de referirse a la imputación de RECOPE y ofrecer su prueba de descargo, de previo al dictado del acto final (violación del cardinal 13 inciso 2) apartado 2 del RGCA); - de solicitar la celebración de audiencia oral y privada, conforme a lo dispuesto por el Libro II de la LGAP (violación del precepto 13 inciso 2) apartado 3 de RGCA). Recrimina, era sólo hasta que se hubiera ejercido a plenitud tal derecho de defensa, que RECOPE podía dictar el acto final, el cual evidentemente era susceptible de ser impugnado en sede administrativa conforme a lo dispuesto por la LGAP (disposición 13 inciso 2) apartado 4 del RGCA). En síntesis, añade, a pesar de haber podido impugnar lo resuelto en sede administrativa, su representada se vio privada del derecho a referirse a la imputación y a producir prueba de descargo, de previo al dictado del acto final. Ello implica, reprocha, un vicio de carácter sustancial en el procedimiento administrativo, que consecuentemente genera la nulidad absoluta de la actuación formal desplegada por RECOPE en perjuicio de su representada, porque fue contra las normas indicadas que se dictó la sentencia de segunda instancia. El quinto punto del recurso, lo titula "*CONCLUSIÓN: NULIDAD ABSOLUTA DE LA ACTUACIÓN DE RECOPE*". Sostiene, ha quedado claro que el fallo cuestionado confundió el derecho a gozar de audiencia previa al dictado del acto final, con el derecho a recurrir dicho acto final, el cual dice, este último efectivamente sí se le otorgó. Como no pudo nunca referirse a la imputación ni producir prueba de descargo de

previo al dictado del acto final, considera, se violó el debido proceso en su contra (de ahí la indebida inaplicación de los artículos 11, 33, 39 y 41 constitucionales, y por eso es que la sentencia que pide casar, según su criterio, resolvió en contra de lo dispuesto por éstos). A su juicio, la violación es todavía más grosera, al considerar que el procedimiento que debía seguir RECOPE era reglado, estatuido expresamente en el RGCA vigente a la fecha cuando ocurrieron los hechos. Por eso se acusa la violación del principio de legalidad y del principio de inderogabilidad singular del reglamento, indebida inaplicación y sentencia de segunda instancia dictada en contra de los cánones 11 constitucional y 11 y 13 de la LGAP. Explica, el Reglamento General de Contrataciones de RECOPE calificaba la ejecución de garantías como una sanción administrativa (precepto 24), y remitía en caso de falta de normativa expresa a los principios generales de contratación administrativa (cardinal 69), desarrollados para esta materia en el numeral 13 inciso 2) del RGCA a la fecha cuando ocurrieron los hechos. De ahí que lo actuado por RECOPE, reprocha, contiene un vicio en uno de sus elementos constitutivos, sea, en el procedimiento administrativo (no aplicación del canon 129 de la LGAP, y que se interpretó en contra de este mandato). Ahora bien, argumenta, ese vicio es de carácter sustancial al haber minado el derecho de defensa de su representada, que sólo pudo impugnar el acto final pero que repite, nunca tuvo oportunidad de manifestarse sobre la imputación ni de producir prueba de descargo de previo a su dictado. Consecuencia ineludible de ello, señala, es la

nulidad absoluta de lo actuado por RECOPE en contra de **la demandada** (indebida inaplicación del numeral entonces vigente 13 inciso 2) del RGCA —en especial, las disposiciones 13 inciso 2) apartado 2 y 13 inciso 2) apartado 3-, así como de los artículos 158 inciso 2), 166 y 169 de la LGAP).

III.- En el presente asunto se está, ante una contratación administrativa, dentro de la cual se le impuso una sanción al adjudicatario, por cuanto la Administración determinó un atraso en la entrega de las obras de 100 días. Al respecto la Junta Directiva de RECOPE, mediante artículo 3.1 del acta de la sesión no. 3225-0361, celebrada el 12 de enero de 1998, determinó lo siguiente: "*Acoger lo solicitado en el memorando AFAD-SL-2301-97 de la Dirección de Suministros, y dar su autorización para que se proceda al cierre definitivo de la contratación publicada no. 153-95 "SUMINISTRO DE MATERIALES, MANO DE OBRA Y EQUIPO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE DOS TANQUES DE 50.000 BARRILES PARA GASOLINA EN LA GARITA", adjudicada a **la demandada**, en el entendido de que se aplicarán multas por ₡33.556.683,22, conforme al detalle de cierre de contrato elaborado por la dirección de ejecución de proyectos de la gerencia de desarrollo, que especifica una imputación por mora de 100 días naturales, por lo que, en consecuencia, se rechaza la solicitud de **la demandada**, para que se le amplíe el plazo de entrega de la obra en esos mismos cien (100) días.*" Este acuerdo -que se tuvo en la sentencia como hecho probado no. 5-, fue, a juicio del Tribunal, el punto de partida para considerar, que a **la demandada** sí se le otorgó derecho de

audiencia, previo al dictado de la decisión final. En este sentido, el fallo indicó:

*“...En autos consta que existen una serie de actos, tenidos todos como hechos probados dentro de este proceso, que muestran efectivamente que la empresa RECOPE, procede a efectuar una serie de verificaciones e investigaciones relacionadas con el contrato de marras; igualmente consta a lo largo del expediente administrativo que de tales actuaciones en forma previa a las recomendaciones emitidas no se puso en conocimiento a la empresa **demandada**, y los mismos documentos remitidos entre departamentos y encargados, describen que tal situación no fue contemplada, por cuanto, en ellos no se expresa remisión de copia a la empresa dicha. Tales circunstancias se mantienen a lo largo de esas actuaciones, hasta la comunicación de lo resuelto por Junta Directiva, donde se determina, rechazar la solicitud de prórroga de plazos, por cuanto ese es el momento oportuno para proceder a la luz de lo investigado a decidir el cierre contractual y la ejecución de la garantía, sobre lo cual se otorga la audiencia ordenada por el Reglamento de rito. Si bien hay un considerable número de oficios de la actora afirmando haber incurrido en actividades que deben ser reconocidas para ampliar el plazo de entrega de la obra, en la investigación efectuada, RECOPE no llega a determinar su procedencia hasta el momento en que dispone terminar con la contratación mediante una decisión final; en esa oportunidad, Recope, otorga audiencia a la empresa **demandada** para la defensa de sus derechos, siendo que el punto a determinar con esa defensa lo es si se*

procede o no la ejecución de la garantía rendida, por la tardanza en la entrega del proyecto; asimismo la definición del monto de la multa a pagar por parte de la contratista...” La parte recurrente se muestra disconforme con lo afirmado por el Ad quem, pues considera, se está confundiendo el derecho a recurrir un pronunciamiento, con el derecho al debido proceso, materializado en una audiencia previo a adoptar esa decisión, el cual afirma, es de naturaleza constitucional.

IV.- La materia de contratación administrativa cuenta con un procedimiento determinado a nivel reglamentario, el cual precisa la forma como la administración debe proceder, para la aplicación de una sanción, ante el incumplimiento del adjudicatario. En este sentido resulta importante aclarar, que el procedimiento ordinario establecido en la LGAP, no es aplicable a esta materia, dado que, se reitera, cuenta con uno propio, en la normativa especial que la rige. Tal y como lo indicó el Tribunal, el numeral 13 del Reglamento General de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo no. 25038 de 6 de marzo de 1996 (en lo sucesivo el RGCA), es la norma a la cual debe acudirse, para determinar si en el caso concreto, se cumplió con el procedimiento mínimo requerido, para asegurar el cumplimiento de la garantía del debido proceso, previo a la imposición de la multa. En el presente caso, RECOPE indicó, que **la demandada** incumplió con las obligaciones asumidas, ya que incurrió en mora por 100 días, motivo por el cual, procedió a imponerle la multa. El inciso 2do. del numeral 13 prevé: *“13.2.1. En caso de incumplimiento imputable al contratista, la Administración podrá resolver*

sus relaciones contractuales. De previo a la audiencia que se conferirá al interesado, la Administración debe haber verificado preliminarmente las causales de la resolución y acreditarlas en el expediente que se levantará al efecto. 13.2.2. *A partir de la notificación de la audiencia, el contratista dispondrá de un plazo de diez días hábiles para expresar su posición y aportar la prueba que considere pertinente.*" (el destacado no corresponde al original). De esta forma, el procedimiento exigía, como primer paso, que la Administración –en este caso RECOPE- verificara de manera preliminar las causales de resolución, y las acreditara en el expediente. Seguidamente, debía dar audiencia al interesado. Continúa indicando la norma de cita: "13.2.3. *Dentro de los primeros cinco días hábiles luego de notificado, el contratista podrá solicitar a la Administración que su posición se atienda por medio de una comparecencia oral. En estos casos, se aplicarán supletoriamente las disposiciones que sobre la comparecencia oral contempla el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública.* 13.2.4. *Una vez contestada la audiencia, la Administración dispondrá de un plazo de un mes para dictar la resolución final. Esta resolución tendrá los recursos ordinarios y extraordinarios que señala la Ley General de la Administración Pública.* 13.2.5. *Una vez firme la decisión administrativa de resolver, se procederá a la ejecución de la garantía de cumplimiento y de ser procedente, a la ejecución de las cláusulas penales previstas contractualmente.*" (el destacado es suplido). Acorde a lo expuesto,

existe la posibilidad de una audiencia, pero solo a solicitud del contratista; y, posteriormente, la administración debía dictar la resolución final. Una vez agotados los recursos respectivos, y firme el acto administrativo, se podía proceder a la ejecución de garantías. Recapitulando, el procedimiento instaurado en el canon 13 inciso 2 del RGCA, determinaba la siguiente forma de proceder: 1) Verificación preliminar de las causales de resolución, y acreditarlas en el expediente. 2) Audiencia al interesado por 10 días, dentro de la cual podía ofrecer prueba de descargo. 3) Audiencia oral (sólo a petición del adjudicatario). 4) Dictado de la resolución final. 5) Formulación de recursos. 6) Ejecución garantías y cláusulas penales. Con fundamento en el cuadro fáctico base de este proceso, no consta que RECOPE haya procedido a cumplir con los pasos 1 y 2, sino que sólo fue acreditado, el dictado de la resolución final. Dicho en otras palabras, la Junta Directiva de RECOPE, en la sesión no. 3225-361 de 12 de enero de 1998, autorizó el "cierre definitivo" de la contratación, aplicando multas de ₡33.556.683,22 por la mora de 100 días naturales. Al adoptar esta decisión, dicho ente procedió al dictado de la resolución final (paso 3), sin acudir a la verificación preliminar de las causales, y a dar audiencia al interesado (etapas 1 y 2), con lo cual, la garantía fundamental del debido proceso y el derecho de defensa, se vieron conculcados. La posterior formulación de recursos en contra del acuerdo citado, no subsana la omisión de dar audiencia previa, ya que, los recursos se interponen en contra de una decisión administrativa adoptada; y, su finalidad es modificar lo ya resuelto,

mientras que la audiencia tiene por objetivo, que la posición del contratista sea escuchada previo a adoptar esa decisión; y, además, un aspecto esencial, lo es que en esa oportunidad puede aportar prueba de descargo. De esta forma, a la **demandada** le fue cercenado el derecho de defensa de previo a la emisión del acto, lo que conllevó al dictado de una resolución sin el cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso. Del análisis del fallo recurrido, se concluye que el Tribunal partió de una premisa falsa, pues consideró que con la notificación de la decisión final, se cumplía con el requisito de la audiencia previa al interesado por 10 días (paso 2); y, que con la formulación de los recursos, se le brindó la oportunidad de oponerse y ofrecer prueba de descargo, cuando la norma es clara al indicar, que para llegar a este estadio, era indispensable haber agotado las etapas anteriores. Al respecto el Ad quem indicó: *"...Es entonces procedente afirmar, que ese debido proceso instaurado en el Reglamento a la ley de Contratación Administrativa antes transcrito, si bien formalmente no se cumplió en forma separada, a través de resoluciones independientes, si se cumplió materialmente, por cuanto RECOPE emite una conclusión de sus investigaciones y ante la misma, otorga la oportunidad procedimental a **la demandada**, de ejercer su derecho de defensa, para una vez oída la citada contratista, valorar los hechos y determinar si procedía o no la imposición y ejecución de la garantía y el monto a satisfacer a través de esa ejecución; el reglamento enuncia "De previo a la audiencia que se conferirá al interesado, la Administración debe haber verificado*

*preliminarmente las causales de la resolución y acreditarlas en el expediente que se levantará al efecto." (ver norma precitada) constando en autos tal cumplimiento, porque como la misma a quo tuvo por probado, se efectuó la investigación de hechos que concluyeron en la decisión institucional ; adicionalmente a esta apreciación, para esta Cámara, el derecho de defensa protegido por el principio de audiencia previa a la imposición de la cláusula o multa penal, se cumplió, al conocerse y resolverse a folios 334 y 342 a 345 del expediente administrativo los recursos de impugnación en sede administrativa, pues en esas oportunidades, la actora pudo ejercer su derecho de defensa, siendo que la garantía no se ejecutó sin previo apercibimiento a la empresa **demandada** (véase folios 335-336 del expediente administrativo).."* –el subrayado corresponde al original-. Al indicar el fallo que RECOPE emitió una "conclusión de sus investigaciones", hace referencia al acuerdo adoptado en la sesión no. 3225-361 de 12 de enero de 1998, el cual, se insiste, corresponde a la resolución final, según lo recién expuesto. Por lo anterior, la posterior fundamentación realizada, transgrede de forma directa el canon 13 del RGCA, pues considera que a partir de ahí, la contratista gozaba del derecho a una audiencia previa y a ofrecer prueba de descargo, cuando lo cierto es que, la decisión ya había sido adoptada, y lo procedente era la formulación de los recursos. De esta forma, este acuerdo no corresponde a la verificación preliminar de las causales de resolución, ni mucho menos a una imputación de cargos (paso 1), sino al dictado de la resolución final

(etapa 3). En este estadio del análisis resulta importante destacar, que la audiencia previa es una etapa sustancial del procedimiento, ya que está de por medio el derecho constitucional de defensa y debido proceso, consagrados en los mandatos 31 y 41 de la Constitución Política. De tal forma, el mandato 13 inciso 2) del RGCA, al incluir dentro del procedimiento la audiencia previa y el derecho a ofrecer prueba, está posibilitando la aplicación o el ejercicio de los derechos fundamentales antes enunciados. Dicha audiencia previa, debe efectuarse en el momento procesal que corresponda, sin que sea posible pretender que se desarrolle una vez dictada la decisión que impuso la multa. Ante la ausencia del debido proceso y la violación al derecho de defensa, situaciones que se dieron de previo al dictado de la resolución final que impuso una sanción a la adjudicataria, lo procedente será acoger el recurso de casación, por violación directa al numeral 13 incisos 2) del RGCA, y las normas 39 y 41 de la Constitución Política; y por ende procede casar el fallo recurrido, conforme de seguido se dirá.

V.- Con fundamento en las razones expuestas, se acogerá el recurso interpuesto. Se anulará el fallo del Tribunal. Resolviendo sobre el fondo, se confirmará el pronunciamiento emitido por el Juzgado, pero con la aclaración, que la norma que regula el procedimiento que debió seguir RECOPE para imponer la sanción a **la demandada**, era el ordinal 13 del RGCA, y no los artículos de la LGAP que regulan el procedimiento ordinario.

POR TANTO

Se declara con lugar el recurso de casación formulado. En consecuencia, se anula la sentencia del Tribunal y, resolviendo por el fondo, se confirma la del Juzgado, pero con la aclaración de que la norma que regula el procedimiento que debió seguir RECOPE para imponer la sanción a **la demandada**, era el ordinal 13 del Reglamento General de Contratación Administrativa, y no los artículos de la Ley General de la Administración Pública que regulan el procedimiento ordinario.

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Carmenmaría Escoto Fernández

Stella Bresciani Quirós

Álvaro Meza Lázarus

AVARGASMO/MCAMPOSS