

Exp. 10-004062-1027-CA

Res. 00416-F-S1-2013

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas veinticinco minutos del nueve de abril de dos mil trece.

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **la actora**, representado por su presidente **A., [...]**; contra el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD**, representado por **I., [...]**. Figura además, como apoderado especial judicial del actor, José Gerardo Riba Bazo, vecino de Heredia y por el ente demandado, Ernesto Yannarella Argüello y Danny Fabricio Saborío Muñoz, soltero. Las personas físicas son mayores de edad, y con las salvedades hechas, casados, abogados y vecinos de Heredia.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció proceso de conocimiento, cuya pretensión fue ajustada en audiencia preliminar, para que en sentencia se declare: *"1.- Que, ante los hechos y derechos expuestos en el presente caso, se determine la admisión de esta demanda y se de (sic) traslado de la misma; de modo tal que esa autoridad judicial asuma la responsabilidad decisoria del caso que se somete a su conocimiento mediante esta demanda; 2.- Que,*

al dictar sentencia, declare con lugar la acción y, consecuentemente, declare la nulidad de los actos administrativos dictado por el ICE a través de los siguientes oficios: **a)** Oficio **5225-0853-2010** del 20 de mayo de 2010, notificado a mi representada el día 21 de mayo de 2010; **b)** Oficio **5225-0899-2010** del 27 de mayo de 2010 y; **c)** Oficio **5225-0962-2010** del 03 de junio de 2010, todos ellos firmados por el Coordinador del Área de Administración de Garantías Registros y Sanciones, de la Proveduría Corporativa del ICE, Sr. **J.**, ...; así como cualquier otro acto o actuación administrativa directamente relacionados con los supra indicados. Los actos administrativos que se impugnan (los antes enumerados) fueron dictados para, de una parte, imponerle **a la actora**, mediante la ilegal aplicación de una cláusula penal arbitrariamente incorporada al cartel de la licitación pública N° 7271-E, una desproporcionada, irracional e inoportuna multa pecuniaria por atrasos en la entrega del objeto de la contratación, multa que asciende según la (sic) resuelto por el ICE a la suma de US\$1.545.104,75 y, de otra parte, para cobrar –manu militari- ese monto de la arbitraria multa impuesta, mediante las arbitrarias decisiones de apropiarse de dineros que le pertenecen a mi representada por la facturación de las últimas entregas de materiales contratados (la suma de US \$926.961,04 según Orden de Pago N° 2009-4208-3045), así como, mediante la ejecución parcial de la garantía de cumplimiento de mi representada (por la suma de US \$618.143,71); 3.- Que, al dictar sentencia, el Honorable Tribunal condene al ICE al pago a favor de mi representada de lo siguiente: • Al pago INMEDIATO del monto íntegro de las facturas presentadas al ICE por la empresa contratista **actora**, facturas pendientes de pago que montan a la suma de US \$926.961.04, más los

*intereses de Ley por el atraso sufrido en el pago de esas facturas; • Al reintegro INMEDIATO de la suma de dinero correspondiente al monto por el cual el ICE dispuso la arbitraria ejecución de la garantía de cumplimiento de la firma **actora**, sea la suma de US \$618.143,71, más los intereses de Ley que aplican desde el día en que el ICE recibió esos dineros; ...condene a la Administración demandada al pago de las costas procesales y personales de la presente acción."*

2.- Los representantes del demandado contestaron negativamente y opusieron las excepciones de falta de derecho y falta de agotamiento de la vía administrativa (resuelta en audiencia preliminar).

3.- Para realizar la audiencia de conciliación se señalaron las 9 horas 30 minutos del 9 de mayo de 2011. Al no llegar las partes a ningún acuerdo conciliatorio, la audiencia se declaró fracasada.

4.- Al ser las 9 horas 34 minutos del 12 de mayo de 2011, se efectuó la audiencia preliminar, oportunidad en que hicieron uso de la palabra los representantes de ambas partes. En esta se ajustó la pretensión.

5.- El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta, integrada por las Juezas Ileana Sánchez Navarro y Lilliana Quesada Corella y el Juez Julio Cordero Mora, en sentencia no. 200-2011-VI de las 9 horas del 3 de agosto de 2011, resolvió: "*Por unanimidad, se rechaza la defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa. Por mayoría, se acoge la defensa de falta de derecho y se declara sin lugar, en todos sus extremos, la demanda interpuesta por la empresa **actora** contra el INSTITUTO*

COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD. Son ambas costas de esta acción a cargo de la empresa actora."

6.- El representante de la parte actora formula recurso de casación indicando las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal.

7.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley.

Redacta la magistrada León Feoli

CONSIDERANDO

I.- El Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante ICE o el Instituto), por medio de publicación realizada en el diario oficial La Gaceta no. 144 de 27 de julio de 2005, promovió la licitación pública 7271, para la adquisición de torres y materiales destinados a líneas de transmisión y enlaces de subestaciones, siendo adjudicada a la empresa **actora**. El contrato se suscribió el 2 de octubre de 2006 y el plazo de entrega se pactó en 270 días naturales a partir de la notificación de las órdenes de compra. Por atrasos en lo convenido, el 12 de noviembre de 2008, el Instituto notificó la apertura de un procedimiento administrativo independiente, en el que se impuso a la contratista un apercibimiento, sanción que fue aprobada por oficio 0510-0-808-2009 del 21 de mayo de 2009. El 9 de diciembre siguiente, inició el proceso de cobro de multa por la ejecución de la cláusula penal incorporada al cartel de licitación. Por oficio 5225-0853-2010 de 20 de mayo de 2010, se le comunicó a la contratista el acto final de dicho procedimiento, donde se acordó imponerle una multa por la suma de \$1.545.104,75. Parte de ese monto se rebajó de las facturas pendientes de cancelar a la empresa, las

cuales ascendían a \$926.673,17, quedando un saldo al descubierto por \$618.143,71, para cuyo pago, a través del oficio no. 5225-0899-2010 de 27 de mayo de 2010, se solicitó la ejecución parcial de la garantía de cumplimiento, la cual, mediante oficio no. 5225-0962-2010 de 3 de junio de 2010 dirigido a Scotiabank de Costa Rica S.A, se ejecutó. Con fundamento en lo expuesto la contratista interpuso la demanda contra el ICE, en la cual solicita declarar la nulidad de los actos administrativos números 5225-0853-2010 de 20 de mayo, 5225-0899-2010 de 27 del mismo mes y, 5225-0962-2010 de 3 de junio, todos de 2010 y emitidos por el Instituto, así como de todo acto o actuación relacionada a estos. Asimismo, peticona el pago de: \$926.961,04, por concepto de facturas pendientes de cancelar y \$618.143,71, derivados de la ejecución de la garantía de cumplimiento, los intereses de ley sobre ambas sumas. En el primer caso por la demora sufrida en su desembolso y en el otro, a partir del día cuando el Instituto recibió ese dinero. Por último, requiere la condena en ambas costas de esta petición. El ICE contestó en forma negativa. Opuso la defensa previa de falta de agotamiento de la vía administrativa (rechazada en la audiencia preliminar) y la excepción de falta de derecho. El Tribunal por mayoría acogió esta última. Declaró sin lugar la demanda y condenó a la vencida al pago de ambas costas. Inconforme la parte actora establece recurso de casación admitido por esta Sala.

Casación por violación de normas procesales

II.- Como **único** agravio de esta naturaleza, recrimina violación de normas procesales, conforme a los artículos 137 inciso g) y 111 del Código Procesal

Contencioso Administrativo (CPCA). La sentencia impugnada, reprocha, no se notificó en el plazo máximo establecido al efecto, incumplándose con la normativa citada.

III.- La casacionista se muestra disconforme debido a que, en su criterio, la sentencia recurrida se dictó fuera del plazo legal establecido en el canon 111 del CPCA. Tal norma señala que: *"1) Transcurrida la audiencia, el Tribunal deliberará inmediatamente y procederá a dictar sentencia. En casos complejos, la sentencia deberá notificarse en el plazo máximo de los quince días hábiles siguientes a las terminación del juicio oral y público"*. Todo lo anterior, so pena de que, en caso de incumplimiento, se producirá la nulidad de lo actuado; por lo que el juicio oral y público deberá repetirse ante otro Tribunal. Lo preceptuado tiene como fundamento garantizar la debida aplicación de los principios de inmediatez y concentración. Al exigirse lo anterior, se logra el contacto directo de los juzgadores con la prueba recibida; y por ende, su apreciación influye en la solución del caso concreto, en particular, en la fijación de los hechos probados y no probados. Se procura que la relación con el acervo probatorio se plasme de la mejor manera en la sentencia, y se evite que el transcurso del tiempo torne en nugatorio las múltiples ventajas que ofrece el acercamiento del juez con la prueba. Un proceso estructurado sobre la base de etapas orales, además de la celeridad, otorga al juzgador un contacto directo con la prueba. Por el contrario, el transcurso del tiempo afecta su percepción, lo que puede incidir en la solución final dada a la disputa. Es por esto que se dispone la nulidad de lo actuado cuando se irrespete el plazo fijado en la ley. En el presente asunto, los juzgadores indicaron al final de la etapa del juicio oral y público (celebrado el 22 de junio de 2011), que el caso

era complejo, lo cual ameritaba que la sentencia se notificara dentro del plazo de 15 días hábiles siguientes a la terminación de la audiencia, según lo faculta el precepto 111 inciso 1) del CPCA. Mandato que resulta aplicable, en lo que al caso interesa, a los procesos de conocimiento. De esta forma, dado que el referido juicio se celebró el 22 de junio de 2011, la sentencia, en tesis de principio, debió notificarse a más tardar el 13 de julio siguiente. Empero, tal y como consta en autos, existieron causas justas que impidieron el cumplimiento de dicho plazo, en primer lugar, la incapacidad de la jueza ponente a partir del 27 de junio y hasta el 8 del mes siguiente (10 días hábiles) y en segundo término, el cierre colectivo de medio año, lo que comprendió los días 11 al 15 de julio, todos de 2011 (cinco días hábiles). Si bien es cierto, el cómputo de los 15 días para notificar la sentencia, los cuales, valga recalcar son hábiles, conforme lo establece el artículo 111 inciso 1) del CPCA, empezó a correr desde el 23 de junio de 2011 (día hábil siguiente a la celebración del juicio), no puede dejarse de lado que, a raíz de las causales señaladas (15 días hábiles continuos), la fecha en que debía notificarse la resolución lo era el 5 de agosto, siendo que esto se llevó a cabo el día 3 del referido mes. Por lo tanto, acreditados los motivos que justificaron el incumplimiento del plazo en cuestión (incapacidad de la jueza y periodo de vacaciones colectivo), concluye esta Sala que la sentencia recurrida sí fue emitida dentro del plazo legal, a saber, "(...) *en [...] los quince días hábiles siguientes a la terminación del juicio oral y público*". En razón de lo expuesto, no se produce la infracción normativa que acusa la casacionista y el reproche deberá ser rechazado.

Casación por violación de normas sustantivas

IV.- El recurrente formula cuatro agravios sustantivos, los cuales se conocerán en el siguiente orden. Como **primer** motivo, reprocha una violación de los preceptos 15 y 16 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP); así como una incorrecta aplicación de los cánones 34 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) no. 7494 y 36 incisos 3, 4, 5 y 6 de su Reglamento, Decreto Ejecutivo 25038-H. La Administración, expresa, no se encuentra obligada por ley a incorporar cláusulas penales en los carteles de licitación, por lo tanto, tal decisión es discrecional, al igual que la eventual multa pecuniaria a imponer. El ordenamiento jurídico, añade, le concede al ICE la responsabilidad de definir, al momento de elaborar cada cartel, si incluye o no una cláusula penal, los términos y/o multa que se impondrá al contratista en caso de que, en la fase de ejecución del contrato incurriera en atrasos o entrega anticipada que pudiera causarle algún perjuicio. No obstante, señala, las decisiones discrecionales se deben acoger con observancia de lo establecido en los artículos 15 y 16 de la LGAP, es decir, contar con fundamento técnico y ajustarse a las reglas de la lógica. En la especie, reclama, el Instituto actuó arbitrariamente, primero al incorporar al cartel de licitación una cláusula penal sin sustento técnico y segundo al ejecutar dicha cláusula para imponer una irracional y desproporcionada multa pecuniaria. Es lamentable e incorrecto, continúa, la forma como el Tribunal abordó el examen de lo establecido en la LCA (artículo 34) y su Reglamento (mandato 36 incisos 3, 4, 5 y 6) en punto a la cláusula penal de comentario. Los juzgadores, acentúa, debieron definir si la decisión de incorporarla era o no arbitraria, por constituir uno de los aspectos más cuestionados en este proceso, lo cual no se llevó a cabo. Si bien reconocen la ausencia de un estudio

previo para fijarla, expresa, no definen si el hecho de omitir ese estudio implica o no que la decisión es arbitraria. Para la autoridad judicial, apunta, es jurídicamente correcto que la Administración decida, sin fundamento alguno y de forma arbitraria, la introducción al cartel de una cláusula penal, en tanto se considere que se trata de un mecanismo con base en el cual, se le podrán imponer al contratista multas económicas en caso de incurrir en la entrega anticipada o tardía de lo pactado. Sin embargo, esgrime, todo acto o decisión administrativa, que pueda afectar derechos e intereses de los administrados, debe estar suficientemente motivado. La norma reglamentaria del canon 36.3, en la parte que fue omitida en la sentencia impugnada, alega, establece que para poder incorporar una cláusula penal por ejecución “prematura” o tardía de lo contratado, la Administración debe tomar en consideración el momento del contrato, el plazo convenido para la ejecución o entrega total y las repercusiones de ese eventual incumplimiento. Así las cosas, destaca, si no se cumple con lo establecido en el referido mandato, tal y como aconteció en el caso de estudio, la cláusula no podría ser aplicada al contratista sin antes demostrarse que la entrega anticipada o tardía produjo daños y se determine su cuantía. Como **segunda** censura, acusa violación de los artículos 128, 130.1, 131, 132, 133, 134.2, 136, 158, 166, 169, 170, 172 siguientes y concordantes de la LGAP, al invocarse como fundamento jurídico para validar los actos administrativos impugnados, normas legales y reglamentarias que no resultan aplicables en la especie. Situación, destaca, que pese a ser contraria a derecho fue ratificada por el Tribunal en la sentencia recurrida. Conforme a los mandatos referidos, apunta, será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico –canon

128-, por ello, explica, no pueda considerarse legítimo aquel que se emite al amparo de normas legales que no le son aplicables. De acuerdo al ordinal 132 ibídem, expresa, el "contenido" como elemento fundamental de todo acto administrativo debe ser lícito. En tal sentido, se pregunta: *"¿Cómo considerar lícito el contenido de los actos administrativos que **la actora** impugnó con su demanda si, como en este caso ha quedado acreditado, esos actos fueron emitidos al amparo o con fundamento en normas legales y reglamentarias que NO SON LAS QUE RIGEN EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO al que refieren los actos en cuestión?"*. Conforme al precepto 133.1 de referencia, sostiene, el motivo de todo acto de la Administración debe ser válido, de manera que, independientemente del atraso en la entrega de los suministros contratados, en la especie no puede considerarse legítimo el motivo, dado que el sustento jurídico de los actos lo son disposiciones que no le resultan atinentes. De seguido alude al numeral 158.2 de cita, según el cual será inválido el acto sustancialmente disconforme al ordenamiento jurídico, para luego enfatizar que, el ICE al fundamentar jurídicamente los actos impugnados, incurrió en lo que se debe considerar una aplicación con efecto retroactivo de la Ley, pues las normas legales y reglamentarias que utilizó se promulgaron con posterioridad a la suscripción del contrato e incluso, a la entrega de la orden de compra y con ello al inicio de lo pactado. El Instituto, reitera, aplicó disposiciones legales y reglamentarias promulgadas con posterioridad a la firma del convenio administrativo, como consecuencia, agrega, se quebrantó el derecho de defensa, en el marco del principio del debido proceso. Como **tercer** agravio, reclama infringidos los principios de proporcionalidad y racionalidad.

Desde la demanda, sostiene, se alegó que la decisión del ente público de imponerle a su representada la multa, constituye un acto irracional, desproporcionado y arbitrario. El retardo en la entrega de los suministros contratados, adujo, no le ocasionó daños o perjuicios al ICE, tal y como quedó acreditado mediante prueba documental y testimonial, dado que los suministros en un alto porcentaje se mantienen en custodia del Instituto en sus almacenes o planteles, a la espera de ser utilizados cuando sean requeridos. La Administración contratante, reclama, incorpora en todos los carteles de licitación la misma cláusula penal y de forma mecánica aplica las sanciones en caso de demora en la entrega o bien por anticipación, sin reparar en los efectos del retardo ni la multa pecuniaria impuesta. Lo único que importa, acusa, es cobrar la multa, por el hecho de que la cláusula penal fue incluida en el cartel de licitación, dejando de lado la equidad y lo irracional o desproporcionado de las consecuencias del acto administrativo. Se omitió, apunta, un examen del caso a la luz del principio de proporcionalidad, pues, de manera mecánica, se aceptó la imposición injustificada de la sanción pecuniaria al haberse incorporado al cartel licitatorio. En el **cuarto** reproche, recrimina violación del principio de buena fe. Para el Tribunal, expresa, no hubo mala fe al permitir al demandante que ejecutara la totalidad del contrato y cobrara el porcentaje establecido como sanción por los días de demora. No obstante, aduce, si se examina de forma correcta lo acontecido, así como lo indicado en la sentencia impugnada, se puede apreciar que el instituto demandado no cumplió con lo que en derecho correspondía – ejercer la garantía de cumplimiento, la cláusula penal y buscar la indemnización de los daños y perjuicios-. Al no hacerlo, expresa, actuó de mala fe, pues, lejos de hacerle un

favor a la recurrente, le causó un perjuicio, dado que se generó la idea de que si se completaba la entrega de lo pactado y al no existir daño a los intereses del Instituto, la multa por el atraso no sería aplicada. Se cuestiona la razón del por qué, el ICE al momento de abrir el trámite de apercibimiento no impuso la multa, sino que esperó varios meses de retraso hasta que la empresa demandante completara la entrega de suministros para hacerlo, lo cual califica de ilegal, arbitrario, desproporcionado y contrario al principio de buena fe.

V.- El primer agravio de la casacionista gira en torno a la incorporación y posterior aplicación de una cláusula penal al cartel de la licitación que le fue adjudicado. En términos generales, expresa que dicha cláusula fue incluida de forma arbitraria, sin un fundamento técnico que justifique la decisión y sin ajustarse a las reglas de la lógica (cánones 15 y 16 de la LGAP), por cuanto el ICE la incluye mecánicamente en todas sus licitaciones. De conformidad con el artículo 36.3 del Reglamento a la LCA, apunta, a la hora de incorporar una cláusula penal por ejecución tardía de lo contratado, la Administración debe considerar el momento del contrato, el plazo convenido para la entrega total y las repercusiones de un eventual incumplimiento. Caso contrario, agregó, ha de demostrar que la entrega tardía produjo daños y determinar su cuantía. Aspectos que, reprocha, fueron omitidos en la especie y conllevaron, sin sustento técnico, a la imposición de una multa pecuniaria desproporcionada e irracional. De previo al análisis de fondo de las acusaciones que se formulan, esta Sala estima necesario tener claro lo acontecido. El día 2 de octubre de 2006 el ICE y la empresa **actora** suscribieron un contrato por el precio de \$6.295.419,00, cuyo objeto era la

adquisición de torres y materiales para líneas de transmisión y enlaces de subestaciones. El plazo para la entrega de los suministros se acordó en 270 días naturales, contados a partir de la notificación de las órdenes de compra, las cuales se emitieron el 4 de enero de 2007. Además se convino una garantía de cumplimiento, por el monto de \$629.541,90, en el supuesto de eventuales daños y perjuicios a resarcir, se dispuso en la cláusula octava las multas y sanciones que se aplicarían a la contratista en caso de no cumplir con los tiempos de entrega. Esa cláusula expresamente señala: *"Si el contratista no cumple con los tiempos de entrega ofrecidos en su oferta será sancionado con la siguiente multa: 0.4% del valor DDP cotizado por cada día natural de atraso respecto a lo indicado en su oferta y adjudicado por el ICE, hasta un máximo del 25% del valor del contrato, salvo casos de fuerza mayor debidamente comprobados a satisfacción del ICE"*. Argumentando una demora en la entrega de lo pactado, el 12 de noviembre de 2008, el Instituto inició la apertura de un proceso administrativo independiente a la contratista, en el que le impuso un apercibimiento el cual fue aprobado por oficio 0510-0-808-2009 del 21 de mayo de 2009. El 9 de diciembre siguiente, mediante oficio 4208-316-2009, se le comunicó a la sociedad actora el inicio del proceso de cobro de multa por la aplicación de la cláusula penal. A raíz de lo anterior, en fecha 2 de febrero de 2010, la directora del contrato le solicitó al Área de Adquisición de Bienes y Servicios del Instituto proceder con dicho cobro, dado que la primera entrega tenía 105 días de atraso y la última 763. Cabe aclarar que, el tope máximo de multa se alcanzaba a los 63 días de retraso, según el porcentaje de 0.4 indicado anteriormente. Mediante oficio 5225-0853-2010 de 20 de mayo de 2010, se

notificó a la contratista la multa impuesta por los retrasos incurridos, la cual ascendía a la suma de \$1.545.104,75. Asimismo, se le indicó que, como pago de dicha obligación se retuvo el monto de \$926.961,04 de la orden de pago no. 2009-4208-3045, no obstante, el saldo al descubierto, \$618.143,71, debía ser cancelado en un plazo de tres días, caso contrario se procedería a la ejecución de la garantía de cumplimiento. Ante el no pago del referido saldo, la Proveeduría Corporativa del ICE, por oficio 5225-0899-2010 del 27 de mayo de 2010, solicitó ejecutar tal garantía, lo que se llevó a cabo mediante oficio 5225-0962-2010 del 3 de junio de 2010. Por motivo de las determinaciones administraciones descritas, tal y como se indicó en el considerando I de esta sentencia, se interpuso la demanda origen de este proceso. Respecto al tema de la ejecución de la cláusula penal, los juzgadores, en su mayoría, consideraron que al haberse pactado entre las partes su aplicación, en el supuesto de que la contratista no cumpliera con los tiempos de entrega ofrecidos en su oferta, bastaba demostrar tal incumplimiento para poder cobrar la multa allí establecida. Lo anterior, agregaron, sin que resultare necesario, conforme al precepto 36.6 del Reglamento de cita, que la Administración demostrara la existencia de daños y perjuicios. En el caso en estudio, indicaron, se tuvo como acreditado los atrasos de la empresa actora, lo que constituía el presupuesto legal y contractual para que se pudiera ejecutar la cláusula en disputa, lo que se realizó mediante el oficio 5225-0853-2010 de 20 de mayo de 2010 suscrito por el Coordinador del Área Administrativa de Garantía de Registros y Sanciones del Instituto. Así las cosas, estimaron correctas las actuaciones del Instituto.

VI- El tema de las cláusulas penales y su aplicación fue objeto de discusión ante esta Sala en un asunto similar al presente, en esa oportunidad se resolvió: "**IV.** *A la luz de estos datos es claro que, contrario a lo sostenido por el casacionista, los órganos de las instancias precedentes no señalan que la cláusula penal sólo pueda aplicarse si se demuestra que el monto previsto en la cláusula corresponde a los daños y perjuicios. Ello supondría que ningún sentido tendría estipular una cláusula penal. Lo exigido, criterio que comparte la Sala, tiene lugar en el artículo 36.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa no. 25038-H -no así en el artículo 34 del Reglamento de Contrataciones de la actora, que se ocupa de la garantía de cumplimiento, pero no de la cláusula penal-. Aquélla norma señala: "Igualmente el cartel podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento. Por la naturaleza de estas cláusulas, para su aplicación no será necesario demostrar el daño."* (El destacado es suplido). Esto evidencia que, en efecto, 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, como se ha advertido por los juzgadores de las instancias precedentes, sino también, 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. En el sub-lite, RECOPE no demostró que un análisis de este tipo sirva de basamento a la cláusula penal que pretende ejecutar, ante lo cual deviene en ineficaz por ausencia de un requisito reglamentario. Ahora bien, esto en modo alguno supone que la Administración no tenga derecho a reclamar el pago de esos daños y perjuicios, pero no por la vía que pretende ahora, por insubsistencia de la cláusula, sino a través de la demostración fehaciente de los daños que soportó ante el retraso en el cumplimiento (...)". Resolución no. 1176-F-S1-2011, de las 9 horas 15 minutos del 22 de setiembre de 2011. El criterio transcrito resulta de aplicación en la especie. En tesis de principio, la Administración puede discrecionalmente incluir o no cláusulas penales en los contratos que suscribe, empero, no posee igual libertad para fijar los montos de las sanciones en ellas contenidas. El Reglamento General de Contratación Administrativa no. 25038-H es claro en cuanto establece la posibilidad de que el cartel de licitación contemple las referidas cláusulas, siempre y cuando a la hora de estipularlas se tomen en consideración: el monto del contrato, el plazo convenido para la ejecución o entrega total y las repercusiones de su eventual incumplimiento. De echarse de menos un análisis de esos estos elementos, se reitera, no puede actuarse la cláusula. En lo que interesa, la cláusula penal se incorpora con la finalidad de resarcir eventuales daños y perjuicios que se pueden ocasionar por retrasos en la entrega de lo pactado. Por lo tanto, dentro de un marco de razonabilidad y lógica, la Administración a la hora de incluirla y fijar su contenido (importe de la sanción), debe contar con estudios previos

que permitan determinar y cuantificar los posibles daños y perjuicios que podría sufrir en caso de que se cumpla de forma tardía con lo pactado. Se trata entonces de una determinación anticipada de los menoscabos económicos que pudiera causarle los retrasos por parte de la contratista. Tal y como indica el voto salvado, en línea con tesis de esta Sala: *"No es una inclusión irrestricta y "machotera" que puede hacer cada institución al elaborar el cartel de licitación pública, sino que la cláusula penal debe venir antecedida de un estudio que demuestre cuales son efectivamente los daños y perjuicios que se ocasionarán por parte del contratista, y precisamente debido a ello es que una vez que la situación se da, la administración no tiene que probar aquellos, pues los mismos ya fueron debidamente analizados antes de prepararse el cartel licitatorio."*

En el caso en estudio, no se discute el cumplimiento tardío en la entrega de los suministros pactados, ello constituye un hecho no controvertido. Sin embargo, corresponde determinar si el acto final por medio del cual se le impuso a la contratista una multa de \$1.545.104,75, como derivación de la ejecución de una cláusula penal, resulta conforme a derecho. En el sub-lite no se ha demostrado que la cláusula en disputa, en los términos en que se encuentra redactada, se haya establecido acorde a parámetros técnicamente objetivos a través de un estudio previo, que justifique el monto de la sanción impuesta. No consta en autos, de acuerdo a las exigencias que indica el canon 36.3 del Reglamento de la LCA, que la Administración, a partir del análisis del monto del contrato, el plazo convenido para la ejecución y las repercusiones de un eventual incumplimiento, fijara objetivamente el importe con el que se sancionaría un eventual retraso en la entrega de lo pactado. Así las cosas, la cláusula

penal deviene en una disposición sin sustento técnico, de imposible aplicación automática al haber sido incluida, se insiste, al margen de las reglas que establece el referido canon 36.3 del Reglamento. Cuerpo normativo que, valga señalar, junto a la LCA, no. 7494, resultan de plena aplicación al caso en estudio, por ser estas las normas vigentes al momento de publicarse la licitación (3 de octubre de 2005), adjudicarse (11 de julio de 2006) y suscribirse el contrato (2 de octubre de 2006). Para esta Cámara, resulta contrario a derecho ejecutar una cláusula penal que se estipuló, en lo que respecta a su cuantía, sin tomar en consideración las particularidades del caso concreto y obviando que, su inclusión lo que busca es resarcir un daño, de manera que no puede establecerse atendiendo únicamente al ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, pues debe contar con el rigor mencionado (estudios que den sustento técnico). Por los motivos expuestos, estima esta Cámara que el acto administrativo por medio del cual se dispuso imponer a la contratista la multa de \$1.545.104,75, (oficio 5225-0899-2010), como derivación de la aplicación de la cláusula penal en cuestión, resulta nulo. Consecuentemente, deberá acogerse el agravio que en ese sentido se formula. Lo anterior, valga señalar, de ninguna manera significa que el ICE no pueda reclamar los daños y perjuicios ocasionado por el retraso en la entrega de los suministros, empero, deberá hacerlo demostrando fehacientemente la existencia de tales daños.

VII.- De conformidad con el canon 150 inciso 2) del CPCA, es necesario referirse a la excepción de falta de derecho opuesta por el ICE, el cual por haber resultado victorioso no interpuso recurso de casación. A la luz de lo señalado en el considerando

anterior esta excepción debe rechazarse, toda vez que como se indicó, a la empresa actora le asiste el derecho a la nulidad del acto administrativo (oficio 5225-0899-2010) por medio del cual se le impuso la multa de \$1.545.104,75, al derivarse de la aplicación de una cláusula penal cuyo contenido se estableció sin ningún sustento técnico que la justifique.

VIII.- En merito de lo expuesto, procede acoger el recurso y en consecuencia, anular la sentencia recurrida. En su lugar, fallando por el fondo, se debe rechazar la excepción de falta de derecho opuesta por el ICE. Se declara con lugar la demanda en los siguientes términos: es nulo el oficio 5225-0853-2010 del 20 de mayo de 2010 y por conexidad el 5225-0899-2010 del 27 de mayo y 5225-0962-2010 del 3 de junio, ambos de 2010. El ICE debe devolver a la actora las sumas de \$926.961,04, por concepto de facturas pendientes de cancelar y reintegrar \$618.143,71, provenientes de la ejecución de la garantía de cumplimiento. Debe pagar los intereses generados por dichos montos de la siguiente forma: en relación a las facturas no canceladas, desde la fecha cuando estas debieron ser pagadas y respecto al reintegro de la garantía de cumplimiento, desde que el demandado recibió el dinero. Los intereses deberán calcularse hasta su efectivo pago y serán determinados en ejecución de sentencia. Se condenará al Instituto al pago de ambas costas, conforme al precepto 150 inciso 3) del CPCA.

POR TANTO

Se declara con lugar el recurso incoado. Se anula la sentencia recurrida. En su lugar, fallando por el fondo, se rechaza la excepción de falta de derecho opuesta por el ICE. Se acoge la demanda en los siguientes términos: se anula el oficio 5225-0853-

2010 del 20 de mayo de 2010 y por conexidad el 5225-0899-2010 del 27 de mayo y 5225-0962-2010 del 3 de junio, ambos de 2010. Se ordena al ICE devolver a la actora las sumas de: \$926.961,04, por concepto de facturas pendientes de cancelar y \$618.143,71, provenientes de la ejecución de la garantía de cumplimiento. Asimismo, se le condena al pago de los intereses generados por dichos montos de la siguiente forma: en relación a las facturas no canceladas, desde la fecha cuando estas debieron ser pagadas y respecto al reintegro de la garantía de cumplimiento, desde que el demandado recibió el dinero. Los intereses se calcularán hasta su efectivo pago y serán determinados en ejecución de sentencia. Se condena al Instituto al pago de ambas costas.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández