



**EXP: 00-000747-0163-CA**

**RES: 000750-F-2006**

**SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-** San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del cinco de octubre del dos mil seis.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por **ELECTROCONDUCTORES DE HONDURAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada por sus apoderados generalísimos sin límite de suma Danilo Gutiérrez García, administrador de empresas, Freddy Morales Salas, ingeniero industrial; contra la **JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO DE CARTAGO**, representada por Óscar Meneses Quesada, licenciado en administración de empresas y vecino de Cartago, en calidad de gerente con la representación judicial y extrajudicial. Figuran además, como apoderados especiales judiciales de la actora los licenciados Carlos Eduardo Quesada Hernández y Juan Carlos Montero Villalobos y de la demandada Juan Antonio Solano Ramírez, vecino de Cartago. Las personas físicas son mayores de edad, casados y con las salvedades hechas, abogados y vecinos de San José.

#### **RESULTANDO**

**1.-** Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, la sociedad actora estableció proceso ordinario cuya cuantía se fijó en la suma de ochenta y nueve mil setecientos treinta y siete dólares con cuarenta y siete centavos, moneda de los Estados Unidos de América, a fin de que en sentencia se declare: *"1- La nulidad absoluta del acto presunto producido en virtud del silencio administrativo de la Entidad accionada. Según se comprueba con las copias que se acompañan el 4 de julio del año dos mil se formuló una pretensión administrativa concreta a la Junta Directiva de JASEC, en la que se pidió que se cancelaran las facturas pendientes de pago, así como los intereses de las mismas, según liquidación que en el mismo acto se aportó. Dos meses*

después de presentada dicha gestión, la Junta Directiva de JASEC dictó acto administrativo alguno en relación con esta petición, ni lo ha hecho hasta ahora, y por tal razón, conforme lo establecen los artículos 127 y 261 de la Ley General de la Administración Pública y artículos 19 y 37 párrafo segundo de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se produjo la denegación presunta de lo pedido, en virtud del silencio administrativo negativo, acto presunto que es el que se solicita anular en sentencia. Este acto presunto se encuentra viciado en su forma y fondo y se violentan con él las normas legales referentes al cumplimiento de los contratos administrativos y pago de intereses, así como los principios del debido proceso, en especial lo pertinente respecto a la oportuna respuesta a las gestiones presentadas ante un Ente Público. 1- que la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago debe pagar a mi representada las sumas de capital pendientes de la Licitación número 5-97, según las facturas cuyo detalle contiene la gestión administrativa presentada en fecha 4 de julio del 2000, y que es el siguiente: FACTURA PRINCIPAL (a) FECHA DE EXIGIBILIDAD 1-016855 26.014,49 11 de mayo de 1998 2-017611 10.512,26 23 de noviembre de 1998 3- 017541 254,00 24 de junio de 1999 4- 017144 8.028,16 9 de julio de 1998 5-016994 6.573,05 8 de julio de 1998 6- 017080 6.121,47 27 de junio de 1998 7- 016860 10.868,78 14 de mayo de 1998 8- 016969 5.519,36 30 de mayo de 1998 (a) Para todos los casos los montos son en dólares, moneda de los Estados Unidos de Norteamérica. Deberá cancelar además cualquier otra suma de capital que, por concepto de cumplimiento de la Licitación número 5-97, se adeude a nuestra representada. En caso de pagar en colones, el cálculo deberá hacerse al tipo de cambio para la venta vigente al día del efectivo pago. 3- Que la Junta Administrativa del servicio Eléctrico de Cartago debe pagar a mi representada los intereses, en dólares, moneda de los Estados Unidos de Norteamérica, correspondientes a cada una de las facturas detalladas, y demás sumas adeudadas a ECOHSA, al tipo Prime Rate, los cuales se calcularán desde la fecha de exigibilidad de cada factura y obligación adicional, hasta el efectivo pago de las mismas, según liquidación que se hará en ejecución de sentencia. En caso de pagar en colones, el cálculo deberá hacerse al tipo de cambio para la venta

vigente al día del efectivo pago. 4- Que además del pago del capital adeudado y de los intereses, en la forma y términos expuestos supra, se condene a la accionada al pago de los demás daños y perjuicios causados a nuestra representada, consistentes en todos los gastos, administrativos y de cualquier otra índole, generados por la falta de pago de lo adeudado, así como los intereses de estos gastos desde que se generaron y hasta su efectivo pago, todo lo cual se liquidará en la etapa de ejecución de sentencia. 5- Solicitamos se condene a la accionada al pago de ambas costas de este proceso.”

**2.-** La parte demandada contestó negativamente y opuso las defensas de prescripción, contrato no cumplido (non adimplenti contractus), falta de legitimación activa y pasiva, falta de acción, falta de derecho y falta de competencia entendida ésta como falta de agotamiento de la vía administrativa, la cual fue resuelta interlocutoriamente.

**3.-** La Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago, contrademandó a la actora, para que en sentencia se declare: “1. Que Electroconductores de Honduras S. A. de C.V debe pagar a mi representada la suma de \$17.482,14 correspondientes a multas por cláusula penal por ejecución tardía con sustento a lo establecido en el artículo 36.3 del Reglamento General de la Contratación Administrativa de la licitación, en virtud de incumplimiento tardío en la entrega de los bienes adjudicados a su favor contempladas (sic) en la orden de compra No. 212 del 31 de diciembre de 1997 emitida por JASEC. 2. Que Electroconductores de Honduras S. A. de C.V debe pagar a mi representada los intereses en dólares, moneda de los Estados Unidos de América, correspondientes a las (sic) montos detallados previamente, al tipo Prime Rate, los cuales se calcularán desde el momento en que se genera la obligación hasta el efectivo pago de los mismos, según liquidación que se efectuará en ejecución de sentencia. 3. Que se condene a la accionada al pago de los demás daños y perjuicios causados a mi representada, consistentes en el diferencial cambiario, todos los gastos administrativos y de cualquier otra índole que se han generado en virtud del incumplimiento de la accionada, así como los intereses de los mismos desde que se generaron y hasta su efectivo pago, todo debiendo liquidarse en ejecución de sentencia. 4. Que a Electroconductores de Honduras

*S.A. de C.V. se le condene al pago de ambas costas de este proceso."*

**4.-** La demandada-reconventora contestó negativamente y opuso las defensas de falta de derecho, falta de interés actual, falta de legitimación activa y pasiva y falta de agotamiento de la vía administrativa, ésta última fue resuelta interlocutoriamente.

**5.-** La Jueza Lilliana Quesada Corella, en sentencia no. 224-04 de las 8 horas del 11 de marzo del 2004, resolvió: *"Se rechazan las defensas de prescripción, non adimplinti contractus, falta de legitimación activa y pasiva y falta de derecho, opuestas a la demanda y falta de derecho, falta de interés actual y falta de legitimación activa y pasiva opuestas a la contrademanda. Se acogen parcialmente tanto la demanda como la contrademanda, entendiéndose denegadas en lo que no se diga expresamente. Se anula el acto presunto denegatorio del reclamo interpuesto por la demandante. Se condena a la Junta Administradora de Servicios Públicos de Cartago a pagarle a Electroconductores de Honduras S.A., setenta y tres mil ochocientos noventa y dos dólares con treinta y nueve centavos de dólar, suma a la que deberá rebajársele, antes de su efectivo giro, el monto en dólares que se determine en ejecución de sentencia con auxilio pericial, correspondiente a las multas a cargo de la actora como compensación por el atraso injustificado del contrato. No se condenan intereses con relación a ninguna de las dos sumas. Los demás daños y perjuicios cobrados por ambas partes se rechazan. Por la forma en que se resuelve, se falla este asunto sin especial condenatoria en costas."*

**6.-** Ambas partes apelaron, y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, integrado por los Jueces Horiacio González Quiroga, Roberto J. Gutiérrez Freer y Rose Mary Chambers Rivas, en sentencia no. 43-2005 de las 9 horas 5 minutos del 18 de febrero del 2005, dispuso: *"Se confirma la sentencia apelada, salvo en cuanto deniega la excepción de contrato no cumplido la cual se acoge."*

**7.-** Los apoderados especiales judiciales de la empresa actora-reconvenida, formulan recurso de casación por el fondo. Alegan violación de los numerales 99, 293, 318 inciso 3, 591 inciso 1, 595 inciso 3, 596, 330, 351, 353, 370, 379, 385 706 del Código Procesal Civil; 497 del Código de Comercio; 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; 27 y 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: 39 y 41 de la

Constitución Política; 36 párrafos 3 y 4, 103 del Reglamento de Contratación Administrativa.

**8.-** En los procedimientos se han observado las prescripciones legales. Intervienen en la decisión de este asunto los Magistrados Suplentes Álvaro Meza Lázarus y Margoth Rojas Pérez.

**Redacta el Magistrado Rivas Loáiciga**

**CONSIDERANDO**

**I.-** Electroconductores de Honduras Sociedad Anónima de C.V. (en adelante ECOHSA), interpuso demanda ordinaria contra la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago (en lo sucesivo JASEC). Expresa, se adjudicó la licitación número 5-97, promovida por la segunda, para la adquisición de cable y material eléctrico. Manifiesta, el 31 de diciembre de 1997 se expidió la orden de compra correspondiente, con el número 212, que cumplió con las entregas y pese a ello JASEC no le ha cancelado. Asevera, que los plazos de entrega se variaron en múltiples ocasiones, por razones atribuibles a JASEC, debido a que los documentos necesarios para el desalmacenaje de las mercaderías no eran expedidos a tiempo, o estaban incorrectos y era necesario corregirlos. Asimismo, que JASEC adeudaba dinero al almacén fiscal, por lo cual no se podían retirar los productos. ECOHSA señala, que en otras ocasiones, se modificaron los requerimientos originales o los cables presentaban defectos producto de su largo almacenamiento en condiciones inapropiadas. Aduce, la totalidad de los materiales se entregaron y fueron recibidos a entera satisfacción por la Administración licitante. De ahí, pretenda en sentencia se declare: la obligación de cancelarle las ocho facturas pendientes de pago, con sus respectivos intereses, como los daños y perjuicios que ha sufrido en virtud del retraso; la nulidad absoluta del acto presunto producido por el silencio administrativo de la demandada. JASEC contestó negativamente, opuso la defensas de falta de agotamiento de la vía administrativa, rechazada interlocutoriamente, y las de prescripción, contrato no cumplido, falta de acción, falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva. Contrademandó por considerar que ECOHSA le debe por concepto de cláusula penal, la suma de \$17.482.14. La reconvenida

opuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y no impugnación de actos administrativos, ambas resueltas y denegadas de manera interlocutoria; así como las de falta de derecho, falta de interés actual y falta de legitimación activa y pasiva. El Juzgado rechazó las defensas de prescripción, contrato no cumplido, falta de derecho, falta de acción, falta de legitimación activa y pasiva opuestas a la demanda y las de falta de derecho, falta de interés actual y falta de legitimación activa y pasiva invocadas contra la reconvención. Esta última y la demanda fueron acogidas de forma parcial. Anuló el acto presunto denegatorio del reclamo interpuesto en sede administrativa por la actora. Condenó a JASEC a pagar a ECOHSA la suma de \$73.892,39, a la cual, estableció se le habría de rebajar, antes de su pago, el monto que en ejecución de sentencia se fije por concepto de multas a cargo de la demandante con el propósito de compensarla por el atraso injustificado del contrato. No condenó al pago de intereses, ni en costas a ninguna de las partes. El Tribunal confirmó la sentencia, salvo en lo atinente a la denegatoria de la defensa de contrato no cumplido opuesta por JASEC a la demanda la cual acogió. Pese a que la actora formula recurso de casación solo por motivos de fondo, en realidad uno de estos es procesal, de ahí, que los agravios de conformidad con las disposiciones del canon 610 del Código Procesal Civil han de reordenarse de la forma que sigue.

#### **MOTIVOS PROCESALES**

**II.- Único:** aduce, que respecto a la admisión de la contrademanda y la condena a ECOHSA al pago de la multa, la sentencia dictada por el Tribunal infringe el artículo 99 del Código Procesal Civil, así como los numerales 39 y 41 de la Constitución Política. Afirma, la primera de las normas se conculca porque la sentencia, juzga más allá de las cuestiones originalmente debatidas por las partes al admitir y luego declarar parcialmente con lugar la reconvención en lo que a la condena al pago de multas se refiere, pues sustenta este criterio en que encuentra a la empresa "culpable", de un incumplimiento contractual que en primer término no es ni fue nunca el objeto inicial del proceso. Y, en segundo lugar carece de toda prueba válida dentro del litigio, pues el único sustento tomado en cuenta por el Ad quem es el documento presentado como

prueba para mejor proveer por JASEC, que es el resultado de un procedimiento administrativo posterior a la interposición de la demanda y además violatorio del derecho de defensa de ECOHSA, dado que dentro de este nunca se le concedió la oportunidad de defenderse en sede administrativa. Indica, se le juzgó y sentenció sin haberla citado al proceso en que, ahora se entera, estaba siendo acusada de incumplimiento y en el cual resultó sancionada al pago de multas, de modo que no se le concedió la oportunidad de defenderse, como lo establecen los numerales 39 y 41 de la Constitución Política y la reiterada Jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre el tema. De ahí, que los acuse infringidos de forma directa. Considera, en este proceso judicial, sin previo aviso se le encuentra culpable de hechos ajenos y propios de la demandada, producto de un expediente administrativo creado al efecto luego de interpuesto el proceso judicial y; que por evidente error, el Tribunal viene a avalar en el fallo que ahora se recurre. Alega, no solo eso, si no afirma temerariamente que cualquier violación al debido proceso quedó corregida, por la audiencia de tres días que sobre el particular se le concedió antes de dictarse la sentencia de primera instancia. Por ello, expresa, se irrespeta ese derecho constitucional y legal, que no se corrige por una simple audiencia, dado que los actos ya están dictados y no hay medio alguno, administrativo o judicial, de corregirlos, siendo absoluta su indefensión. Dice por esa circunstancia el fallo viola directamente el ordinal 99 del Código Procesal Civil, pues el Ad quem excede su competencia para fallar en este asunto, al resolver extremos que no fueron objeto de la acción inicial y que son hechos completamente nuevos, los cuales JASEC debió reclamar en un proceso aparte, en donde habría oportunidad para que ECOHSA se defendiera desde su inicio, objetando los actos administrativos que se dictaron en violación de sus derechos. Por ello el fallo está viciado de incongruencia, dado que no se limita a resolver sobre las pretensiones de las partes sustentadas en la prueba válidamente recibida en el expediente.

**III.-** Esta Sala, reiteradamente, ha expresado que: "**IV.-** ...*La incongruencia ... implica un irrespeto a normas de orden procesal que le imponen al juzgador un determinado comportamiento al proferir el fallo. Particularmente el que nos ocupa atenta contra la que dispone que el Juez, al dirimir la litis, no puede rebasar los límites dentro*

de los cuales está contenido el tema de la controversia (Art. 155 del Código Procesal Civil). Al fallador, en efecto, le está vedado pronunciarse sobre puntos que no han sido sometidos a su decisión. La incongruencia se produce, por lo mismo, cuando hay disonancia manifiesta y trascendente entre lo peticionado, o sea lo rogado en la demanda o en las excepciones, y lo resuelto. La falta de conformidad puede producirse porque se conceda más, porque se conceda cosa distinta o porque se omita resolver peticiones. ... La incongruencia ha de buscarse confrontando la parte resolutive de la sentencia con las pretensiones de las partes, para determinar si existe o no el desacoplamiento ostensible constitutivo del vicio. En este menester, desde luego, hay que tener en cuenta también los hechos aducidos como sustento de la petición, porque ésta se entiende sólo en función de la causa que en ellos se expresa; no así el fundamento legal, porque es al Juez y no a las partes a quien corresponde decir el derecho (Jura novit curia). Y es que resulta obvio que el Juez no podría variar en el fallo la causa petendi sin lesionar el derecho de defensa de la persona afectada con ese cambio. Ahora bien, la inconsonancia está referida a declaraciones que el tribunal no puede hacer sino a gestión de parte. (Doctrina del art. 99 del Código Procesal Civil); en consecuencia, si resuelve de oficio extremos para cuya decisión no es necesaria esa iniciativa, máxime cuando el no hacerlo conlleva más bien un irrespeto a una conducta impuesta al sentenciador, no hay incongruencia, fundamentalmente porque no hay extralimitación de poder. ..."(Lo subrayado no es del original. Sentencia número 61 de las 15 hrs. del 23 de julio de 1997. En igual sentido, puede consultarse la número 125 de las 14:40 hrs. del 27 de noviembre de 1996)". Sentencia número 85 de las 15 horas 35 minutos del 24 de enero del 2001. De lo expuesto, la inconformidad en análisis no es de recibo. El Tribunal no resolvió más allá de las cuestiones originalmente debatidas en lo que a la condena al pago de la cláusula penal se refiere. En lo que es de interés al caso en estudio, entre los hechos de la contrademanda JASEC, señaló: "**Tercero:** Que la demandante **INCUMPLIENDO GRAVEMENTE CON EL PLAZO DE ENTREGA** previsto en la Orden de Compra de Importación No. 212, incurrió en **MORA** en todas y cada una de las partidas adjudicadas, incurriendo así en **LO OBLIGACIÓN DEL PAGO DE**

**MULTAS A FAVOR DE JASEC** por concepto de ejecución de la cláusula penal...". Entre sus pretensiones, solicitó se declarara: "1. Que Electroconductores de Honduras S.A. de C.V debe pagar a mi representada la suma de \$17.482,14 correspondientes a multas por cláusula penal por ejecución tardía con sustento a lo establecido en el artículo 36.3 del Reglamento General de la Contratación Administrativa de la licitación (sic), en virtud del incumplimiento tardío en la entrega de los bienes adjudicados a su favor contempladas en la orden de compra No. 212 del 31 de diciembre de 1997 emitida por JASEC". El Juzgado condenó a ECOHSA al pago de multas como compensación por el atraso injustificado del contrato. El Tribunal confirmó la sentencia apelada, salvo en lo referente a la excepción de contrato no cumplido que acogió. En consecuencia, contrario a lo que señala la casacionista lo resuelto respecto al incumplimiento y multas, fueron aspectos debidamente propuestos y debatidos durante el proceso, de ahí, la sentencia recurrida es congruente. En el motivo se deducen de una forma no muy clara otros agravios, que de manera detallada se reiteran más adelante, por ello se conocerán en su oportunidad.

#### **RECURSO POR MOTIVOS DE FONDO**

**IV.- Primero:** aduce que conforme a la jurisprudencia de esta Sala el error de derecho se produce cuando el juzgador no le asigna a la prueba el valor legal que tiene según su contenido. Afirma, que este yerro se da en la sentencia respecto a la siguiente prueba documental: 1- Oficio número CBS-028-2000, del 11 de febrero de 2000, suscrito por el Lic. Abel Gómez, entonces Proveedor General de la Entidad demandada y dirigido al señor Dennis García, de Conducen S.A., en el cual se afirma textualmente, entre otras cosas, lo siguiente en relación con todas las facturas a que se refiere este proceso judicial: "*...en verdad lamentamos el atraso ocurrido con el pago, pero infortunadamente no se nos permitió incluir en el presupuesto ordinario pasado esta deuda, por pertenecer a su ejercicio anterior*". Afirma, de esta prueba se concluye que para el 11 de febrero del año 2000, era evidente y clara la existencia de la obligación de pago por parte de JASEC a ECOHSA de las facturas que ahí se detallan y que son exactamente las mismas a las que este proceso judicial se refiere. Añade, es factible concluir que el atraso en el cumplimiento de la obligación de pago competía a JASEC, así lo admite su funcionario

con palabras directas que no permiten otra interpretación, al indicar que las obligaciones insolutas datan del período fiscal anterior al 2000. Manifiesta, esta nota se aportó con la formalización de la demanda, y el Tribunal le restó todo valor probatorio, a pesar de admitir su existencia material dentro del expediente. En la sentencia dice que la prueba "no le merece credibilidad" a pesar de haberse ofrecido desde el inicio del proceso, y se fundamenta en el expediente aportado por JASEC como prueba para mejor proveer, que fue obtenida en forma irregular y con violación de las normas del debido proceso. Indica, que esa postura del Ad quem resulta incomprensible a la luz de la correcta valoración de la prueba documental, en especial de lo dispuesto por el ordinal 370 del Código Procesal Civil. Alude, que esta norma es violentada abiertamente en el fallo que se recurre, pues en lugar de tener como probada la entrega de los materiales y la existencia de la obligación de pago por parte de JASEC a partir del año 1999, el Tribunal concluye exactamente lo opuesto. 2- Acta de la reunión celebrada entre funcionarios de JASEC, CONDUCEN y ECOHSA el 18 de agosto de 1998, visible al folio 86 del expediente administrativo, en la cual se destaca cuáles eran para entonces las condiciones de cumplimiento del contrato. Según aparece en este documento, del total de los materiales de la orden número 212, únicamente los que se citan en los puntos 1 y 2 presentaban pequeños defectos, que se corrigieron en tiempo. En el punto 3 se lee clara y textualmente que todos los demás materiales suministrados con base en dicha orden fueron recibidos "a conformidad por JASEC". El fallo no solo ignora esta prueba documental, sino que falla contra lo que ella estipula de manera clara, textual y contundente, produciendo con ello un error de derecho en la apreciación de la misma, conculcándose lo establecido por las normas 293, 318 inciso 3, 330, 351, 353, 370, 379 y 385, todas del Código Procesal Civil. Hace notar, que ECOHSA demostró, con el propio expediente administrativo aportado originalmente por JASEC, que sí cumplió con la entrega total de los materiales y que por tal razón no es cierto todo lo que se dijo después en el expediente levantado por JASEC sin su participación. Esta prueba es indubitable y de nuevo no ha sido argüida de falsa, por lo que su valor probatorio debió ser el de un documento válidamente aportado al proceso. Lejos de ello el Tribunal falla

en contra de su texto y de ahí, expone, se produce la violación apuntada. 3- Memorando suscrito por el Lic. Abel Gómez, en su carácter de Proveedor de JASEC y dirigido al señor Dennis García, de fecha 23 de septiembre de 1999, en el cual afirma que efectivamente JASEC mantenía graves problemas con el Almacén Fiscal, al cual le debían dinero, y por tal razón no podía desalmacenar las mercaderías a su nombre. En el fallo el Tribunal tiene por demostrado que los atrasos en el suministro del cable contratado fueron imputables a ECOHSA, es decir lo contrario a lo dicho en este documento, falla contra su texto y le deja sin su valor probatorio. No existe otro documento en todo el expediente administrativo originalmente aportado por JASEC que diga algo distinto a este memorando. Afirma, existen otras notas que permiten corroborar su contenido, entre ellas la de fecha 30 de agosto de 1999, emitida por el Almacén Fiscal ALDEFISCO y visible al folio 275 del Expediente Administrativo original, en la que se le dice a JASEC que su deuda continúa insoluble tanto en el capital como los intereses moratorios. Es conteste la prueba válidamente ofrecida y obtenida respecto al desorden de JASEC en cuanto de sus pagos, lo que hizo que se produjeran atrasos en el recibo de los cables no imputables a ECOHSA sino a la demandada. De igual forma se produjeron daños a los materiales por el indebido almacenamiento, otra vez imputable exclusivamente a JASEC que no podía retirarlos del Almacén Fiscal por la deuda que mantenía con éste. El fallar en contra de esta prueba también violenta por indebida aplicación y valoración lo establecido por los preceptos 293, 318 inciso 3, 330, 351, 353, 370, 379 y 385, todos del Código Procesal Civil. **Segundo:** argumenta violación indirecta de normas por errores incurridos al apreciar la prueba. En su concepto, el fallo cae en este tipo de errores, a saber, de hecho al concluir que debe condenarse a ECOHSA al pago de multas por haber incurrido en atrasos en la entrega de los materiales licitados, así como por el incumplimiento parcial en su entrega. Recrimina, la única prueba que lo sustenta es la documentación que con carácter de prueba para mejor proveer, fue indebidamente admitida por el Juez de primera instancia ante la solicitud formulada por JASEC, y que consiste en un expediente administrativo completamente nuevo y distinto del documento aportado por la demandada al inicio del proceso judicial. Expresa, del análisis de estos

documentos, incluso de su simple lectura, se desprende que en ningún lugar aparece una copia certificada del cartel de la licitación número 5-97, ni tampoco del contrato que eventualmente pudiera haberse generado luego de la adjudicación, que establezca la existencia de cláusula penal o multas en el concurso, es decir no existe en los documentos una sola copia que corresponda a alguno de estos dos elementos. No hay probanza alguna que demuestre que JASEC tenga derecho, en la licitación número 5-97 y conforme al cartel específico o en el contrato, al cobro de multas o que se compruebe la existencia de una "cláusula penal". Los Jueces del Tribunal Superior concluyen de esta prueba, hechos inexistentes, específicamente la obligación de pagar multas por parte de ECOHSA dentro de la licitación 5-97, de ahí, se conculquen las normas por el error de hecho que acusa. Pues, indica, se extrae de un instrumento cosas que éste no contiene ni prueba en modo alguno, violentándose en su criterio, lo establecido por las disposiciones 293, 318 inciso 3, 330, 351, 353, 370, 379 y 385, todas del Código Procesal Civil, el canon 370 en cuanto dispone que los documentos o instrumentos públicos, mientras no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones. A contrario sensu, dice, si el documento, en este caso el expediente admitido como prueba para mejor proveer, no contiene ni el cartel ni el contrato, no es posible que el Tribunal concluya que se haya previsto o pactado el pago de multas en el presente caso. El hecho de que el Reglamento de Contratación Administrativa prevea la posibilidad del cobro de multas o el establecimiento de cláusulas penales en los concursos públicos, no implica que todos los concursos las contengan de forma automática, sino que esto debe estar previsto en el cartel respectivo, junto con su cuantificación o porcentaje, es decir, que previamente al convenio el ente licitante debe comunicar y hacer saber a los posibles oferentes cuál será el monto o porcentaje de la multa o cláusula penal, en su caso. Nada de esto demostró JASEC en este proceso. Afirma, en la contrademanda el representante legal de JASEC cita el artículo del Reglamento que prevé la posible existencia de una cláusula penal o multas en el contrato y luego dice que esas sanciones son usuales en los

carteles y de ahí concluye y pide que se condene a su pago. Petición que pese a carecer de fundamento fue indebidamente acogida en el fallo que ahora se recurre. Indicar que esa sanción es normal, es distinto a probar, que efectivamente existe en un caso concreto. Lo cierto es que JASEC no acreditó en qué apartado del Cartel o en cuál estipulación del contrato, sustenta su absurda pretensión para el cobro de las multas que pretende en su contrademanda. Reprocha, se trata de meras especulaciones, ayunas de prueba y que llevaron al Tribunal a una conclusión evidentemente errónea, al acoger parcialmente la reconvención y condenar a ECOHSA al pago de multas, pues la existencia misma de éstas como una previsión del concurso no fue comprobada, incurriendo así en error de hecho al apreciar la prueba, lo que obliga a casar la sentencia por la violación apuntada. El fallo del Tribunal, refiere, no menciona el numeral 36 del Reglamento General de Contratación Administrativa como fundamento jurídico, pero resulta evidente que tal norma es la que finalmente sustenta su admisión parcial. Una nueva violación se produce aquí por este hecho. En efecto, indica, la constitucionalidad de los ordinales 36.2 y 36.3 ha sido cuestionada mediante la Acción de Inconstitucionalidad número 03-005813-0007-CO, publicada en el Boletín Judicial número 209 del 30 de octubre del 2003, de manera que a tenor de lo dispuesto por el precepto 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, los Jueces se encontraban impedidos de fallar aplicando normas cuestionadas de inconstitucionales. En el presente caso, estima, que no resulta aplicable el canon 36 del Reglamento citado, pues no se ha demostrado la existencia de norma cartelaria o cláusula alguna que prevea la existencia de cláusula penal o multas. **Tercero:** asevera, que la sentencia del Tribunal irrespeta de forma directa la Jurisprudencia de la Sala Primera en materia de contrademandas dentro de procesos contencioso-administrativos, la cual si bien no es vinculante, explica, sí contiene el criterio de la correcta aplicación de las normas sobre este tema. Cita las sentencias números 357 de las 10 horas y 5 minutos del 10 de septiembre de 1968; y la 455 de las 9 horas del 21 de octubre de 1969, así como la Jurisprudencia de la Sección Primera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, concretamente la resolución número 476 de las 11 horas del 29 de agosto de 1991. Las cuales, manifiesta, han

determinado la inadmisibilidad de la contrademanda. Señala, que de acuerdo con esas resoluciones, no resulta admisible en un proceso contencioso administrativo, salvo que exista una rigurosa y estricta correspondencia entre la pretensión deducida en la demanda y la que se deduzca en la reconvención. A su juicio, en el presente caso tal ligamen no existe del todo. El proceso contencioso administrativo que interpone ECOHSA procura la nulidad absoluta del acto presunto, a través del cual JASEC implícitamente deniega el pago de las facturas correspondientes a la entrega de una serie de mercaderías consecuencia de un contrato celebrado, ejecutado y terminado por parte de ECOHSA, así como el reconocimiento de una situación jurídica consolidada, consistente en el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la demandada. Al tenor de los hechos descritos, la conclusión expresada por el Tribunal sobre este particular irrespeta en forma directa e indirecta las normas constitucionales y legales citadas. La razón por la cual se acoge la reconvención y condena al pago de multas es exclusivamente la supuesta culpa de ECOHSA en actos que carecen de toda prueba legítima, desconociendo así y restando todo valor a la prueba que acredita que el atraso en el pago de las facturas obedeció exclusivamente a la negligencia de los funcionarios de JASEC. La cual, indica, no gestionó administrativamente el pago de multas, de ahí, no puede el Tribunal otorgar una pretensión que carece de un acto válido previo, dictado por la Administración. Dice, es notoria la conculcación de la norma 99 del Código Procesal Civil. **Cuarto:** aduce, que el fallo recurrido se fundamenta en prueba extemporánea e ilegal, presentada como "prueba para mejor proveer", introducida después de las conclusiones de ECOHSA en el proceso, sin someterla al control del debido proceso y del derecho de defensa, y se aprecia no existe indicio de que en el proceso se le permitiera a su representada actuar. Considera esa situación como irrespetuosa y arbitraria, contraria al derecho de defensa y al debido proceso, pues se le brindó audiencia por tres días en la resolución de las 10 horas 7 minutos del 27 de enero del 2004. Adicionalmente, está constituida de dos tomos aportados por JASEC, que corresponden a la reconstrucción del expediente de la adjudicación, y un expediente postadjudicatorio. Así, alega, se introdujeron al proceso nuevos documentos a los cuales

se les ha otorgado la virtud de ser plena prueba. Los que, recrimina, se originaron sin que ella participara, y no se trata simplemente del interés de ser parte del proceso administrativo, sino que como consecuencia de éste se le pretende sancionar, es decir que conlleva efectos negativos para sus intereses legítimos y derechos subjetivos, lo que obligaba a JASEC a tenerla como parte en dicho procedimiento, de conformidad con el numeral 308 de la Ley General de la Administración Pública. Indica, que ese punto fue aclarado mediante escrito presentado el 2 de febrero del 2004, indicando que esa documentación se añade a la causa petendi cuatro años después de iniciado el proceso, lo que violenta el equilibrio procesal de las partes, amén de no haber existido aquel en contra de su representada, previo a la interposición de esta acción judicial. De ahí, que la sentencia recurrida violente el ordinal 103 y siguientes del Reglamento General de Contratación Administrativa, pues los aplica sin decirlo y contra el texto de las mismas normas. Aduce el quebranto de las reglas en torno al manejo del "expediente administrativo". El que debe ser traído con el fin de que cada una de las partes pueda ejercer la defensa de sus intereses con certeza y transparencia, con los cuales se establece procesalmente la "litis" que debe ser sometida a consideración de los despachos judiciales. Afirma, éste no puede traer al proceso hechos nuevos, ya que las situaciones fácticas jurídicamente relevantes se encuentran precisadas por las pruebas y los escritos de demanda y contestación. Lo que es mas, de conformidad con el artículo 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estima se establece el agotamiento de la vía administrativa como un elemento básico que por mandato de ley es indispensable para dar por iniciado un proceso judicial. Esto porque son los hechos discutidos en vía administrativa, por acción u omisión del ente público, los que deben pasar a conocerse a partir de ese momento en sede judicial. Explica, que si antes de formalizarse la demanda, pero luego de la interposición del proceso, la Administración produce nuevos actos dentro de dicho expediente, prevé la Ley Reguladora en su numeral 27, que el demandante podrá solicitar la ampliación de la acción al nuevo acto administrativo o disposición dentro del plazo que señala el ordinal 37. Todo ello en virtud de que el objeto a discutir no puede ni debe estar sujeto a

cambios una vez trasladada la discusión a la sede judicial. Sin embargo, menciona, en violación directa a las disposiciones citadas, el fallo recurrido se fundamenta en prueba espuria e ilegal, originada en actuaciones administrativas acaecidas dentro del mismo expediente administrativo sometido a consideración de estas autoridades judiciales pero con posterioridad a la deducción de la demanda y a su correspondiente contestación. Si con fecha 2 de mayo del 2001 se tiene por recibido el expediente administrativo, donde la última gestión debe necesariamente ser el escrito a través del cual su representada solicita, y luego da por agotada la vía administrativa, todas las demás actuaciones de la administración violan las estipulaciones del precepto 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que le exige a las partes, pero en particular a la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago, respetar los efectos jurídicos del agotamiento de la vía administrativa. Porque una vez agotada, los hechos sometidos a controversia se extraen de las competencias públicas de la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago, y pasan a ser de conocimiento de los Tribunales de Justicia, conforme a lo dispuesto en el canon 1º ibídem. Aduce, que si bien la Administración retiene sus facultades para investigar la responsabilidad de funcionarios o resolver nulidades, estos dos puntos no pueden afectar y tener ingerencia en los temas de la controversia judicial. Al permitirse que siga tramitando dentro del expediente administrativo, de manera que se varían unilateralmente los hechos controvertidos, vulnerando el principio de igualdad y del debido proceso. Esto, explica, se convierte en una violación indirecta y un error de derecho ya que el fallo recurrido se sustenta en tomos del expediente administrativo traídos a los autos con posterioridad a la fijación de los hechos controvertidos con vista, dice, a otro (el original) ya absolutamente delimitado. También se da en la apreciación de esta prueba pues en realidad, para que este expediente reúna las características mínimas que le fija la Ley General de Administración Pública frente a terceros, tales gestiones deben indispensablemente ser notificadas a la parte, de conformidad con el artículo 240 de la Ley citada. El expediente administrativo tiene completa relevancia y cumple la función de aportar material de prueba documental, y un medio de introducción indirecta de los hechos al proceso en

cuestión. Recrimina, que un expediente levantado con requerimientos propios de JASEC, no puede ser introducido al proceso como prueba cuando esos "Tomos" son presentados como un expediente de "post adjudicación" la cual estuvo en exclusivo control de la Administración demandada y es aportado después del plazo conferido a las partes para la formulación de conclusiones sucintas. De conformidad con ello la inserción de estos elementos "probatorios" violenta la "causa petendi" que dio base al proceso y según lo dispuesto por el numeral 53. 2 de la Ley Reguladora. **Quinto:** respecto al pago de intereses sobre las sumas adeudadas, alega, que el fallo recurrido viola de forma directa el artículo 497 del Código de Comercio y el numeral 13 de la ley de Jurisdicción Constitucional. En el primer caso, en su criterio, la norma dispone que se denomina interés legal al que se aplica supletoriamente a falta de acuerdo entre las partes, y que es igual a la tasa 'prime rate' para operaciones en dólares americanos, como sucede en este caso. Dado que en los contratos administrativos no se prevé el pago de intereses, lo pertinente entonces es que, ante la falta de pago por parte de la entidad licitante, se fijen con base en esta norma. Asevera, el segundo de los preceptos, establece, que la Jurisprudencia emanada de esa Sala Constitucional tiene carácter vinculante. En el voto número 6432-98, de las 10 horas 30 minutos del 4 de septiembre de 1998, concretamente el considerando XIV, estableció la obligación de pago de intereses desde el momento mismo en que se produzcan atrasos injustificados en el pago de los bienes recibidos por el Estado en un convenio, considerando lo establecido en la norma 79 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que también acusa desaplicada. Manifiesta, la sentencia recurrida es contraria a la normativa y jurisprudencia citadas, y por lo tanto las conculca e irrespeta. Así, el fallo del Ad quem incurre en violación directa al rechazar los réditos. Indica, que el origen formal de los intereses proviene de los daños y perjuicios según lo estipulan las reglas generales que contiene el Código Civil, concretamente en el artículo 706, al estipular que si la obligación es de pagar una suma de dinero, los daños y perjuicios consisten siempre en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo. Recrimina, en este caso la sentencia recurrida sostiene el criterio que pese a ser la

deuda una suma líquida y exigible, en dólares moneda de curso legal de los Estados Unidos de América, el incumplimiento y la falta de pago no genera una consecuencia pecuniaria, lo cual es un error de derecho y es directamente contrario a la norma citada. Expresa, los intereses se consideran en el ordenamiento jurídico patrio como una manifestación concreta de los perjuicios cuando se adeudan sumas de dinero, y dice, los contempla no solamente la normativa de carácter general, sino que de manera concreta. Agrega, la Jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual, basada en el numeral 45 de la Constitución Política, emitió el voto 6432-98 de las 10 horas 30 minutos del 4 de septiembre de 1998, donde dispuso que las sumas adeudadas por el Estado los devengan. Y, que técnicamente forman parte de los perjuicios que de manera directa provienen de las sumas adeudadas. En su apoyo, transcribe jurisprudencia de la Sala Constitucional referida a la necesidad de mantener el equilibrio en las contrataciones administrativas. Por otra parte, arguye, que la Administración reconoció su existencia y su desembolso en los distintos instrumentos que obran en el expediente administrativo. Entre los que cita el de fecha 3 de julio del 2000. Recrimina, las pruebas documentales donde se solicita el pago de las sumas adeudadas, incluyendo los intereses, no han sido desvirtuadas mediante prueba válidamente introducida al proceso, de ahí, el fallo incurra en un error de hecho al apreciarlas, ya que le resta valor probatorio a documentos emanados de la demandada. Afirma, los instrumentos que se aportaron como "expediente postadjudicatorio", y considerados como plena prueba por el despacho, aduce, son contrarios a las normas dichas. Como consecuencia de ello este error de derecho debe ser corregido y se le debe conceder plena validez a los escritos que obran a folios 457 al 461 del expediente administrativo, en los cuales se reconoce la deuda y sus correspondientes intereses, y se tienen por cumplidas con toda validez las obligaciones de su representada. Asimismo, expresa, que tienen plena fuerza probatoria los oficios o misivas emanados de JASEC, donde reconoce que los atrasos se deben exclusivamente a sus problemas y de ninguna manera a incumplimientos de ECOHSA. Agrega, el origen de los intereses, de acuerdo a la demanda original, tiene su causa en el vencimiento de cada factura, según fue estipulado en el contrato. Carece de sentido

jurídico considerar que se adeudan por la suma de capital como un todo, ya que desde el principio el capital adeudado y los réditos correlativos provienen del vencimiento de cada factura. Expresa, no tiene relación alguna con responsabilidades que se le quieren endilgar a la actora, o a cualquier otro adjudicatario. Cada factura tiene su razón de ser en una entrega de material, JASEC lo tuvo por bien recibido y lo utilizó, pero se atrasa en su pago, lo cual conlleva la derivación lógica de que al vencimiento de cada factura se originen los intereses. Dice, ello explica el que se establezca en la deducción de la demanda una tabla con cada factura y su correspondiente retraso. Pero, manifiesta, de ello no existe análisis alguno en el fallo recurrido. Los supuestos en que se fundamenta no están relacionados con el expediente administrativo, y limita el pago de cada factura y sus intereses a que se cumpla con la entrega final de un producto, dejando de lado los plazos de pago negociados con JASEC, estableciendo su propia pauta que carece de todo asidero. Manifiesta, que esta "nueva regla general" sin sustento legal es corolario de lo resuelto: *"Independientemente de lo que diga el Cartel y el Contrato de Adjudicación, la Administración Pública tiene derecho a suspender todos los pagos al adjudicado, y aún a sancionarlo con multas sin tener que pagar ninguno de los desembolsos, si existe duda con el cumplimiento de cualquier obligación por parte de la adjudicataria. Es una potestad de la Administración actuar contra lo pactado en materia de pagos siempre que lo estime pertinente de acuerdo a sus intereses. Es igual potestad de la Administración iniciar un proceso "post adjudicatorio" sin presencia del adjudicatario y sancionarlo, y tomar el tiempo que estime pertinente, sin incurrir en responsabilidad de ningún tipo por ser parte de su fuero público"*. Asevera, esta es la posición sostenida en los fallos, y en particular en el del Tribunal. **Sexto:** arguye, también se viola en forma directa lo establecido por el precepto 36 del Reglamento de Contratación Administrativa y las normas 330, 351, 370, 379, y 385 del Código Procesal Civil, estos últimos también por indebida aplicación y valoración de la prueba y de los hechos probados, incurriendo en error de hecho y de derecho en lo que a este punto respecta. Continúa exponiendo, que se está frente a dos hipótesis normativas, una la aplicación de multas por concepto de una cláusula penal establecida contractualmente por las partes, la cual tiene origen en el

artículo 36 párrafos 3 y 4 del citado Reglamento. En este caso, señala, lo primero que debe demostrarse por quien lo alega es la existencia de la cláusula penal, y los términos en los cuales se redactó. A este momento no se tiene ni un solo documento donde conste esa cláusula penal, manifiesta, que si el cartel y el contrato no la contemplaron deviene inaplicable. Agrega, que por la forma en que falla el Tribunal irrespeta directamente el precepto 36.3 del Reglamento de Contratación Administrativa, que permite prever en el Cartel o pactar en el Contrato el pago de multas, pero que no establece específicamente el pago de multas en todos los concursos, como en forma errónea interpretan y afirman los Juzgadores, concluyendo entonces cosas que la norma no establece en violación directa de ésta, lo que obliga a casar el fallo en virtud de lo establecido por la disposición 595 inciso 1 del Código Procesal Civil. La otra situación, dice, se centra en la aplicación de las sanciones de conformidad con los principios generales contenidos en los numerales 103 y siguientes del mismo Reglamento. Indica, es reiterada la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República al establecer que tratándose del cobro de multas o cláusulas penales por parte de la Administración licitante, únicamente puede serlo si se cumple con el debido proceso, o por lo menos se le intime y prevenga al contratante, comunicándole la decisión de cobrar la sanción económica. Y, que debe haber sido prevista en el Cartel o acordada en el Contrato, así como el monto, fundamento jurídico y los eventuales recursos que caben contra dicha decisión. Señala, esta Jurisprudencia no es antojadiza, sino que es producto de las pautas que al efecto ha determinado la Sala Constitucional en esta materia, con el propósito de asegurar el cumplimiento de los elementos mínimos del debido proceso. Entre otras, cita las resoluciones de la Contraloría General de la República números DGCA-250-99, DAGJ-423-99, esta última y en lo que interesa dispuso que las cláusulas penales *"...en el cartel deben puntualizarse y detallarse claramente los incumplimientos bajo los cuales la Administración las podrá hacer efectivas..."*. Recrimina, que JASEC no siguió ningún tipo de procedimiento administrativo válido, ni siquiera intimó a ECOHSA para que pagara multa alguna o con el propósito de aplicar algún tipo de cláusula penal, de modo que también por este motivo no debió admitirse la reconvencción ni tampoco

condenarse a ECOHSA al pago de multas. Manifiesta, en el fallo recurrido, tanto del Juzgado de instancia como del Tribunal Superior, condenan a ECOHSA al pago de multas y remite a la etapa de ejecución de la sentencia la determinación del porcentaje o monto de éstas. Esto, estima, lleva a dos coyunturas judiciales erradas, fundadas en un supuesto inicial contrario a derecho: 1) Si se generó el pago de las multas por una cláusula penal basado en el ordinal 36 del Reglamento éstas requieren por la propia disposición reglamentaria de un proceso administrativo previo, en donde incluso exista la posibilidad de recurrir administrativamente lo resuelto por la Administración Licitante. Expresa, es inadmisibile el Tribunal afirme que el hecho de presentarse al cobro una multa directamente en sede judicial, como lo hace JASEC, legitime y convalide la nulidad preexistente y subsane los vicios por irrespeto al debido proceso, siendo esta parte del fallo absolutamente ilegal. 2) Si se convalidaron con la resolución impugnada hechos de incumplimiento por supuestas faltas de ECOHSA, ello se produjo sin la presencia de su representada en todo ese proceso administrativo "post adjudicatorio". Ello contraviene los principios generales del régimen sancionatorio, evidenciando de nuevo que esta parte del fallo es contrario al ordenamiento jurídico vigente. Cabe preguntarse entonces, si no ha sido demostrada la existencia de una estipulación en el Cartel que establezca el pago de multas o de una cláusula penal, se pregunta, ¿cómo se haría en la etapa de ejecución del fallo para determinar el monto o porcentaje de éstas sin una norma concreta que así lo determine? ¿Cuáles serían las reglas para que el juzgador determine el porcentaje o monto de una sanción no prevista? Por ende, asevera, tampoco será posible, en la etapa de ejecución del fallo, llegar a concluir un monto que tenga como sustento una norma legal o cartelaria o bien una cláusula contractual. c) Alega, el artículo 103 del Reglamento de la Contratación Administrativa que regula la aplicación de sanciones se centra en una serie de incisos que abrigan todos y cada uno un debido proceso y derecho de defensa que resulta inexistente en este caso concreto dentro del expediente "post- adjudicatorio".

**V.-** Previo a entrar al conocimiento de los motivos, es menester recordar lo expresado de forma reiterada por este órgano colegiado: **"IV.- En relación a los agravios**

*de fondo esgrimidos por el casacionista, es oportuno reiterar que no interesa la denominación dada por el recurrente a los argumentos acusados, pues lo importante es la naturaleza de lo alegado, lo cual corresponde calificar a la Sala. Así, resulta fundamental recordar que el recurso de casación se otorga por razones de fondo cuando se alegan violaciones a la ley sustantiva, vulneración que puede ser directa o indirecta. Es directa, cuando no existe error de índole probatorio, los hechos están correctamente seleccionados y enunciados en el fallo, pero el Tribunal se equivoca en la calificación jurídica, interpreta o aplica mal la ley sustantiva. Es indirecta cuando se produce a través de yerros cometidos al apreciar las pruebas, lo que puede producir errores de hecho o de derecho. Se dan los primeros cuando el juzgador incurre en desaciertos materiales al apreciarla, y se está ante los segundos cuando se otorga a las pruebas un valor legalmente indebido o se les niega el propio. Es indispensable para el casacionista al alegar errores de derecho, indicar las normas concernientes al valor probatorio infringidas por errónea interpretación, y en las dos clases de errores, señalar también las leyes conculcadas en cuanto al fondo, consecuencia de los yerros alegados. Debe a su vez indicar con igual rigor, cuáles fueron las pruebas mal apreciadas y en qué consisten los quebrantos, lo anterior de acuerdo con los numerales 596 y 597 del Código Procesal Civil". No. 850 de 15 horas 30 minutos del 10 de noviembre del 2005.*

**VI.- Primero:** la recurrente asevera no se le otorgó el valor probatorio correspondiente al oficio no. CBS-028-2000 de 1 de febrero del 2000, ni al acta de reunión celebrada por funcionarios de JASEC, CONDUCEN y ECOHSA el 18 de agosto de 1998, visible al folio 86 del expediente administrativo. Tampoco al memorando suscrito por el licenciado Abel Gómez, proveedor de JASEC dirigido al señor Dennis García, datado 23 de septiembre de 1999. Pero dichas motivos conforme a la técnica del recurso de casación resultan informales. Ha de recordarse que la vulneración es indirecta cuando se produce a través de yerros cometidos al apreciar las pruebas, pueden ser errores de hecho o de derecho. Los primeros se ocasionan cuando el juez comete desaciertos materiales al apreciarla, y se está ante los segundos cuando se concede a las probanzas un valor legalmente indebido o se les niega el propio. Es menester para el recurrente al

aducir conculcaciones de derecho, señalar las normas concernientes al valor probatorio infringidas por errónea interpretación, y en ambos tipos, indicar las leyes conculcadas en cuanto al fondo, producto de los yerros alegados. Sin embargo, en el presente motivo pese a que se citan las leyes relativas al valor de los elementos probatorios, principalmente el numeral 370 del Código Procesal Civil, así como los ordinales 293, 318 inciso 3, 330, 351, 353, 379 y 385, todos del Código Procesal Civil. Omite señalar las normas de fondo que se afectan en cada caso y el detalle de cómo eso ocurre. No expresa como es su deber, de manera clara y precisa, la forma en que se produjo el yerro y la incidencia que ello tuvo sobre el derecho sustantivo aplicado al caso concreto (artículo 596 del Código Procesal Civil). Se limita, como se dijo, a mencionar únicamente el canon 370 relativo al valor de la prueba documental, así como otros preceptos de índole procesal. Por otra parte, de forma alguna explica la incidencia que las infracciones acusadas tienen sobre lo resuelto. A mayor abundamiento de razones, ha de indicarse que lo señalado en relación con el primer documento, es intrascendente porque en la sentencia se le obliga a JASEC a pagar las facturas que ECOHSA sometió a cobro. Con respecto al segundo de los instrumentos es menester señalar que en este se hace referencia a una reposición de material, porque el entregado originalmente se encontraba con defectos, lo cual implica que la actora no cumplió a cabalidad con su obligación y por ende estaba fuera del plazo establecido. Sobre el tercer escrito, ha de hacerse notar que la situación de imposibilidad de retiro de las mercancías del Almacén Fiscal Aldefisco, se produjo ante la falta de cumplimiento de ECOHSA, pues su obligación conforme al cartel de la licitación y del contrato era entregarlas en el lugar previamente establecido, o sea en CPT CARTAGO. De ahí, que la probanza haya sido apreciada correctamente por el Tribunal, sin que sean de recibo las inconformidades planteadas.

**VII.- Segundo:** el cargo no es lo claro y preciso que requiere la técnica del recurso de casación. La recurrente empieza acusando error de hecho, pero luego alega que debe aplicarse el ordinal 370 del Código Procesal Civil a contrario sensu, y la infracción de los preceptos 293, 318 inciso 3, 330, 351, 353, 379 y 385 ibídem, todas normas procesales, lo cual dice de un error de derecho, y, aduce, el Ad quem señaló que el cartel y el

contrato contenían la cláusula penal que se le aplica en el fallo, pero agrega esos instrumentos ni siquiera existen en el expediente administrativo. En cuanto a la violación de norma de fondo, expresa, que aunque la resolución no lo diga, el canon aplicado fue el 36 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, pero que no es el aplicable, sin brindar mayores razones de cómo se produce su conculcación, lo cual habla de la informalidad del agravio. Sin embargo, con el fin de abundar en razones es necesario aclarar, que el Tribunal no dijo que la penalidad aplicada a la demandante estuviera insertada en el cartel y el contrato, sino que lo estaba en la estipulación 9° de las Condiciones Generales para Participar en Licitaciones, emitida por JASEC para sus contrataciones. Por ende, no se da la violación acusada. Por otra parte, en lo relativo al quebranto que alega del numeral 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al estar pendiente una acción de inconstitucionalidad en donde se cuestionan los ordinales 36.2 y 36.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa. Ha de manifestarse, que sus aseveraciones no resultan claras, pues dice que aunque en la sentencia del Tribunal no se indica, lo cierto es que aplica el precepto 36 ibídem, sin embargo, más adelante señala que esa norma no resulta aplicable, por ende, no podría haber infracción alguna del canon 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por otra lado, mediante voto 2005-13910 del 11 de noviembre del 2005, dicha acción fue declarada sin lugar. De ahí, aunque el fallo hubiere sido dictado con fundamento en ese ordinal, acoger la conculcación reclamada implicaría hacerlo por la nulidad misma, lo cual no resulta procedente.

**VIII.- Tercero:** el alegato respecto a que la reconvención es improcedente al no estar relacionada de forma directa con la demanda, es un aspecto que no puede constituir objeto del recurso de casación. El artículo 608 del Código Procesal Civil, dispone, que únicamente pueden serlo aquellas cuestiones que hubieren sido propuestas o debatidas oportunamente por los litigantes durante el proceso. En el presente caso, pese a que ECOHSA al contestar la contrademanda se refirió al punto, luego, cuando el Juzgado dictó el fallo omitió referirse a ese aspecto, pero aún así no formó parte de las inconformidades expuestas por la casacionista en el recurso de apelación. Nótese, en

ese escrito, presentado ante el A quo no se incluyó el agravio tocante a la improcedencia de la reconvención. En consecuencia, ECOHSA acude ante casación con motivos y argumentos que no se invocaron ante el Tribunal, tal y como correspondía hacerlo a efecto de conferir a la Sala la competencia necesaria para su análisis, según lo estipulado en el ordinal 608 citado. De haberse aducido oportunamente, se habría podido conocer, pero como no se hizo, ha operado la preclusión y, por ello, esta inconformidad no puede ser conocida, lo que obliga a su rechazo. No obstante lo anterior, es menester señalar que al contestar la reconvención, la recurrente no niega que exista un ligamen entre ambas. Valga agregar, las pretensiones en los dos casos están relacionadas a la orden de compra no. 212 de 31 de diciembre de 1997, emitida por JASEC y por supuesto a la contratación dentro de la licitación no. 5-97 para la compra de cable y material eléctrico por parte de JASEC y en la que resultó adjudicada ECOHSA. En lo primordial, la actora pretende la cancelación de una serie de facturas y la demandada-reconvencora el pago de multas en virtud de ejecución tardía. En consecuencia, se da la requerida correspondencia entre las petitorias deducidas en la demanda y la reconvención.

**IX.- Cuarto:** sobre el expediente reconstruido del proceso de adjudicación y el de post-adjudicación, como lo señala la recurrente fueron ofrecidos y admitidos en carácter de prueba para mejor proveer. Esta es una herramienta procesal de resorte exclusivo de los juzgadores, quienes, conforme a la facultad concedida por ley, con el fin de contar con mejores elementos de convicción al momento de emitir el fallo respectivo, pueden ordenar cualquier tipo de probanza, que consideren esencial para el resultado del proceso. En la especie, el juez de primera instancia ante solicitud formulada por JASEC la admite y brinda audiencia a ECOHSA. Según lo establece el numeral 331 del Código Procesal Civil, ésta puede comprender pruebas enteramente nuevas o que hubieren sido declaradas inevaluables o nulas, o rechazadas por extemporáneas o inadmisibles, o que se refieran a hechos tenidos como ciertos en rebeldía del demandado, lo anterior con un solo requisito, que se consideren de influencia decisiva en el resultado del proceso. Por otro lado, el ordinal 575 ibídem, en su parte final estipula que la parte contraria podrá

ofrecer, dentro de los tres días posteriores a la notificación del auto de admisión, la prueba que estime conveniente para atacar la acogida. Ello se le otorgó a ECOHSA, mediante auto de 10 horas y 7 minutos del 27 de enero del 2004, y haciendo uso de su derecho emitió las consideraciones y oposiciones que estimó pertinentes. Contrario a lo que parece entender la casacionista, el primero de estos documentos no sustituyó al expediente administrativo traído desde un inicio al proceso. Nótese el Tribunal conociendo la apelación, le hace ver que la mayoría de los hechos probados se tienen por acreditados con ambos instrumentos. Indicando, que solo los marcados con los números 2º), 4º), 5º), 16º) y 18º) se fundamentan en el "Expediente reconstruido Procedimiento de Adjudicación", que al ser admitido como prueba para mejor proveer ninguna indefensión le puede haber causado. Asimismo, la casacionista de manera reiterada expresa, que la documentación así admitida produjo "procedimientos" y "actos nuevos" que vulneran los principios de igualdad y debido proceso. No obstante, omite señalar de manera concreta de cuáles se trata, y tampoco manifiesta la forma en que estos le perjudican o inciden en la resolución del presente asunto. Insiste en que se trajeron al proceso hechos nuevos, pero esto no es acertado, lo que se sumó a los autos fue prueba para mejor proveer con total apego al ordenamiento jurídico. Recrimina, que se admitió después de haber presentado su alegato de conclusiones, cuestión que en su criterio violenta el equilibrio de las partes. Pero el juez lo que hizo fue ejercitar una facultad que le otorga la ley, sin cometer infracción alguna, pues la efectuó antes del dictado del fallo, de consuno con lo establecido en el canon 331 ibídem. En cuanto a que con la aceptación de esos medios probatorios, se irrespeten los efectos jurídicos del agotamiento de la vía administrativa y se haya permitido a JASEC continuar gestionando dentro de un expediente administrativo sin que se le pusiera en conocimiento ni tuviera participación alguna. La recurrente olvida, explicar de forma clara y precisa cómo se producen los yerros y la forma en que estos habrían influido en la sentencia del Ad quem, además son aspectos no propuestos ni debatidos con anterioridad en el contradictorio, precluyéndole la oportunidad de argüirlos ante esta Sala, de conformidad con las estipulaciones del numeral 608 del Código Procesal Civil. Tampoco

indica con claridad y precisión como se producen las infracciones que acusa de los artículos 1, 27, 31 y 37 todos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el 103 del Reglamento General de Contratación Administrativa. Por consiguiente, lo dable es rechazar el agravio.

**X.- Quinto:** este motivo contiene varias inconformidades, principia por acusar violación directa de los ordinales 497 del Código de Comercio y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como de los preceptos 79 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 706 del Código Civil. Posteriormente, alega error de hecho, no obstante en su desarrollo se refiere a uno de derecho al restársele, en su criterio, valor probatorio a documentos emanados de la demandada. No obstante, el casacionista no cumple con las exigencias técnicas propias del recurso de casación, pues no cita las normas atinentes al valor de los elementos probatorios que resultan conculcadas, ni explica con claridad y precisión el quebranto respecto a los artículos que aduce violados. De ahí, que deba ser analizado únicamente en lo que respecta a la infracción directa. Esencialmente, recrimina que los numerales citados, fueron transgredidos cuando en la sentencia se resuelve que no cabe el pago de intereses, y, no se fijaron desde el vencimiento de cada una de las facturas. No obstante, referente a lo primero, no lleva razón, porque no fue eso lo expresado por el Ad quem. En lo que es de interés, señaló: *"Finalmente, en lo que atañe al reclamo de intereses sobre las facturas no canceladas, la tesis, que sobre este aspecto sostiene la juez de grado, no la comparte el Tribunal, por el simple hecho de que aún las monedas sólidas, también devengan intereses dada su naturaleza de ser el fruto del dinero. No obstante ello, lo decidido se debe mantener, porque el incumplimiento de la actora, impedía el cumplimiento de la demanda. En consecuencia, al no estar exigible esa obligación no devengaba intereses, dado que es hasta ahora en sentencia en que se declaró el derecho y el cese del incumplimiento por parte de ECOHSA. Bajo esa tesitura, no es sino, hasta que se liquiden las contraprestaciones y se establezca un capital líquido, que nace la obligación del pago de intereses ante una eventual mora".* O sea, que contrario a lo resuelto en primera instancia, el órgano colegiado es del criterio de que sí cabe el pago de réditos, sólo que

considera no se pueden otorgar porque no se ha establecido el monto de capital líquido exigible. Ese era el punto específico que la parte recurrente debió atacar; y al no hacerlo, imposibilita el estudio del reproche. Los numerales que se acusan como vulnerados, no lo han sido ya que estos en esencia disponen que el pago de intereses es procedente en una contratación, lo cual comparte la sentencia recurrida. En cuanto a lo segundo, es claro que los montos de cada una de las facturas, refieren una obligación o deuda dineraria, por ende, el reclamo lo constituye una suma de dinero cuyo monto conoce el actor de antemano y su objeto es la entrega de una cierta cantidad de dinero previamente establecida. Así, lo debido es una cantidad de dinero y es esto lo que se ha de cancelar. La mora en el pago de una obligación de esta naturaleza genera como se dijo el reconocimiento a favor del acreedor de los intereses a título de fruto civil que deja de percibir ante la falta de disponibilidad del capital, esta tasa constituye un medio que tiende a procurar el menor daño posible en el patrimonio de quien se ha visto privado de lo que le pertenece. Como lo estipula el ordinal 706 del Código Civil, que el recurrente acusa infringido, el rédito compensa la pérdida provocada por la depreciación o menoscabo del valor real de la moneda, y empiezan a correr desde el vencimiento del plazo. En el subjuice, la actora pretende el pago de los intereses, correspondientes a cada una de las facturas adeudadas desde la fecha de exigibilidad de cada una de ellas y hasta el efectivo pago a liquidar en ejecución de sentencia. Sin embargo, el reproche resulta informal, ya que en materia de contratación administrativa la normativa aplicable es la específica, como lo son la Ley de Contratación Administrativa y el Reglamento General de Contratación Administrativa, este último es el que regula en su artículo 21, lo pertinente al reconocimiento de intereses. De ahí, que esta es la disposición legal que pudo haber resultado infringida y la que debió citarse como tal. El precepto 706 del Código Civil podría serlo únicamente a falta de norma expresa por vía de integración, lo cual no resulta factible en la situación en análisis. De ahí, que deba rechazarse este motivo.

**XI.- Sexto:** en la contratación administrativa es posible aplicar además de las garantías de cumplimiento, cláusulas penales y multas. Así lo reconoce la doctrina, y, la

legislación nacional de conformidad con ésta, en el artículo 36 del Reglamento General de la Contratación Administrativa dispone: *"...36.2 además de la garantía de cumplimiento, la Administración podrá incorporar en el cartel cláusulas de retención porcentual de las sumas pagadas, cuando esto sea necesario para asegurar que la ejecución total se efectuará dentro de condiciones de satisfacción del interés general. 36.3 Igualmente el cartel podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento. Por la naturaleza de estas cláusulas para su aplicación no será necesario demostrar el daño..."*. En consecuencia, faculta a la Administración a incluir en el cartel de contratación este tipo de sanciones pecuniarias, previendo cualquier incumplimiento del contratista al momento de ejecutarlo. Se constituyen en mecanismos que buscan asegurar la fiel observancia de lo pactado, o en su defecto, lograr una indemnización por el perjuicio sufrido. De ahí, que tengan dos funciones básicas, la compulsiva y la resarcitoria. Figuran en el contrato administrativo, como eventuales sanciones, que persiguen garantizar de mejor manera a la Administración, que el contratante cumplirá con la prestación dentro del plazo y con las condiciones pactadas, prefijando de antemano la reparación de los perjuicios que se causarían ante un eventual atraso en el plazo señalado o un incumplimiento. Sobre el particular, la Contraloría General de la República en resolución RC-759 de 13 horas del 15 de noviembre del 2002, señaló: *"Merece señalar que el artículo 36.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa dispone que el cartel podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento... ...Así pues, con fundamento en lo dispuesto en dicha normativa la Administración está facultada para incluir este tipo de sanción pecuniaria en el cartel, previendo cualquier incumplimiento del contratista al momento de ejecutar el contrato. ...las multas son aquellos montos o porcentajes que la Administración en el ejercicio de sus potestades de*

*imperio y facultades discrecionales, establece en el cartel para sancionar el incumplimiento de ciertos requerimientos del objeto contractual o para sancionar algunos defectos ya previsibles de la ejecución del contrato, pues la Administración ha tomado en consideración los daños y perjuicios que eventualmente estos le causen y ha tipificado esos eventuales defectos de la ejecución contractual. ...Para utilizar el mecanismo de las multas, en el cartel deben puntualizarse y detallarse claramente los incumplimientos bajos los cuales la Administración las podrá hacer efectivas, de modo que los oferentes conozcan antes de someter su oferta, las multas que deberán pagar en caso de que la ejecución resulte defectuosa".* **Según lo expuesto, en el cartel pueden incluirse cláusulas penales y multas, las primeras aplicadas a los casos de ejecución tardía o anticipada y las segundas por defectos en el cumplimiento. Para que puedan ser aplicadas han de formar parte del cartel y estar claramente señaladas e incluir de forma pormenorizada y cristalina los incumplimientos en los que tiene la posibilidad de aplicarlas en la práctica.** En este punto, es menester hacer una aclaración. En la especie, los juzgadores y las partes se refieren a las cláusulas penales y multas indistintamente, sin embargo, estos conceptos desde el punto de vista doctrinal y legal, como se expuso, no son sinónimos. El punto 9º de las Condiciones Generales para Participar en Licitaciones de JASEC, alude a cláusulas penales no a multas. El reproche en esencia se dirige a atacar el hecho de que se le apliquen las primeras sin formar parte del cartel y porque en su criterio el numeral 36.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa fue erróneamente interpretado, al asumirse algo no establecido en él. Analizados los autos lleva razón la casacionista, en efecto la norma citada establece la posibilidad de que la Administración incorpore en el cartel cláusulas penales por realización anticipada o retrasada o multas por defectos en la ejecución. Esto es así, porque su aplicación obedece a casos muy particulares a criterio de la Administración, de manera que deberá decidir si lo será a todo el objeto o a una parte, según sea la tipificación del supuesto que ha efectuado, y tomando en cuenta la importancia y naturaleza de cada concurso. O sea, que en la utilización de estos medios, en el cartel deben puntualizarse y detallarse claramente los

incumplimientos en los cuales la Administración los podrá hacer efectivos, de modo que los oferentes conozcan antes de someter su oferta, los montos que deberán pagar en caso de ocurrir determinado incumplimiento. JASEC en la especie no lo estipuló en el cartel, por ende no se establecieron los supuestos y mecanismos mediante los cuales aplicaría la cláusula penal ("multa") de ser necesario. En la especie la actora-reconvenida no pudo conocer a qué atenerse sobre el particular, y JASEC no puede pretender su aplicación con base en una disposición general que dice forma parte de todas las contrataciones con esa institución, tampoco con fundamento en el canon 36.3 citado, porque no dispone que éstas estarán contenidas en toda contratación, sino que el ente público los podrá incluir, lo cual no hizo JASEC en este asunto. En consecuencia, lo resuelto por el Ad quem se encuentra en franca contradicción con el marco normativo que rige lo relativo a la contratación administrativa en el ordenamiento jurídico patrio, porque sea que se trate de cláusulas penales o multas, lo correcto es que consten en el cartel y contrato administrativo correspondientes, por ende, ha de acogerse la inconformidad sobre este extremo.

**XII.-** Según lo expuesto, lo procedente será acoger el recurso, únicamente en lo que a las multas impuestas a ECOHSA se refiere. Habrá de anularse la sentencia del Ad quem. Al resolver por el fondo se revocará la del Juzgado donde rechazaba la excepción de falta de derecho opuesta por la demandante-reconvenida, que se acogerá en lo pertinente a la imposición de multas; cuando ordenaba el rebajo de los montos correspondientes a estas por el atraso injustificado del contrato, que habrá de denegarse. Además se revocará lo atinente al rechazo de la excepción de contrato no cumplido opuesta por la demandada-reconventora, que se acogerá. Se confirmará en lo restante.

#### **POR TANTO**

Se declara parcialmente con lugar el recurso. En consecuencia, se anula la sentencia del Tribunal. Resolviendo sobre el fondo, se revoca la del Juzgado en lo que se refiere a la excepción de falta de derecho formulada por la actora-contrademandada, que se acoge en lo tocante a la imposición de las multas, y ordena el rebajo de las sumas

correspondientes a este concepto debido al atraso injustificado del contrato, que se deniega. Asimismo, se revoca en cuanto rechazaba la excepción de contrato no cumplido opuesta por la demandada-reconventora, para en su lugar acogerla, confirmándose en todo lo demás.

**Luis Guillermo Rivas Loáiciga**

**Román Solís Zelaya**

**Carmenmaría Escoto Fernández**

**Álvaro Meza Lázarus**

**Margoth Rojas Pérez**

alac