



**Exp: 08-000116-0161-CA**

**Res: 000371-F-S1-2009**

**SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las once horas del dieciséis de abril de dos mil nueve.

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **HAMPTON & HAMPTON SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada por sus apoderados generalísimos sin límite de suma Gilberto Quirós Hampton, comerciante, y Danny Hampton Calvo, técnico de telecomunicaciones, vecino de Heredia; contra el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD**, representada por su apoderado general judicial sin límite de suma, Geovanni Bonilla Goldoni. Figuran además, como apoderados especiales judiciales, de la sociedad actora, Ronald Hidalgo Cuadra, y de la entidad demandada, Ileana Camacho Rodríguez, vecina de Heredia, Carlos Cerdas Delgado, no indica domicilio, y Lidieth Chaves Aguilar, soltera, vecina de Alajuela. Las personas físicas con mayores de edad, y con las salvedades hechas, casados, abogados y vecinos San José.

### **RESULTANDO**

**1.-** Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció proceso de conocimiento, a fin de que en sentencia se declare: *"1. ...disconforme con el ordenamiento jurídico la conducta administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad al instruir el*

*procedimiento administrativo de resolución contractual. 2. Se declare disconforme con el ordenamiento jurídico el acto final en oficio 6000-4212-2007 del 21 de diciembre de 2007, por el cual se resuelve el contrato administrativo por incumplimiento, y se ordena la ejecución de la garantía de cumplimiento. Este acto me fue notificado el 11 de febrero pasado mediante oficio 5225-189-2008 del señor Jorge Luis Tapia Molina, Coordinador del Área de Administración de Garantías, Registro y Sanciones del Instituto Costarricense de Electricidad. 3. Se declara (sic) que no existe incumplimiento del objeto contractual del que sea responsable la empresa Hampton & Hampton S.A. 4. Se declare que la conducta administrativa desplegada por el ICE no suministro (sic) a la empresa Hampton & Hampton, s.a. (sic), la colaboración que le correspondía conforme al artículo 15 de la Ley de Contratación Administrativa, para permitir y facilitar la ejecución de las tareas pactadas. 5. Se ordene el pleno restablecimiento de la situación jurídica de la empresa actora. 6. Se condene al Instituto Costarricense de Electricidad al pago de las sumas adeudadas y pactadas en el contrato, junto con los daños y perjuicios causados que se han ocasionado de acuerdo a lo liquidado. 7. Se condene al Instituto Costarricense de Electricidad al pago de las costas procesales y personales causadas." En audiencia preliminar, el apoderado especial judicial de la parte actora, indica: "...que las sumas liquidadas son el dólares."*

**2.-** El Instituto demandado contestó negativamente y opuso la defensa previa de falta de agotamiento de la vía administrativa, y las excepciones de falta de derecho y la expresión genérica de "*sine actione agit*".

**3.-** Se señalaron las 9 nueve horas del 25 de abril de 2008, con el fin de realizar la audiencia de conciliación. A ésta se apersonaron únicamente los apoderados generalísimos de la parte actora, por lo que la audiencia se declaró fracasada.

**4.-** La audiencia preliminar se efectuó a las 8 horas 30 minutos del 15 de mayo de 2008, oportunidad en que hicieron uso de la palabra, por la parte actora Danny Herrera Hampton y el licenciado Ronald Hidalgo Cuadra, y los representantes del ente demandado los licenciados Ileana Camacho Rodríguez, Carlos Cerdas Delgado y Lidieth Chaves Aguilar.

**5.-** Se fijó fecha y hora para realizar el juicio oral y público, y el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, integrado por los Jueces Roberto Gutiérrez Freer, José Joaquín Villalobos Soto y Yazmín Aragón Cambroner, en sentencia no. 362-2008 de las 15 horas del 5 de junio de 2008, resolvió: *"Se rechaza la genérica de sine actione agit, comprensiva de la falta de legitimación activa y pasiva y en cuanto a la falta de interés actual. Se acoge parcialmente la falta de derecho en cuanto al extremo que se dirá. Se declara sin lugar la demanda en todos sus extremos, excepto en cuanto al daño moral, extremo que se admite únicamente respecto de la pérdida de oportunidad alegada por la empresa actora en cuanto a que se le impidió participar en otras contratación (sic) por la retención de los frentes, conducta del ICE que como se dijo, carece de asidero jurídico, daño moral que se fija en la suma de CINCO MILLONES DE COLONES a cargo del instituto demandado (sic). Se resuelve sin especial condenatoria en costas (artículo 193.b del Código Procesal Contencioso Administrativo (sic))"*

**6.-** El representante de la sociedad 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 el Magistrado González Camacho**

**CONSIDERANDO**

**I.-** Mediante acto administrativo contenido en el oficio 6000-4212-2007, del 21 de diciembre del 2007, el Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante ICE), después de realizar un procedimiento en sede gubernativa, resolvió el contrato administrativo suscrito con la empresa Hampton & Hampton S.A., quien había resultado adjudicataria de la contratación directa 2007-629-07-T, para el "Servicio de Instalación y Reacomodos en la Red de Líneas Telefónicas". Como consecuencia de ello, dispuso la ejecución de la garantía de cumplimiento. Para tener por extinguido de dicho contrato se adujo el incumplimiento respecto de la cantidad de personal y vehículos disponibles para la prestación del servicio, de las pólizas y los documentos de la Caja Costarricense del Seguro Social, así como fallas y retrasos en la ejecución del trabajo. La compañía Hampton & Hampton formuló demanda de anulación y de responsabilidad patrimonial contra el ICE, para que en lo medular, se declare disconforme con el ordenamiento jurídico la instrucción del procedimiento administrativo para resolver el contrato y el acto final impugnado, así como la orden de ejecución de la garantía, que no existió incumplimiento del objeto contractual, ni colaboración de la demandada para permitir y facilitar las tareas pactadas. Por último pide, se condene a la entidad accionada al pago de daños

y perjuicios, así como las costas del proceso. El Instituto Costarricense de Electricidad contestó la demanda en forma negativa, e interpuso las excepciones de falta de derecho, de agotamiento de la vía administrativa, y la expresión genérica sine actione agit. La segunda defensa, fue rechazada en la audiencia preliminar debido a que el objeto del proceso no versa sobre la etapa licitatoria o de formación de la contratación administrativa. El Tribunal de Juicio acogió, en forma parcial, la excepción de falta de derecho, declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos, excepto en relación con el daño moral por la pérdida de oportunidad. En cuanto a este último extremo condenó a pagar a la entidad demandada la suma de ₡5.000.000,00. Resolvió sin especial condenatoria en costas. Acude ante esta Sala con recurso de casación el representante de la parte actora.

**II.-** Por resolución de esta Sala de las 15 horas 10 minutos del 26 de febrero de 2009, el primer agravio que interpuso la recurrente fue rechazado de plano, por lo que a continuación se procede al estudio de los restantes cargos.

**III.-** Aduce falta de fundamentación del acto final dictado en el procedimiento resolutorio. Recrimina que el ICE se limitó a incluir, en la parte considerativa, lo indicado en el auto de inicio. Asevera, el acto carece de un desarrollo de los hechos imputados como causa del incumplimiento contractual, lo que considera como un incumplimiento al deber de motivar las decisiones adoptadas por los órganos administrativos. Arguye, el Tribunal, a pesar de omitir un análisis pormenorizado de la motivación, concluye que se cumple con lo preceptuado en el cardinal 136 de la Ley General de la Administración Pública. Afirma, el Tribunal recompuso el acto en sede

jurisdiccional, favoreciendo que la Administración Pública sea laxa en el cumplimiento de las formalidades impuestas por disposición legal.

**IV.-** La motivación se debe entender como el fundamento, de hecho y de derecho, sobre el que se estructura el contenido de cualquier acto administrativo; es su razón fáctica o jurídica, la cual se plasma, ciertamente, en la motivación (con la cual no siempre es coincidente), a fin de que el administrado conozca los motivos por los cuales el órgano competente toma la decisión que tiene efectos sobre su esfera jurídica, ya sean favorables o ablatorios. En este último supuesto, la motivación adquiere una mayor importancia, en la medida en que constituye la vía de entrada para que el afectado pueda ejercer el derecho de defensa –y como tal, forma parte del debido proceso-, si así lo considera, en contra de una determinación que, desde su perspectiva, le resulta negativa. De una revisión del acto administrativo impugnado en este proceso, sea el 6000-4212-2007, se puede apreciar que cuenta con un detalle de los motivos a partir de los cuales la Administración consideró procedente adoptar la decisión de resolver el contrato. A partir de esta constatación, no puede afirmarse, como lo hace el recurrente, que este padece de una falta de fundamentación. Cabe destacar que no debe confundirse la ausencia o vicio en la motivación con un mecanismo mediante el cual se pueda ingresar al estudio de las pruebas evacuadas, aspecto propio de un yerro en la valoración probatoria que tenga incidencia indirecta en su validez. Asimismo, reconduciendo al análisis del motivo, en tanto que antecedente o causa del acto administrativo, lo cierto del caso es que el recurso no puntualiza una indebida valoración de la prueba que demuestre que este no

existe, *“tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto”*, lo que conllevaría a un quebranto del numeral 133 de la Ley General de la Administración Pública, por violación indirecta. Producto de lo anterior, y siendo que el Tribunal tuvo por demostrado que el acto final se encontraba debidamente motivado, ya que, aunque no constaba un aparte específico de hechos probados, sí contiene el fundamento que se analizó para resolver el contrato, el cargo debe ser rechazado.

**V.-** El recurrente endilga falta de aplicación del principio de proporcionalidad, considerando infringidos los numerales 28, 33, 39 y 41 de la Carta Magna, los preceptos 701 y 1023 del Código Civil, así como el inciso f) del artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Califica el ejercicio de la facultad de resolver los contratos por parte de la Administración como una situación anómala, la cual se debe dar cuando los incumplimientos por parte del contratista sean de naturaleza esencial, de forma que impidan alcanzar el fin del contrato. Señala que la finalidad de este no se frustró, y que por el contrario, fue parcialmente ejecutado y pagado. Apunta que de las 1.279 instalaciones realizadas y de los 418 reacomodos, dentro de las causas alegadas para resolver el contrato se incluyeron únicamente 3, a saber, la recepción por un menor de un trabajo, una instalación en un sitio equivocado y el ingreso a un inmueble sin permiso. Adicionalmente, cuestiona si un eventual incumplimiento en la conformación del personal en forma temporal tiene fuerza resolutoria. Agrega que el tema de la seguridad no formó parte de lo intimado dentro del expediente administrativo, y que por el contrario, el Tribunal, al agregarlo, recompuso el procedimiento administrativo. Finalmente, añade, el

reclamo de la Administración respecto del un vehículo con una cobertura de seguros menor a la requerida resulta desproporcionado, siendo que además, existe prueba que esta había sido aumentada.

**VI.-** El reclamo de la recurrente gira en torno al control de la proporcionalidad de la decisión administrativa, adoptada por el ente demandado, cuando dispuso la resolución del contrato. En este sentido, su reparo plantea, en lo medular, que las conductas y omisiones que se le imputan no justifican la terminación anormal del contrato. El principio de proporcionalidad, tal y como ha sido definido por la Sala Constitucional, consiste en una correspondencia entre las circunstancias de hecho, los medios empleados y la decisión adoptada o, en su caso, la actividad material desplegada por la Administración. Desde esta perspectiva, corresponde a los órganos administrativos competentes la aplicación del citado principio al momento de determinar el cauce de la conducta requerida ante una situación fáctica existente. Concomitantemente, una vez que se optó por un comportamiento, surge un segundo ámbito en que actúa la proporcionalidad, el cual consiste, propiamente, en el control que se realiza en forma posterior (ex post facto), en donde se valora su aplicación. Esto supone una valoración externa de la conducta, en este caso del acto administrativo, donde el análisis consiste en la confrontación de un cuadro fáctico determinado con la decisión adoptada, a efectos de determinar si se da la necesaria correspondencia entre uno y otro. En el caso concreto, el recurrente cuestiona si los incumplimientos imputados constituyen vicios esenciales que le permitan terminar la relación contractual. En este sentido, la sentencia indica que "*tal vez algunos de ellos lo*



*fueron y otros no, pero que el cúmulo de esos incumplimientos reiterados que realizó la parte actora a lo largo de la ejecución del contrato y que se referían a actualización de personal registrado, unido a varios otros incumplimientos, todos juntos provocan realmente, estima el Tribunal, un grave incumplimiento por su reiteración."* Sobre el particular, analizando el cúmulo de incumplimientos imputados en el procedimiento administrativo, se arriba a la misma conclusión que el Tribunal, siendo que no puede acogerse el reclamo planteado. Si bien se utilizan en el recurso ejemplos concretos respecto de los cuales la gravedad podría no justificar la resolución contractual, lo cierto del caso es que, al realizar una valoración integral, la reiteración de incumplimientos acreditados como motivo de la resolución – y respecto de los cuales no se acusó, en la forma requerida, una indebida valoración de la prueba que derivara en una "*violación indirecta*"– justifica la resolución contractual. Producto de lo anterior, estima esta Sala que se da la necesaria correspondencia entre los hechos, analizados en su conjunto, y el acto administrativo cuya nulidad se pretende.

**VII.-** Recrimina, ante la ejecución de la garantía de cumplimiento, que no se cuantificaron los daños contractuales. Señala que el ICE omitió detallar los perjuicios patrimoniales que pretende resarcir mediante la citada garantía. Aduce, se produjo una desnaturalización de ésta, ya que, a pesar de ser resarcitoria, se utilizó como mecanismo punitivo. Respecto de la sentencia del Tribunal, expone que su resolución no se pronunció sobre este aspecto de la demanda.

**VIII.-** Reclama el casacionista omisión por parte del Tribunal al momento de resolver el extremo de la indebida ejecución de la garantía como consecuencia de la resolución contractual. Si bien en la parte considerativa de la sentencia no se hace referencia al punto concreto, es importante destacar que en el por tanto se declara sin lugar la demanda excepto en cuanto al daño moral, de forma que la pretensión de la parte fue desestimada. Ahora bien, de la simple lectura del oficio impugnado (6000-4212-2007), se colige que el Instituto Costarricense de Electricidad, al momento de instruir el procedimiento, no realizó ningún reclamo de responsabilidad contra el contratista por eventuales daños y perjuicios derivados de los incumplimientos. En este sentido, la ejecución de la garantía de cumplimiento fue ordenada en forma automática y como consecuencia directa e inmediata de la terminación anormal del contrato. Lleva razón el recurrente al afirmar que esta tiene naturaleza resarcitoria, y no punitiva, tal y como se desprende del numeral 34 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual establece que dicho instrumento se ejecutará hasta por el monto necesario para resarcir los daños y perjuicios irrogados por el adjudicatario. Esto confirma que se trata de un mecanismo mediante el cual se procura asegurar, al menos en forma parcial, la lesión patrimonial aducida por el ente contratante, sin necesidad de acudir a un proceso de conocimiento a fin de generar un título para el cobro respectivo. El párrafo final de la norma citada confirma lo expuesto, según el cual, cualquier saldo al descubierto resultante no exime al contratista del pago respectivo. Asimismo, lo manifestado resulta consecuente con el contenido del numeral 205 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en donde se establece

la obligación de la Administración de presentar, en el inicio del procedimiento administrativo instaurado para resolver el contrato, la liquidación de los daños y perjuicios causados por el contratista, en cumplimiento del principio del debido proceso, en general, y el de intimación, en particular. No cabe duda que, en virtud de la finalidad resarcitoria de la garantía de cumplimiento, la liquidación y demostración, en procedimiento administrativo, del daño sufrido resulta un requisito esencial para la legítima ejecución, por lo que, ante la ausencia de dicho requisito, la decisión adoptada, sobre este aspecto específico, carece de fundamento. Lo anterior sin que se prejuzgue sobre los eventuales daños y perjuicios imputables a la conducta de la empresa Hampton & Hampton S.A. Así las cosas, y según lo expuesto, el reclamo debe ser acogido en ese extremo específico.

**IX.-** Como último agravio, endilga al Tribunal que no reconoció la lesión que, en su criterio, se deriva de la conducta del ICE, que tuvo como consecuencia impedirle a la empresa participar en otros procesos de contratación. Reclama el argumento expuesto de que no existían derechos subjetivos. Deriva el daño que solicita se le indemnice, de que no se le liberaron, en forma ilegítima, los "*frentes*" o cuadrillas, situación necesaria para que el contratista pudiera ser considerada elegible en futuras contrataciones. Afirma, se da una pérdida de oportunidad, ya que, el hecho de integrar el registro de proveedores implica resultar adjudicataria en alguno de los procedimientos subsiguientes. Señala conculcados los numerales 41 y 49 constitucionales, así como los preceptos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.

**X.-** El recurrente funda su reclamo en la teoría de la pérdida de la oportunidad. A nivel doctrinal, se afirma que dicho postulado se origina a partir de una conducta ilícita que tiene como consecuencia la afectación de una posibilidad, real y seria, de obtener un beneficio o situación de ventaja futura, respecto del cual, se determina un umbral de probabilidad mayor que el de la mera expectativa, en donde se indemniza a aquél sujeto de derecho que ve cercenado, de su esfera jurídica, una oportunidad de recibir una ventaja patrimonial, caracterizada por un alto grado de certeza en cuanto a su materialización. En este sentido, los autores indican que la causalidad debe ser valorada a partir de la existencia de una oportunidad real, y no como un mecanismo mediante el cual se impute la pérdida de un beneficio patrimonial dejado de percibir, por lo que la eventual indemnización corresponde a la cuantificación del "chance" perdido. Al margen de la posición que pueda tener esta Sala sobre la procedencia de esta figura en el ordenamiento jurídico costarricense, lo cierto del caso es que el afectado no ha comprobado la existencia de una oportunidad, una situación de ventaja, real, que haya sido frustrada como consecuencia de una actuación ilegítima, aspecto sobre el cual el proceso se encuentra ayuno de pruebas. En el caso concreto, no se demostró que producto de la inscripción en el registro de elegibles se derive un umbral de certeza en cuanto a futuras contrataciones por el ente demandado. Aún más, de conformidad con la Ley de Contratación Administrativa, en la invitación de proveedores a una contratación directa, la Administración contratante cuenta con un amplio grado de discrecionalidad administrativa, el cual subsiste dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico para su ejercicio, y por

lo dispuesto en el propio cartel. Tampoco se aprecian en la especie elementos de prueba que permitan inferir un umbral de certeza en cuanto a futuras contrataciones que hagan presumir la existencia de un daño indemnizable. Por el contrario, en el caso en concreto, consta en la audiencia preliminar que el actor manifestó su negativa a participar en futuras relaciones contractuales con el ente accionado, de forma que el propio dicho del actor invierte la valoración de las probabilidades, creándose, por el contrario, cierto grado de certeza de que no participaría en futuras contrataciones. La anterior situación torna imposible ingresar a analizar el surgimiento de responsabilidad en el presente caso, así como la posibilidad jurídica de indemnizar un supuesto de pérdida de oportunidad, en la medida en que el acervo probatorio que consta en el expediente contradice los propios fundamentos de dicho postulado. En línea con lo anterior, el Tribunal destacó que el daño causado a la actora no resulta indemnizable ya que *"no tenemos una seguridad absoluta y contundente de que los trabajos que estaban pendientes dentro de esa lista de elegibles en este registro especial se hubiera dado de una manera determinante a la actora."* Por ende, el agravio debe ser rechazado.

**XI.-** Con base en lo expuesto, el recurso resulta procedente, únicamente, en cuanto al agravio interpuesto por la indebida ejecución de la garantía. Por ende, ha de revocarse la resolución cuestionada en cuanto denegó este extremo y acogió la defensa de falta de derecho para en su lugar, declarar la nulidad de la ejecución de la garantía de cumplimiento, rechazándose dicha excepción en cuanto a este agravio. Los restantes motivos alegados deben ser declarados sin lugar. En vista de que el recurso fue acogido

en forma parcial, se resuelve sin especial condenatoria en costas (numeral 150.3 del Código Procesal Contencioso Administrativo).

**POR TANTO**

Se acoge parcialmente el recurso, solo en relación con la ejecución de la garantía de cumplimiento. Fallando por el fondo sobre este extremo, se anula para en su lugar acoger la excepción de falta de derecho y declarar nula la ejecución de la garantía de cumplimiento. Se resuelve sin especial condenatoria en costas.

**Anabelle León Feoli**

**Luis Guillermo Rivas Loáiciga**

**Román**

**Solís Zelaya**

**Óscar Eduardo González Camacho**

**Carmenmaría Escoto**

**Fernández**

DCASTROA