

San José, 15 de febrero de 2021  
Criterio N° 71-DJ/CAD-2021  
Al contestar refiérase a este # de Criterio

*Licenciada*  
*Silvia Navarro Romanini*  
*Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia*  
*Su Despacho*

Estimada señora:

En atención al **Oficio N° 632-2022** del 21 de enero de 2021, en el que se comunica lo dispuesto por el **Consejo Superior en la Sesión N° 117-2020** celebrada el 08 de diciembre de 2020, Artículo XIII (Documento N° 13791-2016, 13869-2020), en la que se acordó devolver el Criterio N° 786-DJ/CAD-2020 de esta Dirección Jurídica, con el fin de que se amplíe con respecto a los votos de la Sala Constitucional presentados por el integrante Carlos Montero Zúñiga y la integrante Sara Castillo Vargas, así como de la jurisprudencia que se tenga de la Sala Primera, en cuanto a la forma de aplicación de la cláusula penal; se remite el siguiente informe.

**I. Ampliación del Criterio N° 786-DJ/CAD-2020 de esta Dirección Jurídica:**

Tal como se advirtió en el Criterio N° 786-DJ/CAD-2020 del 02 de diciembre de 2020, de esta Asesoría Jurídica, la forma de aplicación de la cláusula penal es un tema que ha presentado diferentes posiciones durante los últimos años. Por esa razón, en el criterio jurídico en cuestión se realizó un estudio cronológico y detallado de la línea jurisprudencial que ha determinado la Sala Constitucional, durante determinados períodos y votos de mayoría sobre la forma de aplicación de la cláusula penal, evidenciando el fundamento y el cambio de perspectivas en cuanto al tema, hasta llegar a la posición vigente o actualizada.

Así, **por un lado**, el criterio jurídico recoge los antecedentes del Tribunal Constitucional en cuanto a la línea de pensamiento temporal que rige la aplicación de la cláusula penal bajo la tramitación de un

debido proceso, tomando como punto de partida la resolución N° 6639-2013 del 15 de mayo de 2013, y su continuidad en la resolución N° 4906-2014 del 09 de abril de 2014; mientras que, **por otro lado**, se exponen los antecedentes constitucionales que determinan la aplicación natural o automática (sin debido proceso) de la cláusula penal, a partir de la resolución N° 6057-2015 del 29 de abril de 2015, la cual fue ampliada o complementada mediante la resolución N° 8919-2017 del 16 de junio de 2017, y que han servido de basamento jurídico para mantener, hasta la actualidad, la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la aplicación automática (sin debido proceso ni fase recursiva) de la cláusula penal, según los términos la **resolución N° 11117-2020** del 16 de junio de 2020, de la Sala Constitucional, que fue referenciada a folios 8, 9 y 10 del criterio jurídico N° 786-DJ/CAD-2020:

“[...]

**II.- Sobre la aplicación de la cláusula penal sin debido proceso.** En Sentencia N° 2017-008919 de las 14:00 horas del 16 de junio de 2017, y reiterado en la sentencia 2020-02428 de las nueve horas treinta minutos del 7 de febrero de del año en curso, la mayoría de esta Sala resolvió un recurso de amparo donde la empresa amparada cuestionaba la aplicación de una sanción pecuniaria sin que la Administración llevara a cabo un debido proceso previo. En esa oportunidad, se dijo que: “(...) *En el sub lite, el recurrente acusa violación al derecho al debido proceso por parte de la Contraloría General de la República por cuanto se le impuso una sanción sin abrir procedimiento administrativo previo, sin audiencia ni oportunidad de defensa, y sin ni siquiera la posibilidad de impugnarlo. No obstante, tal y como se indicó en la resolución No. 2015-006057, es criterio de esta Sala, que la naturaleza de la cláusula penal, en términos generales, su aplicación debe ser automática, de lo contrario, perdería sentido (...) Así las cosas, la cláusula penal debe de operar necesariamente, por regla de principio, en forma automática y por el monto total fijado, una vez ocurrido el atraso en el cumplimiento de la prestación, de lo contrario, se le desnaturaliza. Adicionalmente, se observa que la Administración está facultada por el Reglamento General de Contratación Administrativa para contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución (artículo 50). En igual sentido, mediante voto 2005-17517 del 20 de diciembre del 2015, este Tribunal indicó: “...La pertinencia o razonabilidad de dichas multas -como se dijo- escapan del objeto de este recurso, pero lo cierto es que, habiendo cláusulas contractuales que establecen los parámetros y mecanismos de evaluación, así como las consecuencias por el incumplimiento, la Administración se encuentra perfectamente habilitada para sancionar contractualmente a su contraparte mediante un procedimiento simple (de mera constatación). El respeto del derecho fundamental al debido proceso se da en tales casos mediante la emisión de resoluciones debidamente motivadas, además de permitirle al*

*afectado ejercer los recursos que corresponda contra la decisión que lo sancione. En estos casos, no se puede exigir a la Administración que en cada caso, lleve a cabo un procedimiento ordinario antes de la imposición de cada multa contractual por la omisión o inadecuado cumplimiento de lo pactado...". Así las cosas, es criterio de este Tribunal que, en el fondo, lo que pretende el recurrente es que la Sala revise la legalidad de la aplicación de las cláusulas contractuales que disponen sanciones por incumplimientos y retrasos en la ejecución contractual, del proceso licitatorio promovido por la Contraloría General de la República y la empresa amparada, lo cual evidentemente constituye, un asunto que trasciende la esfera de competencia de esta jurisdicción (...)". Tomando en consideración el criterio jurisprudencial más reciente, la Sala estima que no se conculcan los derechos de defensa y debido proceso en perjuicio de la empresa tutelada. **En efecto, la naturaleza de la cláusula penal, en términos generales, su aplicación debe ser automática, de lo contrario, perdería sentido.** De manera que de persistir la disconformidad, podrá la parte amparada, si a bien lo tiene, acudir ante la vía de legalidad que corresponda, administrativa o jurisdiccional, a fin de plantear allí las gestiones que estime pertinentes para que se resuelva lo que en derecho corresponda. Por lo anterior, el amparo es inadmisibles y así se declara.*

[...]

**Por tanto:**

Se rechaza de plano el recurso. El Magistrado Rueda Leal consigna razones separadas. El Magistrado Salazar Alvarado salva el voto y ordena cursar el amparo [...]" (resaltado no corresponde al original)

Ahora bien, **en relación con la interpretación de la señora integrante Sara Castillo Vargas**, en la que, con base en el extracto de la resolución N° 17517-2005 del 20 de diciembre de 2005 que, a su vez, se transcribe en la resolución N° 11117-2020 del 16 de junio de 2020, ambas de la Sala Constitucional, manifiesta que si bien no es necesario llevar a cabo un procedimiento para la ejecución de la cláusula penal, considera que el debido proceso se garantiza al emitirse una resolución debidamente fundamentada y permitiendo que se ejerzan los recursos que correspondan contra lo resuelto. Asimismo, estima que, en el citado voto de la Sala Constitucional, lo que se alega es que se procedió a ejecutar la cláusula penal sin garantizar el derecho de defensa, cuya etapa, afirma, es distinta a la recursiva; en otras palabras, manifiesta la señora integrante que en estos casos no es necesario realizar un procedimiento previo para ejecutar la cláusula, pues el debido proceso se garantiza al fundamentarse debidamente la resolución y admitiendo los recursos correspondientes; **y en cuanto al criterio del señor integrante Carlos Montero Zúñiga**, en el que manifiesta su desacuerdo con el criterio jurídico en cuestión,

por considerar que se continúa con el error de pensar que el Consejo Superior está obligando a cumplir un determinado procedimiento, lo cual, a su juicio, no es cierto pues todos están claros en que se trata de asunto de mera constatación y de aplicación automática; así como, que, con base en los extractos de las resoluciones N° 8919-2017 del 16 de junio de 2017 y N° 11117-2020 del 16 de junio de 2020 que, a su vez, entre otros, transcriben el extracto en cuestión de la resolución N° 17517-2005 del 20 de diciembre de 2005, todas de la Sala Constitucional, considera que con ese sustento se mantiene lo del debido proceso, con la posibilidad de recurrir la resolución debidamente fundamentada; al tiempo que se pregunta, por qué las citas jurisprudenciales se hacen a conveniencia. Con lo que concluye que, a su juicio, de la lectura completa de los antecedentes, queda por demostrado que existe la fase recursiva, de forma tal que, existe confusión sobre lo señalado por el Consejo Superior, porque las manifestaciones no versan de si debe hacerse un proceso sumario u ordinario, sino sobre reconocer el debido proceso en estos casos de cláusula penal, fundamentando bien la resolución y reconociendo la fase recursiva, pues, a su criterio, eso es lo que pide la Sala.

Bajo los términos rebatidos por la señora y el señor integrante del Consejo Superior, se considera que el contexto jurídico de la resolución N° 17517-2005 del 20 de diciembre de 2005, no debe ser analizado de forma aislada o individual, ni mucho menos enfocado en un extracto específico de la resolución, sino de forma armónica o integral y adecuado al contexto vigente y actualizado que determine la Sala Constitucional, especialmente atendiendo a la parte dispositiva de la resolución integrada, pues el contexto histórico del referido voto constitucional, ha sido utilizado tanto en la línea jurisprudencial sobre la aplicación de la cláusula penal bajo los principios generales del debido proceso (ver por ejemplo la resolución N° 16636-2013 del 13 de diciembre de 2013, que se encuentra en medio de las resoluciones N° 6639-2013 del 15 de mayo de 2013 y N° 4906-2014 del 09 de abril de 2014), como en los antecedentes constitucionales que determinan la aplicación automática o natural (sin debido proceso) de la cláusula penal.

De ahí que, en palabras del voto N° 17517-2005 de referencia, la posibilidad de *“permitirle al afectado ejercer los recursos que corresponda contra la decisión que lo sancione”*, puede variar de una

postura (con debido proceso) a la otra (sin debido proceso). Esto último, por cuanto **“los recursos que corresponda”** o que puedan corresponder en los procedimientos sumarios (sin perjuicio del procedimiento ordinario) en los que rigen los principios generales del debido proceso, no son los mismos **“recursos que corresponda”** o que puedan corresponder en los supuestos de aplicación automática de la cláusula penal (sin debido proceso), donde no existe la obligación de aplicar un determinado procedimiento para su ejecución natural (eje principal) ni una eventual fase recursiva que pueda corresponder (eje accesorio), en virtud de la procedencia compulsiva o automática de la cláusula penal, a raíz de la mera constatación de la ejecución tardía o prematura de la obligación contractual, según corresponda.

En otras palabras, de la resolución N° 17517-2005 del 20 de diciembre de 2005, no se desprenden los *recursos que corresponda* en una tesitura (con debido proceso) u otra (sin debido proceso), en caso de aplicación de la cláusula penal, pues la procedencia del debido proceso y su eventual fase recursiva, o bien su ejecución de forma automática, depende de la postura y aplicabilidad que determine la Sala Constitucional; con lo que se aprovecha para aclarar que el análisis y conclusión que se realiza en el criterio jurídico N° 786-DJ/CAD-2020, no depende de la interpretación propia ni antojadiza de esta Asesoría Jurídica, ni tiene ningún otro interés o conveniencia más que asesorar al Consejo Superior, para la consiguiente toma de decisiones, sobre la postura integral y actualizada que ha determinado la Sala Constitucional respecto del tema en cuestión.

Bajo esa inteligencia, conviene destacar que, el hecho de que actualmente no exista la obligación de tramitar un determinado procedimiento administrativo para la ejecución automática de la cláusula penal, ni una consecuente o eventual fase recursiva (accesoria del procedimiento), no quiere decir que no se deban atender las gestiones o las acciones recursivas formuladas por las personas interesadas, pues, independientemente de su procedencia o resultado, se debe garantizar el derecho de acceso pronto y cumplido a la justicia administrativa, que proviene del artículo 41 de la Constitución Política, de modo que, bajo una u otra tesitura constitucional, es necesario, desde luego, la emisión de resoluciones debidamente motivadas para su aplicación; tal como sucedió en la tramitación del asunto que nos ocupa

(al efecto, ver las resoluciones N° 303-VEC-202 del 16 de julio de 2020, N° 345-VEC-2020 del 13 de agosto de 2020, N° 367-VEC-2020 del 26 de agosto de 2020 y N° 827-2020 del 22 de setiembre de 2020).

De su parte, en cuanto a la resolución constitucional que refiere el señor integrante Montero Zúñiga que echa de menos en el criterio de la Dirección Jurídica al indicar “...pero aquí tengo un voto que no vienen mencionado en el criterio de la Dirección Jurídica, que es un voto 2017, el N° 8919-2017 del 16 de junio del año 2017...”; además, respecto de la reciente resolución constitucional a la que hace referencia la señora integrante Castillo Vargas (“...la información que yo tengo aquí se basa en un criterio precisamente de la Sala Constitucional, el 11117-2020, es muy reciente, y entre las cosas que dice...”), es necesario aclarar que la resolución de la Sala Constitucional N° 8919-2017 del 16 de junio de 2017, **sí fue referenciada, de forma expresa y al menos en dos ocasiones, en el criterio jurídico en cuestión** (al efecto, ver las páginas 7, 8 y 10 del criterio jurídico N° 786-DJ/CAD-2020), la cual constituye, en los términos del análisis cronológico realizado, la resolución complementaria de la resolución N° 2015-6057 del 29 de abril de 2015, con la que la Sala Constitucional comenzó a considerar, por mayoría de votos, que la aplicación de la cláusula penal debía proceder de forma automática o natural (sin debido proceso); al tiempo que, el antecedente constitucional N° 11117-2020 del 16 de junio de 2020, **también fue citado** de forma expresa y al menos en dos ocasiones, en el criterio jurídico que nos ocupa (al efecto, ver las páginas 8, 9 y 10 del criterio jurídico N° 786-DJ/CAD-2020), de donde se desprende, junto con el cúmulo de antecedentes ahí referenciados, la continuidad del criterio constitucional sobre la aplicación automática de la cláusula penal.

Por otra parte, en cuanto a la preocupación del señor integrante Montero Zúñiga sobre la eventual negación de las fases recursivas que puedan alegar las personas contratistas en otros estrados judiciales, y en relación con la posibilidad de reconocer una “tercera instancia” para atender las gestiones o acciones recursivas de las personas contratistas, según el criterio del señor integrante Montero Zúñiga y de la señora integrante Sara Castillo Vargas, resulta indispensable destacar que, en los procedimientos de contratación administrativa rigen principios procesales distintos y especiales respecto de los procedimientos administrativos en general, bien por regulación propia de la materia o bien por integración o supletoriedad normativa, según el asunto o gestión de que se trate. De ese modo, en relación con el procedimiento

contractual como tal, por ejemplo, el ordenamiento jurídico dispone de forma taxativa el régimen recursivo propio de la materia de contratación, a saber: el recurso de objeción en contra del pliego de condiciones y el recurso de apelación o bien de revocatoria, según corresponda, en contra del acto final o adjudicación (en tales términos, ver la resolución R-DCA-0109-2020 del 05 de febrero de 2020, de la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República), **donde, por disposición especial de la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento, en cualquier caso (objeción, revocatoria o apelación) sólo existe una única instancia o grado de atención (sin alzada), sea ante la Administración licitante o bien, ante la Contraloría General de la República, según el tipo de procedimiento que corresponda;** y en **cuanto a la ejecución contractual**, por su parte, rigen los principios generales del procedimiento administrativo, que regulan, en lo que corresponda, las fases o etapas del procedimiento respectivo, **y donde existe una única instancia de alzada (doble instancia)**, tal como lo establece el artículo 350 de la Ley General de la Administración Pública: *“1. En el procedimiento administrativo **habrá en todos los casos una única instancia de alzada, cualquiera que fuere la procedencia del acto recurrido.** 2. **El órgano de la alzada será siempre el llamado a agotar la vía administrativa, de conformidad con el artículo 126”** (énfasis agregado).*

Bajo esa inteligencia, se considera que el eventual reconocimiento de una **tercera instancia** para atender las gestiones o acciones recursivas sobre la aplicación automática de la cláusula penal podría constituir, en este caso, una evidente contradicción de legalidad conforme lo establecido en el citado numeral 350 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, y sin el afán de entrar a analizar el caso concreto, se considera que las gestiones y acciones recursivas de la empresa Caisa Inc de Costa Rica, ya fueron atendidas por las instancias competentes (al efecto, ver las resoluciones N° 303-VEC-202 del 16 de julio de 2020, N° 345-VEC-2020 del 13 de agosto de 2020, N° 367-VEC-2020 del 26 de agosto de 2020 y N° 827-2020 del 22 de setiembre de 2020).

Por último, **en cuanto a la solicitud de revisión de la jurisprudencia de la Sala Primera** sobre la forma de aplicación de la cláusula penal, se informa que, luego de la labor de investigación y búsqueda de antecedentes, únicamente se encontraron las resoluciones N° 294-2015 y N° 415-2015 del 12 de marzo y 16 de abril de 2015, las cuales, en nada abonan al tema en cuestión, pues en términos generales, se hace

referencia al levantamiento de los procedimientos suspendidos en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad, mediante la resolución N° 6639-2013 del 15 de mayo de 2013, de la Sala Constitucional, de la palabra “automáticamente”, que se establecía en el artículo 107 del Reglamento Interno de la Contratación Administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad. Sin embargo, respetuosamente se insiste, en tales pronunciamientos no se entró a analizar sobre la forma de aplicación de la cláusula penal, pues ese no era el objeto de las acciones recursivas formuladas ante la Sala Primera.

Por todo lo anterior, esta Asesoría Jurídica amplía y reitera el Criterio N° 786-DJ/CAD-2020 del 02 de diciembre de 2020, en todos sus extremos, en virtud de que, los votos de la Sala Constitucional presentados por el señor integrante Carlos Montero Zúñiga y la señora integrante Sara Castillo Vargas, ya se encontraban contemplados y analizados en el criterio jurídico en cuestión (al efecto, ver las páginas 7, 8, 9 y 10 del criterio jurídico), y en cuanto a la solicitud de revisión de la jurisprudencia de la Sala Primera sobre la forma de aplicación de la cláusula penal, se informa que, únicamente se encontraron dos pronunciamientos, los cuales, no abonan al tema de interés.

Por lo tanto, conforme lo expuesto, esta Dirección considera importante señalar que, las Administraciones estamos sometidas a la última línea definida por la Sala Constitucional, y en este caso bajo estudio, se tiene que conforme a la **resolución N° 11117-2020** del 16 de junio de 2020, de la Sala Constitucional dada “...la naturaleza de la cláusula penal, en términos generales, su aplicación debe ser automática, de lo contrario, perdería sentido.”; es decir, sin debido proceso, ni fase recursiva, dejando claro esta unidad asesora que, en el tema en análisis ya se atendieron y contestaron todas las gestiones interpuestas por la Empresa Caisa Inc. como en Derecho corresponde.

Con toda consideración;

---

Lic. Pablo Mejía Salgado

---

Licda. Ana Patricia Álvarez Mondragón

Asesor Jurídico

Coordinadora del Área de Contratación Administrativa

---

**MSc. Argili Gómez Siu**  
Subdirectora Jurídica

Cc: Ref: 99-2021.