



Informe de Investigación

Título: JURISPRUDENCIA SOBRE MODIFICACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO.

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Acto Administrativo
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Acto Administrativo, Nulidad,
Fuentes: Normativa, Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 10/2009

Índice de contenido de la Investigación

1	Resumen.....	1
2	Normativa.....	2
	a) Ley General de la Administración Pública.....	2
3	Jurisprudencia.....	7
	a) Nulidad y Modificación de un acto de adjudicación.....	7
	b) Análisis del acto administrativo que declina un permiso y sus efectos	15
	c) Sobre el procedimiento de modificación de un acto administrativo, análisis aplicado al caso de los Reglamentos.....	31
	d) Modificación de finiquito mediante procedimiento ordinario	34

1 Resumen

En el presente informe de investigación se recopila la normativa y jurisprudencia disponible que se relaciona con el tema de la modificación de acto administrativo.



2 Normativa

a) Ley General de la Administración Pública

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹

Artículo 141.-

1. Para ser impugnado, administrativo o jurisdiccionalmente, el acto deberá ser eficaz. En todo caso, la debida comunicación será el punto de partida para los términos de impugnación del acto administrativo.
2. Si el acto es indebidamente puesto en ejecución antes de ser eficaz o de ser comunicado, el administrado podrá optar por considerarlo impugnado desde que tome conocimiento del inicio de la ejecución.

Artículo 144.-

1. El acto administrativo no podrá surtir efecto ni ser ejecutado en perjuicio de derechos subjetivos de terceros de buena fe, salvo disposición expresa o inequívoca en contrario del ordenamiento.
2. Toda lesión causada por un acto a derechos subjetivos de terceros de buena fe deberá ser indemnizada en su totalidad, sin perjuicio de la anulación procedente.

Artículo 152.-

1. El acto administrativo podrá revocarse por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, con las excepciones que contempla esta ley.
2. La revocación deberá tener lugar únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin.

Artículo 153.-

1. La revocación podrá fundarse en la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario.
2. También podrá fundarse en una distinta valoración de la mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado.

Artículo 154.-

Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de oportunidad

o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.

Artículo 155.-

1. La revocación de un acto declaratorio de derechos subjetivos deberá hacerse por el jerarca del ente respectivo, previo dictamen favorable de la Contraloría General de la República.
2. Simultáneamente deberá contener el reconocimiento y si es posible el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, so pena de nulidad absoluta.
3. En todo caso los daños y perjuicios deberán ser liquidados por la Administración dentro del mes posterior a la solicitud o recurso del administrado que contenga la liquidación pretendida por éste.

Artículo 156.-

1. No será posible la revocación de actos reglados.
2. La revocación de actos discrecionales de efecto continuado podrá hacerse de conformidad con los artículos anteriores.
3. Los actos desfavorables al administrado podrán ser revocados, aun si ya son firmes para el particular, previo dictamen de la Contraloría General de la República.
4. La potestad de revocación consagrada en el párrafo anterior caducará en cuatro años.

Artículo 157.-

En cualquier tiempo podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos.

Artículo 158.-

1. La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.
2. Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.
3. Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.
4. Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.
5. Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente.

Artículo 159.-

1. La nulidad del acto podrá sobrevenir por la desaparición de una de las condiciones exigidas por el ordenamiento para su adopción, cuando la permanencia de dicha condición sea necesaria para la existencia de la relación jurídica creada, en razón de la naturaleza de la misma o por disposición de ley.

2. En este caso la declaración de nulidad surtirá efecto a partir del hecho que la motive.

Artículo 160.-

El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso.

Artículo 161.-

No serán impugnables ni anulables por incompetencia relativa, vicio de forma en la manifestación ni desviación de poder, los actos reglados en cuanto a motivo y contenido.

Artículo 162.-

El recurso administrativo bien fundado por un motivo existente de legalidad, hará obligatoria la anulación del acto.

Artículo 163.-

1. Los vicios propios de la ejecución del acto inválido se impugnarán por aparte de los que afecten el acto.

2. Los vicios propios de los actos preparatorios se impugnarán conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio.

3. Los vicios de los actos de contralor o, en general, de los que afecten la eficacia del acto en forma desfavorable a éste, se impugnarán por aparte.

Artículo 164.-

1. La invalidez de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del inválido.

2. La invalidez parcial del acto no implicará la de las demás partes del mismo que sean independientes de aquella.

Artículo 165.-

La invalidez podrá manifestarse como nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida.

Artículo 166.-



Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Artículo 167.-

Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta.

Artículo 168.-

En caso de duda sobre la existencia o calificación e importancia del vicio deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto.

Artículo 169.-

No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución.

Artículo 170.-

1. El ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar.
2. La ejecución por obediencia del acto absolutamente nulo se regirá por las reglas generales pertinentes a la misma.

Artículo 171.-

La declaración de nulidad absoluta tendrá efecto puramente declarativo y retroactivo a la fecha del acto, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.

Artículo 172.-

El acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación.

Artículo 173.-

1) Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos sea evidente y manifiesta, podrá ser declarada por la Administración en la vía administrativa, sin necesidad de recurrir al contencioso-administrativo de lesividad, previsto en el Código Procesal Contencioso-Administrativo, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República; este dictamen es obligatorio y vinculante. Cuando la nulidad absoluta verse sobre actos administrativos directamente relacionados con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, la Contraloría General de la República deberá rendir el dictamen.

En ambos casos, los dictámenes respectivos deberán pronunciarse expresamente sobre el carácter

absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad invocada.

2) Cuando se trate de la Administración central del Estado, el ministro del ramo que dictó el respectivo acto deberá declarar la nulidad. Cuando se trate de otros entes públicos o Poderes del Estado, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Contra lo resuelto cabrá recurso de reposición o de reconsideración, en los términos del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

3) Previo al acto final de anulación de los actos a que se refiere este artículo, la Administración deberá dar audiencia a las partes involucradas y cumplir con el debido procedimiento administrativo ordinario dispuesto en esta Ley.

4) La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo, caducará en un año, a partir de la adopción del acto, salvo que sus efectos perduren.

5) La anulación administrativa de un acto contra lo dispuesto en este artículo, sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser absoluta, evidente y manifiesta, será absolutamente nula, y la Administración estará obligada, además, al pago por daños, perjuicios y costas; todo sin perjuicio de las responsabilidades personales del servidor agente, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 199.

6) Para los casos en que el dictado del acto administrativo viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta corresponda a dos o más ministerios, o cuando se trate de la declaratoria de nulidad de actos administrativos relacionados entre sí, pero dictados por órganos distintos, regirá lo dispuesto en el inciso d) del artículo 26 de esta Ley.

7) La pretensión de lesividad no podrá deducirse por la vía de la contrademanda.

(Así reformado por el artículo 200, inciso 6) de la Ley N° 8508 de 28 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso-Administrativo).

Artículo 174.-

1. La Administración estará obligada a anular de oficio el acto absolutamente nulo, dentro de las limitaciones de esta Ley.

2. La anulación de oficio del acto relativamente nulo será discrecional y deberá estar justificada por un motivo de oportunidad, específico y actual.

Artículo 175.- El administrado podrá impugnar el acto absolutamente nulo, en la vía administrativa o la judicial, en el plazo de un año contado a partir del día siguiente a su comunicación. Tratándose de actos de efectos continuados, el plazo se computará a partir del cese de sus efectos.

(Así reformado por el artículo 200, inciso 7) de la Ley N° 8508 de 28 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso-Administrativo).

Artículo 176.-

1. El acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional, y al mismo y a su ejecución deberá obediencia todo administrado.



2. La desobediencia o el incumplimiento del acto relativamente nulo producirá responsabilidad civil y, en su caso penal, del administrado.

Artículo 177.-

La ejecución del acto relativamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, pero no producirá responsabilidad de ningún tipo al servidor agente, sino cuando se compruebe que ha habido dolo o culpa grave en la adopción del acto.

Artículo 178.-

La anulación del acto relativamente nulo producirá efecto sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario o a terceros, o al interés público.

Artículo 179.-

1. Los plazos y legitimación para impugnar el acto relativamente nulo en la vía administrativa serán los que indique esta ley.

2. Los plazos y legitimación para impugnarlo en la vía jurisdiccional serán los que señala el *Código Procesal Contencioso-Administrativo.

*(Así reformado por el artículo 200, inciso 12) de la Ley N° 8508 de 28 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso-Administrativo).

3 Jurisprudencia

a) Nulidad y Modificación de un acto de adjudicación

[CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]²

RC-801-2002

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Despacho del Contralor General. San José, a las nueve horas del veintiocho de noviembre de dos mil dos.

Recurso de apelación presentado por la empresa TEXTILES INDUSTRIALES DE CENTRO AMERICA, S.A. contra el acto de adjudicación de la Licitación pública No. 16-2002, promovida por el MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA para la "Compra de textiles y vestuarios", recaído a favor de la firma PROMOTEX INTERNACIONAL, S.A., por la suma de \$143.005,50 (ciento

cuarenta y tres mil cinco con 50/100 dólares).

CONSIDERANDO

I) Textiles Industriales de Centro América apeló el acto de adjudicación referido, y alegó: 1) Recurso de apelación y nulidad concomitante: el recurrente interpone dichos recursos, en contra de la resolución No. 27-A; toda vez, que en el Considerando 5 de la resolución de adjudicación No. 30-2002 del 14 de agosto de 2002, no se advirtió vicio de fondo y forma y se acogió la recomendación del análisis integral de esta licitación pública. El 29 de agosto de 2002, se emite el acto de adjudicación y la Dirección de la Proveeduría Institucional, emite una nueva resolución No. 27-A, a instancia del señor Camilo Bárcenas S., en su condición de Gerente General de Promotex Internacional, S.A.; resolución que viola unilateralmente el debido proceso al no se seguirse los procedimientos que contempla la Ley General de la Administración Pública, pues, fue emitida por un funcionario que no es competente y no se encuentra sustentada jurídicamente; asimismo que la resolución No. 27-A manifiesta claramente que obedece al apersonamiento del Gerente de Promotex Internacional, S.A. y su abogado al Ministerio, contrario a lo que establece el ordenamiento jurídico, a tenor de lo dispuesto en los artículos 131, 132, 136 de la Ley General de Administración Pública; por lo tanto, a criterio de la empresa recurrente, la resolución No. 27-A es nula, por lo que solicita pronunciamiento de este Despacho; dado, que la Dirección de Proveeduría Institucional, emitió dicha resolución sin ningún fundamento legal, dejando de lado los criterios que utilizó para adjudicar en primera instancia. 2) Análisis integral de contrataciones administrativas: Aduce el inconforme, que cuando se analizaron los factores ponderables, que se indicaron en el cartel para el ítem No. 1, obtuvo la siguiente calificación: precio 40%, plazo entrega 15%, experiencia 5%, garantía del producto 15%, para un resultado final de 96.5%, a diferencia de la empresa adjudicataria, que se puntúo, así: precio 37.57%, plazo entrega 0, experiencia 5%, garantía del producto 7.5%, para una calificación de 74.07%; donde, se observa que la firma apelante, obtuvo mayor porcentaje; y a la adjudicataria se le otorgó 0 puntos en el factor plazo de entrega; por cuanto, ese Ministerio, consideró que su plazo era irreal; lo que significa que el criterio de la Comisión de Adjudicación es serio y responsable; además, protege los intereses de la Administración, al emitir la resolución de adjudicación a favor de Ticatex, por ser la mejor oferta. Al respecto, expone, la apelante, que la entrega de un objeto depende de su naturaleza, condiciones de embalaje, disponibilidad en el stock de producción; si la administración deja a la libre indicación del participante, el plazo de entrega ofertado, debe ser de cumplimiento posible, en función de las circunstancias propias del objeto licitado; si bien, es cierto, que el cartel contempla la cláusula penal por la ejecución tardía de los contratos con una multa al contratista, lo cierto es que no es lo mismo equiparar a un plazo irreal e incierto de la entrega, ya que no hay certeza en la entrega del bien por adquirir por parte de la empresa adjudicataria, donde la Administración no puede correr riesgo de adjudicar una oferta que no cumpla con el cartel. 3) Derechos de aduana y internación: manifiesta la apelante, que la mercadería de la adjudicataria proviene de El Salvador y que no existe tratado bilateral con ese país; por lo que ese Ministerio obvió en la fase de valoración de las ofertas, los gastos de internación, aún cuando esa administración está exenta del pago de impuestos, por lo que la oferta adjudicataria es de mayor precio, con la no aplicación de ese parámetro se viola el voto No. 998-98 de la Sala Constitucional. Por lo tanto, solicita la anulación del presente acto de adjudicación; toda vez, que la oferta apelante es la mejor puntuada y la de menor precio; además, que ofreció un plazo de entrega irreal, donde la administración le dio un trato diferencial, violando lo dispuesto en el voto 998-98. (Ver dicho escrito en expediente de apelación).

II) Mediante auto de las once horas del tres de octubre del dos mil dos, se confirió audiencia inicial

a la administración y a la firma adjudicataria, con el objeto de que se pronuncien al respecto, y remitan toda la prueba que estime necesaria.

III) El Ministerio de Seguridad Pública, atendió la audiencia mediante escrito presentado ante este Despacho el 3 de octubre del 2002, manifestando lo siguiente: 1) recurso de apelación y nulidad concomitante: alega el Proveedor Institucional de ese Ministerio que dictó el acto de adjudicación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública, en virtud de la delegación que efectuó el señor Ministro de Seguridad Pública, para dictar actos de adjudicación en materia de contratación administración, según la resolución No. 557-2000 de las ocho horas del veintiuno de junio del dos mil; lo que significa, que el acto recurrido fue dictado por el órgano competente después de cumplir con las etapas procesales que para ese efecto establece la Ley de Contratación Administrativa; por lo tanto, la resolución impugnada la dictó en función de la delegación y no a instancia de persona alguna. 2) Análisis integral de contrataciones administrativas: La adjudicataria cotizó un plazo de entrega de 2 días hábiles; el cual, a criterio del Ministerio es irreal, por tratarse de un producto de exportación; con la finalidad de velar porque el plazo ofertado sea real y efectivamente ejecutable no se le asignó puntaje en este rubro y se procedió a adjudicar a la recurrente. No obstante, y de conformidad con las manifestaciones de Promotex Internacional, S.A. que efectuó ante esa Proveeduría el 28 de agosto del 2002, el plazo de entrega que plantearon es viable; por cuanto, el producto se importa desde el Salvador y por la cercanía geográfica con Costa Rica es posible la facilitación de los documentos necesarios para realizar la exoneración y a la vez el traslado del producto, de tal manera que cuando la exoneración este dispuesta, la tela estaría en Costa Rica para efectuar la entrega al día siguiente; por tal motivo, se observaron los principios de conservación del acto, de eficiencia y el fin primordial de los procedimientos de contratación administrativa es la selección de la oferta que más convenga para la satisfacción del interés general; dado que el plazo de entrega que cotizó la adjudicataria es realizable, por lo que se asignó una calificación en este renglón de 15%, que al sumar con el puntaje obtenido en los cinco factores de evaluación del renglón No. 1, se convirtió en la oferta con mayor calificación y, fue lo que motivó la resolución No. 27-A; modificación a criterio de esa Proveeduría es procedente y debidamente fundamentada en los principios jurídicos válidos de contratación administrativa. En relación, con que la oferta adjudicataria es de menor precio, aduce que no aporta criterio técnico para respaldar su cuestionamiento; según la jurisprudencia de este órgano contralor el factor precio debe ostentar el porcentaje más alto; sumado a que no es el único elemento a ponderar para determinar la adjudicación, pues se debe sumar los restantes factores para determinar la oferta que más satisfaga el interés público. 3) Derechos de aduana y internación: que la pretensión del recurrente se centra para efectos de comparación de precios, sumado a que ese Ministerio debió agregar los precios de los derechos de aduana y gastos de internación, pues el producto cotizado, proviene de El Salvador; pretensión que no procede, de conformidad con el artículo 12, anexo No. 3 de la Ley No. 7017, que contempla la presentación del certificado de origen, requisito que no cumple la adjudicataria, a pesar que el punto 2.2.1 del cartel, mencionó que se tomarán en cuenta las disposiciones del Decreto Ejecutivo No. 26076-MP-MEIC; lo que según criterio, de ese Ministerio su actuación al no agregar el precio ofertado por la adjudicataria a los derechos de aduana y los gastos de internación, se encuentra ajustada a derecho. Por lo expuesto, solicita se desestime por improcedente el recurso de apelación de marras. (Véase el presente escrito en expediente de apelación).

IV) La adjudicataria, Promotex Internacional, S.A. atendió la audiencia conferida, manifestando lo siguiente: 1) recurso de apelación y nulidad concomitante: manifiesta que no comprende el

cuestionamiento de la apelante; en virtud, que la resolución No. 30-2002 emitida el 14 de agosto del 2002 no se encuentra en firme, cuando se dictó la resolución de modificación y/o aclaración No. 27-A; lo que provocó la visita a esa Proveeduría el 28 de agosto del 2002, una vez que se publicó el aviso de adjudicación se detectó el error que contenía el análisis integral del 14 de agosto de 2002, en el rubro No. 1; donde, la Proveeduría manifestó que procedería a corregir dicho error antes de que ese acto de adjudicación quedará en firme; alega, que desconoce los trámites de la nueva publicación de La Gaceta. 2) Análisis integral de contrataciones administrativas: expone que la nueva publicación, menciona que se dicta la adjudicación a favor de la adjudicataria aplicando el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa, sumado a que Promotex Internacional, S.A. obtiene el mayor porcentaje en el cuadro de evaluación de los factores de calificación. En relación, con la competencia de las proveedurías institucionales, remite al Decreto Ejecutivo No. 30640-H, específicamente el numeral 5, faculta la delegación de los Ministros de Gobierno o máximo jerarca de la institución para la decisión final que se debe adoptar en los procedimientos de contratación administrativa; ante lo cual, es criterio de la adjudicataria que la Comisión de Adjudicación de ese Ministerio cumplió con su objetivo, pero se presentó un error no contemplado, donde la Administración lo corrigió. Que la inconforme no ha demostrado técnicamente que la tela cotizada no es la más apta para cumplir con los objetivos de esta licitación pública; más bien, en su recurso se desprende claramente que el material de la apelante puede presentar problemas según el porcentaje total obtenido en el certificado de las características de la tela, emitido por el Laboratorio de la Facultad de Ingeniería Química de la Universidad de Costa Rica. Por otro lado, es criterio de la adjudicataria que el fundamento de este recurso se basa que en un principio fue adjudicada, no siendo, la oferta más conveniente para la administración, al ofrecer la firma apelante un producto que no es el más apto; por lo tanto, el factor precio no es el decidió la presente adjudicación. Que, si es cierto que el acto ya se había adoptado, el cual contiene un error, por consignarse 0 puntos en el renglón plazo de entrega; tal como lo menciona la Resolución Modificación y/o Aclaración 27-A del pasado 29 de agosto, por lo que según su criterio se debe respetar los cambios que efectuó cualquier personero del Departamento de Proveeduría; y, es imposible aceptar los argumentos de la recurrente; toda vez, que la decisión que se adoptó es la más idónea, luego de detectar el error descrito en su recurso de corrección. 3) Derechos de aduana y internación: alega la adjudicataria que declararon que los productos cotizados proceden de países, que no tienen tratado bilateral, por lo que no procede la presentación del certificado de producción; tal como se lo indicaron al Departamento Legal, cuando solicitaron la subsanación de este certificado; donde, remitieron el oficio No. DAACI-783-02 del 16 de setiembre del 2002, del Ministerio de Comercio Exterior. Por lo expuesto, manifiesta que su oferta cumple con todas las especificaciones técnicas y legales del cartel. (Ver dicho escrito en expediente de apelación).

V) Mediante auto de la División de Asesoría y Gestión Jurídica de las catorce horas del diecinueve de noviembre del 2002, se confirió audiencia final a las partes, audiencia fue atendida por las partes.

VI) Que en los procedimientos se han observado las prescripciones de ley y,

CONSIDERANDO

I- 1) La acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra del Reglamento Orgánico de la Contraloría General de la República fue resuelta mediante Voto número 7581-2002 de las catorce horas con treinta y cuatro minutos del treinta y uno de julio de dos mil dos. 2) La Sala Constitucional rechazó el recurso por falta de legitimación del accionante, por lo que hasta tanto no

se disponga lo contrario, el Despacho del Contralor General seguirá conociendo la resolución de los recursos de objeción y de apelación contra los actos de adjudicación que agoten la vía administrativa. 3) Consecuentemente, el presente acto se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, 1, 3, 34, 37 y 38 de la Ley General de la Administración Pública, así como de acuerdo con lo señalado en el oficio GJ-1110-2002 del veintiocho de noviembre de dos mil dos, suscrito por los licenciados Manuel Martínez Sequeira, Jesús Mora Calderón y Ronald Hidalgo Cuadra, Gerente de División el primero y Gerentes Asociados los restantes, todos de la División de Asesoría y Gestión Jurídica, en el cual recomiendan declarar con lugar el recurso de apelación.

II) HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: 1) Que el Ministerio de Seguridad Pública promovió la licitación pública No. 16-2001 para la "Contratación de textiles y vestuarios", cuya apertura de ofertas fue el 19 de julio del 2002. (Ver Alcance No. 46 a La Gaceta No. 123 del 27 de junio del 2002). 2) Que participaron en el concurso TEXTILES INDUSTRIALES DE CENTROAMERICA, S.A. y PROMOTEX INTERNACIONAL, S.A., entre otras firmas (ver ofertas en expediente administrativo). 3) Que en la Gaceta No. 162 del 26 de agosto del 2002, se publicó la resolución de adjudicación No. 30-2002 de las 14,00 horas del día 16 de agosto del 2002, donde se adjudica la licitación pública No. 16-2002 "Compra de textiles y vestuarios", de la siguiente manera: "... A la empresa Ticatex, cédula jurídica 3-101-009294-0 EL/ Item 1:/ 50.000 Metros de tela color azul..." 4) Que resultó adjudicataria PROMOTEX INTERNACIONAL, S.A., por la suma de \$143.005,50 (ciento cuarenta y tres mil cinco dólares con cincuenta centavos de dólares). (Ver aviso publicado en la Gaceta No. 170 del 5 de setiembre del 2002). 5) Que en la resolución de modificación y/o aclaración No. 27-A dictada por el Proveedor Institucional del Ministerio de Seguridad Pública, consta que de acuerdo al Análisis Integral de Contratación Administrativa # LPU 16-2002, Resolución de Adjudicación LPU #30-2002, de las catorce horas del día 16 de agosto del 2002 y su respectivo aviso, se procedió a adjudicar el ítem 1 "50000 metros de tela army azul escolar" a la Empresa Ticatex S.A., por un precio total de \$140.000.00; según, lo solicitado por el señor Bárcenas, representante de Promotex Internacional, S.A., así como de las ofertas involucradas, ese Ministerio realiza la corrección al respecto y procede a modificar el citado análisis, resolución y el respectivo aviso, para que donde se haga referencia a lo adjudicado en el Item # 1, se lea así:

"CUADRO N° 01 - Evaluación factores ponderables

TICATEX	FACTORES <i>EVALUACION</i>	PROMOTEX ...
<i>¢50.974.00,00</i>	PRECIO 40%	<i>¢54.068.850,00</i>
<i>7 d.h.</i>	<i>PLAZO DE ENTREGA</i> <i>15%</i>	<i>2 d.h.</i>
<i>37 años</i>	EXPERIENCIA 5%	<i>5 años</i>
<i>36 meses</i>	<i>GARANTIA PRODU</i>	<i>18 meses</i>

	15%	
21.5%	CALIDAD DE TELA	24%
	25%	

CUADRO N° 02 – Evaluación factores porcentuales

FACTORES EVALUACION	TICATEX	PROMOTEX ...
PRECIO 40%	40%	37.57%
PLAZO DE ENTREGA 15%	4.28%	15
EXPERIENCIA 5%	5%	5%
GARANTIA PRODU 15%	15%	7.5%
CALIDAD DE TELA 25%	21.5%	24%
TOTAL	85.78	89.07

Tal y como se desprende del cuadro, la oferta de PROMOTEX es la que obtiene el mayor porcentaje./ EL ITEM 1 – 50000 METROS DE TELA COLOR AZUL/ A LA EMPRESA PROMOTEX INTERNACIONAL CEDULA JURIDICA 3-101-164340 (...) Precio total: \$148.500.00-ciento cuarenta y ocho mil quinientos dólares exactos./ DERECHO DE MODIFICACION UNILATERAL – REBAJO A LA LINEA/ Según el artículo #12 de La Ley de Contratación Administrativa, Derecho de modificación Unilateral, faculta a la Administración para modificar, disminuir o aumentar hasta en un 50% el objeto de contratación, esto por circunstancias imprevisibles y sea la única forma de satisfacer el interés público; se procede al amparo de dicho artículo a realizar el siguiente rebajo a la línea citada, por justificación al ajuste presupuestario del contenido económico de esta solicitud de mercancías:/ EL ITEM 1 – 48150 METROS DE TELA COLOR AZUL/ A LA EMPRESA PROMOTEX INTERNACIONAL CEDULA JURIDICA 3-101-164340 (...) para un precio total adjudicado de: \$143.005,50-ciento cuarenta y tres mil cinco con 50/100 dólares./ POR TANTO/ De conformidad con los hechos expuestos, artículo 103 de la Ley de la Contratación Administrativa y en vista de un error material, se procede A MODIFICAR EL ANALISIS, LA RESOLUCION DE ADJUDICACION # LPU-16-2002, de las 14:00 horas del día 16 de agosto del 2002 y su respectivo aviso, para que en lo sucesivo se lea como lo dicta la parte dispositiva de la presente resolución de modificación, a saber en el punto 3 del presente CONSIDERANDO./ TODO LO DEMAS PERMANECE INVARIABLE./ BACH. JOSE RAMIREZ PEREZ/ PROVEEDOR INSTITUCIONAL”. (Ver folios del 729 al 732 del expediente administrativo).

III) SOBRE LA LEGITIMACION: corresponde determinar si la oferta recurrente padece de algún vicio capaz de restarle posibilidad de figurar como elegible en el concurso, no asistiéndole, en consecuencia interés actual. El artículo 91.2 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, en cuanto al referido aspecto dispone: "... podrá interponer el recurso de apelación cualquier parte que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo...". En el caso bajo examen tenemos que la oferta recurrente ocupa el segundo lugar de la calificación, al obtener un puntaje de 85.78 (Hecho probado 5), por lo que se observa que tiene legitimación para hacer uso de la fase recursiva.



IV) SOBRE EL FONDO: El recurrente fundamenta su inconformidad en que el Considerando 5 de la resolución de adjudicación No. 30-2002, emitida por la Dirección de Proveeduría Institucional no advirtió vicio de fondo y forma; más bien, acogió la recomendación del análisis integral No. LPU-16-2002; posteriormente, a la emisión de ese acto de adjudicación (29-8-2002) dicha Dirección dictó una nueva resolución de modificación y/o aclaración No. 27-A, a instancia del señor Camilo Bárcenas S., Gerente General de Promotex Internacional, S.A. y su abogado; violentándose en forma unilateral el debido proceso y sin cumplir los procedimientos que en derecho corresponden, como lo estipula la Ley General de la Administración Pública; por lo tanto, este acto de la Dirección de la Proveeduría Institucional es un nuevo acto administrativo que no está debidamente sustanciado con el ordenamiento jurídico, ni fue dictado por el funcionario competente; de ahí que la resolución de modificación y/o aclaración No. 27-A es nula, de conformidad con lo establecido por el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. Por su parte, la Administración manifiesta que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública dictó el acto que ha sido recurrido ante este Despacho; con base a la delegación que efectuó el Ministro de Seguridad Pública, mediante la resolución No. 557-2000 de las ocho horas del veintiuno de junio del dos mil dos; lo que significa, que dicho acto fue dictado por el órgano competente; una vez, cumplidas las etapas procesales que para ese efecto dispone la Ley de Contratación Administrativa. La adjudicataria alega que el cambio en la decisión de adjudicación no viola el debido proceso y que han seguido lo establecido en la legislación, al conocer que existió un error por parte de la administración, por lo que estima que ha actuado con fundamento a derecho y no entiende porqué el recurrente aduce un cambio de adjudicación unilateral, que viola el debido proceso y falto de seguir el procedimiento que establece la Ley General de Administración Pública. Criterio para resolver: al respecto, consta en autos que ese Ministerio dictó la resolución No. 30-2002 de las 14,00 horas del día 16 de agosto del 2002, donde se adjudica el ítem No. 1 "50.000 Metros de tela color azul" a la empresa Textiles Industriales de Centroamérica, S.A., publicado en La Gaceta No. 162 del 26 de agosto del 2002 (hecho probado 3). En igual sentido, se tiene probado que la Proveeduría Institucional dictó la resolución de modificación y/o aclaración No. 27-A, publicada en Gaceta No. 170 del 5 de setiembre del 2002 (hecho probado 5); tal como lo reconoce el señor Bárcenas, representante de Promotex Internacional, S.A. en su escrito de contestación a la audiencia inicial conferida por este Despacho (ver folio B-5 del expediente de apelación) y en la resolución impugnada, que se apersonó a esa Proveeduría el 28 de agosto del 2002, una vez publicado el primer aviso de adjudicación de la licitación pública No. 16-2002, con el objeto de que se procediera a corregir la resolución, por existir un error material, que según su criterio le perjudica, dado que en el análisis de la resolución No. LPU-16-2002 de las 14:00 horas del día 16 de agosto del 2002 y su respectivo aviso, se consignó un plazo irreal (hecho probado 5). En punto a lo anterior, tanto el Ministerio licitante como la adjudicataria reconocen y aceptan el alegato de la firma apelante; al reconocer que el señor Bárcenas, en su calidad de representante de Promotex Internacional se apersonó dos días después (28-8-02) que se publicó el aviso del acto de adjudicación (26-8-02) ante la Proveeduría a reclamar por la adjudicación que adoptó ese Ministerio. Siendo contestes con lo anterior, el procedimiento para modificar el primer acto de adjudicación es reprochable; porque, bien es sabido que el interesado cuenta con los recursos administrativos correspondientes para hacer valer sus reparos de legalidad, no mediante una conducta informal ante la entidad licitante. La inercia en instar su apelación dentro del plazo de ley, convirtió en firme la primera adjudicación, por lo que lleva razón la recurrente al reclamar que la Administración se haya vuelto contra un acto propio, declaratorio de derechos por antonomasia como lo es la adjudicación de un contrato administrativo, con total inobservancia de lo establecido por el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. Una vez publicado el aviso de adjudicación en La Gaceta No. 162 del 26 de agosto del

2002, la Proveduría ya no tiene competencia para modificar un acto de adjudicación, porque de conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley de Contratación Administrativa, el órgano competente para modificar un acto de adjudicación (licitación pública ó por registro) es la Contraloría General de la República. Al apersonarse el señor Bárcenas a la Proveduría Institucional a reclamar verbalmente el aviso de adjudicación, debió de comunicarle, que si no está de acuerdo con el acto de adjudicación que se publicó, lo correspondiente es accionar ante esta Contraloría General de conformidad con los numerales 84, 85 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa; en virtud, que ante ese Ministerio no se puede recurrir, que la sede que le corresponde dirimir este tipo de inconformidades es este Órgano Contralor como jerarca impropio; por lo tanto, la actuación de esa Proveduría es contraria a derecho y lleva a este Despacho con fundamento en lo establecido en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política, 4, 8, 10, 17, 28, 34 y 37.3, de nuestra Ley Orgánica, No. 7428, de 7 de setiembre de 1994, a anular la resolución de modificación y/o aclaración No. 27-A, dictada por el Proveedor Institucional del Ministerio de Seguridad Pública, publicada en La Gaceta No. 170 del 5 de setiembre del 2002. Para tornar más grave lo hasta aquí relatado, resulta ser que en la resolución No. 27-A de cita, la Proveduría modifica el objeto (50.000 mts a 48.150 mts), según lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa. Este “ajuste” es improcedente frente a un acto firme, según ya se dijo, y desacertado al invocarse numeral que no aplica para disminuir el objeto contractual de este concurso; toda vez, que dicho artículo se aplica en la ejecución contractual, y no en la fase previa a dictarse el acto de adjudicación; por lo tanto, la disminución del objeto de 50000 mts a 48.150 no se ajusta a la normativa en contratación administrativa. En consecuencia,, al anularse la resolución de modificación y/o aclaración No. 27-A, la primera resolución No. 16-2002 de las 14:00 horas del día 16 de agosto del 2002, publicada en La Gaceta No. 162 del 26 de agosto de 2002, adquiere firmeza, constituyendo un acto administrativo dotado de ejecutividad y ejecutoriedad.

V) OBSERVACIONES DE OFICIO: tomando en cuenta el descuido con que se ha actuado desde un punto de vista jurídico, se hace una fuerte llamada de atención a la entidad licitante y a sus autoridades superiores, las cuales son las responsables de crear canales expeditos para que los procedimientos de contratación administrativa se sustancien en forma ágil y aseguren el derecho fundamental a la legalidad de los procedimientos de selección del contratista. Las explicaciones se imponen en este caso. El por qué en este procedimiento después de publicarse el acto de adjudicación, se acogió un reclamo verbal de un oferente que no resultó adjudicatario, dictándose un nuevo acto a favor del reclamante, el por qué se aplica un norma que no corresponde al caso en concreto para disminuir el objeto a contratar, amparándose en ajustes presupuestarios (hecho probado 5) y en un supuesto error material que se presentó cuando analizaron la oferta de Promotex Internacional, S.A., sin mayor justificación, son pasos en falso que merecen una valoración a lo interno de la entidad licitante; por cuanto, el administrado los percibe como un comportamiento arbitrario. Este Órgano Contralor ha manifestado que la “trascendencia del pliego de condiciones radica, fundamentalmente, en constituir el reglamento específico de la contratación que se tramita y, por ende, el instrumento idóneo para definir, en términos técnicos, claros, suficientes, concretos, objetivos y amplios, las reglas que van a prevalecer en la tramitación del negocio. Mediante el cartel, se dan a conocer todas las condiciones y especificaciones que se consideren de importancia para promover una amplia e igualitaria participación en el concurso, propósito que solo es factible de alcanzar cuando, además de lograrse un adecuado planteamiento del negocio (objeto y términos bajo los cuales se debe ofrecer), se fijan reglas claras para seleccionar al ganador de la competencia. Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido y recogido normativamente esa importancia que tienen los pliegos cartelarios, así como la necesidad de que en ellos se incorporen las condiciones necesarias para regular los procedimientos y seleccionar la mejor oferta..” (vid. RSL-50-97 de las 10:30 horas del 7 de marzo de 1997).

VI) En consecuencia, lo procedente es anular la resolución de modificación y/o aclaración No. 27-A, dictada por el Proveedor Institucional del Ministerio de Seguridad Pública y publicada en La Gaceta No. 170 del 5 de setiembre del 2002; por lo que la resolución No. 16-2002, publicada en La Gaceta No. 162 del 26 de agosto del 2002 queda en firme; asimismo, deberá ese Ministerio sentar las responsabilidades administrativas que estimen necesarias, con el objeto de que para futuros trámites de procedimientos de

contratación administrativa no se vuelva a presentar esta anomalía, con la finalidad que los procedimientos sean más expeditos y así evitar un atraso innecesario que van a incidir directamente en la satisfacción del interés público, como en el presente caso, que va a perjudicar directamente a los guardias civiles que brindan y protegen la seguridad del ciudadano. Con base en lo expuesto, se omite criterio de los demás aspectos alegados en el presente recurso de apelación.

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto por los artículos 28, 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 28, 30, 34 y 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No. 7428 del 7 de setiembre de 1994; 173 de la Ley General de la Administración Pública; 3, 4, 5, 45, 46, 90 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; 5, 44, 45, 90 y siguientes del Reglamento de la Contratación Administrativa; SE RESUELVE: 1) DECLARAR CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto por la firma TEXTILES INDUSTRIALES DE CENTROAMERICA, S.A., contra el acto de adjudicación que se dirá de la LICITACION PUBLICA No. 16-2002, promovida por el MINISTERIO DE SEGURIDAD PUBLICA, para la "Compra de textiles y vestuarios", recaído aquél a favor de la empresa PROMOTEX INTERNACIONAL, S.A. 2) ANULAR la resolución de modificación y/o aclaración No. 27-A, publicada en La Gaceta No. 170 del 5 de setiembre del 2002. 3) Conforme lo dispuesto por el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa y 34, inciso a) de la Ley Orgánica de la Contraloría General, la presente resolución da por agotada la vía administrativa. 4) Valore la Administración la imposición de las responsabilidades administrativas que procedan.

b)Análisis del acto administrativo que declina un permiso y sus efectos

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]³

018-2008

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEXTA. II Circuito Judicial. San José, a las nueve horas treinta minutos del dieciséis de mayo de dos mil ocho.-

Proceso ordinario interpuesto por Super Servicio El Rayo Sociedad Anónima cédula jurídica 3-101-164116, representada por Carlos Loáiciga Gómez, empresario, portador de la cédula de identidad número cinco- ciento sesenta- ciento cuatro, en su condición de Presidente con Facultades de Apoderado Generalísimo sin límite de suma contra El Estado, representado por Omar Rivera

Mesén, abogado, portador la cédula de identidad número uno- seiscientos seis- ciento veintinueve, en su condición de Procurador Adjunto. Ambos son mayores de edad, casados y vecinos de San José.

RESULTANDO:

I).-Que estimada en ciento cinco millones ochenta y un mil setecientos dos colones, la acción es para que en sentencia se declare: " A. Con lugar el presente proceso ordinario incoado en contra del ESTADO. B. Que se condene al Estado de Costa Rica a pagar a favor de mi representada Super Servicio El Rayo S.A., los daños (materiales y morales) y perjuicios ocasionados por su actuar. C. Que se condene al Estado a pagar a favor de mi representada los intereses correspondientes al tipo legal, sobre la totalidad de la indemnización que nos deba efectuar, calculados a partir de la presentación de esta demanda y hasta que se realice el efectivo pago. D. Que se condene al Estado a pagar a favor de mi representada al pago de ambas costas de esta acción".-

II).-Que el representante estatal, en término, contestó negativamente las pretensiones e invocó las excepciones de sine actione agit, falta de derecho y falta de interés actual.

III).-

Que la señora Jueza Nancy Allen Umaña en sentencia No.1499- 2005 de las 8:30 horas del 13 de Diciembre del dos mil cinco, dispuso: "Se declara con lugar la excepción de falta de derecho. Se rechaza las excepciones de falta de interés actual y la genérica (sic) de sine actione agit. Se declara sin lugar en todos sus extremos, la presente demanda ordinaria formulada por la actora SUPER SERVICIO EL RAYO S.A. contra EL ESTADO. Se condena al pago de ambas costas de la presente acción a la parte actora."

IV).-Que inconforme con lo resuelto el actor apela, recurso que fue admitido y en virtud del cual, conoce este Despacho en alzada.

V).-Que en los procedimientos se han observado las prescripciones de ley, no se notan errores ni omisiones que deban ser subsanados, por lo que se procede a dictar sentencia, previa deliberación.

Redacta el Juez Campos Hidalgo; y,

CONSIDERANDO :

I).-HECHOS PROBADOS: Se comparte el elenco de hechos probados que contiene el fallo impugnado, con las siguientes variaciones: Se adicionan los siguientes hechos: a) Que el contrato

rubricado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes con la actora en el mes de mayo de 1996 expresamente señaló como fecha de vigencia dos años a partir de la orden de inicio dictada por la Administración, con posibilidad de prórroga automática por períodos iguales si ninguna de las partes diere aviso en contrario a la otra parte con por lo menos treinta días naturales de anticipación al próximo vencimiento y previo depósito, por parte del adjudicatario, del monto atribuido a la diferencia por actualización de la garantía de cumplimiento. (folio 38 del expediente judicial) b) Que en el caso de Super Servicio El Rayo S.A., la orden de inicio fue dada mediante nota de 4 de junio de 1996 de la Dirección General de Transporte Público, para que se diere comienzo a partir del 10 de junio de dicho año. (folio 0000095 del expediente administrativo denominado "único"). c) Que el acuerdo 11 de la sesión ordinaria 4-2000 de 10 de abril de 2000 del Consejo de Transporte Público, fue comunicado a la actora con suficiente anticipación al vencimiento de la segunda prórroga, sea, más de un mes previo al 10 de junio de 2000. d) Que en el período entre el 15 de mayo del 2001 y el 31 de octubre de 2001, no se pudo realizar control de emisión de gases y partículas en el taller de Super Servicio El Rayo S.A (folios 258 a 261 del expediente judicial) e) Que mediante resolución del Tribunal Administrativo de Transporte de 028-01 de 14:05 de 10 de setiembre de 2001 y del Ministro de Obras Públicas y Transportes de 14:00 horas de 31 de octubre de 2001, se retrotrajo la situación de la empresa actora al momento anterior a la emisión del acto del artículo 11 de la sesión ordinaria 4-2000 del 10 de abril del 2000 del Consejo de Transporte Público (folio 80 del expediente judicial), f) Que Super Servicio El Rayo S.A rindió las garantías de cumplimiento exigidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (folios 222 a 242 del expediente judicial)

II).-HECHOS NO PROBADOS: Se modifica la relación de Hechos No Probados, eliminando el consignado por la a quo y se adicionan dos hechos No probados que indiquen lo siguiente: a) Que se haya producido el cierre total del taller propiedad de Super Servicio El Rayo S.A b) Que existan contratos de laborales, comerciales o adeudos afectados con motivo de actos emitidos por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes c) Que la imagen o buen nombre de Super Servicio El Rayo S.A haya sido afectada.

III).-MOTIVOS DE INCONFORMIDAD DEL RECURRENTE: Manifiesta el actor en su recurso, que la a quo incurre en violación al principio de congruencia en la resolución impugnada, en tanto que no da por probada la existencia de daños y perjuicios, mas tiene por acreditado el incumplimiento contractual del Estado y la responsabilidad de la Administración por las ganancias dejadas de percibir en los ecomarchamos durante los seis meses de cierre del taller. Señala que la sentencia impugnada aprecia indebidamente la certificación aportada y emitida por la Contadora Pública de la empresa, dado que estimó que ésta no refleja las ganancias percibidas, así como los gastos, siendo que en la propia certificación se hace la separación y aclaración de las ganancias y los gastos por concepto de ventas de ecomarchamos. Manifiesta con respecto la certificación, que ésta es un documento emitido por un fedatario público. Indica que no se puede rechazar la demanda bajo el argumento de que no se demostró el monto dejado de percibir en el período respectivo por no ventas de ecomarchamos, pues solamente se puede extraer un aproximado del comportamiento de ventas mensuales de la empresa. Señala además que existe otra violación al debido proceso, al tomar en consideración prueba declarada extemporánea. Reprocha a la sentencia, el no valorar ni mencionar la prueba testimonial evacuada, dado que considera que ésta demuestra el daño y los perjuicios causados. Con respecto al daño moral, indica que éste se ha admitido a través de presunciones del hombre, pues con el daño a la psiquis, la reputación del buen nombre y funcionamiento de una persona física o jurídica, se infiere el daño. Estima que la jueza ha tenido



acceso a recortes de periódicos en donde se evidencia la prohibición de hacer ecomarchamos, con lo que estima demostrado el nexo causal entre la acción del Estado y sus efectos en la opinión pública. Señala que con el simple hecho de la afectación producida por los actos de la Administración, ya se afectó el buen funcionamiento y nombre la empresa. Finalmente, con relación a la condenatoria en costas, indica que ha quedado demostrado que le asistió razón plausible para litigar, habida cuenta que el acto administrativo fue declarado nulo en sede administrativa y ello fue lo que provocó que se le suspendiera ilegalmente de la actividad de venta de ecomarchamos.

IV).-El acto administrativo es la forma más representativa de manifestación de la decisión administrativa, con efectos jurídicos directos hacia los Administrados. En este orden de ideas, se ha definido al acto administrativo de la siguiente manera:

" El acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, conocimiento o juicio efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos concretos o generales, de alcance normativo o no, en forma directa o inmediata." Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Página 415.

Como elementos materiales del acto administrativo, se pueden determinar los siguientes: a) Motivo, entendido como los antecedentes y presupuestos de hecho y derecho que fundamentan la necesidad, oportunidad, conveniencia y legitimidad del acto administrativo. b) Contenido, el cual consiste en la parte dispositiva o declarativa de todo acto c) Fin público buscado con la emisión del correspondiente acto administrativo, como resultado perseguido en función del motivo del acto. Como elementos formales del acto administrativo, encontramos tanto la competencia del órgano responsable de su emisión, como la investidura y legitimación del servidor que emite el acto y el cumplimiento de determinados requisitos en la emisión de la voluntad de éste, sea su razonabilidad, proporcionalidad, la ausencia de error, dolo y violencia en la voluntad y la sujeción a las reglas de la técnica y la ciencia, fundamentalmente. Nuestro ordenamiento jurídico, ha previsto que ante la ausencia o defectos en alguno de los indicados elementos, estaríamos en presencia de un vicio de nulidad absoluta o relativa, según sea el caso. Es así como el artículo 166 y 167 de la Ley General de la Administración Pública, al respecto, señala:

" Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente".

"Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta."

Con respecto a los alcances de la nulidad absoluta, se ha indicado lo siguiente:

".... cuando el acto es manifiesta y flagrantemente ilegal, o mejor dicho, gravemente ilegal (en el sentido preciso que posteriormente se indicará), ni se presume legítimo ni se puede ejecutar sin incurrir en responsabilidad, por lo que el resultado final que esa ejecución pueda agregar al mundo

jurídico o real -de darse- deberá reputarse perturbación del ordenamiento y de su "efectividad" y reprimirse como atentado contra el estado posesorio de sus derechos e intereses por el administrado.."

Eduardo Ortiz Ortiz. Nulidades del Acto Administrativo en Ley General de la Administración Pública (Costa Rica).

De conformidad con lo anterior, la emisión de un acto administrativo por un órgano carente de la competencia suficiente para su dictado, deviene en nulidad absoluta de lo resuelto y como consecuencia de la ejecución de éste, nuestro ordenamiento jurídico establece los siguientes efectos:

"El ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar."

En virtud de lo anterior, el dictado de un acto posteriormente declarado como nulo, sea en sede administrativa, como judicial, deviene necesariamente en el deber de resarcir cualquier daño o perjuicio que con motivo de su ejecución se pudo haber producido en contra de un Administrado.

V).-En materia de responsabilidad, la Ley General de la Administración Pública, distingue dos tipos de actividad de la administración generadoras de responsabilidad: en primer término, la actividad ilícita o anormal de la Administración, en tanto que supone una transgresión del ordenamiento jurídico. En este sentido, los artículos 190, 191 y 192 de la Ley General de la Administración Pública indican lo siguiente:

"1 La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. 2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente".

"La Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aún cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión".

"La Administración será también responsable en las anteriores condiciones cuando suprima o limite derechos subjetivos usando ilegalmente sus potestades para ello".

La ilicitud de la conducta se vincula al incumplimiento de normas administrativas, en tanto que la anormalidad se origina con motivo de la actividad material o de prestación de servicios de aquella. En todo caso, la responsabilidad por este tipo de conducta se encuentra íntimamente ligada con el concepto de falta de servicio, como condición indispensable. Dicha falta de servicio es definida de la siguiente manera:

"... toda violación de las obligaciones administrativas preexistentes, lo que trae a colación los estándares o canones jurídicos, técnicos y científicos que deben observar la administraciones públicas."

De conformidad con lo anterior, se puede presentar una falta de servicio de conformidad, tanto por la prestación tardía o defectuosa del servicio público, como por la omisión de prestación del servicio público o por el dictado de un acto administrativo ilícito o inválido o por la omisión de formalidades sustanciales en el dictado de un acto administrativo. En segundo término está la responsabilidad por conducta lícita y funcionamiento normal, de conformidad con el artículo 194 de la Ley General, en tanto dispone:

"1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión. 2. En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante. 3. El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo"

Con respecto a las características del daño para ambos tipos de responsabilidad, la Ley General de la Administración Pública, señala:

"En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo".

"Cabrá responsabilidad por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente".

"El derecho de reclamar la indemnización a la Administración prescribirá en cuatro años, contados a partir del hecho que la responsabilidad. El derecho de reclamar la indemnización contra los servidores públicos prescribirá en cuatro años desde que se tenga conocimiento del hecho dañoso".

De conformidad con lo anterior, se evidencia las siguientes características de la responsabilidad administrativa: 1) La responsabilidad administrativa es objetiva, sea, se determina por conducta

lícita como por conducta ilícita, sin hacer referencia a la culpa o el dolo 2) En el caso de la responsabilidad sin falta, o sea, por conducta lícita estamos en presencia de una responsabilidad originada en el quebranto del principio de igualdad en las cargas públicas y el consiguiente daño especial y anormal o la teoría del riesgo para los daños accidentales. 3) En la conducta ilícita estamos en presencia de responsabilidad por una falta de servicio, originada en el derecho a servicios públicos eficaces y eficientes y la ausencia del deber de soportar una lesión antijurídica. 4) En derecho administrativo lo relevante es un daño ligado por un nexo de causalidad a una administración pública. Con relación a las características de dicho daño para ser indemnizable, la Sala Primera de Casación en sentencia número 14 de 16 horas del 2 de marzo de 1993, ha señalado:

"El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesis, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo.(...) El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado, en tanto el perjuicio está conformado por la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir (lucro cesante), la cual era razonable y probablemente esperable si no se hubiese producido el hecho ilícito. (...) No cualquier daño da pie a la obligación de resarcir: Para tal efecto, han de confluír, básicamente, las siguientes características para ser un daño indemnizable: A) debe ser cierto, real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturables. El daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; asimismo, no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio, pues el primero está referido a aquel que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generador del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, ello constituye un extremo de incumbencia subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de una excesiva susceptibilidad. B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. Así puede haber un damnificado directo y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso, y el segundo serán los sucesores de la víctima. C). Deberá ser causado por un tercero, y subsistente, esto es, si ha sido reparado por el responsable o un tercero resulta insubsistente. D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño."

Con respecto a los alcances de la responsabilidad de la Administración, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su voto 252-F-01 de 16 horas 15 minutos del 28 de marzo de 2001, en lo que interesa, dispuso:

"La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública, como se sabe, es de vieja data y de raigambre constitucional. El artículo 41 de nuestra norma fundamental establece en la base misma del ordenamiento jurídico, un sistema objetivo para la indemnización del daño



producido. De esta forma señala que “todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido de su persona, propiedad o intereses morales”. Del precepto, importa destacar varios aspectos: en primer término, se acude al vocablo “todos”, con lo cual se hace referencia a toda persona, ya sea física o jurídica, pública o privada. En segundo lugar, habrá de observarse, la referencia a la debida reparación, antes que a la indemnización, pues ciertamente ha de buscarse, en la generalidad de los casos, la restitución de cosas al estado anterior (reparación in-natura). Y por ultimo, conviene destacar que, se hace total abstracción de cualquier elemento subjetivo como criterio de imputación, es decir, se deja de lado el tradicional concepto de dolo y culpa. La objetivación del sistema es entonces patente. Y conviene insistir en él toda vez que, entratándose de la Administración Pública, es este un giro copernicano del sistema, que invierte el orden de análisis para acentuar la atención, no en el sujeto productor del hecho dañoso, sino en la víctima de la lesión. No interesa ya, bajo el esquema actual, la búsqueda del responsable del daño sino su reparación. En efecto, el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública dispone que “La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero”. Así las cosas, habrá responsabilidad del ente público, si la víctima del daño no tiene el deber jurídico de soportar la lesión producida. Ello implica que, si durante el ejercicio de los servicios públicos o de las potestades administrativas, se ocasiona un daño a tercero, debe responder el patrimonio estatal, salvo que hubiere operado causa eximente. Entra aquí en juego, el conocido cúmulo de faltas, en donde la falta personal del servidor, en tanto realizada en el ejercicio de su cargo, o bien con la utilización de medios o instrumentos brindados por la propia administración (nexo de ocasionalidad causal), comprometen el patrimonio del Estado (entendido en sentido lato)”.

Del análisis de las anteriores consideraciones para el caso concreto, se puede determinar la procedencia de acoger una pretensión concreta en la cual la parte correspondiente alegue la existencia de daños con motivo del funcionamiento de la Administración.

VI).-En materia de reclamación de daños y perjuicios irrogados con motivo de un acto administrativo, resulta de relevancia señalar que corresponde a la parte que alega consecuencias dañosas con motivo de su aplicación, el deber de probar éstas ante las instancias jurisdiccionales. En este sentido, indica expresamente el artículo 317 del Código Procesal Civil, que

“La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho...”.

La Sala Primera ha determinado con toda claridad esta carga al señalar, en su voto 000067-F-2007 de nueve horas cuarenta minutos del dos de febrero del dos mil siete, lo siguiente:

"... es claro que la indemnización de los daños y perjuicios que puedan surgir del proceder público, está sujeta a la demostración de su existencia y al nexo causal entre las partidas reclamadas y la conducta censurada, que permita imputar al Estado por las consecuencias patrimoniales de su conducta. Por ende, solo cuando se establezca que son consecuencia directa o indirecta de aquella, será viable la condena compensatoria. Tal demostración incumbe, en tesis de principio, a la víctima, según se desprende del numeral 317 inciso 1) de la normativa procesal civil, mediante cualquiera de los mecanismos probatorios que permite el Ordenamiento Jurídico patrio. No podría el juzgador asumir que se han producido daños cuando la parte que los pretende no los ha reclamado o bien, habiéndolo hecho, no demostró que en efecto se hayan ocasionado o hubieren

ocurrido. La demostración del daño y su nexo causal es por tanto impostergable en la dinámica del régimen objetivo de responsabilidad pública, ergo, si no llegan a acreditarse, no podrían ser objeto de reparación. En este sentido, el numeral 62 inciso c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fija la regla de que cuando se hubiere pretendido el resarcimiento de daños y perjuicios, la sentencia deberá formular pronunciamiento concreto sobre su existencia y cuantía, siempre que estuviere demostrada en autos. Según lo ha indicado esta Sala, de lo anterior se colige que cuando se reclaman en un proceso, debe probarse en la fase constitutiva su existencia. Ergo, es a quien formula la pretensión que corresponde acreditar los hechos constitutivos de su derecho, a tono con el mandato general del artículo 317 de la normativa procesal civil. Por tanto, si no existe demostración de las lesiones alegadas, no podría el juzgador conceder esos extremos, por el contrario, deben ser denegados, siendo que lo único que puede reservarse para la etapa de ejecución del fallo es la determinación de su cuantía o extensión, siempre que no fuera posible establecer esta fijación dentro del proceso principal. No obstante, su existencia tiene que quedar suficientemente acreditada desde la fase demostrativa del proceso. Así visto, la acreditación del daño no puede establecerse en ejecución, toda vez que es un dato que de manera insoslayable debe ser determinado en sentencia de fondo. En este sentido, resolución no. 127 de las 14 horas 5 minutos del 13 de diciembre de 1996 y la no. 374 de las 9 horas 40 minutos del 27 de septiembre del 2002. No es de recibo su alegato de que los daños se entienden como la consecuencia lógica y natural del funcionamiento administrativo. En este orden de ideas, debió el demandante demostrar los daños y perjuicios que reclamó así como el nexo de causalidad con el proceder público...."

VII.-

) Alega la parte recurrente que la resolución impugnada incurre en incongruencia, en tanto que no da por probada la existencia de daños y perjuicios, mas tiene por acreditado el incumplimiento contractual del Estado y la responsabilidad de la Administración por las ganancias dejadas de percibir en los ecomarchamos durante los seis meses de cierre del taller. Al respecto, este Tribunal en primer término, estima de relevancia señalar que, independientemente de la situación suscitada con posterioridad, con respecto a la competencia del órgano responsable del dictado del acto administrativo y sus consecuencias -lo cual será analizado en otro considerando- lo dispuesto originalmente por el acuerdo 11 de la sesión ordinaria 4-2000 de 10 de abril de 2000 del Consejo de Transporte Público no puede ser interpretado como un incumplimiento contractual, en tanto que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, únicamente realizó el legítimo ejercicio de las prerrogativas que posee la Administración en este tipo de figuras contractuales, sea el de no prorrogar el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales para el Control de Emisiones de Gases y Partículas Producidos por los Vehículos Automotores con Super Servicio El Rayo S.A. Con respecto a esta posibilidad, el voto 2001- 09599 de la dieciséis horas con treinta y seis minutos del veinticinco de setiembre del dos mil uno de la Sala Constitucional, señaló:

".. en el caso particular de los recurrentes se llevó a cabo la contratación de sus servicios mediante un concurso de antecedentes, a través del cual, al igual que en las concesiones dadas mediante licitaciones públicas, citadas en la jurisprudencia transcrita, se encomienda a un particular la prestación de un servicio de naturaleza pública, por el cual, el Estado le delega tales funciones, pero sobre las que igualmente conserva su control y dirección, como se señaló, razón por la que no podría tampoco significar, en modo alguno, que este traspaso de funciones pueda ser definitivo. Ello además por cuanto en este tipo de contrataciones, la Administración goza de una serie de prerrogativas que se concretan en facultades de dirección, modificación, resolución, ejecución,



entre otras, llamadas también cláusulas exorbitantes y que se fundan justamente en el interés público y que le otorgan la potestad de tomar ciertas determinación respecto del funcionamiento o cese de las actividades contratadas. En este sentido, a pesar de que los amparados reclaman que en sus contratos se establecían cláusulas específicas respecto de la prórroga automática de los mismos -prórroga que consideran había operado en sus casos particulares-, también es cierto, que dentro del mismo contrato la Administración -en este caso el Ministerio de Obras Públicas y Transportes-, se reservó el derecho de rescindirlos en cualquier tiempo sin responsabilidad alguna para ese si misma, situación que pone de manifiesto justamente la potestad que posee la Administración en ese sentido, respecto de la dirección, modificación, resolución o ejecución en la contratación de los servicios que se interesan. Ahora bien si consideran los petentes que la actuación de la administración acarrea algún tipo de nulidad, ineficacia o invalidez del acto administrativo, ello constituye un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta Sala que deberá ser discutido ante la propia vía administrativa, sea ante la propia autoridad recurrida, mediante los recursos de ley o bien ante la jurisdicción ordinaria correspondiente y no ante esta Sala, que, como en reiteradas ocasiones se ha dicho, es contralora de constitucionalidad y no de legalidad. (Ver en similar sentido resolución número 2001-1055 de las dieciséis y cuarenta y seis minutos del seis de febrero del dos mil uno)

En el mismo orden de ideas, el voto 5403-95 de las dieciséis horas seis minutos del tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco, de la Sala Constitucional había indicado lo siguiente:

"... III. DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. En relación con los fundamentos de impugnación, olvida el promovente los principios que integran la contratación administrativa. En primer término, efectivamente es cierto que el concesionario de servicio público es titular de derechos, lo cuáles tienen su origen directamente en el contrato administrativo, y que consisten esencialmente en el derecho de prestar el servicio en los términos y condiciones establecidos en el contrato de concesión y conforme a las normas jurídicas en vigor, así como el derecho de percibir una remuneración por parte de los usuarios del servicio como contraprestación del mismo, manteniendo el equilibrio del contrato. En la medida en que la concesión origina un derecho de explotación del servicio público por el plazo señalado en el contrato, puede decirse que ese derecho se integra al patrimonio del concesionario, que puede oponerlo frente a terceros. En cuanto a la propia Administración, ese derecho se resume en la obligación administrativa de no afectar el equilibrio financiero del contrato, y en la imposibilidad de rescatar la concesión si no es por los supuestos legalmente establecidos para dicho fin. Queda claro que el derecho derivado de la concesión no es de naturaleza real administrativa, se trata del otorgamiento de un derecho de explotación, no de un derecho real. (La concesión de servicio público es distinta de la concesión de dominio público, de la que efectivamente nace un derecho real administrativo, y que en todo caso, origina un derecho de goce y no de garantía o de adquisición, por cuanto el contrato se otorga sobre un bien de naturaleza demanial.) El concesionario tiene evidentemente el deber, y no sólo el derecho, de prestar el servicio público, quedando la titularidad de ese servicio en la Administración, a quien corresponde la organización del servicio público y el control de la prestación que haga el concesionario. En virtud de la naturaleza del servicio público es que se impide que el concesionario pueda tener un derecho de disposición sobre la concesión misma, que le permita venderlo, enajenarlo o embargarlo libremente. La concesión de servicio público crea un derecho en el concesionario frente al cual la Administración está imposibilitada de tomar ciertos actos que afecten la situación jurídica producida por el particular, excluyéndose por supuesto los actos tomados en virtud del poder de organización y control que corresponden por definición a la autoridad

administrativa. De lo anterior se concluye que, en virtud de la naturaleza de la concesión, el concesionario es titular de un derecho subjetivo, es decir, su derecho es un derecho personal respecto del concedente, y no de un derecho real. IV. De los caracteres específicos de los contratos administrativos derivan una serie de prerrogativas especiales exorbitantes a favor de la Administración Pública, al extremo de que en esa clase de vinculaciones contractuales el contratista queda en situación de subordinación respecto de la Administración. Es así como ésta, dentro de ciertos límites, puede ejercer sobre su cocontratante un cierto control de alcance excepcional; puede modificar unilateralmente las cláusulas del contrato; puede dar directivas a la otra parte; incluso puede declarar extinguido el contrato; etc. Trátase de reglas generales aplicables a todo contrato administrativo, por ser ellas inherentes a la naturaleza de tales contratos, en los cuales pierde gran parte de su imperio el viejo principio, tan invocado en derecho privado, de que el contrato constituye la ley inmutable de las partes."

En el caso en examen, se advierte que el contrato rubricado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes en el mes de mayo de 1996 expresamente señaló:"8.1 Este Contrato tiene una vigencia de dos años a partir de la orden de inicio dictada por la Administración.8.2 Este contrato podrá ser prorrogado automáticamente por períodos iguales si ninguna de las partes incluidas en el mismo, EL MOPT o EL CONTRATISTA, diere aviso en contrario a la otra parte con por lo menos treinta días naturales de anticipación al próximo vencimiento y previo depósito, por parte del adjudicatario, del monto atribuido a la diferencia por actualización de la garantía de cumplimiento."

(el destacado es nuestro), siendo así que en el caso de Super Servicio El Rayo S.A., la orden de inicio fue dada mediante nota de 4 de junio de 1996 de la Dirección General de Transporte Público, para que se diere comienzo a partir del 10 de junio de dicho año. (folio 0000095 del expediente administrativo denominado "único"). De conformidad con el acuerdo 11 de la sesión ordinaria 4-2000 de 10 de abril de 2000 del Consejo de Transporte Público, este Tribunal advierte que con suficiente anticipación al vencimiento de la segunda prórroga, sea, más de un mes previo al 10 de junio de 2000, se dispuso " ... establecer como fecha límite de la vigencia de las autorizaciones de funcionamiento de los talleres de control de emisiones de partículas contaminantes (ecomarchamos) el día 15 de mayo de 2001, momento posterior al cual, carecerán de autorización para su válida operación."

Es decir, que lo resuelto no puede ser interpretado como un rompimiento contractual o una violación del plazo acordado por las partes, sino como una actuación legítima de la Administración, en la cual ella actúa, fijando un plazo menor para la tercera prórroga, operando de previo a que se aplique la prórroga automática prevista en el contrato de cita. Lo anterior, debidamente fundado en consideraciones de interés público no atacadas en ningún momento en esta sede por la parte actora. Por lo anterior, no estamos en presencia de responsabilidad contractual, como en principio pretende alegar la parte actora y en virtud de ello no deviene necesario profundizar más en este tipo de daños.

VIII).-Una situación diferente se presenta con respecto al análisis de la responsabilidad derivada de la declaratoria de nulidad del acuerdo 11 de la sesión ordinaria 4-2000 de 10 de abril de 2000 del Consejo de Transporte Público, realizada por el Tribunal Administrativo de Transporte mediante resolución de 028-01 de 14:05 de 10 de setiembre de 2001, que indica " I.- Se declara con lugar el

Recurso de Apelación interpuesto por SUPER SERVICIO EL RAYO S.A. cédula jurídica 3-101-164116, en contra del acuerdo N. 11 la Sesión Ordinaria N. 4-2000 del 10 de abril de 2000". Dicha resolución fue confirmada por el Ministro de Obras Públicas y Transportes en su resolución de 14:00 horas de 31 de octubre de 2001, en tanto dispuso "Dimensionar los efectos de la Resolución del Tribunal Administrativo de Transportes N. 028-01 de las 14:05 horas del 10 de setiembre del 2001, en el sentido de que al producirse la anulación del artículo 11 de la sesión ordinaria 4-2000 del 10 de abril de 2000, se produjeron las siguientes situaciones jurídicas: a) Los talleres autorizados para el control de emisiones de gases y partículas contaminantes pueden seguir ejerciendo el control de emisiones de gases y partículas contaminantes de los vehículos automotores; b) Tácitamente se produce la derogatoria del artículo 8 de la sesión extraordinaria 012-2001 del 2 de abril del año 2001; c) Los talleres autorizados para el control de emisiones de gases y partículas contaminantes para poder seguir ejerciendo su actividad deben, de previo, ajustar el monto de la garantía de cumplimiento a la suma que habría correspondido para la prórroga contractual 2000-2002 y suscribir los "Addendum" respectivos."

En este caso, estima este Tribunal que sí estamos en presencia de una actuación de la Administración que genera responsabilidad de índole extra contractual, en tanto que es ésta, quien reconoce que un acto fue emitido por órgano carente de competencia y por ende, lo resuelto esta viciado de nulidad. Para este Tribunal es evidente que el acto dictado por el Consejo de Transporte Público impidió que Super Servicio El Rayo S.A. realizara la actividad de pruebas de emisión de gases el período comprendido entre el 15 de mayo del 2001 y el 31 de octubre de 2001, fecha en la cual nuevamente empezó a realizar dicha actividad, con base en lo resuelto por el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes. En este orden de ideas, discrepamos de la Juez de instancia en tanto señala: "... No se cuenta con las probanzas necesarias que permitan a la que falla conceder los montos que cobra, como daños y perjuicios, ni tampoco se demostró que realizará (sic) gestiones tendientes a suspender el acto con el fin de continuar con la actividad para lo cual lo contrato (sic) la administración por el período pretendido. Pues según la parte actora, lo que el pretende lo demuestra en base a la prueba testimonial y documental aportada a los autos, pero al cabo del análisis (sic) de todos los documentos y de la testimonial recibida de los señores Carlos Arce Rodríguez y Edgardo Álvarez Asch, de los mismos no son suficientes para conceder los montos liquidados como daños y perjuicios, pues tome en cuenta que de los mismos se puede presumir que si hubo un cierre, pero el hecho de que se determine que existió un cierre no es suficiente para la suscrita para conceder los montos pretendidos..."

Lo anterior, en razón de que estimamos que en autos ha quedado debidamente probado que lo dispuesto en el acuerdo 11 de la sesión ordinaria 4-2000 de 10 de abril de 2000 del Consejo de Transporte Público, significó que el actor no pudiera continuar con la actividad autorizada en el contrato rubricado en mayo de 1996. Las declaraciones emitidas por los testigos Carlos Arce Rodríguez y Edgar Álvarez Asch (folios 258 a 261 del expediente judicial) son claros al señalar que en un período comprendido entre mayo y diciembre de 2001, el taller de Super Servicio El Rayo S.A. prestara servicios en pruebas de gases, por lo que si bien no se demostró que el local de la actora se encontrase cerrado como consecuencia directa e inmediata de lo dispuesto en el acto anulado, sí se demuestra que en el período entre el 15 de mayo del 2001 y el 31 de octubre de 2001, no se pudo realizar control de emisión de gases y particular en dicho lugar, lo cual indudablemente significó una afectación directa a los ingresos percibidos por Super Servicio El Rayo S.A. En este orden de ideas, existe un evidente nexo de causalidad entre esta situación y la actuación de la Administración anulada, dado que de no haberse emitido el acto por un órgano

carente de competencia, habrían operado alguno de dos supuestos, a saber, o habría fenecido el término de la relación contractual sin mayor consecuencia - en caso de emitirse un acto administrativo válido y eficaz por una instancia revestida de competencia- o habría operado la prórroga automática prevista en el contrato. Al haberse anulado el acto administrativo de 10 de abril de 2000 del Consejo de Transporte Público, lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Transporte mediante resolución de 028-01 de 14:05 de 10 de setiembre de 2001, tiene efectos jurídicos retroactivos y deviene necesariamente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados y demostrados. Por lo anterior, a contrario de lo resuelto por la A quo, consideramos que los daños ocasionados fueron debidamente demostrados, dada la prueba testimonial evacuada y las propias manifestaciones del Tribunal Administrativo de Transporte mediante resolución de 028-01 de 14:05 de 10 de setiembre de 2001 y del Ministro de Obras Públicas y Transportes en su resolución de 14:00 horas de 31 de octubre de 2001, en tanto esta última señalan que "conforme al análisis que se ha establecido, es claro que al anular el Tribunal Administrativo de Transportes el artículo 11 de la sesión ordinaria 4-2000 del 10 de abril del 2000, sus efectos jurídicos implican que el procedimiento se retrotraiga al momento anterior a la emisión de dicho acto (art. 171 de la Ley General de la Administración Pública) por parte del Consejo de Transporte Público y dentro de ese contexto jurídico estarían vigentes por entonces, las prórrogas contractuales por entonces existentes para los distintos talleres autorizados en el control de emisiones de gases y partículas contaminantes" (folio 80 del expediente judicial). En este sentido, considera esta integración que para efectos de demostración del daño se debe distinguir entre la prueba de la existencia de éste y la determinación de su monto, sea su quantum, dado que es procedente tener por demostrado en esta sede lo primero, reservando para ejecución de sentencia su liquidación, según la prueba que al efecto aporte la parte interesada.

IX).-Con respecto a la prueba aportada por la parte actora, certificación de ingresos de la Licda. Roxannie Peraza Parrales, (folios 88 a 90 del expediente judicial) este Tribunal estima que dicho documento público no es el idóneo para demostrar el quantum de los daños producidos, en razón de que el detalle de ingresos por concepto de prueba de gases o ecomarchamos, toma en consideración, meses no representativos del período en que se produjo el daño a la actora, así como se refiere a los ingresos obtenidos. En efecto, dicho período es el comprendido entre el 15 de mayo del 2001 y el 31 de octubre de 2001, mas la señora Contadora Pública Autoriza toma en consideración para el cálculo de los ingresos, no la utilidad final obtenida, los meses de noviembre, diciembre y enero, los cuales, por las características del servicio y los efectos de no contar con la prueba al mes de enero, son de ingresos considerablemente mayores. Obsérvese que si en los otros meses, los ingresos mensuales por ecomarchamo, en términos generales no llegan a la suma de 1.4 millones de colones como máximo, en diciembre, esta cantidad se incrementa hasta diez veces más dicho valor como mínimo y en enero se duplica y hasta se incrementa casi hasta 4 veces el valor mayor de los restantes meses indicados. Dado que los meses en que se produjo el daño causado con motivo de la ejecución del acto del acuerdo 11 de la sesión ordinaria 4-2000 de 10 de abril de 2000 del Consejo de Transporte Público, son diferentes a los señalados y que para efectos de indemnizar se requiere el cálculo de la utilidad final obtenida, no de los ingresos mensuales brutos, a efecto de que no exista un enriquecimiento sin causa del actor, es que este Tribunal considera que la determinación del monto no puede ser realizada en esta etapa procesal, por lo que el monto respectivo, deberá ser debidamente probado y liquidado en la fase de ejecución de sentencia.

X).-Con relación a los perjuicios, en su escrito de deducción de la demanda, la parte actora invoca

la existencia de éstos de manera vaga, de la siguiente manera "... condición patrono-trabajadores, aspectos contractuales y comerciales del taller, adeudos por parte de mi representada en fin un sin número de perjuicios..."

No obstante, de una lectura del expediente administrativo y judicial no se advierte prueba alguna al respecto, siendo sí que los perjuicios alegados por la gestionante, no demuestran tener una relación directa e inmediata con el acto anulado, ni se evidencia prueba sobre su acaecimiento efectivo. Por lo anterior, en aplicación del artículo artículo 317 del Código Procesal Civil y del artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el reproche realizado al respecto a la sentencia de fondo no resulta de fondo y en este sentido, procede confirmar lo resuelto por la señora Juez de instancia.

XI).-Daño moral: El deber de reparar el daño moral ante un hecho de un tercero, encuentra su fundamento en el artículo 41 de la Constitución Política, en tanto establece lo siguiente:

" Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias, o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales..."

En este sentido, con relación a la responsabilidad de la Administración por el daño moral, el artículo 197 de la Ley General de la Administración Pública, señala:

"Cabrá responsabilidad por el daño a bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente."

Con respecto a la posibilidad de indemnizar el daño moral en una persona jurídica - como es el caso en examen-, doctrinariamente, se ha indicado dicha posibilidad de la siguiente manera:

"... ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a un prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio moral, con repercusión en el patrimonial, por sus resultados negativos, y así puede traducirse en una pérdida de la confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general y todo ello como consecuencia de que la personas jurídicas también ostentan derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesarios para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas, con un componente de personas individuales, que siempre resultan identificables y a las que también les afecta, en mayor o menor medida, el desprestigio del ente en el que estén integradas..." Marcos Oyarzun Francisco haciendo referencia a un voto del Tribunal de lo Social de España de 1997 en su libro Reparación Integral del Daño. El Daño Moral. Editorial Bayer Hmnos. Barcelona 2002 p. 135-136.

En el mismo orden de ideas, la Sala Primera en su voto de las trece horas treinta minutos del cinco de octubre del dos mil seis, ha señalado la procedencia del reconocimiento del daño moral objetivo,

no subjetivo a una persona jurídica, de conformidad con lo siguiente:

"VI.-Persona jurídica y daño moral. El artículo 41 constitucional no distingue en cuanto a personas –físicas o jurídicas- como posibles víctimas de daños, en cualquiera de sus diferentes calificaciones. Esto supone que, aún cuando no es pacífico en la doctrina, desde la perspectiva constitucional es plausible que personas jurídicas puedan verse afectadas por padecimientos de orden moral, - sin que sea necesario, para el sub-lite, deslindar si ello ocurre sólo en supuestos de responsabilidad contractual, extracontractual, o en ambos-, claro está, aún cuando esos no necesariamente guardan consonancia con ciertas afectaciones extrapatrimoniales de las personas físicas. Así, el sufrimiento, el estrés, la angustia, o la depresión, entre otros, sólo pueden experimentarlas estas últimas, pero ello no mengua que ciertas afectaciones a personas otrora denominadas morales, que no califican ni como daño emergente, ni lucro cesante, puedan llegar a tener cabida bajo el cariz del daño moral. Puede pensarse, verbigracia, en el desprestigio de una marca en la percepción del consumidor, que sea imputable a un sujeto distinto a su titular...."

En el caso del recurso opuesto por la parte actora, ésta considera que "... por el simple hecho de haberse visto afectada mi representada por un acto ilegal de la administración, que ya venía ejerciendo confiadamente y del cual obtenía ganancia, que ordenó la no continuidad de la labor pactada contractualmente y sobre el cual se tenía aún plazo vigente, por ese sólo hecho, ya se afecta el buen funcionamiento y el buen nombre de la empresa. Daño este que es de orden moral y que debe ser rezarcido (sic) por el simple incumplimiento contractual que hiciera el Estado afectando mi representada.."

Al respecto, estima este Tribunal que tanto del expediente administrativo como judicial, no se advierte la existencia de prueba de un daño moral objetivo producido por el ente demandado que afectare de manera directa la imagen o buen nombre. de Super Servicio El Rayo S.A. Nótese como el único daño que no requiere prueba al ser "in re ipsa", es el daño moral subjetivo, el cual está reservado a las personas físicas o seres humanos, siendo así que el daño moral objetivo, necesariamente requiere su demostración por los medios contemplados en la Ley General de la Administración Pública y el Código Procesal Civil. Así lo ha señalado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su voto No. 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992, al indicar:

"...El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio. Esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación. Para la indemnización debe distinguirse entre los distintos tipos de daño moral. En el caso del objetivo, se debe hacer la demostración correspondiente como acontece con el daño patrimonial; pero en el supuesto del daño moral subjetivo al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad, no constituyendo la falta de prueba acerca de la magnitud del daño óbice para fijar su importe. La diferencia dogmática entre daño patrimonial y moral no excluye que, en la práctica, se presenten concomitantemente uno y otro, podría ser el caso de las lesiones

que generan un dolor físico o causan una desfiguración o deformidad física (daño a la salud) y el daño estético (rompimiento de la armonía física del rostro o de cualquier otra parte expuesta del cuerpo), sin que por ello el daño moral se reputa como secundario o accesorio, pues evidentemente tiene autonomía y características peculiares. En suma el daño moral consiste en dolor o sufrimiento físico, psíquico, de afección o moral infligido con un hecho ilícito. Normalmente el campo fértil del daño moral es el de los derechos de la personalidad cuando resultan conculcados."

En el presente caso, la parte recurrente se ha limitado a señalar lo que considera una afectación a su actividad comercial como daño moral, mas sin probar de manera alguna una lesión "efectiva, evaluable e individualizable" a su imagen o buen nombre. Por lo anterior, no procede el reconocimiento de este extremo invocado por la parte recurrente.

XII).-Con vista de lo expuesto, es claro para este Tribunal que la denegatoria de la pretensión principal de la demandante, no encuentra fundamento en la prueba analizada, por lo que procede revocar parcialmente el fallo apelado, para en su lugar, acoger la demanda en los términos que se dirá.

XIII).-Costas : En virtud de en aplicación del principio general de condena al vencido (artículo 221 del Código Procesal Civil), y dado lo resuelto en la presente resolución, se revoca lo resuelto al respecto por la Juez de instancia y se estima procedente condenar al Estado al pago de ambas costas. Ahora bien, pueden los Juzgadores estudiar su exoneración, al amparo del numeral 98, inciso c), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si ésta litigó con motivo suficiente. Sin embargo, en este asunto quedó claro que el actuar del Ministerio de Obras Públicas y Transportes fue anulado por un Tribunal del mismo ente público, a pesar de lo cual, la representación del Estado optó por oponerse a reconocer cualquier tipo de daño así como objetó los actos anulatorios de la propia administración, lo que es causa suficiente para imponerle el pago de ambas costas.-

POR TANTO

Se revoca parcialmente la sentencia apelada en cuanto deniega la pretensión principal de la actora y en su lugar ésta se acoge, en la forma en que se dirá: Se declara parcialmente con lugar la presente demanda, debiendo entenderse denegada en lo que no se diga expresamente. Se declara parcialmente con lugar la excepción de falta de derecho. Se condena al Estado al pago de los daños causados con motivo de la ejecución del acto administrativo del acuerdo 11 de la sesión ordinaria 4-2000 de 10 de abril de 2000 del Consejo de Transporte Público, consistiendo los daños, en el pago de la utilidad que habría recibido la actora por concepto de pruebas de gases y partículas contaminantes -ecomarchamo- en su taller en el período comprendido entre el 15 de mayo del 2001 y el 31 de octubre de 2001, cuya determinación se reserva para ejecución de sentencia. Sobre dichas sumas se deberán pagar los intereses correspondientes al tipo legal, calculados a partir de la presentación de esta demanda y hasta su efectivo pago. Son ambas costas a cargo del demandado.- Se confirma la resolución apelada en cuanto rechaza las defensas de falta de interés actual y la genérica sine actione agit.

c) Sobre el procedimiento de modificación de un acto administrativo, análisis aplicado al caso de los Reglamentos.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁴

DICTAMEN: C-042-83 de 17 de febrero de 1983.

CONSULTANTE: Instituto Nacional de Fomento Cooperativo.

Se consultó a la Procuraduría General de la República, para definir si la reforma a los reglamentos internos (que tienen relación con terceros) tienen también que enviarse al Diario Oficial (para su publicación).

"I. PROBLEMAS PLANTEADOS EN SU CONSULTA O DERIVADOS DE ELLA.

Tanto la publicidad de la Ley como la publicidad de los reglamentos en tanto que normas jurídicas, responde a la necesidad de que los particulares es decir, los ciudadanos conozcan el marco jurídico en que deben desenvolverse: en un problema directamente relacionado con la seguridad pública. Como dice Garrido Falla, legislar en secreto no tiene sentido. Constitucionalmente está consagrado este precepto de la publicidad de la ley, y tiene especial relevancia en cuanto se fijan deberes y derechos para los ciudadanos y en general en cuanto se afecta a los particulares.

Un reglamento interno, como dice el Lic. Eduardo Ortiz. O., es una norma aunque no una ley, y a pesar de que su finalidad principal sea actuar al interior de la Administración, ya sean como reglamento autónomo de organización o como reglamento de servicio, también induce sobre la esfera jurídica del particular. El Lic. Eduardo Ortiz al respecto dice:

"Finalmente, cabe advertir que un reglamento autónomo puede regular la forma en que un órgano o jerarca debe ejercer sus funciones externas, de efecto inmediato sobre la esfera jurídica del particular... Estos reglamentos regulan una conducta de relación entre la autoridad y el particular y podrían considerarse, desde este punto de vista, como de objeto externo, ya que determinan indirectamente los límites posibles a todos esos derechos de libertad, reunión, comercio, etc." (ORTIZ O., EDUARDO. Tesis de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1979, 349 págs, poligrafiadas, tesis VII, pág. 6).

Desde este punto de vista se ve la necesidad, similar a la de la ley, de que los reglamentos internos, en cuanto afectan a particulares, sean debidamente publicados en el Diario Oficial. Es por ello que la ley, como lo veremos más adelante, exige la publicación de los actos administrativos incluyendo a los reglamentos, ya que la Ley General de la Administración Pública los considera como un tipo de acto administrativo.



Por su parte el Lic. Eduardo Ortiz dice claramente que los reglamentos son actos administrativos por cuanto su régimen formal es el mismo que el de los actos administrativos comunes. (Ortiz E. Tesis de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1979, 349 págs. poligrafiadas, tesis VII, pág. 17).

La publicidad de los actos administrativos se requisito de eficacia de estos. El Lic. Eduardo Ortiz dice al respecto "Cuando el acto es una norma o está dirigido a un grupo de personas indeterminado requiere de la publicación para adquirir obligatoriedad y ejecutoriedad". (Ortiz E.

Tesis de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1979, 349 págs. poligrafiadas, tesis XVII, pág. 11).

El reglamento interno como acto administrativo es, siguiendo la clasificación que la Ley General de la Administración Pública hace en sus artículos 120 y siguientes, un decreto reglamentario -Art. 121, inciso 2)- que puede ser válido mientras no se publique, pero ineficaz. A este respecto Gordillo dice: "El acto administrativo productor de efectos jurídicos inmediatos solo puede ser el acto administrativo dada a publicidad. En otros términos, el acto que no ha sido aún publicado, no produce efectos jurídicos". (GORDILLO, Agustín. El Acto Administrativo, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2da. edición, 1969, 471 págs., pág 322). Y además agrega: "La publicación es la especie de publicidad requerida para los reglamentos y se efectúa mediante la inserción de la declaración en un boletín oficial..." (GORDILLO, Agustín. El Acto Administrativo, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2da. edición, 1969, 471 págs., pág. 324).

Ahora bien, refiriéndose a las reformas que modifican los reglamentos internos, estas deben seguir, en cuanto a la publicidad, el destino de aquellos, sin no fuese así se estaría abriendo la posibilidad de que se falsee el principio de seguridad jurídica que informa nuestro derecho, ya que un reglamento interno, y consecuentemente también una modificación al mismo, pueden afectar derechos e intereses de articulares, aunque su ámbito esencial de desenvolvimiento sea al interior de la Administración.

Una reforma puede venir a fijar, aunque sea indirectamente, una limitación a libertad de comercio, de reunión, etc. y por lo tanto para que sean conocido por quienes puede llegar a afectar debe ser publicada al igual que el reglamento.

Por otra parte, debe tomarse en cuenta que la modificación a un reglamento interno constituye en sí misma un acto administrativo de al canse normativo, esto es, un decreto reglamentario y como todo acto administrativo debe ser debidamente publicado para que surta efectos.

Siguiendo a Gordillo, la modificación de un acto, válido se conoce como reforma, y puede ser una extinción parcial o la creación de un nuevo acto en la parte modificada. (GORDILLO, A. El Acto Administrativo, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2da. Edición, 1969, 471 p., pág. 388).

En consecuencia, al acto que modifica un reglamento interno le es aplicable todo.

Ello dicho en cuanto a la necesidad de publicidad de los actos administrativos. La publicidad del acto es, al decir de Marienhoff, un aspecto de la forma que se relaciona directamente en con la eficacia del mismo; se trata, más específicamente, de una formalidad que se da posterior a la emisión del acto. (MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1975, 803 págs., pág. 338).

II. ANALISIS DE LAS NORMAS APLICABLES AL CASO.

En primer lugar tenemos que el artículo 140 de la Ley General de la Administración Pública establece que: "Art. 140.-

El acto administrativo produciría efecto después de comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso lo producirá desde que se adopté".

Al respecto el Lic. Eduardo Ortiz dice que el reglamento o el acto general dirigido a miembros desconocidos que no ha sido publicado puede surtir efectos para la Administración y ésta tomar actos con base en el mismo, pero siempre que sean favorables al particular, caso contrario, este no está obligado a obedecerlo y la Administración puede derivar responsabilidades por su ejecución. (ORTIZ, E. Tesis de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1979, 349, págs. poligrafiadas, tesis XVII, pág. 11).

Se consigna en el artículo citado lo que ya habíamos dicho en cuanto a la ineficacia de los actos administrativos no publicados. Y un acto administrativo ineficaz en principio no es, como lo establece el inciso 1) del artículo 141 de la Ley General de la Administración Pública, susceptible de impugnación, además de que los términos para ésta corren a partir de su comunicación. "Art. 141, inciso 1). Para ser impugnable, administrativa o jurisdiccionalmente, el acto deberá ser eficaz. En todo caso, la debida comunicación será punto de partida para los términos de impugnación del acto administrativo." Este artículo viene a reforzar la tesis de la publicación de las reformas a los reglamentos internos, puesto que de no publicarse no serían eficaces, lo cual dificultaría su impugnación por parte de los particulares aunque no lo impediría del todo, puesto que el inciso 2) del mismo artículo contempla la situación del acto indebidamente puesto en ejecución antes de ser eficaz o de ser comunicado al respecto dice al artículo 141, inciso 2): "Si el acto es indebidamente puesto en ejecución antes de ser eficaz o de ser comunicado, el administrado podrá optar por considerarlo impugnable desde que tome conocimiento del inicio de la ejecución". Pero se trata justamente de la hipótesis de que el acto se INDEBIDAMENTE puesto en ejecución, lo que significa que para su correcta ejecución, debe ser comunicado al administrado, requisito que se extiende a las reformas de los reglamentos para que sean debidamente ejecutados.

Por otra parte, tenemos que el artículo 334 de la Ley General de la Administración Pública dice que la comunicación al administrado es requisito: de eficacia del acto administrativo. Al respecto el

citado artículo dice "Art. 334: Es requisito de eficacia del acto administrativo su debida comunicación al administrado, para que sea oponible a éste.

Aplicando lo que este artículo dispone, para que una reforma a un reglamento pueda en algún momento ser oponible a un particular, debe ser debidamente comunicado al administrado, y tal comunicación se da por medio de la publicación en el Diario Oficial. El artículo 240, inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública al respecto dice: Art. 240, inciso 1): "Se comunicarán por publicación los actos generales y por notificación los concretos".

Artículo que si bien se refiere a la comunicación de los actos de procedimiento es aplicable al acto final, toda vez que el artículo 336 de la precitada ley dispone: "Art. 336: Son aplicables a la comunicación del acto final, en lo procedente, las mismas normas que rigen la comunicación de los actos de procedimiento, previos o posteriores a aquél.. Además en la interpretación auténtica que la Asamblea Legislativa hace en la ley N° 4191 del 17 de setiembre de 1968, del artículo 37.1, incisos a) y b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dice lo siguiente: "Art. 1º, inciso a): La publicación procederá cuando se trate de comunicar reglamentos".

CONCLUSION

Con base en todo lo anteriormente expuesto, es criterio de esta Procuraduría que las reformas a los reglamentos internos deban ser, al igual que los reglamentos, debidamente publicados en el Diario Oficial."

d) Modificación de finiquito mediante procedimiento ordinario .

[SALA PRIMERA]⁵

Resolución: N° 47

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las catorce horas cincuenta minutos del tres de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por "Maquinarias Rogo S.A."y "Cofago S.A.", representadas por sus presidentes, señores Evelio Companioni Esteva y Gonzalo Fallas Romero, empresarios, el último vecino de Patarrá de Desamparados, contra el "Estado", representado por la Procuradora de Hacienda, Lic. María Gerarda Arias Méndez, divorciada. Figura como apoderado especial judicial de las actoras el Lic. Hermann Kuhlmann Solís. Todos son mayores y, con las salvedades hechas, casados, vecinos de esta ciudad y abogados.

RESULTANDO :

1º.-Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, las actoras plantearon demanda ordinaria, cuya cuantía se fijó en nueve millones de colones, a fin de que en sentencia se declare: "

I).-Que por ser contrarias al ordenamiento constitucional y legal vigentes, son absolutamente nulas y sin valor ni efecto legal, las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes dictadas a las 10:30 horas del 3 de setiembre de 1991, y a las 12 horas del 29 de octubre de 1991.

II).-Que en el evento de que las expresadas resoluciones se llegaren a ejecutar, el Estado es responsable directo y solidario de los daños y perjuicios que las mismas ocasionaren a mis representadas. Daños y perjuicios que se liquidarán en la ejecución del fallo por carecer, con auxilio de prueba técnica pericial.

III).-Se condene a el Estado al pago de las costas tanto personales como procesales de la presente acción."

2º.-El personero del Estado contestó negativamente la demanda y opuso la excepción de falta de derecho.

3º.-La Jueza, Lic. Susana Castro A., en sentencia de las 9 horas del 24 de diciembre de 1993, resolvió : "Se declara sin lugar la defensa de falta de derecho opuesta. Se declara procedente la demanda ordinaria de Maquinaria Rogo S.A. y Cofago S.A. contra el Estado en la forma que se dirá, entendiéndose denegada en lo que no se diga expresamente. Se anulan las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes dictadas a las diez horas treinta minutos del tres de setiembre de mil novecientos noventa y uno y la de doce horas del veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y uno. Se condena al demandado al pago de ambas costas del proceso."

. Al efecto consideró la señora Jueza : "

I.-Hechos probados: Para resolver este asunto se tienen por demostrados los siguientes hechos de importancia: 1) Que el 19 de mayo de 1984 el Ministro de Obras Públicas y Transportes y los representantes de las actoras firmaron el contrato correspondiente a la licitación pública número 10635-83, del proyecto San Miguel-Chilamate. El contratista hizo oferta por ochenta y un millones setecientos noventa y cuatro mil novecientos colones y ofreció un descuento del cuatro por ciento sobre todos los precios unitarios, menos del ítem 109-04, lo que da un total de setenta y ocho millones quinientos sesenta y tres mil ciento cuatro colones (folios 227 y siguientes y 253 del expediente administrativo); 2) Que el 19 de mayo de 1984 el ministerio indicado y las actoras firmaron un contrato estimado en la suma de seis millones cuatrocientos treinta y siete mil quinientos diez colones para dar mantenimiento, comprar repuestos y lubricantes del quebrador y equipo de apoyo, alquiler de maquinaria para el abastecimiento de la planta trituradora del Ministerio en el proyecto San Miguel-Chilamate, orden de servicio N° 5 del citado proyecto, para el suministro de agregados, sirviendo como antecedente el contrato citado en el hecho anterior (folio 216 y siguientes del expediente administrativo); 3) Que con fecha 24 de setiembre de 1990 la Contraloría General de la República en oficio dirigido al Ministro de Obras Públicas y Transportes, le indica que deben tomar las acciones que procedan para finiquitar el convenio antes citado y especialmente las dirigidas a resarcirle al Ministerio la suma de siete millones trescientos cuarenta y nueve mil novecientos colones seis céntimos por exceso de materiales entregados por el Ministerio a las empresas actoras (folio 428 y siguientes del expediente administrativo); 4) Que el



Director General de la Dirección General de Construcción del Ministerio de Obras Públicas con fecha 6 de noviembre de 1990, ante solicitud de la Directora General de Asuntos Legales de ese Ministerio para el envío de los antecedentes de lo referente al intercambio de material con las actoras, le indica que la suma líquida existente no fue determinada por la Contraloría, sino que es transcripción de un informe que ese departamento rindiera a la División de Obras Públicas (folio 459 del expediente administrativo); 5) Que por oficio de 1º de febrero de 1991 el Ministro de Obras Públicas le informa a la Jefe del Departamento Legal que designaba a esa oficina como órgano director de los procedimientos tendentes a la recuperación de lo adeudado al Ministerio, referente a la supuesta aplicación incorrecta de descuentos ofrecidos por empresas constructoras (folio 750 del expediente administrativo); 6) Que el 5 de febrero de 1991 se notificó a las actoras la resolución del órgano director antes citado, indicándoles que se realizaría un procedimiento ordinario convocándolas a una comparecencia para determinar el exceso de materiales entregados por el Ministerio mediante convenio para la ejecución del proyecto San Miguel-Chilamate, que según informes ascendió a la suma de siete millones trescientos veintinueve mil novecientos cincuenta y cuatro colones cincuenta y ocho céntimos, así como el descuento no aplicado en la ejecución del citado proyecto, por un monto de dos millones ochocientos diez mil cuatrocientos treinta y cuatro colones doce céntimos (folio 752 y siguientes del expediente administrativo); 7) Que el 21 de marzo de 1991 se notificó a las actoras la resolución sin que conste en el legajo administrativo hora y fecha, dictada por el órgano director del procedimiento. En esta resolución se tuvo por demostrado el derecho del Ministerio a que las actoras le paguen lo concerniente a materiales entregados por la suma de siete millones seiscientos setenta y dos mil doscientos cincuenta y seis colones ochenta y cuatro céntimos. Tal pretensión no fue desvirtuada -se dice- porque no se aportaron comprobantes fehacientes que prueben que los materiales fueron entregados por las actoras, no siendo de recibo que hubo material que se lavó, porque para probar esto debió haberse hecho un dictamen pericial en el momento en que ocurrieron los hechos. Se indica que el monto antes citado debe ser recuperado por el Estado, por lo que previa certificación del adeudo, se enviaría la documentación a la Procuraduría General de la República para las acciones ejecutivas en sede jurisdiccional (folio 105 y siguientes del expediente administrativo); 8) Que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes por resoluciones de 10:30 horas del 3 de setiembre de 1991 y de dos (sic) horas del 29 de octubre de 1991, rechazó los recursos de las actoras confirmando lo resuelto por el órgano director, con base en las consideraciones que en lo que interesa dicen: "2º Que de conformidad con Ley General de la Administración Pública el procedimiento administrativo ordinario que se ha realizado es el procedente, pues fue la Contraloría General de la República la que en virtud de su especial competencia otorgada en la Constitución Política y su Ley Orgánica, realizó un estudio el cual, según oficio N° 011930 de 24 de setiembre de 1990, dirigido a este despacho por el Señor contralor Lic. Elías Soley Soler, permitió comprobar algunas deficiencias en relación al "Convenio de intercambio de agregados entre el Mopt y la Constructora Rogo y cofago S.A.", indicándose en el informe se procediera a "finiquitar el convenio establecido mediante la orden de servicio N° 5 del proyecto San Miguel-Chilamate a la mayor brevedad posible", por lo cual el señor Contralor concluye que: "En vista de los hechos, ese Ministerio está en la obligación de tomar todas las acciones que procedan para resolver el caso tratado en ese documento, principalmente aquéllas (sic) que van dirigidas a resarcirle al Mopt C 7.349.900,06 por exceso de materiales entregados por el Ministerio a la empresa Rogo y Cofago S.A., en el intercambio referido, monto éste que supuestamente ha sido aceptado tanto por el Jefe de Proyecto como por ese contratista..."

En apoyo a ésto puede argumentarse que de conformidad con el pronunciamiento emitido por la Procuraduría General de la República, conforme se menciona en el Resultando V de la presente resolución, ante una de las interrogantes que se le planteó, expresa: "Se afirma que no procede realizar un procedimiento administrativo en virtud de que las irregularidades detectadas se



produjeron en la ejecución de un contrato administrativo, que está excluido de la aplicación del procedimiento de la Ley General de la Administración Pública, artículo 367-2.b. Es decir, se reclama que el contrato administrativo (incluyendo las vicisitudes (sic) de su ejecución), debe regirse por su normativa especial. Empero, la normativa contractual no regula el trámite cobratorio fuera de la relación contractual. Obsérvese, al efecto, que las irregularidades detectadas -según se infiere de los términos de su consulta- conciernen a contratos que ya no están en curso de ejecución, donde la relación contractual se ha extinguido. Es claro que si las irregularidades se hubieren detectado antes de que pudiese tenerse jurídicamente por concluida la relación contractual, la Administración hubiese podido tomar diversas medidas en resguardo de sus intereses como, por ejemplo, ejecutar la garantía de cumplimiento, negarse a recibir las obras a entera satisfacción, o bien, la Administración hubiese procedido a compensar sus propias deudas con aquéllas (sic) a favor del contratista. Al no ser posible esas actuaciones por no existir ya la relación contractual, la Administración no puede excusarse en la especificidad del contrato para no seguir los procedimientos legalmente establecidos como requisito para emitir actos declaratorios de sus derechos. Independientemente de lo expuesto, procede recordar que aun cuando la materia contractual esté exceptuada de la aplicación de esta Ley de Administración Pública en materia de procedimiento, esta ley por su carácter general y en virtud de su finalidad, es siempre de aplicación supletoria..."

Asimismo concluye el órgano consultado -en lo que es de importancia para este caso- que: "Al celebrar un procedimiento ordinario, el Ministerio de Obras Públicas está inhibido para discutir el fondo del informe técnico-contable elaborado por el órgano contralor, respecto de cláusulas contractuales y fórmulas de reajustes en contratos de construcción de obra pública." (folio 118 y siguientes y folio 73 del expediente administrativo); 9) Que el 22 de enero de 1992 las actoras presentaron demanda ordinaria impugnando las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 10:30 horas del 3 de setiembre de 1991 y de doce horas del 29 de octubre de 1991 (folios 8 y 9 del principal); 10) Que entre el 4 de junio y el 5 de agosto de 1986, se firmó el finiquito del contrato correspondiente a la licitación pública 10635-83, dentro del cual no se incluyó la orden de servicio N° 5, que corresponde al contrato citado en el hecho 2) (folio 74 y siguientes);

II.-De conformidad con los documentos que constan en autos y los hechos que se han tenido por demostrados, se concluye que la actora firmó con el Estado un contrato para la construcción de la carretera San Miguel-Chilamate y otro para dar mantenimiento, comprar repuestos y lubricantes del quebrador y equipo de apoyo, alquiler de maquinaria para el abastecimiento de la planta trituradora del Ministerio de Obras Públicas y Transportes e el citado proyecto, que corresponde a la orden de servicio N° 5, contrato este último que tenía como antecedente el contrato del proyecto en sí. Del primer contrato las partes involucradas firmaron el finiquito en agosto de mil novecientos ochenta y seis, el cual no incluyó lo referente a la orden de servicio N° 5, lo que corroboró el despacho con la prueba documental aportada a los autos. Revisada la documentación pertinente por la Contraloría General de la República, ésta determinó, con base en informes cruzados entre varias oficinas del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, que este ministerio debía tomar las acciones procedentes para recuperar el exceso de siete millones trescientos cuarenta y nueve mil novecientos colones seis céntimos por materiales entregados a la actora. Con vista en el informe del órgano contralor, la Administración inició un procedimiento administrativo en donde con base en un pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, tuvo por demostrada la suma adeudada por la actora y ordenó su ejecución.

III.-La representante del Estado opone la defensa de falta de derecho, la cual debe ser denegada, toda vez que a la actora le asiste todo el derecho de impugnar las resoluciones dictadas por la



Administración para el cobro de la suma mencionada, al haber hecho un procedimiento tendiente únicamente a emitir un título con fuerza ejecutiva basado en las normas de la ejecución de la Ley General de la Administración Pública, proceso en el que no se le dio oportunidad de defensa a la actora, pues se partió de la determinación de una suma de dinero hecha por el órgano contralor, donde del todo no tuvo participación alguna la accionante, motivo por el cual de ninguna manera puede afirmarse que es un acto administrativo ejecutorio, pues para eso se requiere que el acto administrativo sea válido y eficaz, requisitos que no reúnen los actos impugnados, al haberse interpretado las normas de la Ley General de la Administración Pública con violación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. Muestra de lo anterior es la reforma introducida recientemente a la Ley de Administración financiera por Ley N° 7373 del 22 de noviembre de 1993, publicada en La Gaceta N° 243 del 21 de diciembre de 1993, reforma que obliga a la Administración o a la Contraloría General de la República a aplicar el debido proceso en los procesos sancionatorios que en aquella ley se establecen. Para una mejor ilustración se cita en lo que nos interesa la resolución N° 15-90 de la Sala Constitucional, criterio reiterado y ampliado por esa sala en las diferentes resoluciones que posteriormente se han dictado con relación al debido proceso: "... Valorada toda la prueba y dándole a cada una su valor de convicción, este Tribunal tiene por probado que al accionante se le ha violado el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de "bilateralidad de audiencia" del "debido proceso legal" o "principio de contradicción" y que para una mayor comprensión se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y 3) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada. Tomen en cuenta los recurridos que el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no solo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la Administración Pública...". Como consecuencia de lo anterior debe declararse procedente la demanda en la forma que se dirá, entendiéndose denegada en lo que no se diga expresamente. Artículo 59.1 inciso b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso Administrativa. Deben anularse las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes dictadas a las diez horas treinta minutos del 3 de setiembre de 1991 y la de doce horas del 29 de octubre de 1991. Por no encontrar motivo para exonerar, debe condenarse al Estado al pago de ambas costas del proceso. Artículo 98 de la Ley reguladora citada."

4°.-La Licda. Arias Méndez, en su carácter dicho, apeló, y el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, integrada por los Jueces Horacio González Quiroga, Elvia Elena Vargas Rodríguez y Míriam Anchía Paniagua, en sentencia dictada a las 15:30 horas del 8 de setiembre de 1994 confirmó el fallo recurrido. El Tribunal fundamentó su fallo en las siguientes consideraciones que redactó el Juez González : "

I.-la relación de hechos que contiene la sentencia apelada, se debe aprobar, por responder con fidelidad a lo que enseña, tanto el expediente judicial como el administrativo; sin embargo, se adiciona el número 10 con la palabra expresamente en cuanto a la inclusión de la orden de servicio



por lo que ese hecho debe leerse así: 10) Que entre el cuatro de junio y el cinco de agosto de mil novecientos ochenta y seis, se firmó el finiquito del contrato correspondiente a la licitación pública 10635-3, dentro del cual no se incluyó expresamente la orden de servicio N° 5, que corresponde al contrato citado en el hecho 2) (folio 74 y siguientes).

II.-Alega la representación estatal que la señorita Juez introdujo el factor sorpresa al debate y se excedió en sus facultades; sin embargo, desde que se conoció la suspensión del acto, el juzgado trajo a discusión la duda fundada (folio 66 y siguientes) -que no solo no fue desvirtuada, sino confirmada en el proceso jurisdiccional- sobre la limitada participación que tuvieron las actoras en sede administrativa y los verdaderos alcances del procedimiento efectuado.

III.-Además de que la resolución del señor Ministro parte de que el informe de la Contraloría no es discutible, basado en un dictamen de la Procuraduría -el de folio 733- en cuyo caso no tiene ningún sentido el procedimiento, porque éste tiende a buscar la verdad real según lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley General de la Administración Pública y aquí lo único que se pretendía era expedir un título donde aparecieran como deudores, por un monto ya determinado, sabido e invariable desde el principio, sin participación ni defensa de los afectados; la resolución del órgano director del procedimiento, también adolece de lo mismo y no le dio a los interesados posibilidades reales de defensa aun cuando se dijera lo contrario.

IV.-Los actos impugnados, además del vicio formal señalado en la sentencia, que es por su gravedad suficiente para anularlos y para confirmarla, padece de otros que el Tribunal estima llevan también al mismo resultado y que resume así: a) inexplicablemente no analiza los alcances del finiquito firmado entre las partes por la realización de la obra pública terminada, entregada y recibida conforme; ni el carácter adicional o accesorio de la orden de servicio número 5; b) pretende que las actoras deben desvirtuar el dicho de la administración que presenta como hechos ciertos, con dictamen pericial del momento en que ocurrieron los hechos en relación con la permuta de materiales, estableciendo una desigualdad contraria a la constitución y a la ley; c) rechaza todas las defensas, aduciendo que no las probaron de conformidad con lo dispuesto en ese entonces por el artículo 719 del Código Civil, sin más análisis ni fundamento, cuando es lo cierto que nuestro ordenamiento exige demostrar los hechos, porque el derecho nacional basta invocarlo y que los problemas planteados y las tesis jurídicas expuestas por las actoras eran y siguen siendo de derecho y no de hecho y que aquellos nunca fueron conocidos y éstas ni examinadas ni debatidas.

V.-No es necesario traer a este proceso ni a la Contraloría General de la República ni el expediente 1628-92 del Juzgado Primero de lo Contencioso Administrativo. Al órgano contralor, porque la parte demandada está bien integrada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y el expediente, porque todos los antecedentes deben constar en el expediente administrativo.

VI.-Con fundamento en lo anteriormente expuesto y en lo analizado por la señorita Juez, argumentos que el Tribunal prohija, procede confirmar la sentencia recurrida."

5°.-La Lic. Arias Méndez formuló recurso de casación en el que, en lo conducente, manifestó: "...III.-

Vicios que acuso: A. Acuso la falta de aplicación del artículo 330 del Código Procesal Civil y la aplicación errónea de los artículos 158 y 166 de la Ley General de la Administración Pública, artículo 39 de la Constitución Política. Se desprende de la sentencia cuestionada, como

fundamento esencial para la anulación de los actos de la Administración, la supuesta violación del debido proceso. Dice el Tribunal en lo que interesa: "...II..., la duda fundada (folio 66 y siguientes) -que no solo no fue desvirtuada, sino confirmada en el proceso jurisdiccional- sobre la limitada participación que tuvieron las actoras en sede administrativa y los verdaderos alcances del procedimiento efectuado. III.-

Además de que la resolución del señor Ministro parte de que el informe de la Contraloría no es discutible, basado en un dictamen de la Procuraduría -el de folio 733- en cuyo caso no tiene ningún sentido el procedimiento, porque éste tiende a buscar la verdad real según lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley General de la Administración Pública y aquí lo único que se pretendía era expedir un título donde aparecieran como deudores, por un monto ya determinado, sabido e invariable desde el principio, sin participación ni defensa de los afectados; la resolución del órgano director del procedimiento, también adolece de lo mismo y no le dio a los interesados posibilidades reales de defensa aun cuando se dijera lo contrario...". Con vista a los autos podemos corroborar, sin embargo: 1. Que la diferencia entre las cantidades entregadas y las recibidas, en perjuicio del Estado, se dio en la ejecución de un convenio que tenía como objeto precisamente un intercambio, de donde, atendiendo a la naturaleza de las cosas, la cuantificación constante era tarea ordinaria, propia, y parte esencial del mismo. Es decir, el Estado no requería de una investigación especial de su ejecución para concluir sobre el exceso sino de: la mera constatación de la contabilidad que debía llevarse sobre ese flujo recíproco cuya intensidad debía ser equivalente. 2. Que el exceso en material recibido por las actoras fue determinado por los mismos funcionarios del Ministerio de Obras Públicas y transportes encargados de la ejecución del convenio. Circunstancia que le constó al juzgado, según su misma resolución y que, en el tanto en que el tribunal avala dicha sentencia, habrá de presumirse que también es de su conocimiento. 3. Que ciertamente la contraloría intervino pero no para hacer su auditoraje sino para verificar la legalidad de la existencia del mismo convenio y de su ejecución. El auditoraje más bien fue encargado por el mismo órgano contralor al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. 4. Que lo que realmente considera el Ministro en la resolución dictada a las diez horas del tres de setiembre sobre este punto, y de conformidad con los mismos elementos que constan en el expediente administrativo es que: "2- Que de conformidad con la Ley General de la Administración Pública el procedimiento administrativo ordinario que se ha realizado es el procedente pues fue la Contraloría General de la República la que en virtud de su especial competencia otorgada por la Constitución ... realizó un estudio, el cual, según oficio N° 11930 de 24 de septiembre de 1990, dirigido a este Despacho... permitió comprobar algunas deficiencias en relación con convenio de intercambio de agregados entre el Mopt y Constructora rogo y cofago S.A.", indicándose en el informe se procediera a "Finiquitar el convenio establecido mediante la orden de servicio N° 5 del proyecto San Miguel-Chilamate a la mayor brevedad posible"... el señor contralor concluye que "En virtud de los hechos, ese Ministerio está en la obligación de tomar todas las acciones que procedan para resolver el caso tratado en ese documento, principalmente aquellas que van dirigidas a resarcirle al Mopt ¢7.349.900,06 por exceso de materiales entregado por el Ministerio a la empresa Rogo y cofago S.A., en el intercambio referido, monto éste que supuestamente ha sido aceptado tanto por el jefe del proyecto como por ese contratista...". Para mayor abundamiento, se corrobora fácilmente que: a. Aparte de que la suma mencionada no fue determinada por la Contraloría, quien podía y debía en ejercicio de su competencia revisar la legalidad del convenio y su ejecución, este órgano no asume la cantidad indicada como débito establecido ni siquiera a nivel de auditoría. Todo lo contrario, encarga al Ministerio de ... tomar todas las acciones que procedan para resolver el caso tratado en ese documento, principalmente aquellas que van dirigidas a resarcirle al Mopt 17.349.900,06 por exceso de materiales entregado por el Ministerio a la empresa Rogo y Cofago S.A. en el



intercambio referido, monto éste que supuestamente ha sido aceptado tanto por el jefe del proyecto como por ese contratista..."

Como ya se advirtió, de conformidad con la naturaleza del convenio el mero control de su ejecución implicaba su cuantificación. Por lo demás, como también ya se observó, la suma no fue determinada por la Contraloría sino por funcionarios del Mopt y fue, frente a esa circunstancia que la Contraloría General de la República urgió a la Administración a proceder de conformidad con el ordenamiento jurídico, según consta en el mismo expediente. Por lo demás, con independencia de los efectos que se le pretendan atribuir al oficio del Contralor, de la misma resolución cuestionada y anulada por el Tribunal, así como de la forma en que se desarrolló el procedimiento administrativo, no es cierto que la suma fuera "sabida a invariable desde el principio...". Pero, además, no es posible poder aceptar, de conformidad con la misma lógica constitucional, y considerando la materialidad de este convenio, que los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas y Transportes encargados de la ejecución del convenio tenían la obligación legal de otorgar una audiencia formal con las prevenciones sobre su derecho a defensa a las empresas sobre lo que se estaba detectando con el control ordinario de la ejecución del convenio, para ello luego debía recurrirse, como en efecto se hizo, al procedimiento ordinario. Por lo demás, se puede corroborar en los autos que las actoras siempre conocieron el faltante en perjuicio del Estado, tanto que entraron en negociaciones y ofrecieron compensarlo con supuestas sumas que el Estado les debía por supuestos atrasos en relación el contrato licitado. Igualmente, se puede corroborar que las actoras no sólo tuvieron la oportunidad de asumir un comportamiento a Derecho cumpliendo el compromiso asumido con el Estado sino que, también tuvieron amplias oportunidades de defensa en el procedimiento ordinario. En efecto: a. La Administración inició un procedimiento ordinario con dos pretensiones: "... la recuperación de las sumas por la aplicación incorrecta del descuento ofrecido por el contratista en su oferta para el contrato de obra pública San Miguel-Chilamate..." y "... la recuperación del valor de un exceso de materiales provenientes de un intercambio de materiales que se generó en una solicitud hecha por el contratista al Mopt..." b. Según se desprende claramente del mismo expediente administrativo y particularmente de la resolución final del órgano director, no es cierto que se partió de la suma indicada como presupuesto para la resolución del asunto. Así se puede notar en la misma enunciación de las pretensiones y de contenido integral en el cual, como se puede corroborar, ni siquiera se toma en cuenta el informe de la Contraloría. En esta resolución, precisamente se hace referencia al hecho cierto de que: "... de conformidad con lo preceptuado por el Ingeniero Roque Rímolo Napolitano, Subdirector General de Construcción en oficios N° 901775 de 27 de setiembre de 1990, N° 902846 de 31 de octubre de 1990, suscrito por el Director General de la División de Obras Públicas, Ing. Ronald Salazar Villalobos y N° 902158 del 6 de noviembre de 1990, suscrito por el Ing. Rímolo Napolitano que corrige el monto designado en los dos oficios anteriores. La empresa Rogo y Cofago S.A. le adeuda al estado la suma de ¢7.560.826,14 de acuerdo a los cálculos de la ingeniería de proyecto soportados en precios revisados por el Departamento de Costos de la Dirección General de Construcción...". c. Por lo demás, el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, atiende más ben al propósito de fundamentar por que se recurre al procedimiento ordinario, o sea, la necesidad de la realización de un procedimiento ordinario en hipótesis como la que constituye el objeto de interés en este caso. Y, aunque también se hace referencia a la imposibilidad de discutir "... el fondo del informe técnico-contable elaborado por el órgano contralor, respecto de las cláusulas contractuales y fórmulas de reajustes en contratos de construcción de obra pública, es lo cierto que, aparte del hecho de que dicho pronunciamiento no podía ni pretendió resolver el caso concreto (la Procuraduría General de la República no es administración activa), en la especie la Contraloría no emitió un "informe técnico contable... respecto de las cláusulas contractuales y fórmulas de



reajustes en contratos de obra pública". d. Pero, aún más importante resulta el hecho de que, con independencia de la naturaleza que se le pretenda atribuir al informe de la Contraloría e, igualmente, al pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, el procedimiento ordinario celebrado fue realizado precisamente atendiendo a la garantía del debido proceso y, según se puede corroborar en los autos: d.1. Las actoras fueron debidamente citadas. d.2. Las actoras fueron debidamente prevenidas. No obstante que ellas ya conocían la falta de equilibrio en las prestaciones que se originaban por el convenio de intercambio. d.3. Las actoras fueron oídas en audiencia oral, en la que, según también consta, fueron oídas y pudieron realizar sus alegatos en forma escrita y verbal, durante toda la audiencia en el momento en que lo consideraron oportuno. d.4. Las actoras pudieron ofrecer prueba y lo hicieron. Empero, es claro que, el hecho de poder ofrecer prueba no implica que se pueda lograr realmente establecer lo que se pretende, ello depende de la misma verdad real de los hechos, así: las actoras no pudieron demostrar que se hubiera dado un equilibrio en las recíprocas entregas de materiales. La amplia participación de las actoras se evidencia en la misma resolución del órgano director, cuando manifiesta: "... en la audiencia oral y privada las empresas comparecientes ofrecieron como pruebas para rebatir las pretensiones de la Administración, las siguientes: Prueba documental. Oficio N° 185-190 de 31 de enero de 1985 "Comunicación de aprobación", Orden de Servicio N° 5 de la Dirección General de Construcción, Oficio N° 85-374 de 21 de febrero de 1985, Comunicación de aprobación, Orden de Modificación N° 4 de la Dirección General de Construcción, Oficio N° 1915 de 5 de agosto de 1986, "Comunicación de Aprobación", Orden de Modificación de Obra N° 8 y final de: dirección General de construcción; oficio suscrito en Alajuela el 30 de marzo de 1987 N° 307, dirigido al señor Evelio Companioni Esteva por el Ing. Carlos Chaves Arias, Jefe del proyecto, Obras por contrato; oficio suscrito en San José el 5 de noviembre de 1986 por el Ing. Raúl Suárez Mejido, director General de Construcción y dirigido al señor Ing. Rodolfo de León Rivers, Jefe Supervisión Región Norte. Asimismo se ofreció como prueba documental toda la anexada o que corre en el expediente administrativo levantado. Prueba testimonial: Se ofreció los testimonios de: Ing. Ronald Salazar Villalobos, Ing. Raúl Suárez Mejido, Ing. Alberto Blen Beer, Ing. Carlos Chaves Arias, Ing. Otto Fernández Carballo, Ing. Roque Rímolo Napolitano, Ing. Gerardo Acosta. Estos testigos se ofrecieron con la debida antelación por lo que este órgano director procedió a notificarlos, no así al señor Frank Alvarado de segundo apellido ignorado ya que se ofreció en el momento mismo de la comparecencia sin indicar sus calidades ni dirección exacta o lugar donde fuera localizado incluyéndolo en un escrito de alegato. En igual sentido el ofrecimiento del testimonio del señor Ing. Edgar Meléndez cerda. Se hizo presente por gestión de las empresas el testigo Adrián Guzmán Víquez. En la comparecencia oral y privada la empresa presentó un alegato en forma escrita, asimismo ejerció su derecho de presentar un alegato final...". e. Finalmente, es preciso observar de nuevo que, de conformidad con la resolución dictada en este mismo procedimiento y tal y como ya se advirtió, una de las pretensiones de la Administración, lógicamente también cuantificada, fue declarada sin lugar, lo que, nuevamente pone en evidencia que este procedimiento siempre tuvo como propósito el debate sobre la existencia de los incumplimientos en perjuicio por el Estado y que no fue por mera apariencia como parece afirmarlo tácita y temerariamente el Tribunal. Ciertamente, el órgano director se pronunció resolviendo: "... Tener como una pretensión no demostrada el monto de ¢2.810.434,12 (dos millones ochocientos diez mil cuatrocientos treinta y cuatro colones con doce céntimos), que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes aduce que las empresas "Maquinaria y excavaciones Rogo Sociedad Anónima y Cofago Sociedad Anónima" son en deberle, teniendo por demostrado lo contrario, por cuanto los conceptos por descuentos fueron debidamente rebajados en su oportunidad...". Siguiendo el criterio del Tribunal, habría que concluir en forma ilógica que: siendo este el mismo procedimiento para establecer lo pertinente sobre la supuesta aplicación errónea de los descuentos y la existencia de un exceso en la entrega de materiales, su realización sí tuvo sentido en relación con la pretensión sobre los descuentos pero no lo tuvo en relación con el exceso de material, no obstante que ambos hechos que



investigaron en forma conjunta y por los mismos medios. Lo expuesto hasta aquí que encuentra pleno respaldo en los autos evidencia que, independientemente de las formas o de las palabras en relación con la suma mencionada por la Contraloría General de la República, en el informe citado en la resolución dictada por el Ministro de Obras Públicas y Transportes a las diez horas del tres de setiembre de 1991, la realidad material demuestra claramente que si se atendió el derecho al debido proceso, con todas las garantías implícitas en él. Como se puede corroborar, concurrieron en la especie todos los elementos necesarios según la jurisprudencia constitucional para el cumplimiento con la garantía del debido proceso (explicados ampliamente por la Sala Constitucional en su resolución N° 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos y en jurisprudencia reiterada). El Tribunal pudiendo hacerlo, no corroboró en los autos la verdad real sobre el ejercicio de la defensa por parte de las actoras e interpretó erróneamente los textos de los informes y de las resoluciones atendiendo únicamente al supuesto hecho de la determinación del monto de la Contraloría, partiendo de la mera mención de un monto en un oficio de la Contraloría y prescindiendo del contenido total del expediente administrativo. Un "análisis" practicado en tal forma no responde a un juicio de conformidad con la lógica. Con ello se inaplicó el artículo 330 del Código Procesal Civil y se aplicaron erróneamente los artículos 39 de la Constitución Política, en cuanto su eventual incumplimiento es motivo de nulidad y no se está en la hipótesis de su infracción e, igualmente, del artículo 166 en cuanto se declaró la nulidad absoluta sin estar en el caso real de su procedencia. Igualmente, se inaplicaron o se aplicaron erróneamente (el vicio se da en ambas formas) los artículos 1° y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en el tanto en que la jurisprudencia de la Sala Constitucional es vinculante y, de conformidad con ella, la posibilidad real defensa, aparte de las meras formas, es lo que determina la existencia misma del respeto al debido proceso y, en la especie, ciertamente se está ante un real ejercicio de la defensa de las actoras (puede consultarse en este sentido, entre otros pronunciamientos, el voto número 1427-90 de veintiséis de octubre de mil novecientos noventa, en el cual la Sala entra a valorar el desenvolvimiento de la relación fáctica para establecer si realmente hubo oportunidad real de defensa); se aplicó erróneamente la jurisprudencia constitucional en cuanto en la especie no se está en una hipótesis propia de violación del debido proceso, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional. B. Acuso la violación por inaplicación de los artículos 308 a 326 de la Ley General de la Administración Pública, del artículo 39 de la Constitución Política y de la jurisprudencia constitucional, vinculante de conformidad con los artículos 1° y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. 1. Como consecuencia de un error de hecho implícito en la adición de la palabra "expresamente" dentro del "hecho probado" número diez. Dice el Tribunal: "... "

I.-Que la relación de hechos que contiene la sentencia apelada, se debe aprobar, por responder con fidelidad a lo que enseña, tanto el expediente judicial como el administrativo; sin embargo, se adiciona el número 10 con la palabra expresamente en cuanto a la inclusión de la orden de servicio por lo que ese hecho debe leerse así: 10) Que entre el cuatro de junio y el cinco de agosto de mil novecientos ochenta y seis, se firmó el finiquito del contrato correspondiente a la licitación pública 10635-3, dentro del cual no se incluyó expresamente la orden de servicio N° 5, que corresponde al contrato citado en el hecho 2) (folio 74 y siguientes)...". Y, más adelante: "IV. Los actos impugnados, además del vicio formal señalado en la sentencia, que es por su gravedad suficiente para anularlos y para confirmarla, padece de otros que el Tribunal estima llevan también al mismo resultado y que resume así: a) inexplicablemente no analiza los alcances del finiquito firmado entre las partes por la realización de la obra pública terminada, entregada y recibida conforme; ni el carácter adicional o accesorio de la orden de servicio número 5;...". El Tribunal ordena la adición de la palabra "expresamente dentro del contexto dicho. Ello, evidentemente, implica, a contrario



sensu, considerar como un "hecho probado" que en el de dicha garantía no es posible concluir que ella constituya un motivo legal para declarar la nulidad de los actos administrativos que aquí interesan. Con vista a los autos se puede corroborar que: a. De la misma naturaleza del convenio plasmado en la orden N° 5 y del expediente administrativo, se desprende que lo acordado en ella evidentemente no constituye una verdadera modificación del contrato, de conformidad con el artículo 233 del reglamento de la Contratación Administrativa sino una nueva contratación que sin embargo la Contraloría General de la República "subsano" con presunto amparo legal, según se desprende del oficio de fecha siete de abril de 1988, dirigido al Ing. Roque Rimolo Napolitano. Ello consta claramente en los autos y era del conocimiento de las actoras cuya comunicación con la Administración se mantuvo en forma constante. Así, bajo la forma de "modificación del contrato licitado" se originó un nuevo contrato y ello no requería de un mayor análisis del que se hizo en vía administrativa, para beneficio de las actoras, pues ellas concurren en el negocio jurídico con pleno conocimiento del mismo y por su propio interés económico. Por lo demás, siendo distintos los objetos del contrato licitado y del "Convenio de Intercambio de Materiales", evidentemente no requiere de análisis profundos asumir que en el finiquito del primero no podía estar incluido el segundo cuando, sobre todo si, como se puede observar, expresamente se limitan los alcances del mismo finiquito en relación con las prestaciones del finiquito si se suscribieron acuerdos sobre el convenio de intercambio de materiales o, al menos, que si podría haberse entendido así, de donde, siguiendo el razonamiento de este órgano, resulta un vicio importante la supuesta omisión de consideraciones sobre este aspecto en la resolución del órgano director. Sin embargo, podemos notar que: a. El Tribunal no fundamenta su decisión de incluir la palabra expresamente. b. Que con la simple lectura del documento del "finiquito" es posible constatar que los compromisos acordados en el convenio de intercambio de materiales no fueron considerados dentro de él. Simplemente se conviene en este "finiquito" sobre los efectos de las cláusulas del convenio en su forma original. c. Que, además, el órgano director si consideró la existencia del finiquito y valoró los alcances de sus efectos. Pero que en todo caso, el no análisis de sus alcances no necesariamente implica una violación al debido proceso. Y, como el mismo tribunal no fundamenta su objeción, no es posible determinar la supuesta lesión que con ello también supuestamente se provocó. Las mismas razones valen para la objeción por el no análisis de ... el carácter adicional o accesorio de la orden de servicio número 5:..., que es en la que se hizo el Convenio de Intercambio de Materiales". Ciertamente, tampoco en este caso el Tribunal determina como se dio en que consistió la supuesta violación del debido proceso, de tal manera que, no siendo la omisión de este análisis, por su misma naturaleza y necesariamente, una violación contrato licitado y las actoras aceptan esa limitación de sus alcances. Precisamente, se "acuerda" en la Orden de Modificación N° 8 y final, donde se consignó el finiquito: "... que las cantidades y montos indicados en el cuadro de variación adjunto a esta orden de modificación N° 8 y final, son las cantidades y montos que finiquitan la obra contratada, por lo tanto, no serán usados como base para reclamos futuros por compensación adicional...". Y, mediante la simple verificación de las cuantificaciones contenidas en el cuadro respecto al cual se circunscribe el finiquito se puede corroborar fácilmente que está referido únicamente al contrato verdaderamente licitado (y sus propias y legales prestaciones), no sólo por la referencia literal a él sino igualmente por la referencia de contenidos. Por lo demás, dadas las tesis jurídicas de las actoras (en palabras del tribunal), que este órgano, aunque resolviendo con otros fundamentos, parece avalar, conviene llamar la atención sobre lo consignado en esta cláusula. Es elemental que el compromiso de no reclamaciones futuras está referida exclusivamente a los factores del cuadro sobre el cual se vierte el acuerdo y, por la misma naturaleza del compromiso, debe concluirse que está consignado como una obligación a cargo del contratista o de las actoras en este juicio. 2. Como consecuencia de la supuesta exigencia del órgano director sobre la prueba pericial. El Tribunal también formula una objeción, sacándola del contexto, en cuanto a la resolución del órgano director, en el tanto en que, según afirma, ese órgano: "... b) pretende que las actoras deben desvirtuar el dicho de la administración que presenta



como hechos ciertos, con dictamen pericial del momento en que ocurrieron los hechos en relación con la permuta de los materiales, estableciendo una desigualdad contraria a la constitución y a la ley; c) rechaza todas las defensas, aduciendo que no las probaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 719 del Código Civil, sin más análisis ni fundamento, cuando es lo cierto que nuestro ordenamiento exige demostrar los hechos, porque el derecho nacional basta con invocarlo y que los problemas planteados y las tesis jurídicas expuestas por las actoras eran y siguen siendo de derecho y no de hecho y que aquellos nunca fueron conocidos y éstas ni examinadas ni debatidas. Sin embargo, es lo cierto que el rechazo de la pretensión en cuanto a la supuesta aplicación errónea de los descuentos (que se dictó en beneficio de las actoras), así como el establecimiento de los excesos de material recibido por las actoras en perjuicio del Estado, no tuvo como fundamento simplemente la inexistencia de prueba pericial aportada por las actoras. En cuanto a este aspecto, específicamente, dice el órgano director: "... Que tal pretensión del Ministerio, no fue desvirtuada por la empresa mediante el aporte de comprobantes fehacientes que prueben que los materiales fueron entregados por su parte, sin que haya plena prueba (sic) las razones de que hubo material que se lavó, ya que para probar tales hechos en tiempo, debió ampararse ello en un dictamen pericial, en el momento que ocurrieron los hechos, determinándose la clase, cantidad y valor de los mismos o si ello fuese técnicamente posible, hasta antes de la comparecencia según lo señala el artículo 309 de la Ley General de la Administración Pública..." Tal y como se expuso en líneas anteriores y como se puede corroborar en los autos, las actoras tuvieron oportunidades amplias para ejercer su defensa. Pero, en el caso específico que se objeta, además no se ve cómo ello puede lesionar el debido proceso en perjuicio de las actoras. Nótese que el Convenio de Intercambio de Materiales lo era en relación con materiales con las especificaciones pactadas, características físicas cuya constatación constituye una actividad técnica que como tal requiere de un agente idóneo. La prueba pericial echada de menos por el órgano director es evidentemente la prueba idónea de conformidad con el objeto del convenio y de las mismas circunstancias alegadas por las actoras, ¿acaso, según el tribunal debía bastar entonces admitir el simple dicho de la actora de que los materiales se habían "lavado"? Pero el tribunal además distorsiona la realidad procesal administrativa cuando dice que el órgano director: "... pretende que las actoras deben desvirtuar el dicho de la administración que presenta como hechos ciertos, con dictamen pericial del momento en que ocurrieron los hechos en relación con la permuta de los materiales, estableciendo una desigualdad contraria a la constitución y a la ley;...". Ello no es cierto no sólo por lo ya alegado sino porque: No se trata simplemente de que la Administración presenta unos hechos como ciertos". En este aspecto, lo que se debatió fue un hecho: el desequilibrio en el intercambio. Y no se trata simplemente de que la Administración lo presentara como "hecho cierto", con vista a los autos lo que la Administración hizo fue precisamente establecer, con prueba, la existencia de ese desequilibrio en perjuicio para el patrimonio nacional. Así, se inaplican nuevamente los artículos 308 a 326 de la Ley General de la Administración Pública, del artículo 39 de la Constitución Política y de la jurisprudencia constitucional, vinculante de conformidad con los artículos 1º y 13º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional como consecuencia de la inaplicación del artículo 317 del Código Procesal Civil. El Tribunal objeta que el órgano director: "... rechaza todas las defensas, aduciendo que no las probaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 719 del Código Civil, sin más análisis ni fundamento, cuando es lo cierto que nuestro ordenamiento exige demostrar los hechos, porque el derecho nacional basta con invocarlo y que los problemas planteados y las tesis jurídicas expuestas por las actoras eran y siguen siendo de derecho y no de hecho y que aquellos nunca fueron conocidos y estas ni examinadas ni debatidas...."

Aun cuando el órgano director cita erróneamente el artículo 719 y posteriormente corrige ese yerro, es lo cierto que, como dice el Tribunal, "... el derecho nacional basta con invocarlo...". La exigencia

positiva sobre la carga de la prueba, lógicamente, sigue existiendo. La representación del Estado no comparte con el Tribunal el rango que este órgano le atribuye a las alegaciones de las actoras cuando las llama "tesis jurídicas", pero, más que eso, la representación del Estado objeta al Tribunal en el tanto en que pretende desconocer la obligación, a cargo de las actoras, de probar las excepciones que plantearon pues, por más que se hubiera tratado de opiniones jurídicas y no de hechos su procedencia no podía determinarse si no era en relación con hechos, relación que las actoras nunca pudieron establecer. El Tribunal violenta por inaplicación el artículo 317 del Código Procesal civil, en cuanto objeta la ilegalidad de la aplicación del principio de la carga de la prueba a las actoras en relación con las excepciones que ellas opusieron y con ello, nuevamente, del artículo 39 de la Constitución Política en el tanto en que, según el Tribunal esa exigencia ilegal lleva a la violación del debido proceso, aplicándose de esta manera, nuevamente, en forma equivocada dicha garantía. De conformidad con lo expuesto, que encuentra pleno respaldo en los autos y en el ordenamiento jurídico es evidente que a las actoras nunca se les violentó su derecho al debido proceso, en consecuencia, ruego a los señores Magistrados acoger este recurso y resolver lo pertinente de conformidad con el Derecho, declarando sin lugar las pretensiones de las actoras y condenándolas al pago de ambas costas del proceso, incluyendo las de este recurso. Consecuentemente, deberá la Sala declarar con lugar las excepciones opuesta por esta representación."

6º.-En los procedimientos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado Picado Odio; y,

CONSIDERANDO :

I.-Entre el 4 y 5 de agosto de 1986, las actoras Maquinaria Rogo S. A. y Cofago S. A., finiquitaron con su contraparte, el Estado, el contrato correspondiente a la licitación pública número 10635-83. Dicho contrato, denominado proyecto San Miguel-Chilamate, previa adjudicación a favor de las accionantes, había sido suscrito el 19 de mayo de 1984 por el Ministro de Obras Públicas y Transportes y los representantes de las precitadas empresas. Al firmarse el finiquito, habían sido recibidas las obras realizadas por las actoras, a entera satisfacción del Estado. Años después, concretamente en el mes de febrero de 1991, se designó al Jefe del Departamento Legal del aludido Ministerio, órgano director de los procedimientos encaminados a la recuperación de sumas supuestamente adeudadas por las actoras al Estado, con motivo de la realización del contrato en cuestión. Esas diligencias culminaron con resolución en la cual se tuvo por establecido el derecho del Ministerio a cobrarle a Rogo y Cofago, la suma de ¢7.672.256,85 a raíz de materiales intercambiados durante la ejecución de las obras, con arreglo a convenio específico sobreviniente. En el pronunciamiento se indicaba que el relacionado monto debía ser recuperado por el Estado. Por ende, previa certificación del adeudo así declarado, se enviaría la documentación pertinente a la Procuraduría General de la República, para las acciones ejecutivas en sede jurisdiccional. Lo así resuelto fue recurrido por las actoras en virtud de lo cual, el señor Ministro del ramo, lo confirmó, agotando de tal manera la vía administrativa.



II.-En sede judicial las actoras impugnaron las resoluciones respectivas. El Juzgado competente, en el fallo de primera instancia, las anuló, acogiendo así la demanda. El Tribunal Superior, en alzada, confirmó la sentencia del A-quo.

III.-El Estado interpone entonces recurso de casación. Según alega en su expresión de antecedentes, en el finiquito firmado por las partes "no se incluyó absolutamente nada en relación con el "Convenio de Intercambio de Materiales". Fue la Contraloría General de la República, añade, quien detectó la existencia de irregularidades en la ejecución del convenio. Al efecto, señala, contó con informes emitidos por los funcionarios del Ministerio de Obras públicas y Transportes. De acuerdo con esos informes, se había dado un desequilibrio en la ejecución del contrato, en perjuicio del Estado, equivalente a la suma arriba consignada. Consecuentemente, explica el recurrente, la Contraloría previno al Ministerio sobre su obligación de "...tomar todas las acciones que procedan para resolver el caso...principalmente aquellas que van dirigidas a resarcirle al MOPT..." la suma adeudada.

IV.-La representación estatal en su recurso acusa como violados los artículos 330 y 317 del Código Procesal Civil; 158, 166, 308 a 326 de la Ley General de Administración Pública; 1 y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 39 de la Constitución Política. En ningún momento expresa, como lo aconseja la técnica procesal tocante a la formulación del recurso de casación, si éste lo interpone por la forma o por el fondo; y si lo hace por este último, si lo es por violación directa o indirecta de ley. De acuerdo con la normativa procesal, cuando lo es por quebranto indirecto, precisa indicar si lo es por error de hecho o de derecho; si se trata de este último, deberá indicarse el precepto legal infringido, concerniente al valor del elemento probatorio mal apreciado; y en cualquiera de los dos errores, el de hecho o de derecho, resulta indispensable expresar cuáles leyes, en cuanto al fondo, resultan infringidas como consecuencia de los yerros de apreciación reclamados. Sentado lo anterior, según se observa, nada de lo exigido expresamente por la ley de rito (artículo 595 inciso 3) del Código Procesal Civil), se cumple en el recurso planteado. Por otra parte, en lo concerniente a la denominación dada, por la forma o por el fondo, si bien esta Sala ha dicho reiteradamente que es obvia la omisión o equivocación padecida en ese aspecto, pues lo importante es la naturaleza de lo alegado, es menester reparar en lo siguiente. Si hay tal omisión o equívoco en la denominación, interesa e importa con más razón la enunciación de un adecuado alegato que, en lo demás se ajuste a los requisitos técnicos del recurso de casación para, con base en ello, determinar si se trata de un recurso por la forma o por el fondo. Lamentablemente esas condiciones -de acuerdo con lo expuesto- tampoco se dan en el presente caso.

V.-En lo relativo al artículo 330 del Código Procesal Civil cuyo quebranto alega el Estado, al referirse tal precepto a la sana crítica, puede colegirse entonces que se está ante un agravio el cual implica violación indirecta por apreciación errónea de la prueba. Empero, no se dice si el yerro es de hecho o de derecho ni por ende se citan las leyes vulneradas referentes al valor del elemento probatorio mal apreciado -en el segundo supuesto- como consecuencia de tales errores. Tampoco se indica concretamente cuáles son esas pruebas ni en qué consiste la supuesta equivocación del Tribunal al interpretarlas (artículo 596 párrafo segundo del Código Procesal Civil). Lo anterior torna inatendible el agravio relacionado con el precitado artículo 330. Lo mismo sucede con la mención del ordinal 317 ibídem. Al configurar su contenido una disposición de índole eminentemente procesal, supónese está referida la queja a un recurso por la forma. Sin embargo, la infracción de ese precepto no está comprendida en el elenco taxativo de motivos que, para la procedencia de la

casación por razones procesales, establece el artículo 594 del Código de rito. En consecuencia, está vedada la Sala para acceder a su consideración.

VI.-Los otros artículos, cuya violación achaca el recurrente, comprendidos en la Ley General de Administración Pública, la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la Constitución Política, giran sobre la tesis propugnada por el Estado en el sentido de que los principios concernientes al debido proceso fueron cabalmente observados en sede administrativa. Por consiguiente, la nulidad de las resoluciones acordada por el Tribunal Superior, vulnera lo estatuido por las referidas disposiciones legales, de acuerdo con el criterio de comentario. En realidad, el meollo de la cuestión en debate se engarza en un tema de obligado análisis previo. A saber, precisa dilucidar con prioridad, no si en el procedimiento administrativo observado, se respetaron las reglas del debido proceso, sino si era ese el camino a seguir ante una situación como la planteada. Las accionantes pugnan en su escrito de deducción de la demanda por el amparo judicial a "...derechos subjetivos fundamentales derivados del finiquito, firmado entre las partes el 5 de agosto de 1986". Consideran en relación, que los actos administrativos impugnados lesionan tales derechos. Y estos -añaden textualmente-, "no los puede alterar ni revocar la Administración en perjuicio de derechos adquiridos y firmes". Tal es, en forma sucinta, el fundamento jurídico de su acción. El Estado, por su parte, sostiene que en el finiquito "no se incluyó absolutamente nada en relación con el convenio de Intercambio de Materiales". Y como fue en la ejecución de éste donde se detectó la existencia de irregularidades las cuales -a su juicio- determinan los perjuicios en su contra cuantificados en la suma ya mencionada, el acto de su cobro, en nada afecta lo que es materia del finiquito. Se trata en fin, asevera, "de dos contratos absolutamente independientes".

VII.-Del sílabo de hechos probados, así consagrados por los Tribunales de instancia, con base en la prueba obrante en la sustanciación, se deriva la verdadera naturaleza del susodicho "convenio de Intercambio de Materiales". Se trata de un instrumento necesario arbitrado para la ejecución del proyecto San Miguel-Chilamate, el cual precisamente figura como antecedente suyo, en el texto contractual del primero. Sea, el citado convenio de intercambio surge a la vida jurídica como herramienta del contrato alusivo al proyecto, al cual se subordina. Configúrase así una concatenación necesaria entre una contratación preexistente o principal y otra que la auxilia cuyo carácter, por ende, con respecto a aquélla, será secundario. A diferencia del contrato principal el cual tiene vida independiente, el secundario, por su función o razón de ser, es dependiente o accesorio. Por tanto, sigue al principal. Con arreglo a lo expuesto, no puede hablarse en la especie, como lo hace la representación estatal, "de dos contratos absolutamente independientes". Ambos están íntimamente vinculados por una relación, según lo visto, de jerarquía. En consecuencia, una modificación sobreviniente al accesorio o subordinado, como se pretende en el subjúdice, inexorablemente afecta la situación jurídica definida en el principal, situación que al ser objeto de finiquito, involucró concomitantemente la propia del accesorio, pues el principal, como tal, no es aislado. Ergo, si en virtud de esa pretendida modificación se dice ahora que una de las partes es en deber una suma de dinero a la otra, ello conmueve inevitablemente los cimientos mismos del finiquito acordado en el principal, pues si al tenor de éste las empresas constructoras nada debían a la contraparte, ahora resultaría que sí. Consonante con lo expuesto, es lo manifestado en su oportunidad por la misma Procuraduría General de la República en su dictamen vertido mediante oficio N° C-116-91 de 2 de julio. Al referirse a las presuntas irregularidades en la cuales se origina el cobro de mérito, señala lo siguiente: "...si...se hubieren detectado antes de que pudiese tenerse jurídicamente por concluida la relación contractual, la Administración hubiese podido tomar diversas medidas en resguardo de sus intereses, como por ejemplo, ejecutar la



garantía de cumplimiento, negarse a recibir las obras a entera satisfacción o bien, la Administración hubiese procedido a compensar sus propias deudas con aquellas a favor del contratista..."

Si nada de lo indicado por la Procuraduría se hizo durante la vigencia del contrato principal, las empresas constructoras, al sobrevenir el finiquito derivaron derechos de éste, para cuya derogatoria o modificación precisa un procedimiento legalmente establecido. Emerge aquí entonces la cuestión medular planteada en el acápite precedente, a saber: ¿constituía el procedimiento ordinario administrativo, regulado por los artículos 308 y siguientes de la Ley General de Administración Pública, el camino a seguir en el presente caso?

VIII.-La Administración, como es sabido, tiene en principio la prerrogativa de ejecutar sus propios actos sin necesidad de ocurrir a la vía judicial. Sin embargo, frente a tal privilegio se yergue el precepto de la irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos. La aludida prerrogativa del Estado se justifica en la finalidad de lograr la pronta y eficaz satisfacción del interés público que su gestión entraña, lo cual demanda la adopción oportuna de medidas y decisiones por parte de sus órganos. Sin embargo, paralelamente a esta característica ha de tenerse muy en cuenta, en el accionar de la Administración, la necesidad de garantizar o amparar los derechos de los administrados. Por eso se establece, en obsequio a los dos propósitos citados, el procedimiento administrativo, como medio regulador de la producción de los actos administrativos. En consecuencia, acaece la sumisión del actuar del Estado a determinado curso, fuera del cual no puede moverse. Ello determina, precisamente, una importante diferencia entre el acto administrativo y el negocio jurídico privado. Ahora bien, cuando el accionar estatal, en función de los principios fundamentales del servicio público colisiona con el valladar de sus contratos concertados con los administrados o con derechos subjetivos de estos, provenientes de actos de la administración, la ley se encarga entonces de establecer un procedimiento específico e ineludible. Ello se impone, no sólo por el principio de legalidad antes mencionado, el cual preside todos los actos del Estado, sino porque al no poder éste alterar o revocar actos declarativos de derechos, realizados mediante error o vicios no advertidos en su oportunidad, debe proveérsele de un camino para someter a revisión, ya no propia sino judicial, esas actuaciones perjudiciales a los intereses públicos.

IX.-En el caso subjúdice, como se ha visto, las entidades actoras ostentan derechos subjetivos provenientes de un finiquito acordado con la Administración. La situación jurídica de tal forma consolidada (pues deriva de un acto firme), se ve amenazada por un procedimiento el cual implica la revisión, por el mismo Estado, de una actuación suya antecedente. Sea, el procedimiento ordinario, empleado por el Estado, previsto por los artículos 308 y siguientes de la Ley General de Administración Pública, resulta improcedente. La legislación establece para esos supuestos, un proceso específico a través del cual, el Estado puede, en sede judicial, atacar un acto propio, previo cumplimiento de ciertos requisitos en vía administrativa. Trátase del proceso de lesividad, prescrito por los artículos 173 de la Ley General de Administración Pública, 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el cual debió ser adoptado oportunamente. Este medio permite la revisión de actos administrativos dotados de estabilidad o inmutabilidad, por cuanto generan derechos subjetivos a favor de los administrados y, por ende, devienen en irrevisables por el propio Estado. Por esa razón, a la pretensión estatal de impugnar un acto propio con tales características, que a la postre llega a considerar ilegal, se le suministra la instrumentación apropiada para la consecución, a posteriori, del fin de interés público que le asiste. El hecho que en el caso concreto los derechos subjetivos de los administrados emanen de una relación contractual, no veda la posibilidad de impugnación relacionada. El Estado, por su parte,

ostenta también derechos subjetivos derivados del contrato. Ello lo acredita para procurar la anulación de alguno de sus actos, a través del proceso de lesividad.

X.-De conformidad con las razones precedentes determinase que la Administración no abordó en la especie la senda apropiada para ejercer la acción propuesta. Su pretensión, al alterar inexorablemente en sus efectos, derechos subjetivos a favor de los administrados, originados en actuaciones estatales precedentes, debió haber sido encauzada, no por el procedimiento ordinario administrativo, sino a través del proceso de lesividad. Ergo, la anulación de resoluciones avalada por el Tribunal Superior en el fallo recurrido, no incurre en la violación de leyes que se le achaca. Se impone, en consecuencia, desestimar el recurso con sus costas a cargo de quien lo interpuso.

POR TANTO :

Sin lugar el recurso. Son sus costas a cargo del Estado.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley General de la Administración Pública. Ley : 6227 del 02/05/1978.
- 2 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. RC-801-2002. Despacho del Contralor General. San José, a las nueve horas del veintiocho de noviembre de dos mil dos.
- 3 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEXTA. Resolución: 018-2008. II Circuito Judicial. San José, a las nueve horas treinta minutos del dieciséis de mayo de dos mil ocho.
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-042-83 de 17 de febrero de 1983
- 5 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución:Nº 47. San José, a las catorce horas cincuenta minutos del tres de mayo de mil novecientos noventa y cinco.