

Informe de Investigación

Título: La Contratación Irregular en el Derecho Administrativo

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Contratación Administrativa.
Palabras clave: Terminación anormal, nulidad absoluta, Contratación Irregular, Indemnización, Daños y perjuicios, Efectos.	
Fuentes: Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 11 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a) LA TERMINACION ANORMAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	2
I. INTRODUCCION.....	2
II. DE LAS DISTINTAS FORMAS DE TERMINACION ANORMAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	3
1. La Declaratoria de nulidad del contrato.....	3
2. La caducidad del contrato administrativo.....	4
3. La resolución por incumplimiento del contratista.....	4
4. La rescisión por parte de la Administración.....	6
a) Por causas de interés público.....	6
b) Por caso fortuito o fuerza mayor.....	7
5. El incumplimiento de la administración y la mutabilidad irrazonable.....	7
6. El mutuo disenso de las partes.....	8
III. CONCLUSIONES.....	8
b) LA DECLARATORIA OFICIOSA DE NULIDAD ABSOLUTA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	8
I. INTRODUCCION.....	8
II. EL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL.....	9
II.1. Resolución 1605-90.....	9
II.1-a. Comentario.....	10
II.2. Resolución 1563-91.....	11
II.2-a. Comentario.....	12
III. EL REGIMEN ESPECIAL PARA LA DECLARATORIA EN SEDE ADMINISTRATIVA, DE NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	13
111. 1. Fundamento doctrinal.....	14
III. 2. Jurisprudencia administrativa.....	16

III. 3. La voluntad del legislador.....	17
IV. EFECTOS PRACTICOS DE LAS RESOLUCIONES COMENTADAS.....	19
V. CONCLUSIONES.....	20
3 Pronunciamientos Administrativos.....	21
a)Contratación irregular. Indemnización.....	21
b)Contratación irregular. Pago de daños y perjuicios.....	22
c)Pago. Contratación irregular.....	24
4 Jurisprudencia Administrativa.....	25
a)Efectos e indemnización de la efectuada de forma irregular.....	25
b)Contratación administrativa: Alcances del principio de legalidad.....	33
c)Efectos de la contratación irregular y su respectiva indemnización.....	41

1 Resumen

Sobre la **contratación irregular** trata el presente informe, en el mismo se recopiló doctrina y jurisprudencia, doctrina sobre la terminación anormal del contrato administrativo y la nulidad absoluta de los mismos, citando estos textos como complemento al tema del contrato irregular, el cual es más desarrollado por la practica del Derecho Administrativo que por la doctrina, de las cuales se adjunta pronunciamientos de la Contraloría General de la República y jurisprudencia de los tribunales contenciosos administrativos.

2 Doctrina

a)LA TERMINACION ANORMAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

[Cerdas]¹

I. INTRODUCCION

Como premisa -resultante de la función misma de la Administración Pública-, debemos presuponer que toda la contratación administrativa que ésta realiza tiene como fin último el cumplir con las obligaciones para las cuales fue creada.

De esta forma toda contratación lleva implícita la intención de llegar a la ejecución del contrato, de acuerdo a lo pactado.

Aún cuando debemos partir de esa premisa, en no pocas ocasiones, luego de suscrito el contrato administrativo se presentan circunstancias que cambian esa intención inicial de ejecutar lo pactado,

y que concluyen en forma anormal la contratación.

Con este trabajo pretendo analizar estas situaciones que con posterioridad al nacimiento del contrato administrativo hacen que el mismo no llegue a concretarse, resolviéndose por el contrario sin el cumplimiento de su cometido.

Para efectos de entender mejor nuestro análisis y aún cuando podríamos interpretar que al cumplirse el contrato de acuerdo con lo pactado, estamos en presencia de una forma de extinción de la relación contractual, en aquellos casos en que nos refiramos "al cumplimiento" se debe entender que estamos hablando de la extinción normal de contrato, para de esta forma entender como "la extinción anormal" aquella extinción anticipada en la que no se llega a cumplir con el objeto contratado en los términos de la negociación que lo motivó.

II. DE LAS DISTINTAS FORMAS DE TERMINACION ANORMAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Son varios los medios por los que un contrato administrativo puede haber fin, sea que esto ocurra por cesación de los efectos del contrato o por extinción del mismo. Dentro de las distintas situaciones que pueden presentarse para que el contrato administrativo no llegue a su terminación normal, o sea a su cumplimiento de acuerdo con lo pactado, podemos citar las siguientes, que a su vez son las que regula nuestra legislación en materia de contratación administrativa.

La primera situación se presenta cuando el contrato administrativo una vez suscrito es declarado nulo. En segundo lugar tenemos la caducidad del contrato. En tercer lugar la situación que se presenta cuando el contrato es resuelto en forma unilateral por parte de la Administración, utilizando ésta sus prerrogativas y motivado en el incumplimiento del contratista. En cuarto lugar tenemos la rescisión también acordada por la administración, justificada en razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor. En un quinto término opera la rescisión por parte del contratista, fundamentada en el incumplimiento de la administración, o en una "mutabilidad irrazonable" del objeto contrato, y por último tenemos el consenso de las partes.

1. La Declaratoria de nulidad del contrato

El contrato administrativo puede ser declarado nulo por varias razones. En primera instancia por defectos que impliquen la nulidad de los actos preparatorios y del acto de adjudicación, y en segunda instancia por la nulidad del contrato mismo. Nuestra legislación en materia de contratación administrativa no da un tratamiento especial a este aspecto, pero el mismo en nuestro criterio puede ser tratado desde la perspectiva general de los actos administrativos. En consecuencia aplicando el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública habrá nulidad absoluta cuando en un contrato administrativo falten algunos de sus elementos esenciales.

Bajo esta perspectiva bajo la vía de la revisión de la nulidad de los actos administrativos, puede perfectamente obtenerse la nulidad de un contrato administrativo, desde luego siempre respetando las limitaciones que la misma Ley establece, en tratándose de derechos que en favor del contratista puedan haber surgido al momento del nacimiento del contrato.

En este sentido son aplicables a los contratos administrativos las revisiones de oficio y demás calificaciones que en materia de actos administrativos prevé nuestra Ley General de la Administración Pública, por cuanto si bien la materia está separada, no así la calificación de los contratos administrativos como actos administrativos en esencia.

El Profesor Eduardo García de Enterría opina que no es fácil, -para efectos de analizar sobre la

nulidad de los contratos administrativos- y del acto de adjudicación de la nulidad del contrato mismo, por cuanto si bien los primeros son actos no relativos al fondo del contrato, toda la formalización del proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración y la plasmación sucesiva de ese proceso en una serie de actos singulares susceptibles de impugnación independiente permite trasladar en todo caso los vicios de fondo del contrato a los actos que le sirven de soporte.

2. La caducidad del contrato administrativo

Si bien la caducidad opera como una forma de extinción del contrato administrativo, más deberíamos decir que constituye una sanción o medida represiva de carácter definitivo utilizable por la administración pública para con sus contratistas.

Esta modalidad de terminación anormal de los contratos estaba plasmada en la antigua legislación concretamente en el artículo 245 del Reglamento de la Contratación Administrativa que establecía:

"Salvo plazo, prórroga o convenio de posposición dispuestos por razones de fuerza mayor o en interés de la Administración, se tendrá por caduco el contrato cuando hubieren pasado seis meses sin iniciarse o proseguirse su ejecución, contados a partir del momento en que debió serlo, sin que la Administración haya realizado algún acto necesario para ello y sin que el contratista presente formal requerimiento para lograr esa ejecución."

No obstante en la actual normativa no se indica nada respeta de la caducidad del contrato, debiendo presumirse que esta se podrá tramitar como una causal más de incumplimiento del contrato y siguiendo por tanto el procedimiento de resolución unilateral que más adelante analizaremos.

Miguel Marienhoff, trata la caducidad como una modalidad de incumplimiento contractual, tratamiento que también le ha dado, -según él indica- La Corte Suprema de Justicia de Argentina.

3. La resolución por incumplimiento del contratista

La ejecución del contrato no solo es una obligación para el contratista desde el momento del nacimiento del contrato, como lo establece el artículo 20 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual establece que:

"Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato", (sino que implica un derecho en favor de éste.)

De esta forma es tratado por la misma ley mencionada en su artículo 17 al establecer:

"Los contratistas tienen derecho a ejecutar plenamente lo pactado, excepto si se produce alguno de los supuestos mencionados en el artículo 11 de esta ley."

Esta ejecución lo deberá ser como norma elemental aplicando el principio de continuidad, que le permite a la administración exigir al contratista la permanencia, o no interrupción, en toda circunstancia, de la ejecución del contrato, de modo que no pueda ser interrumpida o suspendida por causa alguna.

Según José Roberto Dromi: "Toda cuestión vinculada a la ejecución contractual debe resolverse con sujeción al criterio de la "continuidad", pues los contratos administrativos se hacen para cumplirlos y se los debe ejecutar en la medida que el interés público exige que esa ejecución sea ininterrumpida o continuada".

Desde esta perspectiva, cuando exista incumplimiento injustificado de parte del contratista en relación con la ejecución del contrato, la administración está facultada para resolver en forma unilateral el contrato y cobrar a dicho contratista los daños y perjuicios que a ella se le causen.

Nuestra legislación hace una distinción muy poco encontrada en la doctrina entre lo que es la resolución del contrato y la rescisión del mismo. En este sentido refiere la primera a los casos en que la administración se vea en la necesidad de resolver el contrato por incumplimiento del contratista y la segunda a los casos en que la administración, encontrándose el contrato en una etapa de correcta ejecución, considera necesario rescindirlo por causas de interés público, caso fortuito o fuerza mayor.

Digo que en realidad la doctrina no hace esta diferencia por cuanto autores como Dromi, García de Enterría o Marienhoff, no se refieren a la diferencia entre estos dos términos que utiliza nuestra legislación.

Dromi, refiriéndose a la competencia rescisoria de la administración, establece como uno de sus supuestos el incumplimiento grave del contratista, fundado en razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Con esto nos demuestra que el término rescisión lo utiliza indistintamente para referirse a los casos de incumplimiento contractual, tanto como para los casos de interés público.

Marienhoff por su parte refiriéndose a la rescisión indica que la misma se entiende tanto al acto emitido por acuerdo de partes poniendo fin al contrato, como al acto que se emita por una de las partes o se dicte a pedido de una de éstas, a raíz de hechos que por disposición del derecho aplicable autoricen la finalización o terminación del contrato. En este sentido utiliza el término para calificar los dos tipos de conductas, que nuestra legislación separa en un caso como resolución del contrato y en el otro como rescisión.

No obstante lo anterior y analizando nuestra normativa de la forma como ha sido tratada, debemos entender que cuando se habla de resolución del contrato administrativo se hace referencia a los casos de incumplimiento contractual imputables al contratista, y cuando hablemos de rescisión estamos refiriéndonos a la decisión también unilateral de la administración pero sustentada en el interés público, en caso fortuito o en fuerza mayor, y sobre todo entendiendo que en el primer caso no se reconoce ninguna indemnización al contratista, sino que por el contrario se le imponen sanciones, y hasta el eventual cobro de daños y perjuicios y el segundo de los casos corresponde a la administración indemnizar al contratista por los daños y perjuicios que se le ocasionen con ocasión de esa rescisión.

Debemos tener muy claro que en ambos casos estamos ante prerrogativas de la administración que son irrenunciables, y que forman parte del contrato administrativo aún cuando no estén integradas a sus normas internas, pues constituyen una facultad de la administración.

Nuestra legislación anterior en el artículo 231 del Reglamento de la Contratación Administrativa, y en el artículo 118 del la Ley de la Administración Financiera de la República establecían la posibilidad para la administración de resolver el contrato en forma unilateral cuando se dieran casos de incumplimiento del contratista, así como la posibilidad de ejecutar la garantía de cumplimiento, pero no establecía ningún procedimiento especial para la toma de esta decisión, la cual parecía era impugnabile, sólo en la vía jurisdiccional. En la nueva legislación, concretamente en el artículo 13.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa, sí establece el procedimiento de resolución unilateral del contrato por parte de la administración.

Esta norma indica:

"En caso de incumplimiento imputable al contratista la Administración podrá resolver sus relaciones contractuales. De previo a la audiencia que se conferirá al interesado, la Administración debe haber

verificado preliminarmente las causales de la resolución y acreditarlas en el expediente que se levantará al efecto".

El procedimiento incluye una audiencia por 10 días hábiles al contratista para ejercer su descargo y ofrecer la prueba, otorgándosele posteriormente un plazo de un mes a la administración para que se pronuncie al respecto, teniendo por último el contratista el derecho a los recursos ordinarios y extraordinarios que señala la Ley General de Administración Pública.

Esta norma viene a consagrar el debido proceso en materia de resolución unilateral de los contratos administrativos, lo cual es sumamente trascendental sobre tomando en cuenta que lo que se regula es la resolución unilateral por incumplimiento del contratista, que lo hace acreedor a sanciones que pueden implicar su inhabilitación para contratar con la administración y a un detrimento patrimonial reflejado en las multas y en el pago de eventuales daños y perjuicios.

Obliga igualmente la norma a fundamentar por parte de la administración la motivación de la medida sancionatoria, y a documentarlo técnicamente en el expediente que debe levantarse al respecto. Para José Roberto Dromi: "La competencia sancionatoria encuentra su justificación en razón de la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del contrato.

4. La rescisión por parte de la Administración

Hemos ya hablado sobre la rescisión del contrato, sobre todo por el uso de la terminología que se hace en doctrina, sin embargo, deseamos reiterar que esta es definida en nuestra legislación como la terminación del contrato en forma unilateral por parte de la Administración, motivada en razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor.

El uso de esta prerrogativa por parte de la administración, no obstante el calificativo de cláusula exorbitante que se le da en doctrina, implica igualmente obligaciones para la administración, cual es la de indemnizar al contratista, de acuerdo con los términos del contrato.

Para Dromi, la rescisión no opera por razones de conveniencia, mérito u oportunidad, como reflejo del interés público, sino que ésta únicamente se opera como sanción, por falta o culpa del contratista. Él considera que el término a utilizar en tratándose de causales de interés público es el de revocación, que si está directamente relacionada con el interés público.

Sin embargo, al igual que en el punto anterior, nos referiremos a la rescisión como la decisión unilateral de la administración de dar por finalizado "sin ejecución" el contrato administrativo, fundamentado en razones de conveniencia, mérito y oportunidad, directamente relacionadas con el interés público, al igual que en aquellos casos en que la misma opera por motivos de fuerza mayor o caso fortuito.

En este sentido el artículo 13.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa establece:

"En cualquier momento podrá la Administración rescindir unilateralmente, por motivos de interés público, caso fortuito o fuerza mayor, sus relaciones contractuales, no iniciadas o en curso de ejecución."

a) Por causas de interés público

De acuerdo con la norma transcrita nos interesa definir qué se entiende por interés público para efectos de la aplicación de la norma.

Como hemos comentado para autores como José Roberto Dromi, cuando se habla de "interés público", para efectos de dar por finalizado en forma anormal un contrato administrativo, nos

debemos centrar en justificar aspectos propios de conveniencia, oportunidad, o mérito que obliguen a la administración a revocar su intención inicial de contratar y llevarla hasta el extremo de completar su obligación dentro del contrato sin que éste llegue a su ejecución de acuerdo con lo inicialmente pactado.

Estas razones de conveniencia, oportunidad o mérito, por tanto requieren de una completa justificación, por cuanto en la mayoría de los casos implican pérdidas importantes para la administración.

b) Por caso fortuito o fuerza mayor

Para definir esta causal no es menos importante referirnos al análisis de los hechos que podemos separar en dos categorías: los hechos de la naturaleza, y los llamados hechos de acción humana que son aquellos realizados por el hombre.

Los hechos naturales comprenden numerosas especies posibles, como lo son las inundaciones, las lluvias, la neblina, el viento, los temporales, tempestades y tormentas del mar, los terremotos y temblores, los aludes o deshielos, las temperaturas extremas, plagas, la muerte, entre otras.

Estos constituyen hechos externos a la relación contractual que pueden directamente o indirectamente interferir en ella, y por lo extraordinario de su aparición, y en no pocos casos por su gravedad, pueden afectar directamente en esa relación contractual e incluso ocasionar su terminación anormal.

Por otro lado los hechos del hombre pueden también constituir casos de fuerza mayor en la relación contractual, cuando reúnen determinadas características.

Estos hechos bien pueden ser guerras, hechos de un tercero, actos del Estado, resoluciones judiciales, huelgas, paros patronales, etc., que son hechos que no directamente relacionados con la relación contractual particular, pueden llegar a incidir en ella e igualmente ocasionar la terminación anticipada de la relación contractual.

Analizadas en forma particular cada uno de esos hechos pueden constituir dependiendo de la incidencia que tengan en la relación contractual, en que la administración se vea obligada a rescindir el contrato con los consecuentes pagos de indemnización para el contratista.

5. El incumplimiento de la administración y la mutabilidad irrazonable

El incumplimiento por parte de la Administración también puede constituir una causal de rescisión unilateral del contrato, no ya por parte de la administración, sino por parte del contratista. La situación más generalizada en este particular es el incumplimiento en el pago de lo contratado.

Todo comportamiento o toda conducta de la administración que den por resultado la imposibilidad para el contratista de cumplir el contrato, puede según Marienhoff, obligar a ese contratista a rescindir unilateralmente el contrato, sin responsabilidad de su parte.

Puede desde esta perspectiva el contratista, tanto alegar la ejecución definitiva de lo pactado como su paralización, dependiendo del grado de incumplimiento de la obligación por parte de la Administración.

Desde la misma perspectiva del incumplimiento podemos también encontrar otra modalidad de justificación de rescisión unilateral de parte del contratista, y es en aquellos casos en que la administración haciendo uso de su potestad de modificación unilateral del contrato, sobrepase los límites razonables de tal potestad y ponga en grave desventaja al contratista, es aquí a lo que

llamamos la mutabilidad irrazonable de la administración, vista como el abuso a la potestad de modificación unilateral del contrato a que por principio tiene derecho la administración.

6. El mutuo disenso de las partes

No obstante ser una típica modalidad contractual, el mutuo acuerdo de los contratantes puede ser una forma de finalización anormal del contrato administrativo, bajo la simplicidad de que la misma presupone un acuerdo entre las partes que debería estar en todo momento alejado de la utilización de la vía jurisdiccional.

III. CONCLUSIONES

Luego del presente análisis llegamos a una primera gran conclusión que es precisamente que nuestra legislación en materia de contratación administrativa es prácticamente omisa en cuanto a regular la ejecución del contrato administrativo. Esta omisión en nuestro criterio va a ocasionar no pocos problemas de aplicación de la ley, que tendrán necesariamente que ventilarse al amparo de principios generales del derechos, y de doctrina y jurisprudencia importada.

No obstante que en tratándose de procedimiento de resolución de los contratos administrativos, se introdujeron normas que actualizan el procedimiento conforme a los lineamientos de respecto a las normas constitucionales, en otros aspectos como es todo lo relativo a la ejecución del contrato, y a las regulaciones en aspectos de terminación anormal de los contratos se dejó completamente relegado.

Requiere en nuestro criterio nuestra legislación de una mayor definición en esta materia, y de la introducción de conceptos necesarios para en el futuro poder dirimir en la vía administrativa, conflictos que se puedan llegar a presentar con respecto a este tema.

b) LA DECLARATORIA OFICIOSA DE NULIDAD ABSOLUTA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

[Muñoz]²

I. INTRODUCCION

Los actos administrativos típicos, como medio de expresión de la voluntad de la Administración deben conformarse en un todo a los requisitos prescritos por el ordenamiento jurídico para producir los efectos deseados, so pena de incurrir en vicios de ilegalidad, con los consecuentes perjuicios que ello puede ocasionar tanto a la Administración gestora, como al propio administrado. En este orden, el ordenamiento jurídico dispone diversas reacciones, según sea la naturaleza de la violación cometida. La infracción al ordenamiento por falta total de uno o varios de los elementos constitutivos del acto, genera su nulidad absoluta, mientras que la originada en la imperfección de uno de sus elementos, provoca su nulidad relativa (artículos 166 y 167 LGAP).

No obstante lo anterior, la impugnación del obrar administrativo trasunta diversas modalidades

según cual sea el instrumento de manifestación de la voluntad administrativa: esto es, los medios de impugnación y de revocación — entendido este término en su acepción general de reconsideración oficiosa sobre la legalidad de la disposición—, del acto difieren según se trate de un acto administrativo típico, de una actuación material, de una disposición de alcance general o de un contrato administrativo.

En materia de nulidad absoluta del acto administrativo declarativo de derechos, el numeral 173 LCAP dispone que la Administración podrá declarar, mano propia, su invalidez, siempre y cuando la nulidad absoluta sea además evidente y manifiesta, y se cuente con un dictamen previo afirmativo de la Procuraduría General de la República. En tratándose de contratación administrativa, por otra parte, la normativa especial dictada al efecto —a cuya determinación de su vigencia con posterioridad a la LGAP se contrae el presente estudio—, establece la posibilidad de que tanto la Administración contratante como la Contraloría General de la República, puedan declarar esa nulidad absoluta independientemente de las regulaciones de la LCAP.

En el presente estudio nos avocaremos al tema específico de la declaratoria de nulidad absoluta en sede administrativa, del contrato administrativo, advirtiendo por ahora, que la diversidad de procedimiento para esa declaratoria contenida en la LCAP y la LAFR respecto de cada modalidad de acto, ha sido cuestionada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al propugnar ésta una uniformidad de régimen en función de las disposiciones de la LGAP.

En razón de lo expuesto, es menester referirnos brevemente a los principales argumentos contenidos en las resoluciones que tratan el tema, para ensayar luego un análisis normativo doctrinal, legislativo y jurisprudencial de la cuestión planteada.

II. EL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Los criterios de la Honorable Sala Constitucional que han motivado el presente ensayo, se encuentran recorridos en la Resoluciones N° 1605-90 y 1563-91.

II.1. Resolución 1605-90

Se originó en Acción de Amparo promovida por una empresa, contra el Consejo Directivo de una Institución Descentralizada, para que se declarara válido el acto adjudicatorio de un concurso de antecedentes de esa Administración y se declarara absolutamente nulo el acto administrativo tomado por la misma Entidad, que declaró la nulidad absoluta —de oficio— del acto adjudicatorio en cuestión, con fundamento en el artículo 100 de la Ley de la Administración Financiera. La Junta Directiva de la Entidad accionada, una vez adj udicado en firme el citado concurso, resolvió revocar el acuerdo y en su lugar anular el procedimiento seguido, con fundamento en las disposiciones del artículo 100 de la LAFR.

El razonamiento de la Sala, en lo que interesa, expuso:

"II... Aducen que el artículo 100 de la Ley de la Administración Financiera de la República ofrece la base legal para proceder conforme se actuó, en defensa de los intereses de la institución ya que se había cometido una serie de yerros que hacían nula la adjudicación operada en favor de las ahora accionantes... En efecto, tal como lo ha señalado esta Sala, en otras resoluciones, tratándose de actos que declaran derechos la posibilidad de declararlos nulos encuentra en el ordenamiento ciertos límites temporales y formales sin cuya atención la administración no puede lograr el propósito que persigue. En esta materia el principio del debido proceso es fundamental, y sin una participación apropiada de las empresas adj udica-tarias no podía concluirse conforme con la hipótesis del artículo 100 de la Ley de la Administración Financiera de la República. Claro esta que

esta norma podría aplicarse a la luz de hechos como los que dice la demandada sucedieron, pero sin la utilización de los procedimientos adecuados sería antijurídico. Es preciso que se garantice al posible o posibles afectados el derecho de audiencia, de defensa, de ofrecer prueba, de acceso al expediente y, finalmente, de recurrir de lo resuelto en cuanto al fondo, todo ello constitutivo de lo que se engloba dentro del debido proceso, por manera que en el caso concreto, echándose de menos esas circunstancias en lo actuado por la entidad demandada, la acción deviene procedente a la luz de lo estatuido (sic) por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, normas lesionadas por la institución demandada. POR TANTO: Se declara con lugar el recurso... se reestablece a la accionante en el pleno goce de sus derechos..."

II.1-a. Comentario

Varias premisas se desprenden de la Sentencia, todas ellas importantes en razón de lo que se expondrá infra, en relación con la otra resolución que sera objeto de comentario:

1. La Sala se pronuncia por entender el acto de adjudicación dentro de un procedimiento de contratación administrativa, como un "acto declaratorio de derechos", mas nótese que no hace relación alguna con el concepto de "acto declaratorio de derechos" a que alude el artículo 17:3 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP).

2. Se parte de la premisa de que la declaratoria de oficio de nulidad absoluta de actos que declaran derechos, encuentra en el ordenamiento ciertos límites temporales y formales, sin embargo, para el caso sub-exámine; sea un acto adjudicatorio dentro de un procedimiento de contratación administrativa, no se señala dentro de esos límites impuestos por el ordenamiento, las disposiciones y doctrina del numeral 173 de la LGAP —que, por el contrario, sí constituye el límite para la declaratoria de nulidad absoluta de los actos administrativos comunes, o no referidos a contratación administrativa en este orden los límites a que alude el juzgador se encuentran referidos concretamente al "principio del debido proceso", con todas las garantías que conlleva para el eventual afectado; esto es, en el caso particular de declaratoria de oficio de una nulidad absoluta de un contrato administrativo, el límite del debido proceso impuesto por nuestro ordenamiento, se encuentra directamente —según lo señala la sentencia—, en las garantías concedidas por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política.

3. La Sala reconoce expresamente que el artículo 100 de la Ley de la Administración Financiera de la República (en adelante L AFR) "podría aplicarse a la luz de hechos como los que dice la demandada sucedieron", advirtiendo que sin la utilización de los procedimientos adecuados —entiéndase el debido proceso—, sería antijurídico.

Como elemento principal que interesa destacar de esta resolución surge la incorporación por parte de la Sala, del concepto de la garantía del "debido proceso" como elemento de validez en la aplicación de las facultades de anulación de oficio, que ostentan la Administración interesada y la Contraloría General de la República en tratándose de los contratos administrativos a que alude el artículo 100 de la LAFR.

Esta tesis ya era conocida en nuestro medio, en lo que al acto administrativo declaratorio de derechos respecta. En efecto, ya Ortiz Ortiz había expuesto:

"... fuera de estos requisitos típicos y específicos de la declaratoria de caducidad, hay uno común a todos los actos que deparan perjuicio grave al administrado (en este caso el concesionario), imponiéndole deberes o suprimiéndole derechos: es el requisito de ser debidamente oído enjuicio, o, dentro del campo administrativo, de dar oportunidad al administrado para que oiga las imputaciones de la Administración y las combata, ofreciendo prueba en defensa de su derecho.



El requisito en cuestión no está tampoco exigido por una ley expresa, ni aun siquiera por nuestra Constitución en relación con asuntos administrativos. Pero se desprende, a modo de principio general, del Art. 39 Constitución Política (sic), que exige que haya oportunidad concedida al indicado para ejercitar su defensa y prohíbe que se le pueda condenar sin previa demostración de culpabilidad". (Ortiz Ortiz, Eduardo. Aspectos legales de concesiones ferrocarrileras, op. cit, pág. 191).

Concretamente, en relación con la aplicación del numeral 173 de comentario, el mismo autor manifiesta:

"El art. 173 no exige expresamente audiencia previa al administrado derecho habiente, quien tiene en el acto nulo el título de su derecho, pero es evidente que para privarlo de ambos, anulando el acto, es preciso anotar el procedimiento administrativo ordinario previsto por el art. 308, dado que la declaratoria de nulidad absoluta o de pleno derecho necesariamente le causará marcado agravio". (Ortiz Ortiz, Eduardo, Nulidades del acto administrativo en la Ley General de la Administración Pública, op. cit., págs. 425-426).

II.2. Resolución 1563-91

Recurso de Amparo entre las mismas partes del recurso supracomentado. Se recurre contra un acuerdo en virtud del cual se declaró la nulidad absoluta de todo lo actuado y resuelto en el concurso de antecedentes N° 2-89, acuerdo tomado luego de que esa Sala dispusiera en el anterior recurso citado, reestablecer a las mismas empresas recurrentes en el pleno goce de sus derechos.

La Junta demandada expresó que en aplicación de la resolución de esa Sala para el recurso de amparo anterior, al presente se subsanó el defecto apuntado en el debido proceso y procedió nuevamente a anular la adjudicación recaída declarando desierto el concurso. Alegaron los recurrentes, que el acto adjudicatorio es total y absolutamente nulo. En lo que interesa a los efectos del presente estudio, la sentencia indicó:

" V. Análisis aparte merece el artículo 100 de la Ley de la Administración Financiera de la República. Este, deja a la Contraloría General de la República o a la propia administración, el declarar la nulidad de los contratos celebrados. Se afirma por la demandada que en uso de esa competencia, se anuló la adjudicación del concurso N° 2-89. Para la Sala, el artículo de cita debe tenerse como completado (sic), sustancialmente, con lo que posteriormente vino a indicar, sobre el particular, la Ley General de la Administración Pública. Por una parte, de conformidad con ésta, un acto declaratorio de derechos solamente puede ser declarado nulo por la propia administración, cuando se esté en presencia de una nulidad absoluta, manifiesta y evidente. Por manera que no se trata de cualquier nulidad absoluta, sino de aquella que se encuentre acompañada de una nota especial y agravada, consistente en que la nulidad absoluta sea perceptible fácilmente, o lo que es igual, sin necesidad de forzar las circunstancias para concluir en ello... la Ley General de la Administración Pública agrega otro requisito a cumplir por la administración: la declaratoria por "mano propia" solamente puede hacerse, si en la determinación de la nulidad absoluta, manifiesta y evidente, participa el criterio vinculante de un órgano técnico-jurídico externo. Ese órgano es la Procuraduría General de la República —en tratándose de la competencia de anular—, tal como lo establece el artículo 173 de la citada ley. Esta norma no puede obviarse, como lo ha hecho la entidad demandada, que inició el procedimiento... y lo concluyó sin que previamente se oyera a la Procuraduría sobre el propósito perseguido en él. Es evidente entonces, que a partir de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la competencia de anular en sede administrativa solamente puede ser admitida si se cumple con el deber de allegar un criterio experto y externo al

órgano que va a dictar el acto final. En ambos señalamientos, pues, las garantías que contiene la ley de cita, se incorporan como componentes del debido proceso artículos 11, 39 y 41 de la Constitución Política), y al prescindirse de ellas, como lo hizo la administración demandada, se produce una lesión constitutiva de una nulidad absoluta de lo actuado y decidido, por lo que también en cuanto a este extremo, el recurso debe declararse con lugar".

II.2-a. Comentario

De esta resolución se desprende que el acto adjudicatorio dentro de un procedimiento de contratación administrativa, o, en términos generales, el acto que perfeccione un contrato administrativo, constituye un acto declaratorio de derechos, de la misma naturaleza que el referido por el artículo 173 de la LGAP; en consecuencia, la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de dichos contratos, se encuentra limitada por aquella normativa concretamente en cuanto a que:

- a) No se debe tratar de una nulidad absoluta pura simple -según la distinción que hace la sentencia-, sino que esa posibilidad queda restringida únicamente para el caso de la nulidad absoluta que además sea "evidente y manifiesta".
- b) La declaratoria de nulidad únicamente podrá hacerse, si se cuenta con un dictamen previo y afirmativo de la Procuraduría General de la República.
- c) Para efectos de declarar una nulidad absoluta de un contrato de la Administración, aún cuando se trate de una "evidente manifiesta", deberá seguirse el procedimiento administrativo ordinario previsto en la LGAP, salvo en casos de "urgencia", cuando ella quedare debidamente invocada y razonada en la resolución que ordena iniciar el procedimiento.

Como corolario de las premisas obtenidas de ambas resoluciones, se obtiene que con la primera no se pretendió equiparar, al acto adjudicatorio firme —contrato administrativo conforme a los términos de los arts. 131 y 220 del RCA—, con el concepto de acto administrativo declaratorio de derechos, cuyo régimen de nulidad oficiosa contempla el numeral 173 de la LGAP. De hecho en esa resolución se declaró con lugar el recurso de amparo, no porque se hubiera incumplido con los requisitos que contempla el citado artículo para declarar la nulidad absoluta del acto en cuestión, sino más bien porque, aún cuando bien se pudo haber utilizado la facultad que concede el artículo 100 de la LAFR, como la misma sentencia lo reconoce (lo cual dejaría de lado, en primer término, la intervención de la Procuraduría General de la República, luego el requisito de que la nulidad absoluta fuera además evidente y manifiesta y por último, el procedimiento ordinario para la afectación de derechos subjetivos establecido por la LGAP), no se cumplió en la especie con el "debido proceso" que, aún para el caso del artículo 100 de cita impone nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, los artículos 39 y 41 de nuestra Carta Magna. Aclárase de una vez que en nuestro criterio, las disposiciones del artículo 100 de la LAFR, son incompatibles e irreconciliables con las del 173 de la LGAP —en cuanto a competencias, procedimiento y naturaleza de la nulidad a declarar—, de donde que no podríamos entender en qué sentido la última norma podría "complementar" la primera (tal y como indica la Resolución). En todo caso, de la comparación de ambas resoluciones, llama la atención que un aspecto tan importante como el del incumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos por el artículo 173 LCAP, no fuera advertido ni tomado en cuenta por la Sala al resolver el primero de los amparos bajo comentario.

Ahora bien, hechas esas primeras apreciaciones generales sobre las sentencias de comentario, es preciso hacer referencia al régimen normativo especial para la declaratoria, en sede administrativa, de la nulidad absoluta de los contratos administrativos, en relación con el régimen de la nulidad absoluta de los actos administrativos declaratorios de derechos.

III. EL RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA DECLARATORIA EN SEDE ADMINISTRATIVA, DE NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El régimen de la contratación administrativa en Costa Rica, se encuentra regulado principalmente, por la Ley de la Administración Financiera de la República (artículo 92 y siguientes) por el Reglamento de la Contratación Administrativa (artículos 1o y 3o). Dicha normativa regula los procedimientos de contratación, prerequisites, derechos de las partes durante la ejecución del contrato y las potestades o prerrogativas de la Administración para la debida satisfacción del interés público.⁴ En lo que respecta propiamente al régimen de las nulidades declarables de oficio en materia de contratación administrativa, dispone el artículo 100 de la Ley:

"Los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o procedimientos esenciales, que establecen la presente ley y su reglamento, son absolutamente nulos.

Esta nulidad es declarable de oficio en vía administrativa, tanto por la Administración interesada, como por la Contraloría General de la República". (Ley N° 1279 de 2 de mayo de 1951, así reformada mediante ley N° 5901 de 20 de abril de 1976).

En similar sentido se manifiesta el Reglamento de cita, cuando en su numeral 288 dispone:

"Los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o procedimientos esenciales que establecen la ley y el presente Reglamento, son absolutamente nulos. Son asimismo absolutamente nulos los contratos o actos administrativos en que haya participado en forma directa un funcionario inhabilitado según lo dispuesto por el Título X de este decreto. Estas nulidades son declarables de oficio en vía administrativa tanto por la Administración interesada, como por la Contraloría General".

Posteriormente, la Ley General de la Administración Pública (N° 6227 de 28 de abril de 1978), incorporó un artículo sobre la declaratoria de nulidad absoluta en sede administrativa, del acto administrativo declaratorio de derechos. Al efecto estableció su artículo 173.1:

"Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos fuere evidente y manifiesta, podrá declararse por la Administración en la vía administrativa sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad señalado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República" (así reformado por artículo 47 de la Ley N° 6815).

No obstante la última de las normas citadas, se dictó con posterioridad a la de la LAFR, es lo cierto que existen elementos definitorios y particulares de la contratación administrativa, que no permitirían entender como complementada, modificada o derogada aquella normativa, en función de la normativa general y que nos llevaría a apartarnos del respetable criterio sostenido por la Sala Constitucional en las resoluciones bajo estudio. En efecto, la diferencia de criterio entre una y otra tesis obedece a una diferencia conceptual de las frases propias sobre la que están sustentados ambos regímenes de nulidad. Los contratos administrativos, se ha dicho, son actos bilaterales o complejos, y por tanto claramente diferenciables de los actos administrativos unilaterales o comunes, típicos de la actuación administrativa cotidiana. Ambos tipos de actuación administrativa son regulados en cuanto a su formación (procedimientos), elementos definidores, requisitos de eficacia y validez, por normas y principios independientes. No obstante lo anterior, debe advertirse que, en razón de que el acto mediante el cual la Administración manifiesta su voluntad de contratar y con el cual concurre a perfeccionar el contrato, es un típico acto administrativo, es claro que le resultan aplicables —así como a todo acto interno de procedimiento—, las regulaciones establecidas por la Ley General de la Administración Pública en cuanto a su conformidad con el ordenamiento; esto es, en cuanto a competencia del funcionario que dicta el acto, procedimiento

legalmente establecido para el acto en cuestión, elementos sustanciales del acto (motivo, contenido y fin), etc.

Con todo lo dicho, es nuestro criterio que el contrato administrativo no es un "acto declaratorio de derechos" en el sentido técnico de la expresión, por lo que, en virtud de la normativa especial dictada al efecto y conforme a los fundamentos de derecho y de doctrina que se mencionaran infra no es menester que la Administración proceda conforme a lo dispuesto por el artículo 173 supra transcrito, a efecto de dictar la nulidad absoluta de esos contratos en sede administrativa.

111. 1. Fundamento doctrinal

Es conteste en la doctrina administrad vista, el diferenciar entre las figuras de acto administrativo y contrato administrativo. En general se considera que si bien el contrato constituye una forma de manifestación de la voluntad de la Administración^{6*} —una forma de la "actuación jurídica de la Administración"—, en sentido estricto sólo es acto administrativo la declaración de voluntad emitida unilateralmente por la Administración productora de efectos jurídicos. De ello se desprende, a contrario, que el contrato es más bien una actuación "bilateral", tanto en su formación como en sus efectos, de donde que el régimen jurídico aplicable debe necesariamente ser diferente del previsto para el acto administrativo común.

Sobre este tópico comenta Ernest Forsthoff:

"El actual administrativo es una declaración soberana unilateral. Por eso no comprende las regulaciones de Derecho Público en que intervienen varias partes o voluntades. El contrato de Derecho Público no es un acto administrativo; sobre esto reina amplia unanimidad. En el contrato de Derecho Público falta el factor de disposición soberana, de mandato, conformación o señalamiento unilateral. También en el Derecho Público, el contrato se produce por una declaración consensual de voluntad". (Forsthoff, Ernest. Tratado de Derecho administrativo. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pág. 283).

Por otra parte, interesa hacer incapié en que el contrato administrativo, así como el acto unilateral, son simples manifestaciones o formas de manifestación de la Administración pero no las únicas. Sobre el particular resulta ilustrativo el comentario de José Alberto Dromi:

"La función o actividad administrativa se ejercita a través de cinco formas jurídicas específicas, a saber: hecho administrativo, contrato administrativo, reglamento administrativo, simples actos de la Administración y actos administrativos.

Estas cinco formas jurídicas son los modos o mecanismos procedi-mentales que el ordenamiento positivo prevé para la exteriorización del obrar administrativo estatal en cada una de ellas tiene una conceptualización específica y un régimen jurídico propio, pues son diversos sus elementos, forma, requisitos esenciales, caracteres jurídicos, modos de entrar en eficacia, publicidad, impugnabilidad, procedimiento de formación, modificación y extinción". (Dromi, José Alberto. La licitación pública. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975, pág. 11).

Solo para reforzar conceptos, y a efecto de contar con otra opinión calificada sobre el tema, interesa considerar el criterio del autor García de Enterría sobre el particular:

"En un sentido amplio acto administrativo es todo acto jurídico dictado por la Administración sometido al Derecho Administrativo... Pero ese concepto amplio... es desestimado en la doctrina y en la legislación en favor de un concepto más estricto. Por una parte, se excluyen los reglamentos, que han de integrarse en la teoría de las fuentes y que obedecen por ello a principios más singulares. En segundo término, se excluyen los actos contractuales para hacer con ellos una



teoría propia de los contratos de la Administración, reduciendo la teoría de los actos administrativos a los unilaterales... (García de Enterría, Eduardo. Curso de Derecho administrativo. Madrid Editorial Cívitas, T. I., 1975, pág. 341).

Ahora bien, delineado como ha quedado, la existencia de dos regímenes jurídicos perfectamente diferenciables entre sí del acto administrativo unilateral respecto del contrato administrativo, interesa establecer a qué tipo de acto administrativo se refiere el numeral 173 de la LGAP, y si concretamente, se podría o no entender al contrato como un "acto administrativo declaratorio de derechos" para los administrativos. En este orden, expone el último de los autores citados:

"Aquellos actos administrativos que tienen un destinatario externo pueden afectar a éste de dos maneras diferentes: favoreciéndole, con la ampliación de su patrimonio jurídico, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad, un plus de titularidad o de actuación, liberándose de una limitación, de un deber, de un gravamen, produciendo, pues, un resultado ventajoso para el destinatario... Los primeros son los actos favorables o ampliatorios de derechos y facultades ¿en nuestro derecho suele llamarse también nactos declaratorios de derecho", artículos 110 LPA y 369 LRL..." (op. cit, pág. 366, el relieve no es del origina).

Debe Hacerse notar, en este estadio del análisis, que el acto administrativo por el que se perfecciona un contrato no es un típico acto "favorable" para el administrado, pues no es cierto que exista seguridad de que su patrimonio se va a ver enriquecido, no se trata de un otorgamiento puro y simple de un derecho o de una facultad (se trata, más bien, de un acuerdo sobre derechos y obligaciones recíprocos); no constituye una liberación de una limitación, deber o gravamen y, como se dijo anteriormente, ni siquiera puede asegurar un resultado ventajoso para el contratista en virtud del riesgo de empresa y hasta de caso fortuito o fuerza mayor que deberá asumir (sin perjuicio, por supuesto, del ventajoso régimen de que dispone para mantener, bajo ciertos supuestos, la ecuación financiera del contrato). Este mismo pareciera ser el concepto que consideró, en su momento, la Procuraduría General de la República cuando, en pronunciamiento C-146-87 de 28 de julio de 1987, y sobre el concepto incorporado en el numeral 173 de referencia, indicó:"... consideramos necesario iniciar la respuesta pronunciándonos sobre la competencia de ese órgano para declarar en vía administrativa la nulidad absoluta de actos propios creadores de derechos subjetivos y que lesionan en forma evidente el ordenamiento jurídico, que es el supuesto que contempla el artículo 173 citado", (el relieve es propio). En efecto, se trataría en la especie de actos propios (en contraposición a los complejos, conjuntos o bilaterales) y creadores de derechos subjetivos (no de complejas relaciones con obligaciones recíprocas entre las partes y de resultado incierto para el administrado).

La categoría de "acto declaratorio de derechos", no es propia de nuestra legislación, sino que tiene su origen en la Ley de Procedimiento Administrativo de España, la cual, en su artículo 109, establecía que la Administración podrá declarar la nulidad de los actos nulos de pleno derecho, mientras que el 110 disponía que la Administración no podría anular sus propios actos declarativos de derechos, sino cuando infrinjan manifiestamente la Ley según dictamen del Consejo de Estado. En este orden interesa destacar el matiz asignado por el propio Consejo de Estado Español al concepto referido de "acto declarativo de derechos":

"Los límites a la revocación y anulación de los actos administrativos, que se formulan por los artículos 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, afectan exclusivamente a los actos «declarativos de derechos» (también en igual sentido el artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico), lo cual se entiende en el sentido de actos favorables a los destinatarios que habían enriquecido su patrimonio con un derecho antes inexistente o hayan liberado un derecho efectivo de los mismos que preexistiese de algún límite de ejercicio. Quiere decirse, en concreto, que cuando se trata de actos que no han conferido positivamente derechos a los destinatarios, sino que



más bien les han irrogado cargas u obligaciones, y en general gravámenes esos límites a las facultades administrativas de revocación, que están configurados en garantía de los derechos de los destinatarios y en función de los mismos, desaparecen, y la Administración recobra sus facultades íntegras de volver sobre sus propios actos: facultad que, por lo demás, como todas las potestades administrativas, debe ejercerse sólo cuando lo requiera el interés público y no arbitrariamente...". (Dictamen emitido el 5 de noviembre de de 1959, expediente N° 25.471, citado por Landelino Lavilla Alsina, La revisión de oficio de los actos administrativos, Revista de la Administración Pública, N° 34, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1972, págs. 80-81).

Valga rescatar de la cita, en lo que interesa, el concepto claro de que el acto administrativo declaratorio de derechos —típico—, no puede incluir aquellos que, aun a fuerza de contener una expectativa de beneficio para el administrado le imponga a este igualmente cargas u obligaciones o, en general, gravámenes inexistentes con anterioridad a su nueva situación jurídica, lo cual es precisamente el caso, según nuestro entender, de la situación que sobreviene al contratista en virtud de una adjudicación contractual en firme en donde, amén de las cargas y obligaciones que surgen para él, adquiere no un derecho o beneficio patrimonial determinado, sino un derecho a ejecutar el contrato y a que la Administración respete su condición de contratista lo cual tiene como lógica consecuencia, una expectativa de beneficio económico que, además, estará en función de todas las condiciones que afecten las actividades relacionadas con la ejecución contractual (costo de mano de obra, materiales, impuestos, eventualidad de caso fortuito fuerza mayor etc.).

III. 2. Jurisprudencia administrativa

Tal como se ha puesto de relieve supra, existe abundante jurisprudencia administrativa que respalda la tesis que se ha tenido ensayando; particularmente merced a la aplicación que dentro de su ámbito de competencia ha tenido realizando la Contraloría General de la República, respecto a las facultades que le concede el referido artículo 100 de la LAFR, así como por parte de la Procuraduría General de la República, a través de sus pronunciamientos, los cuales han seguido la línea del N° C-263-82 del 13 de octubre de 1982, el que, aparte de otras consideraciones que ya hemos mencionado, resumió su posición diciendo:

"... La consulta formulada plantea la necesidad de diferenciar entre actos administrativos y contratos administrativos; así como determinar si el artículo 100 de la Ley de la Administración Financiera de la República ha sido modificado por el artículo 173.1 de la Ley General de la Administración Pública... la Administración que celebró un contrato tiene competencia para declarar la nulidad de él, si llega a determinar que no reúne los requisitos, las condiciones o no se celebró con ajuste a los procedimientos legalmente establecidos. Igual competencia posee la Contraloría General de la República...

La Contraloría General de la República posee amplias potestades de fiscalización en materia de contratación administrativa. No obstante, sostener la necesidad de su dictamen favorable para que la administración competente declare la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un contrato administrativo implicaría admitir, en primer término, que la figura del contrato administrativo se equipara a un acto administrativo declaratorio de derechos y en segundo lugar, que la administración contratante ha perdido competencia para declarar por sí misma la nulidad del contrato por ella celebrado, criterio que esta Dependencia no compite.

Por lo antes expuesto y con fundamento en los artículos 100 de la Ley de la Administración Financiera de la República y 288 del Reglamento de la Contratación Administrativa, es criterio de este Organismo que el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes es competente para declarar la nulidad en vía administrativa de un contrato administrativo, cuando aquella es absoluta, manifiesta

y evidente, sin necesidad de contar con el dictamen emitido por la Contraloría General de la República". (Se aclara que el dictamen fue emitido cuando el numeral 173 LGAP, requería dictamen previo de la Contraloría y no de la Procuraduría, como ahora sucede).

En igual sentido, ha manifestado la misma Procuraduría:

"A tenor de lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 100 de la Ley de la Administración Financiera de la República, la competencia para declarar de oficio la nulidad de los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o procedimientos esenciales que establecen la mencionada Ley y su Reglamento, corresponde "a la Administración interesada" y "a la Contraloría General de la República"...

A la luz de los principios referidos cabe concluir que los artículos 100 y 288 de la Ley de la Administración Financiera de la República y del Reglamento de la Contratación Administrativa, respectivamente, confieren la competencia para anular los contratos de mérito exclusivamente a la "Administración interesada" (en el sub-exámine al Ministerio de Obras Públicas y Transportes) y asimismo a la Contraloría General de la República..." (Procuraduría General de la República, Oficio N° 0012 de 8 de enero de 1979).

"Ha sido criterio reiterado de esta Procuraduría (ver resoluciones números C-263-82, C-014-83 y C-190-84), que de acuerdo con los dos últimos artículos citados supra, la vía establecida por el artículo 173 de la LGAP no es la adecuada para declarar la nulidad absoluta de los contratos administrativos.

Esto por cuanto, lo que se establece a través del artículo 17:3 es la potestad de la Administración de declarar la nulidad absoluta de los actos "declaratorios de derechos" y un contrato no es un acto de este tipo...

Entonces, en este caso le corresponde a la Municipalidad la declaratoria de nulidad, pero no ejerciendo sus atribuciones conforme a lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, sino que conforme a los artículos 100 de la Ley de la Administración Financiera y 288 del Reglamento de la Contratación Administrativa". (Dictamen N°C-366-84 de 21 de noviembre de 1984. La referencia de artículos hecha en el primer párrafo citado, corresponde a los numerales 100 y 288 supra mencionados).

Con igual criterio a los mencionados, pueden citarse los pronunciamientos de la misma Procuraduría N° C-I 11-86 de 16 de mayo de 1986 y C-190-84 de 24 de mayo de 1984 que, por reiterativos, se omite su transcripción.

III. 3. La voluntad del legislador

La cuestión principal en el presente asunto, consiste en definir si el régimen general para la declaratoria de nulidad en sede administrativa de actos propios incorporado por la LGAP, derogó o de alguna forma modificó —o, como dice la Sala "complemento"— el régimen especial previsto por la LAFR para el caso de los contratos administrativos. Así pues, reviste suma importancia tener presente las consideraciones tenidas en cuenta por el legislador en los procesos de aprobación y de reforma que han operado sobre las leyes en cuestión. Ciertamente, no puede afirmarse que de las actas legislativas en donde se hizo constar las discusiones sobre el artículo 17 3 de la LGAP, suiija la claridad deseada sobre si por este medio se pretendía regular la impugnación por mano propia de todos los medios de manifestación de la voluntad de la Administración, o si bien solo se entendería referido al acto unilateral declaratorio de derechos. Aún cuando el tema en cuestión no fue objeto de análisis por parte de la Comisión sí debe advertirse que en su discusión se hizo uso reiterada y exclusivamente del término "administrado" como principal beneficiario de la garantía que

ahí se incorporaba (nunca "contratista" u otra denominación similar). Con todo y eso, interesa destacar el comentario hecho por el Lic. Eduardo Ortiz Ortiz al texto del actual artículo 180 de la misma Ley. El artículo propuesto y aprobado dispone:

"Será competente, en la vía administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto el órgano que lo dicto, el superior jerárquico del mismo, actuando de oficio o en virtud de recurso administrativo, o el contralor no jerárquico, en la forma y con los alcances que señala esta ley".

El comentario referido indica:

"Esto se refiere a lo que se llama el contralor jerárquico impropio, que se da cuando el que decide no es el superior jerárquico sino otra autoridad señalada por ley expresamente al respecto, por ejemplo, la contraloría en materia de licitaciones. La Contraloría no es superior jerárquico del Ministerio, pero sin embargo, está llamada por la Ley de Administración Financiera y la Ley Orgánica de la Contraloría a resolver en alzada las adjudicaciones en una licitación de entes públicos, aquí no definimos quiénes serán contralores no jerárquicos sino que regulamos para el caso de que otra ley lo cree con qué poderes y qué límites tendrá que actuar". (Acta de la Sesión extraordinaria N° 103, celebrada por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración a las 14:15 horas del de abril de 1970. Análisis del Proyecto de Ley General de la Administración Pública).

Lo importante del texto transcrito, es que deja entrever que el legislador en ningún momento pretendió eliminar, derogar o abrogar, las competencias específicas que la normativa especial otorgaba a la Contraloría General, particularmente en lo que respecta a las competencias atribuidas por la L AFR, dentro de las que se encuentra, por un lado la de conocer los recursos de apelación en las licitaciones (art. 102.0, por otra parte, la de anular de oficio los contratos administrativos bajo ciertos supuestos (art. 100).

Podría estimarse —partiendo de una interpretación literal y restringida del comentario transcrito—, que la cita se encuentra dirigida únicamente a la competencia otorgada por la LAFR en tratándose del recurso de apelación (sea: en tanto alzada), mas ello implicaría cuestionar la nulidad de oficio decretada por Contraloría en aquellos supuestos en que deba rechazar el recurso de alzada; ello así en razón de que esta competencia le ha sido asignada por el Reglamento de la Contratación Administrativa (en adelante RC A), (artículo 151) y no por la LAFR. Lo que es más, si partimos del criterio citado en una de las resoluciones sub-exámene en el sentido de que el artículo 100 LAFR, debe entenderse sustancialmente "completado" o "complementario" por el 173 LGAP y de que a partir de la vigencia de esta Ley, la competencia de anular en sede administrativa solamente puede ser admitida si se sigue la regulación de este artículo, necesariamente había que concluir que igualmente esa normativa modificó, en lo sustancial, toda otra normativa referida a los tópicos tratados por la LGAP, salvo mención en contrario. En concreto, si el numeral 100 LAFR fue modificado —algunos se atreven a hablar de "derogatoria" tácitamente por el 173 LGAP, el 102 LAFR debió haber sido igualmente modificado por el 180 LGAP supra citado. Esto es, si esta ley derogó toda competencia especial del contralor no jerárquico, salvo en lo expresamente contemplado en la misma (como lo indica el 180 de la LGAP), la competencia otorgada por la LAFR a la Contraloría General, se encontraría igualmente derogada puesto que la LGAP no asigna competencia alguna al Organismo Contralor, sino que ella más bien es asignada, como repetidamente se ha insistido, por la normativa especial de la LAFR.

Debe advertirse, no obstante, que antes de la promulgación del artículo 173 LGAP, la nulidad de los actos administrativos declarable por la Administración, se encontraba ya regulada por el numeral 35.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual hasta la fecha reza:

"Cuando la propia Administración autora de algún acto declarativo de derechos, pretendiere demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza, en el plazo de cuatro años, a contar de la fecha en que hubiere sido dictado".

En este mismo orden, durante el trámite de aprobación del actual artículo 100 LAFR, fue presentada una moción en el Plenario de la Asamblea Legislativa, para que el citado artículo se modificara así:

"La nulidad que se establece en este artículo será declarable de oficio, tanto por la Administración interesada, como por la Contraloría General de la República, salvo que, por existir derechos de terceros, deba acudir al proceso de lesividad previsto por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa".

Como se comprenderá, se pretendió equiparar el régimen de impugnación de oficio de los contratos administrativos, al régimen común ya existente por la legislación general para los actos administrativos ordinarios, no obstante lo cual, dicha iniciativa no tuvo éxito, y se prefirió optar por el régimen especial que hoy conocemos sobre contratos administrativos; esto es, la propia Asamblea Legislativa se encargó de establecer la distinción entre ambos regímenes de impugnación, de donde que, a efecto de variar esa voluntad legislativa manifiesta, hablemos de entender que sólo mediante derogatoria expresa por norma con rango de ley podría entenderse operada una reforma o derogatoria con las implicaciones de la de comentario.

IV. EFECTOS PRACTICOS DE LAS RESOLUCIONES COMENTADAS

El artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que "la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma". Ahora bien, para ubicar debidamente el ámbito de acción de la Sala Constitucional, es menester ubicarnos en el ámbito especial de competencia asignado por nuestro ordenamiento jurídico a la citada Sala. Así debe considerarse, en primer término, el artículo 10 de la Constitución Política, conforme al cual se asigna competencia a la Sala Constitucional, para conocer sobre la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, con las excepciones ahí mencionadas.

Por su parte, el artículo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula como objeto de dicha jurisdicción "garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica". En concordancia con lo anterior, el artículo 2o de la misma Ley, prescribe como competencia propia de la jurisdicción constitucional, "garantizar mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica", mientras que el artículo 3o indica que se tendrá por infringida la Constitución Política cuando no resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades publicas, con las normas y principios constitucionales.

El anterior constituye el marco jurídico dentro del cual debe entenderse instaurada la jurisdicción constitucional en nuestro ordenamiento, de tal forma que todo pronunciamiento que escape a este marco de acción, deberá tenerse como ineficaz para los efectos de la posible vinculación del caso en cuestión.



En efecto, el artículo 61.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece como competencia de la Sala Primera de la Corte el conocer de los recursos de Casación y Revisión, en materia contencioso administrativa comercial y civil, de donde que, partiendo de esa división de funciones asignadas por leyes de similar rango, debemos entender que ni una jurisdicción puede avocar competencias de la otra ni viceversa.

Ahora bien, partiendo de las premisas supra resumidas, es claro que en atención al artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, los precedentes y jurisprudencia de la Sala Constitucional, serán vinculantes erga omnes en tanto se encuentren enmarcados dentro de la competencia específica que a esa jurisdicción ha asignado nuestro ordenamiento jurídico; al contrario, no lo será en cuanto se encuentre fuera de este marco específico de competencia. Caso similar al de comentario sucede con la Procuraduría General de la República, órgano cuyos dictámenes, conforme a lo prescrito en el artículo 20 de su Ley Orgánica, son vinculantes para la Administración consultante (así según interpretación restrictiva dada por la Corte Suprema de Justicia. No obstante lo anterior, es claro que pronunciamientos de ese Organismo, en relación con la vigilancia de la hacienda pública, por ejemplo no resultan vinculantes para la Administración en tanto exista otro Organismo con competencia especial en la materia, tal como lo es precisamente la Contraloría General de la República conforme a las atribuciones que le asigna la Constitución Política y su Ley Orgánica. En el mismo orden de exposición, el artículo 10 de la Constitución Política asigna funciones específicas y exclusivas al Tribunal Supremo de Elecciones, de donde se concluye que, aún con la disposición del artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, el criterio de la Sala en esta materia —y en consecuencia, en cualquier otra ajena a su competencia—, carecería de la vinculación erga omnes ahí establecida.

En lo que a los casos concretos bajo comentario respecta, siendo la determinación de la derogatoria o no, modificación, abrogación o vigencia actual del artículo 100 de la LAFR una cuestión de mera legalidad, no podemos menos que concluir que el criterio vertido por la Sala Constitucional al respecto, carece del carácter vinculante de comentario; más no así las mismas resoluciones en lo que respecta a la necesidad de observar en la aplicación de los artículos 100 LAFR y 173 LGAP, el debido proceso garantizarlo por los numerales 39 y 41 de la Constitución Política. A mayor abundamiento, nótese que la determinación en cuanto a la violación del principio del debido proceso, por parte de la entidad demandada en los recursos de Amparo bajo estudio, efectivamente importa un análisis de la conformidad de la resolución administrativa con las garantías constitucionales que corresponde a la Sala tutelar, igual sucede con la determinación de si una norma legal modifica o deroga a otra de igual jerarquía, pues en este análisis no ha influido ni se ha considerado la violación a forma o principio de rango Constitucional o similar, sino que simplemente se ha tomado partido —si bien, tímidamente—, sobre el procedimiento a servir para la declaratoria de nulidad oficiosa, en el caso de los contratos administrativos lo cual, como ha quedado expuesto, es asunto propio de la jurisdicción contencioso administrativa y no de la constitucional.

V. CONCLUSIONES

Con base en los fundamentos de hecho y de derecho supra referidos, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Vistos los antecedentes doctrinarios, normativos y legislativos, es claro que la legislación costarricense aprobó y avaló la creación de un régimen especial de impugnación oficiosa por nulidad absoluta, de los contratos administrativos.
2. El contrato administrativo no es un "acto declaratorio de derechos" propiamente dicho, y por

tanto no se encuentra dentro de los referidos por el artículo 173.1 LGAP, sino que es un concierto de derechos y obligaciones para ambas partes intervinientes, y se perfecciona mediante un acto si bien tiene la naturaleza jurídica de un acto común, está sujeto por disposición de ley a un régimen jurídico especial, particularmente en lo que hace al su régimen de impugnación, tanto a la que proviene de gestión de parte como a la de oficio.

3. El régimen jurídico de revisión oficiosa del contrato administrativo, se encuentra recogido en los artículos 100 LAFR y 288 RCA.

4. Para la declaratoria de nulidad absoluta en sede administrativa de un contrato administrativo, debe cumplirse con la garantía constitucional del debido proceso prevista por los artículos 34 y 41 de nuestra Constitución Política.

5. Las competencias atribuidas por la LAFR a la Contraloría General de la República, no han sido alteradas por la entrada en vigencia de la LGAP, así como tampoco la competencia especial que aquella Ley asignó a las Administraciones, en tratándose de la revisión oficiosa por nulidad absoluta de sus contratos administrativos.

6. La vinculancia erga omnes de los criterios emitidos por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, debe entenderse referida a la materia objeto de su competencia; sea lo extensible a materia propia del conocimiento de otros Organos y que no tiene relación con la protección de los derechos fundamentales tutelados por la Constitución y otros instrumentos de Derecho Internacional; razones por las cuales los pronunciamientos contenidos en las resoluciones de cita, en lo que respecta a la aplicación de los artículos 100 LAFR y 173 LGAP no ostentan el carácter de vinculante.

3 Pronunciamientos Administrativos

Contratación Irregular

[Pronunciamientos CGR]³

a) Contratación irregular. Indemnización

En una contratación irregular, con el consentimiento de la entidad interesada, es procedente la obligación de su parte de indemnizar (no entendida esta como un pago) la prestación efectiva de esos servicios de consultoría de los cuales se benefició, para incurrir en un enriquecimiento sin causa en perjuicio del administrado, pero sin reconocerle el pago del lucro a esta, pues no nos encontramos de frente a una relación surgida al amparo del contrato originalmente establecido entre las partes interesadas, por lo que no se podría concluir que esa indemnización se otorga en virtud de una modificación contractual al amparo de lo dispuesto en el numeral 12 de la Ley de la Contratación Administrativa. **Oficio 6180 de 22 de junio de 2000 (DAGJ-933-2000)**

b) Contratación irregular. Pago de daños y perjuicios.

En primer lugar, hemos de señalar que como se indicara en nuestro oficio N° 8814 de 16 de julio de 1997 (DGCA 921-97), el reconocimiento de una indemnización en contrataciones irregulares, opera ante la observancia del principio de equidad entre las partes contratantes, así como evitar un enriquecimiento sin causa en favor de la Administración, en razón de que no puede considerarse como pago ya que no estamos de frente a un contrato válido y eficaz, al no haberse sujetado a los procedimientos de contratación establecidos en nuestro ordenamiento positivo, pues éstos no pueden ser marginados menos avasallados. [...] Importante es acotar que la licitación es el procedimiento, por norma constitucional que debe seguirse en las contrataciones de la Administración Pública (numeral 182 de la Constitución Política), por cuanto es en ese procedimiento, que convergen todos los principios que rigen la materia de contratación administrativa, entre los que destaca el de buena fe. / Sobre este fundamento jurídico-constitucional, este Organismo Contralor considera que la indemnización de la que hemos venido hablando, no puede considerarse como un pago normal de una contratación regular, por cuanto en este resarcimiento no se incluye el lucro o utilidad sobre el bien o servicio irregularmente contratado, pues de abarcar éste, estaríamos desvirtuando la contratación administrativa, dando pie a la proliferación de meras vías de hecho, toda vez que ya no existiría diferencia alguna con las contrataciones que sí se sujetan al cumplimiento de los principios de repetida cita y que ha sido la voluntad del Constituyente. / No somos contestes con el criterio externado en su misiva, en cuanto a la posibilidad de incluir el pago de daños y perjuicios dentro de la indemnización de mérito, así como tampoco la opinión en torno a que la sanción no se encuentra estipulada dentro de la norma. En cuanto a lo primero, la indemnización no comporta, per se, un lucro. No consideramos que el resarcimiento deba incluir el pago por perjuicios, precisamente porque con ello estaríamos desconociendo la irregularidad que pueda acusar una contratación, que bien puede ser provocada por la Administración licitante, por el contratista, o por ambos, por lo que no procede el pago por concepto de lucro debido a la responsabilidad en las acciones anómalas que puedan converger en la contratación. / La Administración indemniza, basada en el principio de equidad, procurando con ello no causarle perjuicio a la empresa infractora, por lo que no vemos razón de un pago por concepto de daños y perjuicios, si esa empresa ha consentido, de alguna manera, que se lleve a cabo una contratación fuera del contexto legal que rige la materia. / En cuanto a lo segundo, debemos tomar en cuenta que en estas situaciones se desarrolla lo que conocemos como culpa concurrente, mediante la cual ambas partes asumen su responsabilidad ante la negligencia de la Administración, por un lado, y la inobservancia de los procedimientos establecidos por parte del oferente (filosofía del numeral 21 de la Ley de Contratación Administrativa), norma que implícitamente contiene la sanción al precisar que “En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa” (se suministra el destacado). / El criterio que ha reiterado este Despacho sobre el particular, ha sido también confirmado por otras instancias, como por ejemplo, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante Sentencia N° 395-2000 de las once horas quince minutos del veintidós de diciembre del dos mil, en el conocimiento en alzada del fallo dictado por el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de la Sentencia 703-99 de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del diez de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, en la cual señaló, lo conducente, lo siguiente: / “Es obvio que se trató de una negociación onerosa, en la que tampoco se ha demostrado mala fe, pues como señala la propia resolución que denegó el reclamo: ‘...el señor [...] se excedió en cuanto al nivel de



confianza que debe privar en las negociaciones que tienen trascendencia económica...'. Cabe entonces inferir, que el exceso de confianza se produjo en el plano de la buena fe. / IV.- Desde la perspectiva jurídica, la legislación vigente a la fecha de los acontecimientos, por un lado disponía la nulidad absoluta del contrato y la consiguiente responsabilidad personal de quien así hubiere actuado (artículos 7 y 100 de la Ley de Administración Financiera). Esta responsabilidad personal exclusiva, que aún prevalece, encuentra sin embargo como excepción, aquel supuesto en el que – no obstante la irregularidad jurídica-, se entregan o ejecutan de manera efectiva y de buena fe, los suministros, obras, servicios u objetos pactados, con evidente provecho para la Administración Pública (doctrina del numeral 272 del Reglamento de Contratación Administrativa anterior, aplicable al caso). En es así, por aplicación del equilibrio debido en las contraprestaciones realizadas, pues en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injusto, que el ordenamiento y el juez no pueden permitir. En todo caso, y a más de lo dicho, también impera como principio general de derecho, el deber de no dañar a otro (alterum non laedere), que protegería, en supuestos como este, a quien sufre un perjuicio por la acción de quien representa a la Administración Pública. Un principio que lleva a la responsabilidad objetiva cuando de los entes públicos se trata, bajo los criterios del funcionamiento normal o anormal, lícito e ilícito, enlazados a su vez, con los criterios de falta de servicio y falta personal, que en tanto acumulables, producen, de igual modo, la responsabilidad del Estado (entendido en sentido lato). En el subjuicio, se da una falta personal impura, por la utilización de medios, instrumentos y circunstancias, que producen un nexo de ocasionalidad causal (artículos 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública). Así las cosas, desde la perspectiva contractual o extracontractual, existe la obligación indemnizatoria del Estado.- / [...] VI.- La actora también reclama los intereses sobre los saldos debidos, los que en este caso particular deben ser denegados, por cuanto, quien contrata con la Administración, también está en el deber de velar e informarse por la validez de todo el procedimiento de contratación, con ajuste pleno a lo dispuesto por la ley. Si así no lo hiciera, hay, de algún modo, una culpa parcial de su parte, que si bien no exime al Estado de la responsabilidad correspondiente a la prestación ejecutada, sí lleva a una sanción parcial del contratante por su participación y consentimiento en la negociación irregular. El respeto al Ordenamiento Jurídico, y en concreto, el ajuste al bloque de legalidad, es tarea que no solo compete al ente público actuante, sino que también se traslada, parcialmente, a quien con él interactúa, dentro de un marco de transparencia y buena fe. Este es, de alguna manera, el principio contenido en el numeral 272 del Reglamento supracitado, que también se revierte, como se ha dicho, en una culpa parcial de la víctima, que lleva como consecuencia, la pérdida de los eventuales beneficios (lucro)...” / La buena fe debe presidir la actuación de los contratistas, y es fundamental para determinar el posible resarcimiento del costo del bien o servicio que se adquiere, de tal forma que si se llega a determinar mala fe por parte del oferente, la indemnización no procede, verbigracia el caso contenido en el oficio DI-AC-347 del 25 de abril de 2001 citado en su misiva. De no actuarse de esa forma, estaríamos desnaturalizando el fin mismo de la contratación administrativa, ya que de no aplicarse esta sanción, daría lo mismo actuar a derecho que fraudulentamente. / Si bien es cierto que la sanción de mérito no se encuentra contemplada, específicamente, en una norma jurídica, ésta se deriva, precisamente, de los principios constitucionales que informan la materia. No puede admitirse la transgresión al ordenamiento jurídico cuando se finge ignorarlo o bien se realiza un acto equivoco con el que se pueda obtener un beneficio patrimonial. Consideramos que se actúa fraudulentamente al ser las actuaciones contrarias a la buena fe. El bloque de legalidad debe entenderse como el límite de las actuaciones, no sólo de la Administración Pública en sentido de que éstas no pueden ser alteradas arbitrariamente, sino también de los administrados quienes son llamados a velar, en forma conjunta, por el fiel cumplimiento de las normas positivas. Por lo tanto, ante el desafuero de cualquiera de las dos partes, deberá pensarse con la sanción correspondiente. De lo contrario, se propicia una sensación en los contratistas de hacer "lo que deseen" de frente a la inacción y el vacío legal imperante, pues la buena fe obliga a un comportamiento honrado y leal

en el ejercicio de los derechos, exigiendo coherencia en el comportamiento de las relaciones negociales, ya que el principio de la buena fe es informador de todo el ordenamiento jurídico e impone el rechazo de interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a aquel, como cuando los procedimientos de contratación se utilizan con un fin distinto del querido por el ordenamiento jurídico, o se ejerciten en circunstancias que los vician de nulidad absoluta. **Oficio 8558 de 6 de agosto del 2001 (DAGJ-1326-2001)**

c) Pago. Contratación irregular

En primera instancia, en lo que se refiere a su primera interrogante consideramos pertinente señalar que al tenor de lo dispuesto en nuestro oficio N° 13023, DAGJ-297-99 del 12 de noviembre de 1999, resulta claro que al estar basada la última negociación (durante los meses de noviembre y diciembre de 1998 y enero y febrero de 1999) en una contratación irregular, con el consentimiento de la entidad interesada, es procedente la obligación de su parte de indemnizar (no entendida esta como un pago) la prestación efectiva de esos servicios de consultoría de los cuales se benefició, para incurrir en un enriquecimiento sin causa en perjuicio del administrado, pero sin reconocerle el pago del lucro a esta, pues no nos encontramos de frente a una relación surgida al amparo del contrato originalmente establecido entre las partes interesadas, por lo que no se podría concluir que esa indemnización se otorga en virtud de una modificación contractual al amparo de lo dispuesto en el numeral 12 de la Ley de la Contratación Administrativa.[...], si bien no es lo usual que se negocie entre la empresa constructora y la entidad licitante una contratación como la apuntada, mediante la cual la primera acepta pagar los dos meses adicionales de los servicios de consultoría, tampoco entraremos a calificar si esta es procedente o no. De alguna manera si la firma constructora aceptó cubrir ese pago, se refleja de alguna manera su responsabilidad en cuanto a los atrasos ocasionados en la obra. Más bien cuestionamos el por qué no se negoció en igual forma para los otros meses en que se requirieron también los servicios de consultoría por atrasos, supuestamente imputables también a la firma constructora. Consideramos que esta situación debe quedar debidamente aclarada, se deben establecer las responsabilidades de los funcionarios involucrados, se debe valorar la responsabilidad de la empresa constructora y los daños que le haya ocasionado a la entidad licitante con sus atrasos en la obra, con el fin de que estos sean debidamente reclamados por esa entidad, siguiendo los mecanismos que la ley establece para tales efectos (ejecución de la garantía de cumplimiento que haya tenido que rendir en sustitución de la anterior que le fue ejecutada, pago de cláusula penal si la hubiere, multas, reclamo de daños y perjuicios en la vía judicial correspondiente). No obstante lo anterior, con la salvedad del caso, nos referimos al asunto consultado. Oficio 6180 de 22 de junio de 2000 (DAGJ-933-2000)

4 Jurisprudencia Administrativa

a) Efectos e indemnización de la efectuada de forma irregular

Improcedencia de pago de obras adicionales no contempladas en licitación

Contratación administrativa: Alcances del principio de legalidad

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI]⁴

Voto de mayoría

“III.- Objeto del proceso. Alegato de las partes. La parte promovente aduce, en lo medular, contrató con el Ministerio de Gobernación y Policía y el Ministerio de Seguridad Pública la remodelación de la cocina y el comedor de la Escuela Nacional de Policía, licitación abreviada 2009LA-000297-09002, adjudicada en fecha 03 de septiembre del 2009 y entregada la orden de compra el 30 de octubre del 2010 por un monto de ₡17.796.972.50 (diecisiete millones setecientos noventa y seis mil novecientos setenta y dos colones cincuenta céntimos). Señala, el 09 de noviembre del 2009 se iniciaron las obras con una reunión con personeros del Ministerio de Seguridad Pública, en la que se discutieron acuerdos sobre errores y defectos de los planos arquitectónicos, fijándose que se eliminarían obras que no se realizarían, así como fijación de nuevas obras no incluidas en la contratación. Indica, en cada caso se hizo entrega de la lista de extras y ampliaciones con detalle del costo de cada obra y plazo de ejecución. Apunta, las obras concluyeron el 18 de enero del 2010 a satisfacción, y se petitionó la recepción de las obras y levantamiento del acta para proceder al pago, levantamiento de la garantía de cumplimiento, pago de extras y ampliaciones. No obstante, critica, el 20 de enero del 2010 se le indica que no se puede recibir la obra. Expresa, el 10 de febrero del 2010 se hizo la recepción bajo protesta y de forma provisional. Dice, por nota UC-147-2010-ENP del 19 de febrero se le indica que existieron anomalías en el proceso de los trabajos realizados fuera del contrato y luego por oficio PI-0215-2010 se le señala que en su caso existe una contratación irregular. Apunta, el 01 de marzo del 2010 presenta reclamo administrativo. Acota, es una empresa que trabaja bajo un sistema de crédito para financiar sus obras. El incumplimiento de las Administraciones demandadas le coloca en riesgo financiero para poder cumplir con los compromisos que se asumen para desarrollar las obras. Estima en ₡4.197.450.00 (cuatro millones ciento noventa y siete mil cuatrocientos cincuenta colones sin céntimos) el monto adeudado por extras y ampliaciones. Señala, los daños y perjuicios es sobre la base del pago de intereses por el financiamiento que viene asumiendo desde el 18 de enero del 2010. **Por su parte, el Estado aduce**, la accionante requiere el pago de facturas pendientes de cancelar por la ejecución del contrato de la licitación abreviada 2009LA-000297-09002 denominada "Remodelación de cocina y comedor de la Escuela Nacional de Policía", alegando que el Ministerio de Seguridad Pública solicitó cambios a los términos dispuestos en el pliego de condiciones. Externa, la Ley de Contratación establece la facultad de modificación unilateral del contrato. Señala, durante la ejecución de este contrato surgieron imprevistos de índole técnica que impidieron la construcción de la obra en los términos pactados en el cartel por lo que las partes llegaron a varios acuerdos para realizar las obras, empero, ello no supone que la empresa pudiera realizar las obras solo con la aprobación técnica

de la Unidad Ejecutora del Contrato, ya que de antemano debían cumplirse los trámites legales y presupuestarios. Por tal motivo, dice, la Administración realizó las gestiones para proceder al addendum, lo que fue notificado a la accionante con la indicación expresa que no realizara ninguna obra hasta cumplir el procedimiento legal. No obstante, la empresa hizo caso omiso y finalizó la obra. A su juicio fue la accionante quien desatendió sus obligaciones contractuales. Refiere al numeral 21 de la Ley de Contratación Administrativa y el 210 del Reglamento de Contratación Administrativa. Afirma, en la especie no se produce situación que pueda generar responsabilidad contractual de la Administración, pues no podría ser condenada por daños causados por culpa de la misma empresa contratista, como lo fue construir obras no contempladas en el cartel, pese haber sido advertido con antelación la improcedencia de esas actuaciones, en completa falta del deber de verificación de los procedimientos. En todo caso, asevera, se constata a partir de la certificación de pagos que las obras le fueron canceladas a la demandante. Indica, en todo caso, en caso de resultar procedente alguna de las pretensiones, deben ajustarse a la figura de la contratación irregular. En cuanto a los daños y perjuicios reclamados, no existe una causalidad que pueda hacer surgir responsabilidad por parte de la Administración. Añade, en todo caso, no existe demostración de los daños liquidados, siendo que no se aporta una sola prueba de ellos. Lo mismo ocurre con los perjuicios, los que evidencian una falta de capacidad económica de la empresa para hacer frente a sus obligaciones. A partir de lo anterior es claro que **el objeto del presente proceso estriba** en determinar la procedencia o no de una responsabilidad contractual por parte de la Administración contratante, por el supuesto incumplimiento en el pago de las obras adicionales que fueron acordadas entre las partes y como derivación de esto, los daños y perjuicios que la petente reclama a su favor, merced de lo que considera, una desatención a los compromisos contractualmente asumidos.

IV.- Sobre la sujeción a la legalidad en los procedimientos de contratación administrativa. La actividad de la contratación administrativa, como cualquier manifestación de las potestades públicas, se encuentra sujeta al bloque de legalidad en sentido amplio, debiendo sujetar su funcionamiento al contenido y alcance de las normas jurídicas que regulan determinado procedimiento. Esta sujeción se concreta en el denominado principio de legalidad (sea en su versión positiva, como la clásica versión negativa), cuyo sustento normativo se afianza en los preceptos 11 de la Carta Magna, 11, 12, 13, 59 y 66 de la Ley General de la Administración Pública. De ahí que la actividad contractual pública solo pueda entenderse válida cuando sea sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, según lo enseña el canon 32 de la Ley de Contratación Administrativa (en relación con el numeral 128 y 158 de la Ley No.6227), ergo, en tanto se desapegue de esos criterios normativos que delimitan y precisan el proceder dentro del procedimiento, en tesis de principio, se producen nulidades que pueden llevar a suprimir la contratación, según se colige del ordinal 3 de la Ley de Contratación Administrativa. Sobre los alcances de esta sujeción al ordenamiento jurídico, puede verse de esta sección el fallo No. 168-2011-VI de las 16 horas 15 minutos del 29 de julio del 2011. Desde ese plano, en lo que viene relevante al caso, como parte de los procedimientos que imperan en menesteres de contratación administrativa, debe quedar claro que el objeto contractual delimita las acciones, derechos y obligaciones de las partes. Es precisamente el servicio u obra contratada la que determina el contenido de la ejecución contractual y sobre el cual se realiza una medición y proyección económica a fin de establecer la remuneración a obtener por el contratista y por ende, como presupuesto de base, la previsión de fondos que ha de asegurar la Administración, según lo ordena el precepto 8 de la Ley de la Contratación Administrativa. Ahora bien, la flexibilidad que ha de ser propia del sistema de contratación pública posibilita la modificación del contrato, a fin de ajustar de mejor manera el contrato a las necesidades públicas que le dan base. El contrato es un instrumento para satisfacer intereses públicos o administrativos, no un fin en sí mismo, de lo que deriva entonces su posibilidad de adaptación, siempre que concurren los presupuestos legitimantes para



tal circunstancia. Desde ese plano, el numeral 12 de la citada Ley de Contratación, confiere a la Administración licitante la potestad de modificación unilateral del contrato, tema que luego es desarrollado en el Reglamento a dicha legislación. Con todo, como toda potestad administrativa, se encuentra sujeta a límites que le impone el ordenamiento jurídico, con el fin de asegurar el cumplimiento de los principios que subyacen en la contratación pública, dentro de los que se pueden enunciar, la libre participación, igualdad, control de procedimientos y aplicación de la tipología de contratación que de acuerdo al presupuesto y monto de la contratación correspondan conforme al numeral 27 de la Ley No. 7494. En este sentido, dentro de los límites que ese mismo ordenamiento jurídico impregna para la aludida potestad, se presentan los siguientes: a) que la modificación del objeto, no le cambie su naturaleza, ni tampoco le impida cumplir con su funcionalidad o fin inicialmente propuesto, b) que en caso de aumento se trate de bienes o servicios similares, c) que no exceda el 50% del monto del contrato original, incluyendo reajustes o revisiones, según corresponda, d) que se trate de causas imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento, e) que sea la mejor forma de satisfacer el interés público, f) que la suma de la contratación original, incluyendo reajustes o revisiones de precio, y el incremento adicional no superen el límite previsto para el tipo de procedimiento tramitado. Tales exigencias, se insiste, son impuestas por el numeral 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 de su reglamento. Con todo, ante el ejercicio de este poder unilateral, emerge como fenómeno impostergable el derecho del contratista a la indemnización por el cambio, y en ese mismo orden, mantener el equilibrio en la ecuación financiera del contrato. Cabe advertir, en orden a lo expuesto, el ejercicio de esta potestad no es irrestricta. Debe guardar una sujeción a los límites referidos, pero además, ha de transitar por la senda procedimental que en este caso impone la misma Ley de referencia y su reglamento, a modo de presupuestos infranqueables para considerar válidamente adoptada la modificación. Por ende, solo será válida la modificación contractual que se haya dispuesto acorde al procedimiento impuesto por las normas que rigen ese proceder, pero además, que haya satisfecho los aspectos de fondo señalados arriba. Demás está decir que en tesis de principio, la ampliación del contrato ha de originarse en actos provenientes de la misma administración contratante, aún cuando el destino del objeto contractual se dirija a concretar un beneficio en otra administración destinataria, pues solamente aquella se encuentra legitimada para adoptar acciones en el curso de una ejecución contractual. Salvedad hecha de las tipologías en las que las acciones de verificación o fiscalización, o en general, en las regulaciones del procedimiento, se haya otorgado a la administración beneficiaria poderes en este sentido, caso en el cual, la licitante quedaría vinculada en el sentido aludido.

V.- En la especie, se ha tenido por acreditado que las obras que se realizaron fuera de las previsiones cartelarias, producto de negociaciones y acuerdos adoptados entre las partes no se encontraban respaldadas por una ampliación contractual formal y válidamente emitida. En efecto, al margen de las reuniones sostenidas por las partes, lo cierto del caso es que se ha tenido por comprobado que en definitiva, no llegó a concretarse el trámite de modificación unilateral del contrato para poder adicionar al objeto pactado, el conjunto de obras nuevas -denominadas por las partes "extra cartelarias"- . Incluso, la misma Administración advirtió a la contratista de la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución de esas obras hasta tanto se cumpliera con tal presupuesto condicionante de validez. Véase que mediante correo electrónico remitido en fecha 29 de noviembre del 2009, a las 16 horas 42 minutos, se indica a la adjudicataria en lo relevante respecto de las obras que no forman parte del contrato original: "(...) *lo primero que debe establecerse es que existe una ruta que nadie puede evitar, ud. desde que participa y se le adjudica una contratación los lineamientos y procedimientos a seguir están en la Ley, no hay otro camino a seguir, si se deben realizar modificaciones o cambios sustanciales es necesario cumplir con lo establecido en la Ley. Por tal razón los compañeros están diagnosticando, valorando en conjunto con las Sras. de la Dirección Administrativa de la ENP, la documentación que debe*



incluirse en el trámite de adenda al contrato, no se pueden realizar los trabajos sino se cuenta con el aval del Director (sic) del Programa, existencia del contenido presupuestario para hacerle frente y el trámite de resolución para que ud. pueda hacer trabajos. (...) En caso de que ud. realice algún trabajo ud. asumirá la responsabilidad del mismo y podría no pagársele, pues se desconocen los costos de los trabajos a realizar y no se le ha girado ninguna orden para efectuar trabajos. (...)" (folios 514-516 del legajo administrativo) La expresión de la imposibilidad de ejecutar esas obras que originalmente no formaban parte del objeto contractual resulta más que evidente, en orden a lo que fue advertido en el correo electrónico recién citado. Pese a esa advertencia, la contratista optó por llevar a cabo una serie de obras. Ahora bien, ciertamente esas obras adicionales fueron recibidas por la Administración en fecha 16 de marzo del 2010, sin embargo, constituyen la ejecución de acciones que no encuentran respaldo en un contrato administrativo válido, en concreto, que no sustentan en un procedimiento de modificación contractual, por lo que es evidente que esas acciones fueron emprendidas en desatención de los procedimientos y exigencias que impone la legislación aplicable para esos casos. No se desprende del expediente administrativo ni del principal que se haya acreditado la concurrencia de los presupuestos debidos para ampliar la contratación, como tampoco el seguimiento de las acciones de trámite que son de rigor. Lo anterior pone en evidencia no solo la transgresión de procedimientos, a partir de lo cual, estima este Tribunal, respecto de esas obras adicionales o nuevas, en este caso se está frente a una contratación irregular, entendida como aquella que se erige a contrapelo de las exigencias que para la materia estatuye el Ordenamiento Jurídico.

VI.- Sobre la existencia de una contratación irregular. Efectos. A raíz de lo indicado en el considerando previo, al existir irregularidades en el levantamiento de obras adicionales sin haber satisfecho el trámite de modificaciones contractuales, debe examinarse si la Administración ha obtenido un beneficio mediante la recepción efectiva de una obra o servicio, merced de la buena fe del contratista. Lo anterior dado que si se han realizado acciones tendientes a obtener un bien o servicio, de haberse concretado, se produce un beneficio que si bien no genera una responsabilidad propia de la ejecución del contrato, si conlleva un derecho de indemnización a favor de quien de buena fe y por acatar actos expresos de la Administración, realizó una acción pretendiendo cumplir con esos mandatos. Desde este plano, la sola existencia de irregularidades en el procedimiento, no excluye el marco de responsabilidad pública. Lo contrario supondría un quebranto a la equidad que debe imperar en este tipo de relaciones jurídico administrativas. Lo anterior deriva de la denominada contratación irregular, cuyo desarrollo ha sido amplio en la jurisprudencia patria. Esta teoría de la contratación irregular y sus efectos, ha sido recogida en los artículos 21 de la Ley de la Contratación Administrativa, reformado por la Ley No. 8511 del 16 de mayo del 2006, publicada en La Gaceta No. 128 del 04 de julio del 2006, que entró a regir seis meses después de esa publicación, y el 210 del Reglamento de la Contratación Administrativa. Si bien regulan el denominado principio de verificación del procedimiento, que traslada al contratista de manera compartida la responsabilidad por las irregularidades procedimentales, esos preceptos establecen órdenes concretas en cuanto a los efectos de esas deficiencias. En ese sentido, las normas aludidas disponen: "**Artículo 21.—Verificación de procedimientos.** Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa. / El Reglamento de esta Ley definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley."

"Artículo 210.—Deber de verificación. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta



obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa./ El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido./ La no formalización del contrato no será impedimento para aplicar esta disposición en lo que resulte pertinente." (El subrayado no es del original). Como se observa, la normativa referida veda en principio, la posibilidad de pagar al contratista en estas hipótesis.

Empero, abre la posibilidad del pago, y solo de modo excepcional, en casos calificados con arreglo a los principios generales del derecho. En este orden, adquiere especial relevancia los casos en que pese a la existencia de irregularidades procedimentales o jurídicas, la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios, que fueron de antemano pactados, sea total o parcialmente, con claro provecho para la Administración. En ellos, la equidad, se insiste, y el equilibrio en las contra - prestaciones contractuales, justifican el reconocimiento de los costos incurridos para ejecutar la orden pública. Acá, cabe traer a colación lo dispuesto en el fallo No. 395-2000 de las 11 horas 15 minutos del 22 de diciembre de 2000 de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo, que sobre un tema similar expresó: "Esto es así, por aplicación del equilibrio debido en las contra prestaciones realizadas, pues en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injusto, que el ordenamiento y el Juez no pueden permitir. En todo caso, y a más de lo dicho, también impera como principio general de derecho, el deber de no dañar a otro (alterum non laedere), que protegería, en supuestos como este, a quien sufre un perjuicio por la acción de quien representa a la Administración Pública. Un principio que lleva a la responsabilidad objetiva cuando de los entes públicos se trata, bajo los criterios del funcionamiento normal o anormal, lícito e ilícito, enlazados a su vez, con los criterios de falta de servicio y falta personal, que en tanto acumulables, producen, de igual modo, la responsabilidad del Estado (entendido en sentido lato). En el subj ú dice, se da una falta personal impura, por la utilización de medios, instrumentos y circunstancias, que producen un nexo de ocasionalidad causal (artículos 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública). Así las cosas, desde la perspectiva contractual o extracontractual, existe la obligación indemnizatoria del Estado."

VII.- Cabe aclarar e insistir, que en estos supuestos de contratación irregular, lo que se reconoce al contratista no es un pago, sino una indemnización, pues lo opuesto llevaría, sin duda, a concluir que las normas que precisan el régimen de contratación administrativa, pueden ser vulneradas, sin consecuencia alguna, lo que ciertamente, no puede cohonestar el Ordenamiento Jurídico. Desde este plano, ha de reiterarse, el reconocimiento que proceda en tales casos es solo a título de indemnización, sustentado en la equidad y evitar un enriquecimiento sin causa justificante, pero en modo alguno ha de entenderse como un pago de un contrato válido. Este Tribunal, sobre el tema de la contratación irregular, en la resolución No. 716-2009 de las 11 horas 2 minutos del 20 de abril del 2009, indicó: "(...) este Tribunal puede extraer los requisitos básicos que se deben presentar en un caso particular, a efectos de poder afirmar la existencia de una contratación irregular y el derecho de un administrado de solicitar una indemnización por aplicación de esa figura. Estos requisitos o presupuestos serían los siguientes: 1. No haberse seguido el procedimiento debido, es decir, puede existir un contrato de manera imperfecta o haberse obviado procedimientos básicos dentro de un contrato existente, o del todo, inexistencia absoluta de una contratación, que es conocido como un contrato de hecho; 2. La Administración Pública, haya obtenido un provecho al



recibir un objeto o un servicio del aparente contratista; 3. El aparente contratante debió haber brindado el servicio o dado el objeto a la Administración Pública, de buena fe, a efectos de que la Administración receptora del bien o el servicio, reconozca una indemnización basada en un principio de equidad o equivalencia en las cargas recibidas y un principio de no enriquecimiento sin causa; 4. Lo que se reconoce es una indemnización y no el pago de un contrato que es inexistente o imperfecto, por lo que no se acepta reconocer el lucro cesante, y si éste no se puede calcular debe hacerse una disminución del 10% en el total de la indemnización." Para un examen a más a fondo de la figura de la contratación irregular y sus implicaciones puede verse el fallo No. 168-2011-VI de esta Sección Sexta, anteriormente referido.

VIII.- Sobre el derecho indemnizatorio por concepto de obras adicionales. Ahora bien, en la especie, el análisis de la procedencia o no de indemnización a favor del contratista irregular por la concurrencia de los presupuestos que validan ese efecto, resulta fútil e innecesaria por lo que de seguido se expone. Al margen del examen que de la buena fe y la recepción a satisfacción que son necesarias en esta figura, lo cierto del caso es que mediante la resolución No. 411-2011-DM de las 10 horas del 14 de marzo del 2011, el Ministerio de Seguridad Pública ingresó a conocer del reclamo administrativo presentado por la accionante en el que, peticionaba el pago de las obras que no estaban contempladas dentro de la licitación abreviada 2009LA-0000297-09002 relacionada a la remodelación de la Escuela Nacional de Policía, las que calculó en un total de ¢4.197.450.00 (cuatro millones ciento noventa y siete mil cuatrocientos cincuenta colones). En ese acto, tal y como fue enunciado en el elenco de hechos probados, se estableció que tales obras fueron realizadas sin procedimiento habilitante, por lo que se estaba frente a una contratación irregular. A partir de ello dispuso la indemnización a favor de la contratista, estableciendo como monto a cancelar un total de ¢2.339.35.00 (dos millones trescientos treinta y nueve mil trescientos cincuenta colones), acogiendo la propuesta económica que en ese sentido planteara el oficio 078-2010-DOC-DI del 15 de febrero del 2011 de la Sección de Diseño e Inspección del Departamento de Obras Civiles del Ministerio de Seguridad Pública, que informa sobre el costo estimado de las obras realizadas fuera del cartel de la licitación así como de las obras que no se realizaron pese a estar en el respectivo cartel y contrato. En cuanto a ese particular, como derivación de la figura de la contratación irregular, el Ministerio de Seguridad Pública, con fundamento en el numeral 21 de la Ley de Contratación Administrativa y el 210 de su reglamento, dispuso rebajar el 9% por concepto de utilidad, aduciendo que en la plica de la accionante se estimó ese porcentaje de utilidad. A partir de ello, estimó que debía rebajarse la suma de ¢210.541.50, siendo la suma a pagar ¢2.128.808.50 (dos millones ciento veintiocho mil ochocientos ocho colones cincuenta céntimos). Desde esa arista de examen, no resulta relevante en este caso analizar la procedencia o no del derecho indemnizatorio que surge a favor del contratista irregular, siendo que existe acto administrativo que reconoce ese derecho, por lo que a nada lleva abordar el examen de la tenencia o no de esos presupuestos condicionantes. En lo atinente al monto reconocido por la Administración, este Tribunal no observa deficiencia alguna en el cálculo que amerite disponer el reconocimiento de erogación adicional por concepto de obras adicionales. Por un lado, el monto fijado por la Administración en cuanto al costo de las obras adicionales, se ajusta y corresponde a plenitud con la liquidación que por ese concepto presentara la empresa en el reclamo administrativo planteado el primero de marzo del 2010. Véase que en dicho reclamo, expresamente señala: "(...) ¢1.858.100 (sic) (un millón ochocientos cincuenta y ocho mil cien colones sin céntimos), obras no ejecutadas y rebajadas de la facturación original, **más diferencia de ¢2.339.350 (sic) (dos millones trescientos treinta y nueve mil trescientos cincuenta colones sin céntimos) de obras adicionales**, por lo que el saldo a cancelar será siempre de ¢4.197.450.00 (cuatro millones ciento noventa y siete mil cuatrocientos cincuenta colones sin céntimos), más los intereses legales de conformidad a la tasa básica pasiva del Banco Central y multas que establece la Ley de Contratación Administrativa, así como los gastos legales." (Folios 472-478 del expediente



administrativo) -el resaltado es propio-. De lo anterior se colige que no existe divergencia alguna en sede administrativa respecto del monto total de las obras adicionales, ni se ha presentado en esta sede elemento de convicción alguno que lleve a generar una duda sobre esa estimación. Sin embargo, es claro que la aplicación de la figura de la contratación irregular, en orden a lo que ha sido establecido arriba, no permite el reconocimiento de la rentabilidad, siendo que llevaría a dar un tratamiento homogéneo al que opera para los supuestos en que se han respetado todos los procedimientos legales, lo que en este caso, se insiste, no ha ocurrido. Ergo, en la suma mencionada, siendo que acorde a los elementos de prueba, son precios de mercado, según lo indica el oficio 078-2010-DOC-D, no resulta viable reconocer la utilidad, que en la oferta fue estimada en un 9%. Así las cosas, la aplicación realizada por el Ministerio en la resolución No. 411-2011 D es totalmente válida. Ya este Tribunal ha señalado que tratándose del numeral 210 del Reglamento de la Contratación Administrativa, la Administración no se encuentra facultada para incurrir en una aplicación automática de reducción de un 10% de utilidad, siendo que tal alícuota constituye un parámetro referencial que solo puede ser utilizado -a modo de presunción iuris tantum- en la medida en que sea imposible colegir el porcentaje de ganancia del contratista y los costos efectivamente incurridos por el desarrollo de la obra y servicio con que se ha beneficiado a la Administración. En este caso, con todo, tal automatismo no se presenta, siendo que el margen de utilidad aplicado -9%- es el que presentó la contratista en su propuesta económica, sin que este aspecto haya sido refutado o controvertido por la demandante. De ahí que la consecuencia lógica de la existencia de una contratación irregular en la especie, sea reducir de los costos efectivos ese margen porcentual, como en efecto sucedió. En consecuencia, habiéndose determinado no solamente la validez de ese cálculo sino además, que existe acto que ordena el pago a favor de la contratista irregular, resultaría improcedente cualquier pretensión que lleve a declarar un derecho que ya la misma administración accionada ha reconocido.

IX.- Sobre las obras no realizadas previstas en el contrato. Por otra parte, en su reclamo del primero de marzo del 2010, la actora gestiona el pago de la suma de ¢1.858.100.00 (un millón ochocientos cincuenta y ocho mil cien colones) de obras no ejecutadas y rebajadas de la facturación original. En el acto 411-2011 DM, sobre este extremo se señala: "**CUARTO:** Que respecto del monto de ¢1.858.100.00 correspondiente a las obras no ejecutadas y excluidas del objeto contractual, acorde a las facultades establecidas por los numerales de la Ley de Contratación Administrativa y 200 de su reglamento y puestas a cobro en el presente reclamo, al no haber aportado el gestionante la prueba correspondiente, respecto de los gastos realizados con dicha paste (sic) del contrato, se determinará su procedencia en ulterior resolución. (...) **Resuelven:** Acoger parcialmente el reclamo interpuesto por la empresa GRUPO TECCOM S.A., cédula jurídica número tres-ciento uno-cero noventa y ocho mil quinientos cuarenta y nueve, y ordenar a su favor el pago de ¢2.128.808.50 (DOS MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS OCHO COLONES CON CINCUENTA CÉNTIMOS), monto que incluye el rebajo del 9% por ser indemnización producto de las obras adicionales realizadas en la cocina de la Escuela nacional de Policía. Dicho pago se cancelará acorde a lo estipulado en el artículo 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, 190 siguientes y concordantes de la Ley General de la Administración Pública, por la partida presupuestaria 6.06.01 "Indemnizaciones" del programa 090-03. En lo correspondiente al cobro de ¢1.858.100.00 se omite pronunciamiento según los términos del considerando cuarto. (...)" (Folios 91-97 del expediente principal) Como se observa, de manera expresa esos extremos no fueron declinados, sino que el acto aludido omitió pronunciamiento al no haberse aportado probanzas que permitieran mesurar el costo económico efectivo incurrido por la contratista por esas obras contratadas que en definitiva, no fueron realizadas, reservando el análisis de esas partidas para una fase ulterior. Las causas por las cuales no se llevaron a cabo tales obras no son relevantes en este proceso, al no ser objeto de controversia. Empero, al igual que expresa el acto referido, en el sub-exámine, no se aporta



elemento probatorio alguno que permita establecer la magnitud de los costos en que incurrió la empresa contratada para afrontar esas obras y que luego, por decisión de la Administración licitante, no se realizaron. Tal detalle sería fundamental para poder establecer una cuantificación de tal aspecto, sin embargo, los autos son ayunos en cuanto a ese particular, lo que imposibilita abordar tal elemento. Por demás, las partidas en cuestión no han sido rechazadas, lo que posibilitaría que en el momento en que se determine la procedencia o no de la suma pretendida, se pueda revisar la legalidad de ese eventual proceder público. Lo cierto del caso es que de las argumentaciones de la parte promovente, así como de las probanzas que rolan en el expediente judicial y en el administrativo, no es posible establecer si se realizaron erogaciones o no, así como la pertinencia de cara al objeto contractual. Esas referencias son impostergables y elementales para analizar por el fondo si procede el reconocimiento de la suma pretendida. A la luz del ordinal 317 del Código Procesal Civil, preceptos 58, 82 y 85 del Código Procesal Contencioso Administrativo, la carga de la prueba en cuanto a esas hipotéticas erogaciones corresponde a la actora, por lo que al no haberse suministrado, en el estado actual de las cosas, no procede su reconocimiento, lo que supone, sin más, el rechazo sobre este extremo.

X.- Sobre los daños y perjuicios reclamados. Por otra parte, la accionante petitiona la indemnización de daños y perjuicios, exponiendo como base de su marco petitorio, una serie de valoraciones relacionadas con la capacidad financiera de la empresa y las supuestas afectaciones que el no pago de las obras realizadas fuera de la licitación abreviada le ha ocasionado. Como primer aspecto, cabe señalar, la reparabilidad de un daño, al margen de que su génesis se produzca en el ámbito contractual o extracontractual, se condiciona a que se trata de una lesión efectiva y evaluable. A modo de simple referencia, en la dinámica de la responsabilidad pública extracontractual, tal aspecto se colige del precepto 196 de la Ley No. 6227 (LGAP), y en la contractual, de los preceptos 692 y 702 del Código Civil, 35 Ley de Contratación Administrativa, entre otros. En ambos casos, se insiste, es deber de la parte que lo reclama, acreditar con suficiente solvencia la existencia real del daño, así como su magnitud económica. En la materia contencioso administrativa, ese deber viene impuesto por el artículo 58 inciso 1) sub inciso e) de la Ley No.8508 (CPCA), en relación al canon 317 del Código Procesal Civil. En las demandas como la presente en que se busca la indemnización de daños y perjuicios, el objeto del proceso exige la acreditación de esos daños y perjuicios, comopresupuesto de base para poder acceder a lo petitionado. Desde luego que además de la lesión, ha de establecerse la existencia de un nexo causal que vincule el efecto jurídico con un proceder, sea acción u omisión de la persona a quien se endilga el daño. Lo anterior sin perjuicio del análisis de la concurrencia de causas liberatorias que en cada régimen proceda. Del análisis de los autos no encuentra esta Cámara que las argumentaciones y alegaciones de fondo que presenta la accionante encuentren respaldo en elementos de prueba contundentes. Incluso, cabe destacar, del todo no se aporta una sola prueba que permita sostener, al menos de manera ligera, la existencia de las lesiones que se reclaman, pese a que en orden a lo expuesto, constituye una carga que le es propia. En efecto, la demanda se limita a exponer apreciaciones subjetivas que no son respaldadas por elementos de convicción que sugieran su existencia real. Por un lado, se señala que las obras construidas en general no le han sido canceladas, lo que le ha llevado a pedir prestamos e incurrir en endeudamiento. Ello no se acredita ni por asomo. Véase que por el contrario, dentro de la licitación objeto de conflicto, se ha tenido por acreditado que el Ministerio de Seguridad Pública canceló a favor de la accionante las siguientes facturas: a) No. 245 del 16 de diciembre del 2009 por un monto de ¢4.358.799.78 (cuatro millones trescientos cincuenta y ocho mil setecientos noventa y nueve colones setenta y ocho céntimos); b) No. 247 del 22 de diciembre del 2009 por un monto de ¢4.801.772.50 (cuatro millones ochocientos un mil setecientos setenta y dos colones cincuenta céntimos) y c) No. 249 del 16 de febrero del 2010 por un monto de ¢6.778.300.22 (seis millones setecientos setenta y ocho mil trescientos colones veintidós céntimos). (Certificación y facturas visibles a folios 61-64 del legajo

principal) Además, se insiste, en cuanto a las obras adicionales, mediante la resolución No. 411-2011 DM, se declaró la procedencia de cancelar a su favor el monto de ¢1.858.100.00 (un millón ochocientos cincuenta y ocho mil cien colones), que corresponde al costo de mercado de las obras menos el 9% de rentabilidad ofrecida por la contratista. Lo anterior deslegitima la aseveración de la actora en el sentido de que no le han sido canceladas las obras. El pago de las citadas facturas no logró ser desvirtuado por la demandante, lo que implica, en consecuencia, la inexistencia del motivo de base sobre el cual sustenta su reclamo, al no haber acreditado como corresponde el incumplimiento de la Administración que afirma. Los alegatos de la actora se dedican a presentar un panorama financiero deficitario que dentro del marco de su tesis, se produce por el incumplimiento del Ministerio de Seguridad, no obstante, se insiste, no pasan de ser meras apreciaciones subjetivas sin respaldo probatorio alguno. Se entre mezclan daños materiales, morales objetivos de la empresa, morales subjetivos del presidente de la accionante, de su núcleo familiar, endeudamiento¹², entre muchos relatos que ni por asomo, se insiste, pasan de ser apreciaciones, que no hechos concretos sustentados en elementos de prueba. ha de reiterarse, la indemnización en este tipo de caso depende de la acreditación del incumplimiento de la contra parte, así como del daño petitionado. Ninguno de ambos elementos ha sido constatado, siendo que no existe causa alguna que haga suponer una desatención por parte del Ministerio de las obligaciones contractualmente asumidas. Lo mismo ocurre con las obras adicionales, propias del régimen de la contratación irregular, en las que recayó acto de reconocimiento de los montos a indemnizar, tema ya tratado. La liquidación del perjuicio en ¢10.000.000.00 (diez millones de colones) entonces, constituye una tasación subjetiva que en orden a lo expuesto, no queda otro remedio que ser rechazada. Así las cosas, lo debido es disponer el rechazo de este pedimento en particular.

XI.- Análisis de las defensas opuestas . Corolario. La representación del Estado formula la defensa de falta de derecho. Tal excepción debe ser declarada con lugar al haberse establecido la improcedencia de los reclamos objeto de este conflicto, lo que supone el rechazo de la demanda en todos sus extremos.”

b) Contratación administrativa: Alcances del principio de legalidad

Efectos de la contratación irregular y su respectiva indemnización

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI]⁵

Voto de mayoría

“V.- Sobre la sujeción a la legalidad en los procedimientos de contratación administrativa. En razón de las alegaciones planteadas por las partes involucradas en esta contienda y el objeto mismo del proceso, resulta determinante abordar, aún de manera breve la temática relacionada con la legalidad que ha de imperar en la dinámica de los procedimientos de contratación administrativa, sus controles, así como los mecanismos que regulan los supuestos en los que esos procedimientos resultan vulnerados, como es el caso de la denominada contratación irregular. La actividad de la contratación administrativa, como cualquier manifestación de las potestades públicas, se encuentra



sujeta al bloque de legalidad en sentido amplio, debiendo sujetar su funcionamiento al contenido y alcance de las normas jurídicas que regulan determinado procedimiento. Esta sujeción se concreta en el denominado principio de legalidad (sea en su versión positiva, como en la clásica versión negativa), cuyo sustento normativo se afina en los preceptos 11 de la Carta Magna, 11, 12, 13, 59 y 66 de la Ley General de la Administración Pública. De ahí que la actividad contractual pública solo pueda entenderse válida cuando sea sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico (numeral 128 ibidem), tal y como en efecto lo establece el canon 32 de la Ley de Contratación Administrativa. Por ende, los trámites o acciones dentro del curso de la fase de contratación administrativa así como de su ejecución, que se desliguen de los criterios jurídicos que impone el ordenamiento en tal materia, producen nulidades que pueden llevar a suprimir la contratación o los actos concretos que desatiendan tales exigencias, según se colige del ordinal 3 de la Ley de Contratación Administrativa, norma que remite a las ordenanzas de la Ley General de la Administración Pública en cuanto a la dinámica de la patología de la contratación pública. Esta actividad (contratación) se constituye en un instrumento relevante para la adquisición de parte de las administraciones públicas de los bienes y/o servicios que requiera para el ejercicio de sus actividades, o bien, para la satisfacción del interés público. Desde ese plano, debe entenderse la contratación pública bajo un prisma instrumental, que no un fin en sí mismo, lo que supone, se constituye en una herramienta para la concreción de un fin último o destino. De ahí que la percepción e interpretación de esta materia deba propender a potenciar el cumplimiento de la eficiencia y la eficacia que es propia del funcionamiento público. En esa línea, el numeral 4 de la Ley de Contratación Administrativa señala con claridad que *"Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales."* Ello supone un criterio rector en cuestiones hermenéuticas de las diversas figuras que convergen en esta dinámica y compleja materia administrativa, de manera que permitan la satisfacción del fin último para el cual se emiten, a tono con lo preceptuado por el artículo 10 de la LGAP. Bajo esta dinámica, es claro que el fin del sistema de contratación no es otro que proporcionar a la Administración los mecanismos procedimentales que permitan obtener los insumos aludidos con un esquema que busca, como tesis de principio, la selección de la oferta más favorable, entendiendo por tal, aquella que se ajuste de mejor manera a las exigencias de la Administración en el caso concreto, las que deben ser reflejadas en las condiciones cartelarias que dan base al concurso público. Para ello, el canon 5 de la citada legislación implementa los principios de igualdad y libre participación, de modo que exista libertad de proposición u oferta de contratar con la Administración, sujeto claro está, a las condiciones que en el procedimiento específico, esta establezca y que no supongan un desconocimiento de esa apertura participativa y equidad. En virtud de ello, en la valoración de las plicas, ha de prevalecer el fondo sobre la forma, aplicando una máxima de conservación de las ofertas. Es evidente que el cumplimiento de ese cometido requiere de mecanismos de contratación flexibles que no sujeten a la Administración a condiciones en extremo formalistas que lejos de satisfacer sus necesidades, las trunquen, pues en esa medida, el instrumento atentaría contra el fin. Un sistema de contratación pública debe ajustarse a ese marco de necesidades, sin perder de vista las fases de control previo o posterior que garanticen el correcto cumplimiento de los procedimientos y principios mínimos que son atinentes a este campo. Con todo, la adaptabilidad que es propia en los servicios públicos no ha de ser un fenómeno ajeno a la contratación administrativa, la que debe evolucionar y reaccionar frente a modalidades contractuales cada vez más dinámicas, en ocasiones atípicas, permitiendo a las Administraciones utilizar esos mecanismos para satisfacer de mejor manera sus necesidades, se insiste, con respeto de los controles que en materia de administración de recursos públicos es propia. La trascendencia de este instituto se observa en su basamento constitucional, en concreto, en el canon 182 de la Carta Magna, norma a partir de la cual, la misma Sala Constitucional ha realizado un amplio análisis,



entre muchas, en la resolución No. 998-98, en la que elevó a rango constitucional todos los principios asociados a la contratación administrativa, posición que no corresponde analizar en este caso. Sin embargo, debe tenerse claridad, si bien la contratación pública es de base constitucional, lo que puede observarse también en el numeral 140 inciso 19, 121 inciso 14 y el citado numeral 182, su desarrollo es fundamentalmente legal, siendo la Ley de Contratación Administrativa la fuente que expone de manera más prolija el régimen que es propio a esta área del derecho público. Todo este desarrollo, junto con las demás normas sectoriales de ese campo (lo que incluye el RLCA), constituye el referente normativo al que se encuentran sujetas las Administraciones que deben ajustar su marco de acción contractual a ese régimen, constituyendo así parte esencial y delimitadora de la legalidad de sus actuaciones. Ahora, dado el carácter bilateral del contrato administrativo (en el cual, a diferencia del acto administrativo, concurren dos voluntades para la configuración y perfeccionamiento de la relación contractual), la sinalagmática propia de la figura exige la claridad de las normas que rigen la contratación, a fin de evitar acciones que desapliquen ese régimen y busquen, en contradicción del principio de igualdad y libre participación, acuerdos entre la Administración y un oferente, al margen de esos procedimientos, sin haber acreditado que se trata de la mejor oferta. La publicidad notoria de un sistema de contratación pública hace inaplicable cualquier intento de alegar desconocimiento de ese régimen, bajo la aplicación de la regla que subyace en el mandato 129 constitucional, en virtud del cual, nadie puede alegar desconocimiento de la ley. Esta da pie a figuras como la denominada contratación irregular, que infra será abordada y constituye pieza elemental dentro de este fallo, en virtud de lo debatido.

VI.- Sobre la denominada contratación irregular. Efectos. A raíz de lo indicado en el considerando previo, y en razón de la bilateralidad que es propia en este tipo de negocios jurídico-administrativos, el ordenamiento jurídico impone el deber de ambas partes de apegarse y sujetar sus acciones al marco normativo que rige ese procedimiento. Como se ha señalado, en el caso de la Administración Pública, como derivación de la máxima de legalidad, ello exige que la adquisición de bienes o servicios se realice con apego a los procedimientos previstos en la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento, o bien en normas especiales, lo que incluye los denominados tipos abiertos fijados por el numeral 146 del RLCA. En el caso del oferente, adjudicatario o contratista, según sea el caso, ese deber supone sujetarse a las normas del concurso y a la vez, contratar conforme a esos procedimientos, sin posibilidad de alegar desconocimiento de un sistema público y notorio de contratación administrativa. Tal aspecto y su relevancia, de cara a la concreción de los fines que busca la contratación pública -ya expuestos- se plasma, entre otras normas, en el numeral 21 de la Ley de Contratación Administrativa, que estatuye el deber de las partes de verificar la corrección del procedimiento, lo que con claridad pretende que ambas partes involucradas en el contrato busquen la armonía en su proceder con las reglas jurídicas que delimitan el concurso, a fin de evitar que aquellas se vulneren y como consecuencia, se produzca un beneficio a favor de una de las partes, que en esa medida, ante la patología en el procedimiento, sería una ventaja incausada. En tales casos, pese al deber de control de ambas partes, cuando en una contratación administrativa se determine la existencia de irregularidades en el curso de la contratación administrativa, la ejecución contractual, o bien, modificaciones contractuales, por la desatención de los procedimientos de rigor, no atribuibles al contratista, se estaría, en tesis de principio, frente a la denominada contratación irregular, cuyo desarrollo ha sido amplio en la jurisprudencia patria. Esta teoría de la contratación irregular y sus efectos, ha sido recogida en los artículos 21 de la Ley de la Contratación Administrativa, reformado por la Ley No. 8511 del 16 de mayo del 2006, publicada en La Gaceta No. 128 del 04 de julio del 2006, que entró a regir seis meses después de esa publicación, y el numeral 210 del Reglamento de la Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 33411. Tales normas, hacen referencia al principio de verificación del procedimiento, que traslada al contratista de manera compartida la responsabilidad por las irregularidades procedimentales, pero además, dan órdenes y pautas



concretas en cuanto a los efectos de esas deficiencias. En ese sentido, las normas aludidas disponen: **"Artículo 21.—Verificación de procedimientos.** Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa. / El Reglamento de esta Ley definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley." "Artículo 210.— **Deber de verificación.** Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa./ El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido./ La no formalización del contrato no será impedimento para aplicar esta disposición en lo que resulte pertinente." (El subrayado no es del original). Como punto de partida debe tenerse claridad que la figura objeto de examen no constituye en modo alguno una modalidad de contratación administrativa, sino que por el contrario, evidencia la irregularidad o ausencia de los procedimientos legales y reglamentarios en esa función. Por tanto, trata de una figura que pretende regular una realidad material consistente en un estado de hecho en el cual se han producido actos dentro del contrato cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación. La contratación irregular sin embargo, no se agota en las deficiencias que puedan generarse en la etapa pre-contractual, pues se extiende al curso de la ejecución del contrato. Nótese que la figura sería aplicable incluso a las modificaciones contractuales que se realicen desatendiendo las exigencias del numeral 12 de la Ley de Contratación Administrativa y canon 200 del RLCA. En tal supuesto, la deficiencia no opera en la fase de adjudicación, sino en la ejecución misma del contrato. Igual aplicación ocurriría en los casos en que la ejecución material de la obra o servicio se realiza sin sustento en un contrato válidamente emitido o sin acto de adjudicación. Desde este plano, la contratación irregular cubre las imperfecciones en el trámite contractual, pero además, la ausencia de acto o contrato que legitime las acciones emprendidas por el particular contratista. Ergo, no se agota en el supuesto que a modo de simple referencia señala la norma reglamentaria referida, sino que engloba, de manera genérica, toda situación de hecho que se suscite dentro de la contratación administrativa, en sentido amplio, en cualquier de sus fases, cuando se lleve a cabo tal acción o conjunto de acciones sin un acto válido habilitante que ampare tal circunstancia fáctica. Por ende, tal y como lo señala el párrafo final del artículo 210 del RLCA, incluye dentro de sus posibilidades, defectos en la fase de ejecución, incluyendo los denominados actos de ejecución anticipada, en los que, sin existir acto de refrendo o aprobación interna, se emprenden acciones de ejecución contractual, pero además, desbordamientos en la ejecución por defecto o exceso. En esa línea, es claro que ante esa hipótesis, la figura pretende resolver la controversia mediante reglas que permitan una resolución equitativa acorde a un principio de buena fe, equidad en la distribución de las cargas contractuales y en aplicación de la máxima del no enriquecimiento sin causa, de modo que ni el contratista se beneficie ilegítimamente pese a la infracción a los procedimientos, ni la Administración obtenga ventaja de su funcionamiento anormal o conducta ilícita, recibiendo a



satisfacción un determinado bien y servicio, sin que indemnice por estos. Implica entonces, un trato justo que distribuye entre los actores la responsabilidad por haber actuado en disonancia de las normas que rigen la contratación pública. Acá, cabe traer a colación lo dispuesto en el fallo No. 395-2000 de las 11 horas 15 minutos del 22 de diciembre de 2000 de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo, que sobre un tema similar expresó: *"Esto es así, por aplicación del equilibrio debido en las contraprestaciones realizadas, pues en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injusto, que el ordenamiento y el Juez no pueden permitir. En todo caso, y a más de lo dicho, también impera como principio general de derecho, el deber de no dañar a otro (alterum non laedere), que protegería, en supuestos como este, a quien sufre un perjuicio por la acción de quien representa a la Administración Pública. Un principio que lleva a la responsabilidad objetiva cuando de los entes públicos se trata, bajo los criterios del funcionamiento normal o anormal, lícito e ilícito, enlazados a su vez, con los criterios de falta de servicio y falta personal, que en tanto acumulables, producen, de igual modo, la responsabilidad del Estado (entendido en sentido lato). En el subjuice, se da una falta personal impura, por la utilización de medios, instrumentos y circunstancias, que producen un nexo de ocasionalidad causal (artículos 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública). Así las cosas, desde la perspectiva contractual o extracontractual, existe la obligación indemnizatoria del Estado."* Este Tribunal, sobre el tema de la contratación irregular, en la resolución No. 716-2009 de las 11 horas 2 minutos del 20 de abril del 2009, indicó: *" (...) este Tribunal puede extraer los requisitos básicos que se deben presentar en un caso particular, a efectos de poder afirmar la existencia de una contratación irregular y el derecho de un administrado de solicitar una indemnización por aplicación de esa figura. Estos requisitos o presupuestos serían los siguientes: 1. No haberse seguido el procedimiento debido, es decir, puede existir un contrato de manera imperfecta o haberse obviado procedimientos básicos dentro de un contrato existente, o del todo, inexistencia absoluta de una contratación, que es conocido como un contrato de hecho; 2. La Administración Pública, haya obtenido un provecho al recibir un objeto o un servicio del aparente contratista; 3. El aparente contratante debió haber brindado el servicio o dado el objeto a la Administración Pública, de buena fe, a efectos de que la Administración receptora del bien o el servicio, reconozca una indemnización basada en un principio de equidad o equivalencia en las cargas recibidas y un principio de no enriquecimiento sin causa; 4. Lo que se reconoce es una indemnización y no el pago de un contrato que es inexistente o imperfecto, por lo que no se acepta reconocer el lucro cesante, y si éste no se puede calcular debe hacerse una disminución del 10% en el total de la indemnización."*

VII.- Ahora bien, como reacción a esa realidad, que no puede desconocer el ordenamiento jurídico, la normativa referida establece como regla de principio, que en las gestiones indemnizatorias o resarcitorias no se puede alegar desconocimiento de las reglas que rigen la contratación. Ello empero, no supone la negación en todos los supuestos de una posible reparación económica al contratista, pues como se dirá luego, en definitiva, en la medida en que la Administración se ha beneficiado con las acciones, siempre que lo haya sido de buena fe, cabría la indemnización. En este orden, adquiere especial relevancia los casos en que pese a la existencia de irregularidades procedimentales o jurídicas, la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios, que fueron de antemano pactados, sea total o parcialmente, con claro provecho para la Administración. En ellos, la equidad, se insiste, y el equilibrio en las contraprestaciones contractuales, justifican el reconocimiento de los costos incurridos para ejecutar la orden pública, tema a tratar infra. Cabe aclarar e insistir, que en estos supuestos de contratación irregular, lo que se reconoce al contratista no es un pago, sino una indemnización, pues lo opuesto llevaría, sin duda, a concluir que las normas que precisan el régimen de contratación administrativa, pueden ser vulneradas, sin efecto asociado, lo que ciertamente, no puede cohonestar el Ordenamiento Jurídico ni este Tribunal, siendo que promovería la desaplicación del régimen de contratación, sin



consecuencia jurídica alguna, dejando inmunes esas acciones. Desde este plano, ha de reiterarse, el reconocimiento que proceda en tales casos es solo a título de indemnización, sustentado en la equidad y evitar un enriquecimiento sin causa justificante, pero en modo alguno ha de entenderse como un pago de un contrato válido. La diferencia entre el pago y la indemnización es palpable. En el primero, se trata de un derecho que dimana del contrato mismo conforme se desprende de los mandatos 15, 17 y 18 de la Ley de Contratación Administrativa y de las implicaciones económicas del concierto administrativo (capítulo IV del RLCA). Ciertamente, el derecho a la remuneración pactada (la que debe ajustarse al parámetro de equilibrio económico financiero que justifica el reajuste de precios cuando concurren los presupuestos para ello), así como el de ejecución del contrato, constituyen manifestaciones de los principales derechos del contratista, y como derivación lógica, forman un marco obligacional infranqueable para la Administración. Por tanto, el pago trata de un derecho que ha de concretarse en los términos y condiciones acordadas en el contrato, teniendo como precedentes para ello la oferta, el cartel y el acto adjudicatorio. La indemnización por su parte, en estos casos aludidos, se ampara no a un deber contractualmente asumido, sino a una norma general de responsabilidad pública, cimentada en un principio de equidad, que exige, la cobertura del daño patrimonial que se produce al contratista cuando de buena fe ha entregado bienes o servicios a una Administración, quien se beneficia de ellos. Escapa por ende de la responsabilidad contractual, aun cuando dentro de ciertos supuestos, se origina de un contrato existente, encajando entonces dentro de un sistema de responsabilidad extracontractual que debe regirse por los principios de la LGAP, numerales 190 y siguientes. En esa línea, la aplicación de las reglas del canon 196 ejusdem, hacen indemnizable el daño que sea efectivo, evaluable e individualizable, lo que implica, como se ha dicho ut supra, el reconocimiento de los costos en que ha incurrido el contratista en la entrega de la obra y servicio. Para tales efectos, el párrafo segundo del artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa establece que la regulación de los procedimientos y supuestos en que cabe la indemnización serán fijados por el reglamento. Como desarrollo de lo anterior, el precepto 210 del RLCA señala en lo que viene relevante: "(...) *En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido.*" La dinámica misma de la contratación irregular supone como aspecto primario, el provecho por parte de la Administración, de modo que en estos casos, la indemnización se encuentra sujeta a que la obra o servicio se haya efectivamente entregado y prestado, a satisfacción del órgano o ente público licitante. Por otro lado, la ejecución material de las acciones del contratista deben haber sido de buena fe, la que en estos casos, debe presumirse (bajo una presunción iuris tantum), de modo que en tesis de inicio, corre a cargo de la unidad administrativa acreditar la mala fe en la ejecución, como presupuesto de validez para negar una reparación económica en estos casos, para lo cual, es evidente que debe motivar con la suficiente solvencia ese aspecto, so pena de nulidad en lo actuado. A su vez, la norma provee el reconocimiento de los costos efectivos en la obra o servicio, dejando de lado la utilidad. Sobre este extremo en particular, debe dejarse claro que la cobertura solamente de los costos efectivamente incurridos no se puede justificar en la tesis de la responsabilidad sin falta, sea, aquella que vincula a la Administración por su funcionamiento normal o conducta lícita como parámetros de imputación, previstos por el mandato 194 de la LGAP. Ciertamente tal norma -en su inciso segundo- señala que la indemnización en estos casos no cubre el lucro cesante o perjuicios. No obstante, la coincidencia de ambas normas en cuanto a la negación de reconocer el lucro cesante como parte de la indemnización no implica, como aseveran las Administraciones demandadas con sustento en dictámenes de la Contraloría General de la República, que el aspecto indemnizatorio en la contratación irregular pueda ser considerado una tipología de responsabilidad



sin falta. Todo lo contrario, como se ha dicho, este instituto supone, no en pocas ocasiones, la desidia de la Administración en el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras. No en todos los escenarios puede decirse que la contratación irregular sea por actos totalmente atribuibles al contratista. El deber impuesto por el numeral 21 de la Ley de Contratación Administrativa no implica una carga solo referible al contratista. La potestad de verificación y corrección de la contratación administrativa es una potestad indeclinable de la Administración Pública, en orden a lo establecido por los preceptos 59 y 66 de la LGAP. No podría sostenerse la negación de la responsabilidad pública en verificar la corrección de los procedimientos. El citado canon 21 no puede tenerse como una norma que imponga esa carga solo al contratista, entendiendo que por tal está obligado a indicarle a la Administración que está actuando de manera indebida. Una interpretación en esa línea llevaría a supuestos en los que la Administración se beneficia de su propia inercia, de su descuido y hasta de su propia ineficiencia, aspecto que con claridad, no puede coonestarse. La correcta comprensión de ese mandato estriba en la carga bilateral de buscar el apego a los procedimientos, carga que en el caso de la Administración, aún ante la ausencia de una norma como la comentada, sería de principio. Así las cosas, la contratación irregular no puede asimilarse en todos los casos a una responsabilidad por funcionamiento normal o conducta lícita, pues en determinadas hipótesis ocurre todo lo opuesto, sea, un descuido público, actos inválidos o deficiencias de trámite que desembocan en infracción de normas, principios y procedimientos, ergo, en conductas ilícitas o funcionamiento anormal, sea por prestación defectuosa, tardía u omisión. Con todo, partiendo de esa naturaleza indemnizatoria -que no de pago- que ocurre en la contratación irregular, y en aplicación del citado mandato 196 de la Ley No. 6227, satisfechos los dos presupuestos arriba apuntados, es criterio de este Tribunal, la reparación solo debe cubrir el daño efectivo, sin que pueda contemplarse la utilidad. El no reconocimiento de dicha expectativa económica no se considera irrazonable o arbitraria, siendo que la dinámica y lógica misma de la figura objeto de examen justifica ese tratamiento. De aceptar el reconocimiento de la utilidad aun cuando se esté frente a una contratación irregular, se insiste, se estaría promoviendo un abandono de los procedimientos de contratación pública, para permitir que las Administraciones prescindan de estos y acudan a formas directas de contratación. Tal eventualidad llevaría a dar un tratamiento económico igualitario en figuras que son disímiles. Desde ese plano, la exclusión de la utilidad se sustenta en la equidad que ha de imperar en estos menesteres y en negar la posibilidad de dejar inmune la desaplicación de procedimientos establecidos, constituyendo a juicio de esta Cámara, un justo equilibrio en las contra- prestaciones que han de surgir en esta figura. Por tal motivo, la buena fe que ha de concurrir para la procedencia de la indemnización debe ser entendida en su correcta dimensión, pues es claro que se trata de una buena fe de carácter relativo, en la medida en que como se ha señalado, el contratista, merced del deber contenido en el numeral 21 de la Ley de Contratación Administrativa, no puede alegar desconocimiento de esos procedimientos. De ese modo, los actos en que se concreta la contratación irregular por tesis de principio, presuponen infracciones que las partes estaban en obligación de detectar y corregir. Ahora bien, especial relevancia merece la definición de la naturaleza jurídica de ese tratamiento. Al margen de la denominación que las partes puedan dar a la exclusión comentada, lo cierto del caso es que no se corresponde a una sanción que se traslada a la contratista. En efecto, la indemnización del daño efectivo traducido en los costos realmente incurridos para la prestación del servicio o entrega de obra, ostenta precisamente una connotación reparatoria, que no de contraprestación por concepto de pago del precio pactado. Desde esa arista de examen, no reconocer la utilidad no se traduce en una sanción, sino en la fijación de los extremos económicos que han de ser reconocidos al contratista por la contratación irregular, como derivación de un principio de equidad y a fin de que la Administración no obtenga un beneficio sin causa. Bajo ese entendido, al no ostentar una naturaleza sancionatoria, no se encuentra afecta al principio de reserva de ley como se alega en la demanda. Esa naturaleza deriva incluso de la misma literalidad del mandato 21 de la Ley de Contratación Administrativa. Con todo, cabe destacar, es la misma ley la que delega en el

reglamento el establecimiento de los procedimientos para fijar la indemnización, por lo que no existe lesión alguna en el ejercicio de la potestad reglamentaria ejecutiva, siendo que la norma 210 del RLCA lo que hace es definir con claridad el reconocimiento solo de los costos.

VIII.- Ahora bien, merece resaltar, el numeral 210 del RLCA dispone con claridad el no reconocimiento de la utilidad del contratista, referente que en caso de desconocerse, se presupone en un 10%. La correcta interpretación de la norma y de la figura de marras lleva a concluir que no resulta válida la aplicación directa de la exclusión del 10% sin haber determinado de antemano la imposibilidad de colegir el margen de utilidad del monto aportado por el contratista en su reclamo o bien en la factura o liquidación aportada a la Administración. En efecto, de previo a aplicar la presunción de utilidad del 10% es necesario que la Administración determine mediante todos los mecanismos posibles, cual es el margen de utilidad que ha presentado el contratista o particular en su liquidación, para lo cual, debe valorar en cada caso los insumos que componen la estructura de precios, tal y como lo establece el canon 26 del RLCA. Lo anterior implica, la Administración debe agotar de antemano las vías para determinar el margen de utilidad real -lo más próximo posible-, lo que incluye la posibilidad de requerir o prevenir al reclamante un desglose sobre ese particular. La aplicación del porcentaje aludido por tanto, solo resulta de mérito cuando luego de esas pesquisas, ha sido imposible determinar el margen de lucro. Lo anterior atiende a que ese margen del 10% se trata de un supuesto de excepción, que dentro de la literalidad de la norma se encuentra sujeto a un presupuesto condicionante que consiste en la imposible determinación del lucro. Por tanto, la Administración se encuentra obligada a motivar debidamente las razones que imposibilitaron la determinación del lucro real esperado, y que le llevaron a aplicar la presunción condicionada de la norma, pues como se ha dicho, tal alícuota no consiste en un referente de aplicación automática, sino solo excepcional y en defecto de la posibilidad de determinar el margen real de utilidad. Ahora bien, debe aclararse, tal práctica de no reconocer la utilidad no debe entenderse como una aplicación matemática automatizada consistente en restar de la liquidación presentada por el particular, lo que se considera el margen de utilidad real, o bien promedio. Como parte fundamental del acto administrativo que fije la indemnización, la Administración debe establecer los costos efectivamente erogados, a fin de contar con un parámetro referencial que le posibilite establecer el valor real de la utilidad presentada en la facturación y por tanto el monto económico a reconocer al particular por las obras o servicios prestados. Ello supone que no es viable conjeturar sobre la existencia de un determinado margen de utilidad sin haber determinado de antemano el valor de los costos reales, pues bien pueden darse supuestos en que la utilidad supere o sea menor al citado 10%, en cuyo caso, de aplicarse automáticamente ese porcentaje, podría aun así reconocer un grado de utilidad al particular -lo que pretende evitar la figura bajo examen-, o bien, negar la indemnización de elementos mínimos que debe comprender la reparación. De ahí que la práctica correcta deba ser establecer el nivel económico de las erogaciones efectivamente incurridas, para luego, colegir el margen de utilidad que en la facturación o liquidación, a través del precio, pretende obtener el particular. Se trata entonces de acciones internas mínimas que permiten establecer el motivo del acto y que deben ser expuestas con la contundencia debida en el acto final, como parte relevante del elemento motivacional. Por otra parte, ese porcentaje no se estima desproporcionado ni irrazonable, en la medida que resulta un referente económico que solo aplica por excepción. Si la rentabilidad del contratista está por debajo del 10% de modo que la aplicación de esa tasa porcentual supone no reconocer los costos mínimos, se encuentra en plena posibilidad de aportar al procedimiento elementos de prueba para fijar ese aspecto, como sería la estructura de precios. Finalmente, el procedimiento establecido por el reglamento no supone en modo alguno una infracción a la máxima del debido proceso. En la mayoría de ocasiones, la indemnización a que se viene haciendo referencia se origina en un reclamo que presenta la parte que llevó a cabo las obras o servicios, quien en esa medida petitiona la indemnización de los costos en que incurrió por esa actividad. Desde ese plano, ante una gestión de esa naturaleza, la Administración deberá abocarse

a determinar las implicaciones económicas de la obra o servicio que ha recibido a satisfacción, determinando la concurrencia de los presupuestos ya expuestos que condicionan la procedencia de la reparación pecuniaria, sea, la procedencia de aplicación de la figura de la contratación irregular. Dentro de tal examen, el gestionante podrá presentar las argumentaciones y pruebas de respaldo de sus pretensiones económicas y caso de estar disconforme con la decisión final, acudir a los mecanismos de impugnación ordinaria que pone a su disposición el ordenamiento jurídico, lo que a la postre pone de manifiesto que no existe lesión al debido proceso en ese curso procedimental. Basta reiterar con todo, partiendo de la negación de la naturaleza sancionatoria de esta figura, no serían de recibo las alegaciones que expone la accionante en cuanto a la necesidad de un procedimiento ordinario para establecer la magnitud dineraria de la indemnización a aplicar en cada caso concreto, lo que no dice desde luego, que la conducta pública se encuentra ajena o exenta de las reglas mínimas de juridicidad que son impostergables en todo funcionamiento público.”

c)Efectos de la contratación irregular y su respectiva indemnización

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI]⁶

Voto de mayoría

“IX.- Como se anticipó ya, es nuestro criterio que a partir de enero del 2009, la relación jurídica existente entre el señor Brenes Vargas y la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias puede ser caracterizada como una *contratación irregular*, figura contemplada en el artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa y desarrollada en el ordinal 210 de su Reglamento. Lo anterior visto que, de una parte, no se satisfizo la exigencia de contar con financiamiento presupuestario para cubrir la ampliación de los cinco meses correspondientes a ese año, circunstancia a la cual el contrato estaba resolutoriamente condicionado; y, de otra, el interesado no atendió al requerimiento –aun formal– de renovar expresamente la garantía de cumplimiento presentada. No obstante lo anterior, los servicios profesionales continuaron siendo prestados, atendiendo a los requerimientos de las jefaturas correspondientes y con evidente beneficio institucional, cosa que la CNPRAE no ha negado en ningún momento. Sobre la figura de la contratación irregular, ha señalado la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: ‘V.- La Contratación Irregular, ocurre cuando, a pesar de una anomalía en el procedimiento, la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios (previamente pactados), parcial o totalmente, con claro provecho para ella. Surge entonces, el derecho del prestatario a percibir una indemnización (no pago) al ejecutar una orden pública, siempre y cuando concurren, se ha dicho, en principio, tres circunstancias: irregularidad en el procedimiento; la Administración obtenga una ventaja o beneficio; y la buena fe del contratista. Resulta necesario reiterar que es, mediante la reforma parcial introducida por la Ley no. 8511 de 16 de mayo de 2006 (vigente a partir del 4 de enero de 2007) que en la LCA se hace alusión a esa figura, (...). Así, se adiciona el artículo 21, para establecer que el Reglamento ‘... definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. (...)’ (...) Es mediante el ordinal 210, que se desarrolla lo estatuido en el 21 legal. (...). Así, en lo medular y de interés a este asunto, la CGR califica a una contratación de irregular, cuando se realiza sin cumplir con el



procedimiento debido (por regla la licitación); se alude a un acuerdo que de forma irregular se suscita entre la Administración y el proveedor; y una negociación con el consentimiento de la entidad interesada, siempre que medie buena fe en la actuación del contratista, la que es fundamental para determinar el posible resarcimiento de servicio. Ello supone un comportamiento honrado y leal en el ejercicio de los derechos, exigiendo coherencia en el comportamiento de las relaciones negociales; es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico y que impone el rechazo de interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a aquel ‘... como cuando los procedimientos de contratación se utilizan con un fin distinto del querido por el ordenamiento jurídico, o se ejerciten en circunstancias que los vician de nulidad absoluta.’ (oficios nos. 6180 (DAGJ-933-2000) de 22 de junio de 2000; 8558 (DAGJ-1326-2001) de 6 de agosto de 2001; y 4864 (DAGJ-609-2003) de 9 de mayo de 2003)” (N° 1246-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre del 2009). Por su parte, sobre el tema ha dicho también nuestra Sección lo siguiente: **“VI.- Sobre la existencia de una contratación irregular. Efectos.** A raíz de lo indicado en el considerando previo, al existir irregularidades en las modificaciones contractuales por la desatención de los procedimientos de rigor, no atribuibles al contratista, debe examinarse si la Administración ha obtenido un beneficio mediante la recepción efectiva de una obra o servicio, merced de la buena fe del contratista. Lo anterior dado que si se han realizado acciones tendientes a obtener un bien o servicio, de haberse concretado, se produce un beneficio que si bien no genera una responsabilidad propia de la ejecución del contrato, sí conlleva un derecho de indemnización a favor de quien de buena fe y por acatar actos expresos de la Administración, realizó una acción pretendiendo cumplir con esos mandatos. Desde este plano, la sola existencia de irregularidades en el procedimiento, no excluye el marco de responsabilidad pública. Lo contrario supondría un quebranto a la equidad que debe imperar en este tipo de relaciones jurídico administrativas. Lo anterior deriva de la denominada contratación irregular, cuyo desarrollo ha sido amplio en la jurisprudencia patria. Esta teoría de la contratación irregular y sus efectos, ha sido recogida en los artículos 21 de la Ley de la Contratación Administrativa, reformado por la Ley No. 8511 del 16 de mayo del 2006, publicada en La Gaceta No. 128 del 04 de julio del 2006, que entró a regir seis meses después de esa publicación, y el 210 del Reglamento de la Contratación Administrativa. Si bien regulan el denominado principio de verificación del procedimiento, que traslada al contratista de manera compartida la responsabilidad por las irregularidades procedimentales, esos preceptos establecen órdenes concretas en cuanto a los efectos de esas deficiencias. En ese sentido, las normas aludidas disponen: ‘Artículo 21. — Verificación de procedimientos. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa. / El Reglamento de esta Ley definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley.’ ‘Artículo 210.— Deber de verificación. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa./ El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido. / La no



formalización del contrato no será impedimento para aplicar esta disposición en lo que resulte pertinente.’ (El subrayado no es del original). Como se observa, la normativa referida veda en principio, la posibilidad de pagar al contratista en estas hipótesis. Empero, abre la posibilidad del pago, y solo de modo excepcional, en casos calificados con arreglo a los principios generales del derecho. En este orden, adquiere especial relevancia los casos en que pese a la existencia de irregularidades procedimentales o jurídicas, la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios, que fueron de antemano pactados, sea total o parcialmente, con claro provecho para la Administración. En ellos, la equidad, se insiste, y el equilibrio en las contraprestaciones contractuales, justifican el reconocimiento de los costos incurridos para ejecutar la orden pública. Acá, cabe traer a colación lo dispuesto en el fallo No. 395-2000 de las 11 horas 15 minutos del 22 de diciembre de 2000 de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo, que sobre un tema similar expresó: ‘Esto es así, por aplicación del equilibrio debido en las contraprestaciones realizadas, pues en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injusto, que el ordenamiento y el Juez no pueden permitir. En todo caso, y a más de lo dicho, también impera como principio general de derecho, el deber de no dañar a otro (*alterum non laedere*), que protegería, en supuestos como este, a quien sufre un perjuicio por la acción de quien representa a la Administración Pública. Un principio que lleva a la responsabilidad objetiva cuando de los entes públicos se trata, bajo los criterios del funcionamiento normal o anormal, lícito e ilícito, enlazados a su vez, con los criterios de falta de servicio y falta personal, que en tanto acumulables, producen, de igual modo, la responsabilidad del Estado (entendido en sentido lato). En el subjuicio, se da una falta personal impura, por la utilización de medios, instrumentos y circunstancias, que producen un nexo de ocasionalidad causal (artículos 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública). Así las cosas, desde la perspectiva contractual o extracontractual, existe la obligación indemnizatoria del Estado.’

VII .- Cabe aclarar e insistir, que en estos supuestos de contratación irregular, lo que se reconoce al contratista no es un pago, sino una indemnización, pues lo opuesto llevaría, sin duda, a concluir que las normas que precisan el régimen de contratación administrativa, pueden ser vulneradas, sin efecto sancionatorio o consecuencia alguna, lo que ciertamente, no puede cohonestar el Ordenamiento Jurídico. Desde este plano, ha de reiterarse, el reconocimiento que proceda en tales casos es solo a título de indemnización, sustentado en la equidad y evitar un enriquecimiento sin causa justificante, pero en modo alguno ha de entenderse como un pago de un contrato válido. Este Tribunal, sobre el tema de la contratación irregular, en la resolución No. 716-2009 de las 11 horas 2 minutos del 20 de abril del 2009, indicó: ‘(...) este Tribunal puede extraer los requisitos básicos que se deben presentar en un caso particular, a efectos de poder afirmar la existencia de una contratación irregular y el derecho de un administrado de solicitar una indemnización por aplicación de esa figura. Estos requisitos o presupuestos serían los siguientes: 1. No haberse seguido el procedimiento debido, es decir, puede existir un contrato de manera imperfecta o haberse obviado procedimientos básicos dentro de un contrato existente, o del todo, inexistencia absoluta de una contratación, que es conocido como un contrato de hecho; 2. La Administración Pública, haya obtenido un provecho al recibir un objeto o un servicio del aparente contratista; 3. El aparente contratante debió haber brindado el servicio o dado el objeto a la Administración Pública, de buena fe, a efectos de que la Administración receptora del bien o el servicio, reconozca una indemnización basada en un principio de equidad o equivalencia en las cargas recibidas y un principio de no enriquecimiento sin causa; 4. Lo que se reconoce es una indemnización y no el pago de un contrato que es inexistente o imperfecto, por lo que no se acepta reconocer el lucro cesante, y si éste no se puede calcular debe hacerse una disminución del 10% en el total de la indemnización.’ De ahí que ante la irregularidad en los procedimientos, cabe ingresar a analizar si convergen los presupuestos que fija el ordenamiento para la indemnización en este tipo de contrataciones contrarias al rigor normativo.” (N° 1730-2009 de las 8:10 horas del 25 de agosto del



2009; en el mismo sentido: N° 2108-2010 de las 15:00 horas del 1 de junio del 2010.) En el *sub lite*, pues, estimamos que están presentes los elementos de juicio enunciados tanto en la normativa sobre contratación pública como en los precedentes jurisprudenciales citados, a efectos de concluir que el actor prestó sus servicios a la CNPRAE, desde el 1 de enero hasta el 7 de mayo del 2009, bajo la figura de un contrato irregular. Desde esta óptica, está claro que dichas labores profesionales deben serle retribuidas, solo que no a título de pago sino de indemnización, motivado tanto en principios de equidad como en la necesidad de evitar un enriquecimiento sin causa por parte del órgano contratante. Así pues, consideramos que la pretensión de daños esgrimida por el demandante en la demanda debe ser estimada; no así la de perjuicios, puesto que, como quedó explicado, en estos casos no procede el reconocimiento del lucro cesante. Partiendo entonces de que los servicios prestados venían siendo remunerados a razón de un millón de colones mensuales y de que ya se había hecho pago al actor de lo correspondiente al mes de enero, juzgamos que el reclamo debe ser acogido respecto de los meses de febrero, marzo y abril del 2009, empleando como parámetro indemnizatorio razonable el de la misma suma mensual preestablecida, para un monto total a pagar de tres millones de colones (₡3.000.000). A su vez y por tratarse de una obligación dineraria, a dicha estimatoria debe aplicarse oficiosamente –por así disponerla la ley– el mecanismo de indexación contemplado en el numeral 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), a efecto de compensar la pérdida de poder adquisitivo que pueda haber experimentado o llegue aun a experimentar la moneda nacional en el lapso que va desde el 7 de mayo del 2009 (fecha de conclusión de labores del actor) hasta el pago efectivo, todo lo cual se determinará en la etapa de ejecución de sentencia.-

X.- Ahora bien, la conclusión a la que se llega exige clarificar de seguido sobre cuál de las partes accionadas debe recaer la condenatoria impuesta. En efecto, según se anotó en el resumen de alegatos del considerando IV anterior, la representación estatal dejó planteado en sus conclusiones de la audiencia preliminar, que, en el evento de que la acción fuese estimada, la reparación correspondiente debía asumirla exclusivamente la CNPRAE y no el Estado, por contar la primera con personalidad instrumental y autonomía presupuestaria. Al respecto, cabe indicar que la calificación que se hace sobre la naturaleza jurídica de la CNPRAE es indudablemente correcta. A partir de la promulgación de la “Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo”, N° 8488 del 22 de noviembre del 2005, la anterior “Comisión Nacional de Emergencias” se convirtió en la actual Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, que la ley define así: *“Artículo 13.- Creación. Créase la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, denominada para los efectos de esta Ley la Comisión, como órgano de desconcentración máxima adscrita a la Presidencia de la República, con personalidad jurídica instrumental para el manejo y la administración de su presupuesto y para la inversión de sus recursos, con patrimonio y presupuesto propio. Su domicilio estará en la capital de la República, donde tendrá su sede principal; podrá establecer sedes regionales en todo el territorio nacional.”* (El subrayado es nuestro.) Por su parte, el artículo 19 *ibidem* dispone la representación legal, judicial o extrajudicial, de la CNPRAE en cabeza de su Presidente, de donde queda claro que, en tesis de principio, dicho órgano público no requiere de ninguna clase de acompañamiento en lo que toca a promover o defender sus intereses en juicio. No obstante lo anterior, la intervención del Estado en esta litis resulta una insoslayable consecuencia de lo dispuesto en el ordinal 12 del CPCA, que establece, en lo que viene relevante al caso (de nuevo, el subrayado es nuestro): *“Artículo 12.- Se considerará parte demandada: (...) 2) Los órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en tanto sean autores de la conducta administrativa objeto del proceso, conjuntamente con el Estado o el ente al que se encuentren adscritos. (...)”* En virtud de lo dicho, no es posible estimar que exista en la especie una cuestión de falta de legitimación pasiva. Antes bien, la jurisprudencia de la Sala Primera ha caracterizado el punto como una hipótesis de falta de derecho: *“Por disposición expresa del inciso 2) del numeral 12 del CPCA,*



cuando el proceso se instaure contra una conducta de un órgano administrativo al cual le ha sido otorgada personalidad jurídica instrumental, también se debe considerar como parte demandada a este, junto con el Estado o al ente al cual se encuentre adscrito, según corresponda. Empero, esto no implica que actúan con la misma representación judicial, por lo que en este caso, tanto el Estado como el Consejo de Transporte Público participan de este proceso en forma independiente. En este sentido, los ordinales 16 y 17 del mismo cuerpo normativo definen este aspecto, en la medida en que el primero delimita la competencia de la Procuraduría General de la República a la defensa de los intereses de la Administración Central, los Poderes del Estado, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes, en tanto ejerzan función administrativa. Por su parte, las entidades descentralizadas se encuentran supeditadas a lo que disponga la ley especial que regula su actividad. Dentro de esta perspectiva, la figura del 'órgano-persona', dada sus particularidades, y para efectos de representación debe ser, en ese tanto, asimilado a la participación dentro del proceso de un ente descentralizado, en la medida en que ostentan una personalidad jurídica instrumental. Claro está, lo anterior resulta de aplicación, únicamente, en tanto la conducta que se le imputa se encuentra dentro del ámbito de la competencia desconcentrada y respecto de la cual, se le otorgó personalidad jurídica. En este sentido, lo dispuesto en el numeral 12.2 del CPCA a que se hizo referencia, debe ser entendido como un mecanismo mediante el cual se evite que, luego de un proceso, se determine que la conducta no se encuentra dentro de la competencia que ejerce el órgano con la cobertura de la personalidad instrumental que le fue otorgada. Sobre este punto, puede citarse lo dispuesto por este órgano en el voto 1202-A-S1-2009, en el que se indicó: 'La idea que subyace en la norma es la de evitar al administrado el problema de definir si la actuación (o conducta omisiva) del órgano, lo fue en ejercicio de una competencia cubierta por la personalidad jurídica instrumental, o bien, fuera de ella, es decir, sometida por ejemplo, a dirección del jerarca del ente en cuya estructura está inserto. En suma, lo relevante es la existencia de una lesión a la esfera jurídica del administrado y el correlativo deber reparator. En interés de la víctima, la norma dispone traer el órgano y el ente a la lite, a fin de que la eventual sentencia estimatoria pueda ejecutarse contra el patrimonio del que resulte responsable. De no exigirse la comparecencia de ambos, el fallo sería ineficaz, pues no podría obligar a indemnizar a quien no ha ejercido la defensa de sus propios intereses en el proceso. Dicho de otro modo, el mandato procesal ordena únicamente que se incorpore a la discusión judicial, tanto al órgano con personalidad como al Estado u ente al que pertenece. Corresponde luego al juez o jueza, con arreglo a las normas sustantivas, determinar si el acto, conducta o indolencia cuestionados se desarrolló o no bajo personalidad, estableciendo de este modo, si es el órgano el que debe responder con su propio peculio, o si es el ente o el Estado a quien debe atribuirse el deber de reparar.' (...)

VIII.- La inconformidad de la representación estatal se dirige a cuestionar la responsabilidad que le fue imputada, lo cual hace desde dos vertientes. En una, recrimina que la parte actora fue omisa en cuanto al deber establecido en el numeral 58 del CPCA relacionado con la pretensión accesorio de daños y perjuicios, mientras que en la segunda, señala que el ruego en cuestión fue formulado para que la reparación patrimonial se le imponga únicamente al Consejo de Transporte Público. En virtud del principio dispositivo que, aunque matizado, mantiene plena vigencia en el proceso contencioso administrativo, este argumento debe ser analizado en forma preliminar, para lo cual conviene realizar dos precisiones. La primera es que, en este proceso, la participación del Estado como demandado se da, no como consecuencia de un extremo de la demanda planteado en su contra, sino por disposición expresa del numeral 12.2 del CPCA, tal y como se expuso en los considerandos anteriores. De acuerdo a lo que allí se dijo, esto obedece a la eventualidad de que la conducta impugnada no sea por el ejercicio de la competencia desconcentrada y cubierta por la personalidad jurídica instrumental, sino que en realidad, se realice bajo la personalidad del ente al cual está adscrito. La segunda es que cualquier pronunciamiento del Tribunal se encuentra



supeditado a la causa petendi y al objeto definido por la parte, y que, en términos generales, ambos se refieren a la eventual disconformidad de la conducta impugnada con el ordenamiento jurídico. La convergencia de las anteriores precisiones obliga a que, en un caso como el presente, en donde una de las partes participa como consecuencia de lo dispuesto en el ordinal 12.2 tantas veces citado, si se determina que el acto impugnado constituye el ejercicio de una competencia propia y exclusiva del denominado 'órgano-persona', como consecuencia lógica y natural, lo procedente es declarar una falta de derecho respecto del ente al cual está adscrito. En este sentido, es importante indicar que el otorgamiento de personalidad jurídica a un ente u órgano tiene como consecuencia inmediata el constituirlos en un centro último y único de imputación de los efectos de sus actuaciones u omisiones. Esta es una de las diferencias con cualquier otro órgano que no constituya una personificación jurídica instrumental, respecto de los cuales, cualquier imputación se hace en forma provisional, ya que como parte de una estructura organizativa más amplia, actúan como parte del ente como persona jurídica, y por ende, bajo la personalidad de este último. Así las cosas, si en sede jurisdiccional se determina que la conducta administrativa objeto de impugnación proviene del ejercicio de una competencia exclusiva del órgano al cual se le otorgó personalidad propia (aunque sea instrumental) para tales efectos, resulta impropio extender la imputación al ente público, mayor o menor, al que se encuentra adscrito. En el caso concreto, esto supone que, tal y como lo alega la representación estatal, al no haberse planteado una pretensión resarcitoria en contra del Estado, y siendo que no se determinó que existiera ninguna actuación que pueda ser reconducida a una competencia que le sea propia, la condenatoria realizada resulta improcedente." (N° 1360-F-S1-2010 de las 10:25 horas del 11 de noviembre del 2010; el subrayado se ha añadido.)

Con base en estas consideraciones, concluimos que, en el *sub examine*, lo propio es direccionar la condenatoria de reparación exclusivamente hacia la CNPRAE, acogiendo respecto del Estado la excepción planteada de falta de derecho, extensiva –por su carácter accesorio– a los extremos restantes de actualización (indexación) y costas.-



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.

- 1 Cerdas Rodríguez C. (Mayo-Agosto 1997). La terminación anormal de los contratos administrativos. Revista de ciencias Jurídicas. Número 84. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho - Colegio de Abogados. Pp. 129-139.
- 2 Muñoz Jiménez G. (Setiembre-Diciembre 1992). La declaratoria oficiosa de nulidad absoluta en los Contratos Administrativos. Revista de ciencias Jurídicas. Número 73. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho - Colegio de Abogados. Pp. 43-63.
- 3 Contraloría General de la República. Documentos descargados el 14 de noviembre de 2011, Disponibles en: http://documentos.cgr.go.cr/content/dav/jaguar/documentos/contratacion/jurisprudencia/Tomo3/contratacion_irregular3.htm
- 4 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA.- Sentencia número 173 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del diez de agosto de dos mil once. Expediente: 10-001950-1027-CA.
- 5 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA.- Sentencia número 168 de las dieciséis horas quince minutos del veintinueve de julio de dos mil once. Expediente: 10-003778-1027-CA.
- 6 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA.- Sentencia número 22 de las diez horas diez minutos del treinta y uno de enero de dos mil once. Expediente: 09-001231-1027-CA.