

LA DECLARATORIA OFICIOSA DE NULIDAD ABSOLUTA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Lic. Giovanni Muñoz Jiménez
Abogado costarricense

SUMARIO:

- I. INTRODUCCION
- II. EL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL
 1. Resolución 1605-90
 2. Resolución 1563-91
- III. EL REGIMEN ESPECIAL PARA LA DECLARATORIA EN SEDE LA INICIATIVA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
 1. Fundamento Doctrinal
 2. Jurisprudencia Administrativa
 3. Voluntad del Legislador
- IV. EFECTOS PRACTICOS DE LAS RESOLUCIONES COMENTADAS
- V. CONCLUSIONES

NOMENCLATURA USADA

- LAFR: LEY DE LA AUMINISTRACION FINANCIERA DE LA REPUBLICA
- LGAP: LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA
- RCA: REGLAMENTO DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

I. INTRODUCCION

Los actos administrativos típicos,⁽¹⁾ 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⁽²⁾ 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.⁽³⁾ En tratándose de contratación adminis-

- (1) Entendido como "toda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas" Fernández de Velazco, Recaredo. *El acto administrativo*, pág. 15, citado por Fernando Carrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, pág. 378).
- (2) Algunos autores prefieren hablar de "ilegalidad" del acto, así Boquera Oliver, Jose María. *Grados de ilegalidad del acto administrativo*, Revista de la Administración Pública Nº 100-102, (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 1003).
- (3) La nulidad de pleno derecho puede siempre declararse, con supresión del acto respectivo, en la vía administrativa, sea el acto favorable o contrario al administrado, es decir: sea, o no, declaratorio de derechos subjetivos a favor del ciudadano. Este poder de anulación oficiosa es manifestación indudable de la "autotutela administrativa". Ortiz Ortiz, Eduardo. *Nulidades del acto administrativo en la Ley General de la Administración Pública*. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, 1981, pág. 422.

trativa, 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 adjudicado 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 adjudicatarias no podía concluirse conforme con la hipótesis del artículo 100 de la Ley de la Administración Financiera de la República. Claro está 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 será 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-exámene; 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 LAFR) “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 en juicio, 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 oyerá 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 LGAP, 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 REGIMEN 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 1° y 3°). Dicha normativa regula los procedimientos de contratación, prerrequisitos, 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 inhibido 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

(4) Sobre los distintos procedimientos de contratación, ver Romero Pérez Jorge E., *La contratación administrativa pública*, Revista de Ciencias Jurídicas N° 48, 1982; y, *Los contratos del Estado* (San José: UNED, 1989).

absoluta en sede administrativa, del acto administrativo declaratorio de derechos.⁽⁵⁾ 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 permitieran 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.

(5) Sobre las diversas formas de nulidad del acto administrativo, ver entre otros, Boquera Oliver, José María. *Grados de ilegalidad del acto administrativo*, op. cit. pág. 1003 y sgts.).

III. 1. Fundamento doctrinal

Es conteste en la doctrina administrativista, 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.⁽⁷⁾ 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, con-

(6) “Para realizar los cometidos estatales —ha dicho Cassagne— la administración pública actúa en el campo contractual utilizando técnicas que difieren en función precisamente al grado y naturaleza de las facultades prerrogativas que tiene a su favor conforme al ordenamiento jurídico y a los requerimientos de justicia que ella persigue”. Cassagne, Juan Carlos. *Los contratos de la Administración Pública*, Revista de Administración Pública N° 78, 1975, pág. 414. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

(7) Berçaitz sostiene que “el contrato no es una figura exclusiva del Derecho privado. Existe también en el Derecho administrativo, con elementos comunes al contrato

trato administrativo, reglamento administrativo, simples actos de la Administración y actos administrativos.

Estas cinco formas jurídicas son los modos o mecanismos procedimentales 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

de Derecho privado, pero con elementos diferentes que derivan de su contenido, de su fin, de los intereses distintos que afecta y de su régimen jurídico propio”. Berçaitz, Miguel Angel. *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, pág. 108. Gordillo entre tanto, opina que el acto administrativo y el contrato administrativo trasuntan instituciones diversas por cuanto existe una imposibilidad práctica, científica y metodológica para efectuar un análisis de conjunto sobre ambos tipos de actos. Gordino, Agustín. *El acto administrativo*, segunda edición, Buenos Aires, pág. 106-107. 1969.

administrativo se refiere el numeral 173 de la LCAP, 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 manera 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 llamársele también nactos declaratorios de derecho", artículos 110 LPA y 369 LRL..." (op. cit, pág. 366, el relieve no es del origina).

Debe llacerse 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.⁽⁸⁾ 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 habrían 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

(8) Boquera Oliver, José María. Op. cit., pág. 1006.

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 Nº 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 Nº 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-111-86 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 173 de la LGAP, surja 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 LAFR, dentro de las que se encuentra, por un lado la de conocer los recursos de apelación en las licitaciones (art. 102.f), 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 RCA), (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 vinculan-

tes 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 2° 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 3° 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 públicas, 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 2° de su Ley Orgánica, son vinculantes para la Administración consultante (así según inter-

pretación restrictiva dada por la Corte Suprema de Justicia. No obstante lo anterior, es claro que pronunciamientos de ese Organó, en relación con la vigilancia de la hacienda pública, por ejemplo no resultan vinculantes para la Administración en tanto exista otro Organó 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 1º 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 vinculación *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.