

Al contestar refiérase

al oficio N^o **1935**

15 de febrero del 2017

DJ-0191

Licenciado
Roy Alvarado Gamboa
Director Ejecutivo ai
JUNTA DE DESARROLLO REGIONAL DE LA ZONA SUR (JUDESUR)

Estimado señor:

Asunto: *Solicitud de dictamen favorable de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del acuerdo de Junta Directiva ACU-05-821-2016, aprobado en sesión ordinaria n.º 821-2016 celebrada el 23 de setiembre de 2016.*

Nos referimos a su oficio DEJ-O-189-2016 del 22 de diciembre de 2016, recibido en este despacho el día siguiente, mediante el cual, solicita el dictamen favorable exigido por el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública tendente a declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta del acuerdo ACU-05-821-2016 tomado en la sesión ordinaria n.º 821-2016 celebrada el 23 de setiembre de 2016, mediante el cual se aprobó por unanimidad el Proyecto n.º 00085-06-NR *“Implementación de un programa de recuperación de la salud de los suelos para mejorar la producción de las plantaciones de micro-pequeños y medianos productores de la palma aceitera afectados por organismos y un conjunto de respuestas ambientales, bioquímicas, eco fisiológicas y morfológicas, que originan estrés en las plantas, en los cantones de Osa, Corredores, Golfito, Buenos Aires y Coto Brus, en el marco del Proyecto Integral de Recuperación de la Sanidad y Salud de los Suelos, soporte de la estructura vegetativa de la producción de la Fruta”*. Para lo correspondiente remiten copias de todo el expediente del proyecto n.º 00085-06-NR.

I.- ANTECEDENTES

Según consta en el expediente y las probanzas remitidas a esta División, los hechos relevantes del presente caso son los siguientes:

1. Que el 23 de setiembre de 2016, mediante acuerdo ACU-05-821-2016 tomado en la sesión ordinaria n.º 821-2016 por la Junta Directiva de la Junta de Desarrollo Regional de

la Zona Sur – en adelante JUDESUR-, se aprobó por unanimidad el Proyecto n.º 00085-06-NR *“Implementación de un programa de recuperación de la salud de los suelos para mejorar la producción de las plantaciones de micro-pequeños y medianos productores de la palma aceitera afectados por organismos y un conjunto de respuestas ambientales, bioquímicas, eco fisiológicas y morfológicas, que originan estrés en las plantas, en los cantones de Osa, Corredores, Golfito, Buenos Aires y Coto Brus, en el marco del Proyecto Integral de Recuperación de la Sanidad y Salud de los Suelos, soporte de la estructura vegetativa de la producción de la Fruta”*.

2. Que el 14 de noviembre de 2016, en sesión ordinaria n.º 827-2016, la Junta Directiva de JUDESUR tomó en firme el acuerdo ACU-08-827-2016, mediante el cual solicitan criterio jurídico a la asesora legal de JUDESUR, respecto a la conformidad o no al bloque de legalidad del acuerdo ACU-05-821-2016 tomado en la sesión ordinaria n.º 821-2016 por la Junta Directiva de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur – en adelante JUDESUR-, se aprobó por unanimidad el proyecto n.º 00085-06-NR, considerando que el proyecto no toma en cuenta las prescripciones contenidas en los artículos 60 inciso b), 61 y 62 de la Ley 9356. Asimismo, solicitó que el Departamento de Desarrollo, aclare los parámetros de selección de los beneficiarios del proyecto, con ocasión del criterio de la anterior Jefatura de Desarrollo y se aclare el nivel de endeudamiento de cada uno de los actores que actúan en el proyecto.

3. Que el 23 de noviembre de 2016, a través de memorando ALJ-M-264-2016, la Licda. Kattia Murillo Trejos, asesora legal de JUDESUR, emitió respuesta al acuerdo ACU-08-827-2016, en el cual determinó lo siguiente: *“(...)h.1.- Conclusiones: (i) El acuerdo de Junta ACU-05-821-2016, tomado en Sesión Ordinaria No. 821-2016 celebrada el 23 de setiembre del 2016, por medio del cual se aprueba el citado proyecto, es contrario a los artículos 60 inciso b), 61 y 62 de la ley N° 9356.-Por tanto ilegal.-; (ii) Conforme el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, un ente u órgano público bien puede anular en vía administrativ un acto declaratorio de derechos para el administrado pero lesivo para los intereses públicos o patrimoniales de la primera, sin necesidad de recurrir al proceso contencioso administrativo de lesividad, cuando el mismo esté (sic) viciado de nulidad absoluta evidente y manifiesta. La nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser dictaminada, previa y favorablemente, por la Procuraduría General de la República – acto preparatorio del acto anulatorio final-. / h.2.- Recomendaciones: Son las siguientes, las recomendaciones de esta Asesoría Legal, las cuales se sustentan en el art. 12.b de la Ley de Control Interno; “Tomar de inmediato las medidas correctivas, ante cualquier evidencia de desviaciones o irregularidades.2, los cuales consisten en lo siguiente: h.2.1 Que el acuerdo de la Junta Interventora, número ACU -05-821-2016, aprobado en Sesión*

Ordinaria No. 821-2016 celebrada el 23 de setiembre del 2016, es contrario a la ley y deben realizarse los procedimientos tendientes a anularlo, por ser evidente y manifiesto; 2./- Como paso previo, formular la consulta preceptiva a la Procuraduría General de la República, como acto previo a iniciarse el procedimiento para declarar la nulidad evidente y manifiesta del acto administrativo, por parte de JUDESUR. En otro orden de ideas, he de indicar que , no se pierde de vista, que el Proyecto en estudio, se aprobó el financiamiento por un monto de ₡ 2. 500.000.000.00 dos mil quinientos millones, en un único desembolso, al respecto en un informe presentado por la Contraloría General de la República, mediante el oficio DFOE-SOC-0287, emitido por el MSC. Juan Carlo Barboza Sánchez, en fecha 28 de abril de 2009, se nos advirtió acerca del peligro que representa para la fiscalización del uso de los recursos, el hacer un único desembolso en el financiamiento de Proyectos, atendiendo este apercibimiento; la Junta Directiva de aquel entonces, había tomado el Acuerdo ACU-07-494-2009, donde se dieron instrucciones precisas al Departamento de Desarrollo, en el sentido de que, el giro de los recursos debería realizarse en dos o más tramos de acuerdo al proyecto, y de esta forma poder medir su avance y controlar el uso de los recursos asignados (...)

4. El 02 de diciembre de 2016, la Junta Directiva de JUDESUR en sesión ordinaria n.º 829-2016, mediante acuerdo ACU-05-829-2016, acoge y aprueba el informe ALJ-M-264-2016 presentado por la asesora legal indicando lo siguiente: “(...) Acoger y aprobar el informe presentado mediante el memorando ALJ-M-264-2016 de la Licda. Katia Murillo Trejos (Asesora Legal de JUDESUR), y se le solicita a la Licda. Katia Murillo, criterio legal sobre los pasos a seguir del procedimiento según el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública , para declarar la lesividad, el orden de acoger el acto momento procesal oportuno para dar audiencia a las partes y si hay que remitirlo a Procuraduría o Contraloría o a las dos (...).”

5. El 6 de diciembre de 2016, la asesora legal de JUDESUR, rinde el criterio jurídico solicitado mediante el acuerdo de Junta Directiva ACU-05-829-2016, mediante memorándum n.º ALJ-M-273-2016, llegando a las siguientes conclusiones y recomendaciones:“(...) H.1.- Conclusiones: Es claro que la intervención que como contralor de legalidad, le otorga, el numeral 173 de la LGAP a la Procuraduría General de la República, configura sin duda alguna una garantía más para el administrado en casos como el presente, en que la Administración pretende ir contra sus propios actos en sede administrativa, pues, en tal sentido el artículo 173 inciso 6) de dicho cuerpo legal, categóricamente dispone que: "La anulación administrativa de un acto contra lo dispuesto en este artículo, sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, será absolutamente nula. Además la Administración

estará obligada a pagar las costas, los daños y perjuicios, sin mengua de las responsabilidades personales del servidor agente, conforme al segundo párrafo del artículo 199"./ Por ello y en cumplimiento de las normas sustanciales, es un deber inexorable de los órganos públicos, la observancia del debido procedimiento administrativo, garantizando con ello al administrado no sólo la adecuada y oportuna tutela de sus derechos, sino también, el efectivo ejercicio de su derecho de defensa. En defensa de esta garantía, es que la Procuraduría General de la República, se aboca siempre a corroborar en detalle todas las actuaciones tendentes a anular en vía administrativa actos declaratorios de derechos, a efectos de prevenir eventuales condenas, ante la anulación en sede administrativa de actos declarativos de derechos, en contravención de los procedimientos establecidas en el artículo 173 de la ley como garantía para el administrado./ H.2.- Recomendaciones: Las recomendaciones de esta Asesoría Legal, son las siguientes: H.2.1.- A la Administración: Integrar desde este momento el Expediente Administrativo, el cual contenga en forma general y completa todas las gestiones y actos preparatorios, que han llevado a cabo por parte de la Administración para la declaratoria de nulidad en este caso; H.2. 2.- Por parte de la Junta Directiva, nombrar un Órgano Director para que lidere el procedimiento administrativo ordinario. Si el órgano es colegiado, debe indicarse quien (sic) será el encargado de dirigir el procedimiento, según se indica en el artículo 314 inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública; H.2.3.- Según establecen las normas consultadas, durante la sustanciación del procedimiento ordinario, resulta indispensable recabar el dictamen de la Procuraduría y de la Contraloría, siendo un acto de trámite del mismo, con respecto a la solicitud de este dictamen, establece el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría, que es el Jefe el que debe solicitarlo, por lo tanto, se deben hacer las gestiones pertinentes, para hacer dicha gestión (...)"

6. El 9 de diciembre de 2016, la Junta Directiva de JUDESUR, en sesión ordinaria n° 830-2016 tomó el acuerdo ACU-15-830-2016, indicando: "(...) Así mismo, se ordena a la administración para que eleve la consulta a la Procuraduría General de la República y Contraloría General de la República (...)"

7. El 16 de diciembre de 2016, mediante memorándum n.° DEJ-M-525-2016, se procede a entregarles copia del memorándum n.° JDJ-M-433-2016, a los funcionarios Marisol Ferreto Acosta, Jefe a.i. Administrativo Financiero; Kattia Murillo Trejos, Asesora Legal y Andrés Solano Miranda, Jefe Departamento de Desarrollo; a través del cual se notificó a la Dirección Ejecutiva el acuerdo de Junta ACU-15-830-2016 tomado la sesión ordinaria n.° 830-2016 , en el cual se detalla que se les ha nombrado como órgano Director para liderar el procedimiento administrativo ordinario sobre el Proyecto No. 00085-06-NR.

II.- CRITERIO DEL DESPACHO

A.- Sobre el principio constitucional de intangibilidad de los actos propios.

Por regla general, la Administración no puede dejar sin efecto sus actos o contratos, por lo que únicamente bajo las excepciones permitidas por el artículo 173 Ley General de la Administración Pública o por la vía del proceso judicial de lesividad, puede lograr la declaratoria de nulidad de sus actos o contratos. Sobre el particular, la Sala Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(...) A la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido, que confieran derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración al emitir un acto y con posterioridad a emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido. La única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado. En nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República, y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, si la Administración ha inobservado las reglas de estos procedimientos, o bien, los ha omitido del todo, el principio de los actos propios determina como efecto de dicha irregularidad, la invalidez del acto. Esta posibilidad que tienen las administraciones públicas y sus órganos constituye una excepción calificada a la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado o del principio de intangibilidad de los actos propios, al que esta Sala especializada le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (Ver sentencias Nos. 2186-94 de las 17:03

horas del 4 de mayo de 1994 y 899-95 de las 17:18 horas del 15 de febrero de 1995)".¹

De acuerdo con lo anterior, queda claro que tanto la Constitución Política como la Ley General de la Administración Pública pretenden brindar seguridad a los titulares de un acto declaratorio de derechos, de que el mismo no podrá ser dejado sin efecto de manera arbitraria sino únicamente en los supuestos legales en los que de manera expresa así se establezca.

Esta es sin lugar a dudas una garantía para el administrado, ya que la Administración pueda hacer uso de esta potestad anulatoria, debe otorgar obligatoriamente el debido proceso al titular del derecho cuya anulación se pretende.

B.- Sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta:

Como se indicó anteriormente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración puede declarar en sede administrativa la nulidad de un acto o contrato que haya declarado derechos a favor del particular, cuando el mismo contenga vicios de nulidad absoluta, evidente y manifiesta.

Así, no es cualquier tipo de nulidad la que se puede ventilar por esa vía, sino que se exige que la nulidad no solo sea absoluta sino también "**evidente y manifiesta**"; es decir, que no requiere de elaboradas interpretaciones jurídicas para comprobar su existencia, esto por cuanto se está ante vicios groseros y notorios.

Debe entenderse que la nulidad absoluta, evidente y manifiesta es aquella notoria por saltar a primera vista. Este tipo de nulidad está referida a la existencia de vicios del acto o contrato que son claros y de fácil captación, para cuya comprobación no se requiere de mayor esfuerzo y análisis al tratarse de vicios ostensibles, todo lo cual hace que la declaratoria de nulidad del acto o contrato sea una consecuencia lógica y necesaria. Procuraduría General de la República, dictamen n.º C-062-88 del 04 de abril de 1988.)

Este tipo de nulidad se descubre por la mera confrontación del acto o contrato administrativo con el ordenamiento jurídico, sin necesidad de acudir a ninguna interpretación, análisis profundo o estudio de expertos. De manera que la nulidad absoluta, evidente y manifiesta es la que resulta "*grosera*" y no se refiere a sólo un tipo determinado de vicio grave, sino toda la que afecte el orden público de la organización y el funcionamiento de la Administración.

¹ Resolución n°16314 de las 15:16 horas del 29 de setiembre de 2010.

C.- Sobre el procedimiento administrativo que debe seguirse para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto o contrato.

Es indispensable que la Administración Pública, previo a iniciar el procedimiento administrativo de nulidad del acto o contrato, no tenga ninguna duda de que esa conducta administrativa que pretende anular, haya generado derechos. Esto significa que no debe versar sobre una simple expectativa de derecho, sino más bien, del reconocimiento expreso al particular de un derecho del cual no gozaba antes.

Claro está, que esta etapa preliminar podrá o no ser necesaria dependiendo de los elementos de juicio con que cuente la Administración Pública, que sugieran de un modo rápido, sencillo y sin mayor esfuerzo, la gravedad propia del acto o contrato que daría motivo a la declaratoria de nulidad absoluta, evidente y manifiesta. Asimismo, dentro de esta etapa debe valorarse si con la eliminación de la vida jurídica del acto o contrato administrativo puede afectar a terceros, ya que de ocurrir esta situación, éstos deben ser llamados al procedimiento.

Una vez determinado el acto o contrato que preliminarmente la Administración considera que está viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, lo que corresponde es iniciar formalmente un procedimiento administrativo ordinario, instrumento que es el único admisible en materia de actos o contratos que produzcan efectos en la esfera jurídica de las personas (artículos 214, 215.1 y 308 de la Ley General de la Administración Pública).

Sobre este tema en particular, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

“(...) En efecto, tal y 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 (...). 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 es constitutivo de lo que se engloba dentro del debido proceso, de 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 por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, ...*².

En virtud de ello, el procedimiento administrativo debe llevarse a cabo de acuerdo con lo regulado en los artículos 308 y siguientes de la LGAP, a efectos de garantizar un debido proceso a los posibles afectados con la decisión que adopte la administración.

El trámite de este procedimiento debe constar en el expediente que se remita a esta Contraloría General, a fin de verificar el respeto al debido proceso, conforme lo señalan los artículos 296 de la Ley General de la Administración Pública y 51 del Código Procesal Contencioso Administrativo de los cuales se extrae -precisamente-, la obligación de conformar un expediente administrativo debidamente identificado, completo, foliado y ordenado cronológicamente, en el que consten todas las actuaciones del órgano director durante el procedimiento respectivo.

Igualmente, es de suma importancia agregar que el acto, decisión o resolución administrativa por el que se solicita el dictamen a la Procuraduría General de la República o a la Contraloría General de la República, no agota la vía administrativa, sino que simplemente declarará cumplida la instrucción del procedimiento ordinario. Por lo que una vez recibido el dictamen favorable, el Jerarca u Órgano superior supremo de la Institución dictará el acto o resolución final de anulación.

D. Sobre el plazo para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta.

De conformidad con el artículo 173 inciso 4 de la LGAP, la potestad de revisión oficiosa caducará en un año contado a partir de la adopción del acto o el cese de sus efectos cuando éstos sean continuados.

En razón de que dicho plazo es de caducidad, el procedimiento deberá ser tramitado, concluido y dictado el acto final dentro del plazo de un año contado a partir del dictado del acto viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta. Así, una vez transcurrido el plazo antes señalado el acto no podrá ser declarado nulo, esto sin perder de vista las reglas aplicables a los actos de efecto continuado.

Una vez transcurrido el plazo antes señalado, el acto administrativo no podrá ser declarado nulo, salvo que se trate de actos que afecten bienes de dominio público para los cuáles no aplica el plazo en cuestión, por ser inalienables e imprescriptibles.³

² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto n.º 1563-91 de las 15:00 horas del 14 de agosto de 1991.

C.- Sobre el caso en concreto.

En primer término, se hace notar la existencia de varias falencias en la documentación remitida. Así por ejemplo, no se remitió el expediente del procedimiento administrativo realizado para declarar la nulidad conforme a lo establecido en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, sino que por el contrario se adjuntó el expediente del proyecto n.º 00085-06-NR denominado: *“Implementación de un programa de recuperación de la salud de los suelos para mejorar la producción de las plantaciones de micro -pequeños y medianos productores de palma aceitera afectados por organismos y un conjunto de respuestas ambientales, bioquímicas, eco fisiológicas y morfológicas, que originan estrés en las plantas, en los cantones de Osa - Corredores - Golfito - Buenos Aires; en el marco del proyecto integral de recuperación de la sanidad y salud de los suelos, soporte de la estructura vegetativa y de la producción de fruta”*, el memorándum n.º ALJ-M-264-2016, emitido por la asesoría legal el 23 de noviembre de 2016 y el memorándum n.º LJ-M-273-2016, emitido por la asesoría legal el 6 de diciembre de 2016; por lo que se echa de menos el acto inicial del procedimiento, las notificaciones de las diferentes actuaciones a las partes, la comparecencia y otras actuaciones procedimentales de interés.

En segundo, término y el cual es elemental, resulta en que el criterio que debe solicitarse ante la Procuraduría General de la República o la Contraloría General de la República acorde a las materias que le corresponde a dichas instituciones según lo estipulado en el numeral 173 de la LGAP, debe realizarse una vez instruido el procedimiento administrativo y justo **antes de emitir la resolución final**. Sobre este tema la Procuraduría General ha señalado lo siguiente:

*“(…) luego de que el órgano director ha terminado la instrucción del procedimiento, debe rendir el informe respectivo y comunicarlo así al órgano decisor con competencia para dictar el acto final; esto con la finalidad exclusiva de que sea éste el que **previo a dictar el acto final correspondiente, tome el acuerdo correspondiente a la remisión del asunto ante la Procuraduría General o a la Contraloría General, según corresponda, sin que se haya conformado aún formal y específicamente la voluntad administrativa en relación con la declaratoria de nulidad consultada, pues no será sino con la emisión del dictamen favorable (acto preparatorio de obligatorio acatamiento)***

³ Véase la sentencia: 00190 de las 14:40 horas del 31 de agosto de 2012, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo.

*que, posteriormente, el órgano decisor proceda, efectivamente, a tomar la decisión final, misma que deberá ser comunicada al administrado que tuvo la condición de parte durante la tramitación del procedimiento (...)*⁴.

III.- CONCLUSIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas con anterioridad, este órgano contralor se ve imposibilitado de rendir el dictamen favorable solicitado tendiente a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del acuerdo de Junta Directiva ACU-05-821-2016, aprobado en sesión ordinaria n.º 821-2016 celebrada el 23 de setiembre de 2016, al considerar que el trámite resulta prematuro tal y como se explicó.

De esta forma damos por atendida su solicitud.

Atentamente,



Lic. Juan Pablo Vargas Quirós
Gerente Asociado ai

Licda. Adriana Delgado Fernández
Fiscalizadora

JPVQ/ADF
Ni: 35769
G: 2016000905-6

⁴ Procuraduría General, dictamen n° C-181-2010 del 23 de agosto de 2010.