

5 de diciembre, 2017
DJ-1437-2017

Señor
Erick Adrián Guzmán Vargas
Secretario General
Tribunal Supremo de Elecciones
secretariatse@tse.go.cr

Estimado señor:

Asunto: *Emisión de dictamen negativo de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública.*

Se atiende oficio n.º STSE-1993-2017 del 16 de noviembre de 2017, recibido en esta Contraloría General de la República el día 20 del mismo mes, suscrito por su persona y mediante el cual solicita que se emita dictamen favorable para la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del acto de adjudicación emitido dentro de la licitación abreviada n.º 2016LA-000023-000123001 denominada *“Suministro e instalación de sistemas de aire acondicionado para las oficinas regionales en Los Chiles, Upala, San Carlos, Coto Brus, Pérez Zeledón y Alajuela”*.

I.- ANTECEDENTES.

Del expediente del procedimiento administrativo n.º 01-PA-2017 remitido con la gestión (159 folios) y de la información revisada en el Sistema Integrado de Compras Públicas “SICOP”, se estima oportuno mencionar los siguientes hechos de relevancia para la decisión de este asunto:

1. Que el 29 de agosto de 2016, la Proveduría Institucional del Tribunal Supremo de Elecciones publicó el cartel en el Sistema Integrado de Compras Públicas “SICOP” de la licitación abreviada n.º 2016LA-000023-000123001 para el *“Suministro e instalación de sistemas de aire acondicionado para las oficinas regionales en Los Chiles, Upala, San Carlos, Coto Brus, Pérez Zeledón y Alajuela”* (folio 28 del expediente administrativo).

2. Que el 18 de noviembre de 2016 quedó en firme el acto de adjudicación de la licitación abreviada a la empresa ANEM Ingeniería S.A (véase el SICOP en el siguiente enlace: https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ610.jsp?cartelNo=20160801165&cartelSeq=00&cartelCate=1).

- 3.** El 5 de setiembre de 2017, la Secretaría General del Tribunal Supremo de Elecciones, mediante acuerdo tomado en la sesión ordinaria n.º 39-2017, acordó tramitar procedimiento administrativo conforme al artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública a fin de declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del acto de adjudicación emitido dentro de la licitación abreviada n.º 2016LA-000023-000123001 (folios 1 al 3 del expediente administrativo).
- 4.** Mediante resolución de las 14:00 horas del 3 de octubre de 2017, el Órgano Director designado, emitió el acto de apertura del procedimiento administrativo. Dicha resolución fue notificada al señor André M. Navarrete Álvarez en su condición de representante de la empresa ANEM Ingeniería S.A. el mismo día (folios 9 a 13 y 17 del expediente administrativo).
- 5.** En auto de las 9:00 horas del 12 de octubre de 2017, el Órgano Director resolvió incorporar una serie de documentos tomados del SICOP, tales como la solicitud de contratación, el cartel, la oferta y varios oficios relacionados. No consta en el expediente que este auto haya sido notificado a la empresa ANEM Ingeniería S.A (folio 22 a 134 del expediente administrativo).
- 6.** El 19 de octubre de 2017 se llevó a cabo la audiencia oral y privada con la presencia del Órgano Director, el señor André M. Navarrete Álvarez en su condición de representante de la empresa ANEM Ingeniería S.A. y el señor Tito José Alvarado Contreras, Jefe de Ingeniería y Arquitectura del Tribunal Supremo de Elecciones, en calidad de testigo (folios 139 a 142 del expediente administrativo).
- 7.** El 1º de noviembre de 2017, se continuó con la celebración de la audiencia oral y privada con la presencia del Órgano Director y el señor Allan Herrera Herrera, Proveedor Institucional del Tribunal Supremo de Elecciones (folios 143 a 147 del expediente administrativo).
- 8.** El 13 de noviembre de 2017, el Órgano Director emitió el Informe Final del Procedimiento Administrativo (folios 148 a 154 del expediente administrativo).
- 9.** Mediante resolución n.º 7214-PA-2017 de las 15:51 horas del 14 de noviembre de 2017, el Tribunal Supremo de Elecciones dispuso remitir las diligencias a la Contraloría General de la República. Esta resolución fue debidamente notificada a la empresa ANEM Ingeniería S.A. el día 16 de noviembre de 2017 (folios 155 y 158 del expediente administrativo).

II.- DE LA ANULACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA DE UN ACTO DECLARATIVO DE DERECHOS. PLAZO DE CADUCIDAD.

En principio, la Administración se encuentra inhibida para anular en vía administrativa los actos suyos que hayan declarado algún derecho a favor de los administrados. En ese sentido, la regla general establece que para dejar sin efecto ese tipo de actos, la Administración debe acudir a la vía judicial y solicitar que sea un órgano jurisdiccional el que declare dicha nulidad, mediante el proceso de lesividad regulado en los artículos 34 y 39.2 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

La razón para limitar la posibilidad de que la Administración anule por sí misma los actos suyos declarativos de derechos, se fundamenta en motivos de seguridad jurídica: el administrado debe tener certeza de que los actos administrativos que le confieren derechos subjetivos no van a ser modificados ni dejados sin efecto arbitrariamente por la Administración.

A pesar de lo anterior, existe una excepción al principio que establece que los actos que declaran derechos a favor del administrado son intangibles para la Administración.

De conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración puede anular en vía administrativa un acto suyo declarativo de derechos, siempre que aquél presente una nulidad que además de absoluta, sea evidente y manifiesta. En otras palabras, no es cualquier nulidad la que podría ser declarada por medio del trámite descrito, sino sólo aquella que resulte clara, palmaria, notoria, ostensible, etc.

Para evitar abusos en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, el legislador dispuso que previo a la declaratoria de nulidad, debe seguirse un procedimiento administrativo ordinario y obtenerse, a solicitud del máximo jerarca, un dictamen de la Procuraduría General de la República o bien de esta Contraloría en caso de que el asunto verse sobre materias propias de nuestra competencia, mediante el cual se acredite la naturaleza absoluta, evidente y manifiesta de la nulidad que la Administración pretende declarar así como el cumplimiento del debido proceso.

Este dictamen preceptivo deviene en un medio de fiscalización sobre el cauce formal de la acción administrativa para constatar, por un lado, que se han garantizado los derechos del particular favorecido por el acto o los actos cuya anulación se pretende en la vía administrativa, y de otro, el cumplimiento del interés público, que se concreta en la legalidad y en el acierto de las resoluciones y actos administrativos.

De alta importancia también, es que el mismo artículo 173 establece un plazo de caducidad para el ejercicio de la potestad revisora y anulatoria de la Administración el cual tiene como base fundamental el dar estabilidad al acto administrativo no impugnado dentro de ese

plazo y resguardar el principio de seguridad jurídica de los administrados a fin de que cualquier situación jurídica derivada de aquél no quede sujeta a la eventual anulación por tiempo indefinido.

De este modo, la potestad de revisión oficiosa de la Administración sólo podrá ser ejercida dentro del plazo indicado en el inciso 4, a saber un año, a partir de la adopción del acto que se pretende anular, salvo que sus efectos perduren.

Así las cosas, siendo que el régimen de nulidad de la Ley General de la Administración Pública es de aplicación a la contratación administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 párrafo cuarto de la Ley de Contratación Administrativa, este Órgano Contralor debe verificar la fecha del acto administrativo que generó derechos subjetivos en el caso sujeto a consideración.

En este orden de ideas, si bien en el expediente del procedimiento administrativo no se hace referencia, ni consta documentación alguna respecto de la fecha del acto de adjudicación de la licitación abreviada n.º 2016LA-000023-0001230001, en el Sistema Integrado de Compras Públicas “SICOP” (el cual es llenado por la misma Administración y es de acceso público) se indica con claridad que la adjudicación a la empresa ANEM Ingeniería S.A de la licitación abreviada n.º 2016LA-000023-000123001 para el “Suministro e instalación de sistemas de aire acondicionado para las oficinas regionales en Los Chiles, Upala, San Carlos, Coto Brus, Pérez Zeledón y Alajuela” quedó en firme el 18 de noviembre de 2016.

De esta manera, siendo que el acto que se pretende anular administrativamente quedó en firme el 18 de noviembre de 2016 y que el plazo de caducidad por aplicar es de un año, tenemos que a la fecha de recepción del expediente administrativo en la Contraloría General de la República (20 de noviembre de 2017), en principio *–de acuerdo con la información registrada en el SICOP–* ya transcurrió el plazo otorgado por ley para el ejercicio de la competencia anulatoria de la Administración en relación con el acto cuya validez se cuestiona, razón por la cual este Órgano Contralor *–advirtiendo esta circunstancia–* se encuentra imposibilitado para efectos de emitir el dictamen previo que se solicita, por tanto deberá la Administración valorar lo pertinente y adoptar las acciones que correspondan.

III. CONSIDERACIÓN ADICIONAL.

Advirtiendo la imposibilidad de emitir el dictamen requerido por haber acaecido el plazo de caducidad, este Órgano Contralor procede a realizar una serie de observaciones relacionadas con las actividades procedimentales a fin de que sean valoradas por la Administración requirente, las cuales procedemos a enumerar:

1. No se cumplió con el plazo mínimo de quince días de citación establecido en el artículo 311 en concordancia con el numeral 256. inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública. En este sentido, téngase que la resolución de apertura del

procedimiento administrativo de las 14:00 horas del 3 de octubre de 2017 señaló como fecha para la celebración de la comparecencia oral y privada el día 19 del mismo mes y año (folios 9 a 13) y fue notificada de manera personal al representante de la empresa ANEM Ingeniería el mismo día 3 de octubre (folio 17). Así, tomando en consideración que durante ese periodo existió un día feriado (12 de octubre trasladado para el día 16) apenas se cumplían con once días para el día de la comparecencia.

Recuérdese que dicho plazo constituye una garantía legal que ha sido calificada por la propia Sala Constitucional como una formalidad sustancial del procedimiento administrativo ordinario, cuya omisión ocasiona la nulidad absoluta de lo actuado (artículos 223 y 254 de la citada Ley General) por limitar ilegítimamente la oportunidad para los administrados de preparar adecuadamente su defensa y su alegación.

2. Violación del artículo 239 de la Ley General de la Administración Pública referido a la comunicación de los actos del procedimiento. El Órgano Director mediante auto de las 9:00 horas del 12 de octubre de 2017 resolvió incorporar al expediente una serie de documentos tomados del SICOP, no obstante, dicha resolución no consta que haya sido notificada a la empresa ANEM Ingeniería S.A. con el fin de que esta última pudiera referirse a los mismos e incorporar su contraprueba u otros elementos de convicción, de estimarlo necesario.

Si bien los documentos incorporados constan en el Sistema Integrado de Compras Públicas y -en apariencia- podrían haber sido de fácil acceso a la parte interesada dentro del procedimiento, es un deber ineludible de la Administración comunicar todo acto del procedimiento que afecte los derechos o intereses de la empresa a la que asiste un derecho subjetivo, todo esto a efectos de atender los deberes y obligaciones que impone el ordenamiento jurídico en este tipo de procedimientos y en aras de respetar el derecho de audiencia y defensa con el que cuentan los administrados.

3. Omisión de las etapas de la comparecencia oral y privada conforme lo dispone el artículo 317 de la Ley General de la Administración Pública. En el expediente constan una serie de resoluciones separadas que refieren a la presencia o no de las partes en la comparecencia realizada los días 19 de octubre y 1º de noviembre, así como dos actas que contienen la declaración de dos funcionarios del Tribunal Supremo de Elecciones convocados como contraparte técnica. No obstante, llama la atención de este Órgano Contralor que pese a que la empresa ANEM Ingeniería S.A. estuvo presente en la primera sesión, no se dejó una constancia o referencia clara sobre su participación efectiva en el desarrollo de la audiencia a efectos de ejercer su derecho de defensa, así las cosas, no existe siquiera una manifestación breve sobre los derechos y cargas que la ley impone, o en su defecto, una indicación de las circunstancias y/o las razones por las que la empresa no hace uso de sus derechos.

Téngase que la parte tiene, entre otros, el derecho de ofrecer prueba y obtener su admisión y trámite, pedir confesión e interrogar a los testigos, formular sus alegatos de defensa y formular sus conclusiones. Todo esto deberá hacerse de manera verbal y *—de todas esas actuaciones—* se dejará constancia mediante grabación de la audiencia *-o bien-* levantando un acta en donde se detallen todas las incidencias que se presentaron en el desarrollo de la comparecencia, en los términos que establece el artículo 317 de la Ley de cita, actos cuya comprobación se echan de menos en el expediente del procedimiento administrativo.

En este orden de ideas, debe tomarse en cuenta que, en los casos que se tramite un procedimiento ordinario con sustento en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, deben aplicarse las solemnidades que establece dicha norma, ante las cuales el expediente administrativo constituye el medio probatorio idóneo por antonomasia para efectos de comprobar que la voluntad administrativa ha discurrido debidamente por el cauce formal y en donde se plasman todas y cada una de las actuaciones, acorde con lo dispuesto en la Ley en materia de procedimiento administrativo en cuanto al trámite y respeto de los tiempos establecidos, cosa que no ha podido acreditar este Órgano del contenido de las actas correspondientes.

IV. CONCLUSIÓN.

Con fundamento en los razonamientos expuestos, se emite un dictamen preceptivo y vinculante **NEGATIVO** a su aplicación.

El expediente administrativo remitido con su gestión queda disponible para su retiro en la División Jurídica ubicada en el piso 7 del edificio principal.

Sin otro particular, atentamente,

Lic. Jesús González Hidalgo
Gerente Asociado a.i.

Licda. María Gabriela Pérez López
Abogada Fiscalizadora



MGPL/JGH
NI: 29980 / NN: 15189.
G: 2017003704-1.