



DICTÁMENES

Dictamen: 119 - 2010 Fecha: 09-06-2010

Consultante: Mayra Díaz Méndez

Cargo: Presidenta Ejecutiva

Institución: Instituto Nacional de las Mujeres

Informante: Laura Araya Rojas

Temas: Nombramiento en el empleo público. Vicios del acto administrativo. Competencia del superior jerárquico. Anulación de actos declaratorios de derechos. Instituto Nacional de las Mujeres. Contraloría de Servicios sobre el órgano competente para nombrar la contralora de servicios del INAMU y el procedimiento a seguir en caso de haber sido electa por órgano incompetente.

La Licda. Master Mayra Díaz Méndez, en calidad de Presidente Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres, formula consulta sobre lo siguiente:

A. “¿En el Instituto Nacional de las Mujeres – INAMU-, el nombramiento de la persona funcionaria Contralora de Servicios corresponde a la Junta Directiva o a la Presidenta Ejecutiva?

B. ¿De quién depende la Contraloría de Servicios, de la Junta Directiva o de la Presidenta Ejecutiva?

C. ¿En caso de que el nombramiento de la persona Contralora de Servicios lo haya hecho el Órgano no competente, ¿cuál sería el procedimiento para poner a derecho tal situación?”

Analizado el punto sometido a consideración de este órgano técnico asesor, mediante dictamen N°C-119-2010 del 09 de junio del 2010, suscrito por la Licda. Laura Araya Rojas, se concluyó lo siguiente:

A.- El máximo jerarca del Instituto Nacional de la Mujer es la Junta Directiva, por lo que, esta se constituye el órgano competente para nombrar el Contralor de Servicios.

B.- De conformidad con el numeral noveno del Ejecutivo N°34587-PLAN del 25 de mayo del 2008, la Contraloría de Servicios depende jerárquicamente de la Junta Directiva del Instituto Nacional de la Mujer.

C.- El acto administrativo es la manifestación unilateral de voluntad de la Administración que en ejercicio de la función administrativa crea, modifica o extingue derechos y se presume válido y eficaz atendiendo al principio de conservación de los actos administrativos.

D.- El acto administrativo puede ostentar dos tipos de nulidades, dependiendo de la gravedad de vicio, relativa cuando existe imperfección en uno de sus elementos y absoluta si hay ausencia total de uno de estos o se impide la realización del fin.

E.- El acto relativamente nulo podrá subsanarse mediante convalidación, saneamiento o conversión, en tanto que el absolutamente nulo únicamente por la vía de la conversión.

F.- La Administración Pública se encuentre vedada para proceder por si misma a anular un acto generador de derechos subjetivos – como el que nos ocupa-, lo anterior, en razón de la teoría de los actos propios.

G.- El procedimiento para ajustar a derecho un acto que podría teñirse de nulidad absoluta o bien absoluta evidente y manifiesta, se direcciona en dos aristas, la declaratoria de nulidad en vía administrativa o plantear el proceso de lesividad, cumplimiento, en cada caso, con los requerimientos impuestos por el ordenamiento jurídico al efecto.

A continuación se incluye, como complemento de la publicación del Boletín de la Procuraduría General de la República, el dictamen completo recuperado de:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=16320&strTipM=T

Dictamen 119 de 09/06/2010

C-119-2010

9 de junio, 2010

**Master
Mayra Díaz Méndez
Presidenta Ejecutiva
Instituto Nacional de las Mujeres**

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto de la República, me refiero a su Oficio de 05 de noviembre del 2009, mediante el cual formula consulta sobre el nombramiento de la persona que ostenta el puesto de Contralora de Servicios. Específicamente se solicita nuestro criterio en torno a lo siguiente:

- A.** *“¿En el Instituto Nacional de las Mujeres – INAMU-, el nombramiento de la persona funcionaria Contralora de Servicios corresponde a la Junta Directiva o a la Presidenta Ejecutiva?”*
- B.** *¿De quién depende la Contraloría de Servicios, de la Junta Directiva o de la Presidenta Ejecutiva?”*
- C.** *En caso de que el nombramiento de la persona Contralora de Servicios lo haya hecho el Órgano no competente, ¿cuál sería el procedimiento para poner a derecho tal situación?”*

I. SOBRE LOS ANTECEDENTES

De previo a referirnos al fondo de lo consultado, es importante acotar que conjuntamente con el escrito mediante el cual se remite el cuestionamiento a resolver, se adjunta el oficio número AL 172-2009 del 04 de noviembre del 2009, emitido por la Asesoría legal del ente consultante en relación con el tema que nos ocupa y concluye:

“1- El máximo jerarca del INAMU es la Junta Directiva...

2.- El objetivo de la creación de las contralorías de servicios en el sector público, es la fiscalización de los servicios que cada institución presta a la población, con la finalidad de optimizar dichos servicios, razón por la cual la persona funcionaria contralora de servicios debe actuar de manera independiente y sin involucrarse dentro de la administración activa”

II.- SOBRE EL SUPERIOR JERÁRQUICO DEL INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES, LA COMPETENCIA PARA NOMBRAR A LA CONTRALORA DE SERVICIOS Y EL ÓRGANO QUE OSTENTA LA JERARQUIA RESPECTO DE LA CONTRALORÍA DE SERVICIOS

En atención a las consultas planteadas y siendo que la base de las diversas inquietudes responden al órgano que ostenta la competencia para nombrar a la Contralora de Servicios, conviene, en primer término, determinar el superior jerárquico del ente consultante.

Sobre este particular se ha pronunciado este órgano consultivo, al sostener:

“... El Jerarca del Instituto Nacional de las Mujeres.-

Tal y como se señaló, las competencias que el legislador le confirió a la Junta Administrativa del Instituto Nacional de las Mujeres son amplias y variadas. Éstas no sólo se refieren a aspectos de índole administrativos, tales como aprobar: presupuestos, lo relativo a la organización del Instituto, las contrataciones y la memoria anual; el establecimiento del régimen del recurso humano en ese Instituto; la posibilidad de adoptar los acuerdos necesarios para la buena marcha de la Institución; sino también, a las propias que ostenta un órgano con jerarquía suprema en una organización, a saber, las políticas.

En este particular, la Junta Directiva del Instituto Nacional de las Mujeres, por imperativo legal, establece la política general y aprueba el plan operativo del Instituto en concordancia con esa política; conoce y resuelve sobre propuestas y planteamientos en torno a sus atribuciones e impulsa la política nacional para la igualdad y equidad de género, dándole seguimiento.

El órgano colegiado entonces, asume funciones tanto administrativas como políticas; por consiguiente, a efectos de la aplicación de la Ley General de Control Interno, integra a la “Administración Activa”, y como tal, es objeto de la regulación que rige la materia. Sobre el particular, el inciso a) del numeral 2 de esa Ley, la define de la siguiente manera:

“Administración activa: desde el punto de vista funcional, es la función decisoria, ejecutiva, resolutoria, directiva u operativa de la Administración. Desde el punto de vista orgánico es el conjunto de órganos y entes de la función administrativa, que deciden y ejecutan; incluyen al jerarca, como última instancia.”

Sobre los alcances de ese numeral, en tratándose de órganos colegiados con características similares al que nos ocupa, este Órgano Asesor ha señalado lo siguiente:

“En sentido funcional, la Administración activa no se define como ejecución, antes bien, la definición abarca las distintas actividades que puede desarrollar la Administración activa. Término que aquí es utilizado en contraposición de la administración contralora y consultiva. Dado el ámbito general del concepto, el artículo legal comprende tanto la definición de políticas, funciones decisoras, como las meramente operativas” (dictamen C-048-2004 de 2 de febrero de 2004)

La Presidencia Ejecutiva, por su parte, es un órgano con funciones preminentemente administrativas. La Ley de Creación del Instituto Nacional de las Mujeres le confiere el grado de “superior jerárquico” para efectos del ejercicio de la administración del Instituto, la cual ha de gestar: “vigilando la organización, el funcionamiento y la coordinación de todas sus dependencias”. Amén de que en esa condición, también ha de procurar la “observancia de los acuerdos de la Junta Directiva” (artículo 16, inciso d).

De igual manera, buena parte de las atribuciones legales que tiene la Presidencia Ejecutiva de ese Instituto, están condicionadas a la decisión última que adopte la Junta Administrativa; a modo de referencia, la Presidencia Ejecutiva propone: el Presupuesto; la organización funcional y los Reglamentos de Organización y Servicio; el Plan Anual Operativo; y además, presenta los documentos relativos a las contrataciones administrativas que se han de realizar. También, y dentro de un ámbito limitado de acción, se encuentran otras atribuciones que, para su ejercicio, dependen de lo que la Junta Directiva haya acordado; por ejemplo, la representación administrativa, legal, judicial y extrajudicial, no puede ir más allá de lo que la Junta Directiva ha decidido en materia de contratación de bienes y servicios, o bien, de lo que expresamente le autorice la reglamentación correspondiente que ha sido promulgada por el órgano colegiado.

Además de lo reseñado, es importante traer a colación lo que se establece en la Ley de Presidencias Ejecutivas, y específicamente en su artículo 4, en el que se señala que el Presidente Ejecutivo “... será el funcionario de mayor jerarquía para efectos de gobierno de la institución y le corresponderá fundamentalmente velar porque las decisiones tomadas por la Junta se ejecuten, así como coordinar la acción de la entidad cuya Junta preside, con la de las demás instituciones del Estado...”

El Jerarca Superior del Instituto Nacional de las Mujeres, lo es entonces su Junta Directiva. Sin embargo, la Presidencia Ejecutiva, como órgano, no es un simple “subordinado” de la Junta Directiva. Si bien en el ejercicio de sus competencias, ambos órganos se interrelacionan funcional y administrativamente, es lo cierto que cada uno ostenta, por separado, su propio ámbito de acción y hasta una naturaleza jurídica distinta;

no obstante ello, en el ejercicio de sus competencias, han de cumplir con el predicado de la regulación especial que norma la actividad administrativa del Instituto Nacional de Mujeres, como ente público descentralizado” ¹¹

De lo expuesto se desprende con absoluta claridad que el jerarca superior del ente consultante es la Junta Directiva, por lo que, partiendo de esta premisa se procederá a establecer el órgano competente para efectuar el nombramiento de la persona que ostenta el puesto de Contralora de Servicios.

En este sentido, tenemos que el ordinal décimo del Decreto Ejecutivo número 34587-PLAN del 25 de mayo del 2008, en lo que nos interesa, dispone:

“Artículo 10.-Del (la) Contralor (a) de Servicios. Las Contralorías de Servicios estarán a cargo de un(a) Contralor(a) de Servicios nombrado(a) por parte del jerarca institucional, el cual será por tiempo indefinido y no podrá recaer en un puesto de confianza. Además desempeñará su puesto sin recargo de funciones...”

A partir de lo expuesto, no cabe duda que el numeral supra citado le otorga la competencia para efectuar el nombramiento del Contralor de Servicios al jerarca institucional, a saber, la Junta Directiva del Instituto Nacional de la Mujer.

Tocante al órgano del que depende jerárquicamente la Contraloría de Servicios, debemos remitirnos a lo dispuesto por el numeral noveno del cuerpo normativo supra citado, que a la letra reza:

*“Creación de las Contralorías de Servicios. Se crean las Contralorías de Servicios como órganos para promover -con la participación de los usuarios- el mejoramiento continuo en la prestación de los servicios públicos que brinda el Estado costarricense, **las cuales dependerán del máximo jerarca del órgano o ente público al que pertenezca**. La creación de Contralorías de Servicios se inscribirá en el registro que para tales efectos llevará la Secretaría Técnica del SISTEMA. Para dicha inscripción se deberá aportar una carta suscrita por el jerarca indicando nombre, calidades, fecha de nombramiento, número de faz (sic), número de teléfono y correo electrónico del Contralor de Servicios. La creación de las mismas será de carácter obligatorio en las instituciones que conforman la Administración Pública, dedicadas a la prestación de bienes y servicios a los ciudadanos.”*
(El resaltado nos pertenece)

Del numeral transcrito se sigue sin mayor dificultad, que la Contraloría de Servicios depende de la Junta Directiva del ente consultante, al constituirse esta última en el máximo jerarca del ente consultante.

III. SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO Y LOS VICIOS DE NULIDAD

Con la finalidad de evacuar la presente consulta de la mejor manera, se impone, como punto de partida, realizar un breve análisis del acto administrativo, las presunciones que lo caracterizan y la envergadura de los vicios que ostentan la fuerza de desvirtuar esas presunciones.

Como es bien sabido, el acto administrativo es la manifestación unilateral de voluntad de la Administración que en ejercicio de la función administrativa crea, modifica o extingue derechos.

En el caso que nos ocupa, el Instituto consultante expresó su decisión de contratar la persona que ocupa la plaza de Contralora de Servicios, creándole un derecho subjetivo que le reconoce jurídicamente la posibilidad de ejercerlo de manera exclusiva y excluyente respecto de cualquier tercero, salvo las excepciones aplicables en caso de interinos - regreso del titular, causa justificada o designación del titular mediante el procedimiento legal-.

Ahora bien, para que tal manifestación sea válida debe ser “... *conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico...*” – canon 228 Ley General de la Administración Pública- y en consecuencia “*La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de este...*” atendiendo con lo dispuesto en el ordinal 158 del cuerpo de normas citado.

Empero, no todo vicio tiene la fuerza de destruir el acto tornándolo inválido, ya que, el legislador se preocupó por concederle una posición privilegiada, apostando por su conservación -artículos 168 y 176 del cuerpo de normas citado-, determinando expresamente el tipo de yerro que provoca la desaparición del acto de la vida jurídica.

Tenemos entonces que cuando existe un defecto en alguno de los elementos del acto, la nulidad se denomina relativa.

Sobre el particular la doctrina ha sostenido:

“.... La nulidad relativa se produce cuando uno de los elementos constitutivos del acto es imperfecto pero no está ausente, salvo que la imperfección impida la realización del fin en cuyo caso se produce una nulidad absoluta (artículo 167 LGAP)...” ^[2]

Por su parte la nulidad absoluta se produce “... *cuando faltan totalmente uno o varios de los elementos constitutivos del acto administrativo o cuando alguno es imperfecto pero impide la realización del fin...*” ^[3]

Tocante al tema que nos ocupa, se ha pronunciado este órgano asesor, al indicar:

Los actos administrativos gozan de dos características esenciales que aseguran su vigencia pues en principio todo acto se presume válido (principio de validez) y por otro lado, se busca siempre su permanencia en el tiempo (principio de conservación).

Tales presunciones sin embargo, operan únicamente cuando los defectos del acto administrativo no lo convierten en sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, por lo que la Ley General de la Administración Pública diferencia entre dos tipos de nulidades. Por un lado, **la nulidad relativa** que opera cuando se cumplen todos los elementos del acto pero alguno presenta o contiene un defecto, y por otro, **la nulidad absoluta** que ocurre cuando falta un elemento sustancial constitutivo del acto administrativo (artículos 166 y 167 de la Ley General de la Administración Pública).

Sólo la violación a formalidades esenciales ocasiona la nulidad absoluta del acto administrativo por ser sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, y por lo tanto inválido. En estos casos, el acto no se presume válido, no se puede ejecutar, sanear o convalidar, su ejecución genera responsabilidad civil de la Administración y responsabilidad civil, administrativa y en algunos casos penal del funcionario, además que la declaratoria de nulidad es declarativa y retroactiva a la fecha de vigencia del acto, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. (Artículos 169 a 172 de la Ley General de la Administración Pública) ¹⁴¹

Establecido lo anterior, corresponde determinar las opciones que prevé el ordenamiento para subsanar los actos administrativos que presentan algún vicio y que se encuentran reguladas en los artículos 187, 188 y 189 de la Ley General de la Administración Pública, y son la convalidación, el saneamiento y la conversión.

Normas que a la letra rezan:

“Artículo 187.- 1. El acto relativamente nulo por vicio en la forma, en el contenido o en la competencia podrá ser convalidado mediante uno nuevo que contenga la mención del vicio y la de su corrección.

2. La convalidación tiene efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado”.

“Artículo 188.- 1. Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, éstos podrán darse después del acto, acompañados por una manifestación de conformidad con todos sus términos.

2. Lo anterior no podrá aplicarse a la omisión de dictámenes ni a los casos en que las omisiones arriba indicadas produzcan nulidad absoluta, por impedir la realización del fin del acto final.

3. *El saneamiento producirá efecto retroactivo a la fecha del acto saneado”.*

“Artículo 189.- 1.- *El acto inválido, absoluta o relativamente nulo, podrá ser convertido en otro válido distinto por declaración expresa de la Administración a condición de que el primero presente todos los requisitos formales y materiales del último.*

2. *La conversión tiene efecto desde su fecha”.*

Respecto a los remedios dispuestos por el ordenamiento jurídico para corregir el vicio que detenta el acto, la Procuraduría ha mantenido:

1. **La convalidación:** *Hacer válido lo que no era válido. Constituye un acto jurídico por el cual se torna eficaz otro que estaba viciado de nulidad relativa. Es un nuevo acto por el cual se subsanan o corrigen las irregularidades de nulidad relativa, localizadas en el otro acto anterior. La convalidación tiene efectos retroactivos a la fecha del acto convalidado (artículo 187 de la Ley General de la Administración Pública).*

2.- **El saneamiento:** *Es la conservación del acto, con un vicio de nulidad relativa, que ha omitido una formalidad sustancial, la cual se puede dictar después del acto. El saneamiento tiene efecto retroactivo a la fecha del acto saneado (numeral 188 de la Ley General de la Administración Pública).*

3.- **La conversión:** *Se presenta cuando, pese a que un acto es absolutamente nulo o que siendo relativamente nulo, se dicta otro acto que reúna los elementos constitutivos (formales y materiales) del anterior. Tiene efecto desde su fecha (artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública).”*

De acuerdo con lo anterior, en respuesta a lo consultado, en caso de que sobrevenga alguna nulidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 237 de la LGAP, la Administración dispondría de los siguientes mecanismos para su corrección:

a) *Si la nulidad es relativa los actos dictados pueden ser saneados o convalidados en los términos supra descritos. En ese sentido, la anulación de oficio del acto relativamente nulo será discrecional y deberá estar justificada por un motivo de oportunidad, específico y actual (artículo 174 punto 2 de la LGAP).*

b) *Si la nulidad es absoluta no se puede arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación (artículo 172 de la LGAP); sin embargo, el artículo 189 de la LGAP permite la conversión del acto. En esta dirección, a tenor del artículo 175 de LGAP el plazo para impugnar el acto absolutamente nulo, en la vía administrativa o la judicial, será de un año contado a partir del día siguiente a su comunicación. Tratándose de actos de efectos continuados, el plazo se computará a partir del cese de sus*

efectos...” ^[5]

En conclusión, el acto relativamente nulo podrá subsanarse mediante convalidación, saneamiento o conversión, en tanto que el absolutamente nulo únicamente por la vía de la conversión.

IV. SOBRE EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN CASO QUE EL NOMBRAMIENTO DEL CONTRALOR DE SERVICIOS SE HAYA REALIZADO POR ÓRGANO NO COMPETENTE

Se impone, como punto de partida, analizar la gravedad de la violación cometida, para así determinar el grado de invalidez que permea el acto y concretar el procedimiento a seguir.

Del cuadro fáctico que se expone, se desprende que el órgano- individuo que procedió al nombramiento del Contralor de Servicios no es el competente. Consecuentemente el vicio que se acusa recae sobre el sujeto, constituyendo este último un elemento esencial del acto.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, al sostener:

“...Desde un punto de vista sustancial, la doctrina ius administrativista es conteste en afirmar que el sujeto es un elemento esencial del acto administrativo, lo que recoge a su vez el ordinal 129... El artículo 182 ibídem, en lo conducente establece:

“1. El Juez no podrá declarar de oficio la invalidez del acto, salvo que se trate de infracciones sustanciales relativas al sujeto, al procedimiento o la forma, casos en los cuales deberá hacerlo. 2.- Para efectos de este artículo el sujeto se entenderá como elemento comprensivo de la existencia del ente y su capacidad, de la existencia del órgano y su competencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de ésta y de la regular investidura del servidor público...”. (Lo resaltado no es del original). Esta norma debe relacionarse a su vez, con lo dispuesto en el ordinal 129 en cuanto dispone: “El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia...”. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 398-F-02 de las quince horas diez minutos del dieciséis de mayo del año dos mil dos).

Así las cosas y ante la ausencia total del elemento citado, debe valorarse la posible existencia de una nulidad absoluta o bien de una nulidad absoluta evidente y manifiesta. Tómese en cuenta también que el acto administrativo de nombramiento, se constituye declaratorio de derechos subjetivos a favor de quien se dicta.

Véase que el Derecho subjetivo es: *“...el reconocimiento por el Derecho de un poder en*

favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición.” [6]

Siendo así, debe decirse que, el ordenamiento jurídico ha dispuesto que la Administración se encuentra vedada para proceder por sí misma a anular un acto generador de derechos subjetivos – como el que nos ocupa-, lo anterior, en razón de la teoría de los actos propios.

Teoría respecto de la cual esta Procuraduría ha indicado:

“... En este sentido, el artículo 173 LGAP establece que la Administración Pública podrá declarar la nulidad de un acto suyo declarativo de derechos, cuando éste sufra de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta. Al respecto, citamos la sentencia N.º 899-1995 de las 17:18 horas del 15 de febrero de 1995 dictada por la Sala Constitucional:

“Al respecto ya se ha indicado en la sentencia Nº2186-94 de las diecisiete horas tres minutos del cuatro de mayo de mil novecientos noventa y cuatro:

“...la Sala ha señalado con anterioridad (ver entre otras, las sentencias Nº2754-93 y Nº4596-93) que el principio de intangibilidad de los actos propios, que tiene rango constitucional en virtud de derivarse del artículo 34 de la Carta Política, obliga a la Administración a volver sobre sus propios actos en vía administrativa, únicamente bajo las excepciones permitidas en los artículos 155 y 173 de la Ley General de la Administración Pública. Para cualquier otro caso, debe el Estado acudir a la vía de la lesividad, ante el juez de lo contencioso administrativo. De este modo, al haber suprimido el Ministerio de Educación los sobresueldos de los recurrentes, violó el principio enunciado y sobre este punto, debe declararse con lugar el recurso.”

En el mismo sentido, estipula la resolución Nº1132-94 de las diez horas doce minutos del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y cuatro:

“II.- De este modo, estamos ante un acto de la Municipalidad evidentemente declaratorio de derechos, que no podía cercenarse por acto propio de la Administración sin seguir las garantías que en favor de los administrados que se encuentren ante ese tipo de situación, establece la Constitución Política y desarrolla la Ley General de la Administración Pública. La Constitución, en su artículo 34 tutela los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas, en el numeral 39 establece el principio del debido proceso, derechos que en el campo concreto de la Administración Pública desarrolla la Ley General mediante los artículos 155, 173 y 308 inciso a) y la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el 35. Del análisis sistemático de este conjunto de normas y principios, ha señalado en anteriores ocasiones la Sala (ver entre otras, las sentencias Nº2754-93 y Nº3287-93) que en virtud del principio de los actos propios, que tiene rango constitucional, no puede la Administración en vía administrativa eliminar los actos que declaren derechos en favor del administrado, salvo las excepciones

de los artículos 155 y 173 supracitados y mediante el procedimiento que para ello expresamente prevé la misma Ley General (308 y siguientes) y en caso de no encontrarse ante esas excepciones, debe acudir al juez de lo contencioso, para que sea en esa vía que el acto declarado lesivo anteriormente, se anule." ^[4]

De la transcripción realizada se desprende que la prohibición dicha únicamente admite, en vía administrativa, la excepción de la declaratoria de nulidad evidente y manifiesta tutelada en el ordinal 173 de la Ley General.

En relación a esta última, este órgano técnico asesor, ha sostenido:

"...Ciertamente, la mayoría de esos dictámenes responden a la intervención que ostenta la Procuraduría General de la República en el trámite de las declaratorias de nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto administrativo declaratorio de derechos, regulado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. Lo cual nos obliga a recordar que, en tales casos, la nulidad que se achaque del acto administrativo debe ser notoria, de fácil apreciación, puesto que choca y violenta el ordenamiento jurídico aplicable de manera grosera. Además, se impone la carga, para la Administración interesada en declarar el vicio, de seguir un procedimiento administrativo ordinario y requerir el dictamen favorable de esta Procuraduría General. Esta competencia anulatoria ha sido caracterizada en los siguientes términos:

"III. Las garantías previstas en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública: Procedimiento administrativo, calificación del vicio y dictamen de la Procuraduría General de la República.

La Administración tiene la posibilidad, en vía administrativa, de declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto suyo, siempre que el vicio presente la connotación de ser evidente y manifiesto.

La potestad anterior, contenida en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP) constituye una excepción al principio general de Intangibilidad de los actos propios, el cual, como bien se sabe, consiste en la imposibilidad de declarar nulo un acto propio en la vía administrativa, sino que, se establece que necesariamente debe recurrirse a la vía judicial para esos efectos, mediante el proceso ordinario de lesividad previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De ahí que, frente a la gravedad y excepcionalidad de la declaración de nulidad en la vía administrativa, se entiende que, naturalmente, esta debe contemplar una serie de garantías y derechos para el administrado.

Estas garantías, las dispone el legislador en el citado artículo 173 de la LGAP, a saber: calificación del vicio, procedimiento administrativo previo al acto declaratorio de nulidad, y dictamen favorable de la Procuraduría General de la República, o bien, en materia de

actos administrativos relacionados con el proceso presupuestario o contratación administrativa, este debe ser rendido por la Contraloría General de la República.

En primer término, respecto de la calificación del vicio, encontramos que no se trata meramente de una nulidad absoluta, sino que aunado a ello el vicio debe ser evidente y manifiesto, con lo que aumenta la gravedad del vicio.

Sobre el particular, esta Procuraduría General, mediante dictamen C- 117-2002 de 13 de mayo de 2002, hace referencia a esta clase de nulidad. En aquella oportunidad se indicó:

“Asimismo, conviene tener presente que la jurisprudencia y legislación española – ordenamiento jurídico que sirvió de inspiración para nuestro país–, se han pronunciado sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta. Es así como en Dictamen C-045-93 de 30 de marzo de 1993 se señaló lo siguiente:

"En la misma línea de pensamiento, el criterio sostenido por este órgano consultivo en cuanto a las condiciones requeridas para determinar si estamos o no en presencia de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta, viene a ser conforme con lo estipulado por la jurisprudencia española. Así, Garrido Falla nos ilustra:

"... Sobre qué debe entenderse por ilegalidad manifiesta, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1961,

"... la que es declarada y patente, de suerte que se descubra por la mera confrontación del acto administrativo con la norma legal, sin necesidad de acudir a la interpretación o exégesis". (GARRIDO FALLA, FERNANDO "Tratado de Derecho Administrativo", Volumen I, Parte General, 3 Edición, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1982, página 602).

En términos similares apunta González Pérez:

".....a) Que la Infracción sea manifiesta: Aquí puede aplicarse la jurisprudencia recaída en otros supuestos de infracción manifiesta, como el 47.1 a) y artículo 110 LPA. Es necesario "una manifiesta y patente infracción, sin dar lugar interpretación y exégesis" (Ss. de 26 de abril de 1963, 6 de noviembre de 1964 y 5 de marzo de 1969)...." (GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", Civitas S.A., Madrid, 1979, p. 1291)."

Sobre el concepto de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, en el mismo sentido que este Órgano Asesor, que:

"... 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, lo que es igual, sin necesidad de forzar las circunstancias para concluir con ello. De no estarse en presencia de este tipo de nulidad absoluta, la administración debe recurrir al instituto de la lesividad, solamente declarable por un juez."(Resolución N° 1563-91 de 14 de agosto de 1991) " (Dictamen C-117 de fecha 13 de mayo de 2002, retomado en dictamen C-169-2002 de 26 de junio de 2002)

El hecho de que el legislador exija que la nulidad sea calificada como absoluta evidente u manifiesta, constituye una garantía para el administrado, en el sentido de que no será cualquier tipo de infracción al Ordenamiento Jurídico la que puede ser así declarada en la vía administrativa, otorgándole de este modo un mayor grado de seguridad jurídica, especialmente en cuanto se trata de actos declaratorios de derechos.

En ese mismo orden, el artículo 173.3 de la LGAP, exige que el acto declaratorio de nulidad debe estar precedido de un procedimiento administrativo, el cual debe entenderse que es el referido en el artículo 308 y siguientes de la citada ley.

Naturalmente, este procedimiento debe seguirse en absoluto apego a las garantías, principios y derechos del debido proceso.

En palabras del jurista Eduardo Ortiz Ortiz (Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II. Edición 2002, Editorial Stradtman, páginas 534-535) lo anterior entre otros aspectos implica "...el deber de la Administración para con el particular de convocarlo a la comparecencia y de agotar las pruebas y audiencias, señaladas por los artículos citados de la LGAP, bajo pena de sufrir la sanción prevista por el artículo 219.2 ibídem, que es precisamente la nulidad absoluta o de pleno derecho de todo lo actuado, sin esa comparecencia cuando esta es obligatoria." (Dictamen C-314-2006 del 7 de agosto del 2006)..."^[B]

Ahora bien, si después de valorada la posibilidad de aplicar el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, esta no resulta procedente, deberá ponderarse la opción de acudir a la vía judicial mediante el proceso de lesividad, tutelado en el ordinal 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo, que a la letra reza:

"Artículo 34.-

1) Cuando la propia Administración, autora de algún acto declarativo de derechos, pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previamente el superior jerárquico supremo deberá declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza. El plazo máximo para ello será de un año, contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado, salvo si el

acto contiene vicios de nulidad absoluta, en cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos. En este último supuesto, el plazo de un año correrá a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura.

2) La lesividad referente a la tutela de bienes del dominio público no estará sujeta a plazo.

3) Corresponderá al Consejo de Gobierno la declaratoria de lesividad de los actos administrativos dictados por dos o más ministerios, o por estos con algún ente descentralizado. En tales supuestos, no podrán ser declarados lesivos por un ministro de distinto ramo.

4) La declaratoria de lesividad de los actos dictados por órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, será emitida por el superior jerárquico supremo.

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

Del numeral transcrito se desprenden con absoluta claridad los requerimientos que deben cumplirse para incoar el tipo de proceso en análisis, por lo que, no se profundizará en ellos.

Empero, resulta relevante citar lo dicho por esta instancia consultora, sobre el proceso de lesividad:

“La primera -la lesividad- es la vía que puede llevar a la declaratoria de nulidad por el órgano jurisdiccional. En efecto, el proceso de lesividad está concebido en nuestro ordenamiento como un proceso de carácter especial, con trámites y características propios, que lo diferencian de otros procesos en los que se manifiesta la potestad de autotutela administrativa; tanto así, que la declaratoria de lesividad por parte de la Administración, no es más que un trámite procesal, que no afecta el acto o contrato cuya nulidad se pretende; inclusive este caso no debe ir precedido por un procedimiento administrativo ordinario, sino que basta la declaratoria de lesividad por parte del órgano superior de la jerarquía administrativa correspondiente, ya que será el Juez, quien con los elementos que se hagan llegar al juicio, el que determine si el acto se encuentra viciado o no. “ ^[9]

Por último deviene esencial establecer que tanto el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, cuanto el 34 de cita, fueron objeto de reforma con el Código Procesal Contencioso Administrativo, por lo que, el aspecto temporal debe ser valorado cuidadosamente respecto a los plazos para la declaratoria de nulidad evidente y manifiesta o la interposición del proceso de lesividad.

El tópico en análisis ha sido objeto de estudio y se concluyó:

“...1. En primer término, con anterioridad a la reforma que sufrieron ambos artículos por la emisión del Código Procesal Contencioso Administrativo, la Administración contaba con un plazo de caducidad de cuatro años para intentar la declaratoria de nulidad, en cualesquiera de las dos vías que estas normas proscribían. Sin embargo, es claro que la nueva redacción implica un cambio radical en cuanto al ejercicio temporal de la potestad, pues ahora se cuenta con un plazo “abierto” siempre que el acto administrativo esté desplegando efectos....

2. Lo dicho en el punto anterior también lleva a reflexionar sobre la vigencia temporal de las reformas legislativas sufridas por los artículos 173 y 183 reseñados. Esto por cuanto resulta de fácil suposición el que, por ejemplo, el acto de incorporación sobre el cual se tengan motivos fundados para cuestionar su legalidad, se haya acordado con anterioridad al 1 de enero del 2008, sea cuando aquellos artículos aún conservaban el plazo de caducidad de los cuatro años. Lo cual haría surgir la duda bajo cuál redacción del 173 o 183 se debe intentar la nulidad si esa decisión se adopta, por ejemplo, el día de hoy. Específicamente, si respetando los cuatro años si el acto de incorporación se adoptó antes del 1 de enero del 2008, o bien, sin sujeción a plazo, atendiendo a la literalidad de los artículos 173 y 183 vigentes.

Nuestro criterio es que el asunto viene resuelto por el Transitorio III del Código Procesal Contencioso Administrativo, que dispone:

“TRANSITORIO III.-

El régimen de impugnación de los actos que hayan quedado firmes en la vía administrativa antes de la vigencia del presente Código, se regirá por la legislación vigente en ese momento.”

Entonces, si el acto de declaratorio de derechos... se estima nulo, y fue adoptado con anterioridad al 1 de enero del 2008, se sujeta la discusión del vicio, sea por vía del procedimiento administrativo de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, o por la vía jurisdiccional de la lesividad, a que no hayan transcurrido cuatro años desde la fecha de emisión de aquel acto...” ^[10]

En conclusión, el procedimiento para ajustar a derecho un acto que podría teñirse de nulidad absoluta o bien absoluta evidente y manifiesta, se direcciona en dos aristas, la declaratoria de nulidad en vía administrativa o plantear el proceso de lesividad, cumplimiento, en cada caso, con los requerimientos impuestos por el ordenamiento jurídico al efecto.

V. CONCLUSIONES

A.- El máximo jerarca del Instituto Nacional de la Mujer es la Junta Directiva, por lo que, esta se constituye el órgano competente para nombrar el Contralor de Servicios.

B.- De conformidad con el numeral noveno del Ejecutivo número 34587-PLAN del 25 de mayo del 2008, la Contraloría de Servicios depende jerárquicamente de la Junta Directiva del Instituto Nacional de la Mujer.

C.- El acto administrativo es la manifestación unilateral de voluntad de la Administración que en ejercicio de la función administrativa crea, modifica o extingue derechos y se presume válido y eficaz atendiendo al principio de conservación de los actos administrativos.

D.- El acto administrativo puede ostentar dos tipos de nulidades, dependiendo de la gravedad de vicio, relativa cuando existe imperfección en uno de sus elementos y absoluta si hay ausencia total de uno de estos o se impide la realización del fin.

E.- El acto relativamente nulo podrá subsanarse mediante convalidación, saneamiento o conversión, en tanto que el absolutamente nulo únicamente por la vía de la conversión.

F.- La Administración Pública se encuentra vedada para proceder por sí misma a anular un acto generador de derechos subjetivos – como el que nos ocupa-, lo anterior, en razón de la teoría de los actos propios.

G.- El procedimiento para ajustar a derecho un acto que podría teñirse de nulidad absoluta o bien absoluta evidente y manifiesta, se direcciona en dos aristas, la declaratoria de nulidad en vía administrativa o plantear el proceso de lesividad, cumplimiento, en cada caso, con los requerimientos impuestos por el ordenamiento jurídico al efecto.

De esta forma se evacua la gestión sometida a conocimiento de este órgano consultivo.

Atentamente,

Laura Araya Rojas
Procuradora
Área Derecho Público

LAR/mcg

^[1] Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica 060-2004 del 17 de mayo de 2004

^[2] Jinesta Lobo Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, pag.547-548

^[3] Ibídem

^[4] Procuraduría General de la República, dictamen C-165-2008 del 24 de Mayo de 2008.

^[5] Procuraduría General de la República, dictamen C-195-2008 del 06 de junio de 2008

^[6] Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo. II. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1977, página 35.

^[7] Procuraduría General de la República, dictamen C-162-2009 del 08 de junio de 2009

^[8] Procuraduría General de la República, dictamen C-059-2009 del 23 de febrero del 2009

^[9] Procuraduría General de la República, dictamen C- 140- 2005 del 21 de abril del 2005.

^[10] Procuraduría General de la República, dictamen C-059-2009 del 23 de febrero del 2009