

N



GUÍA DE NULIDADES

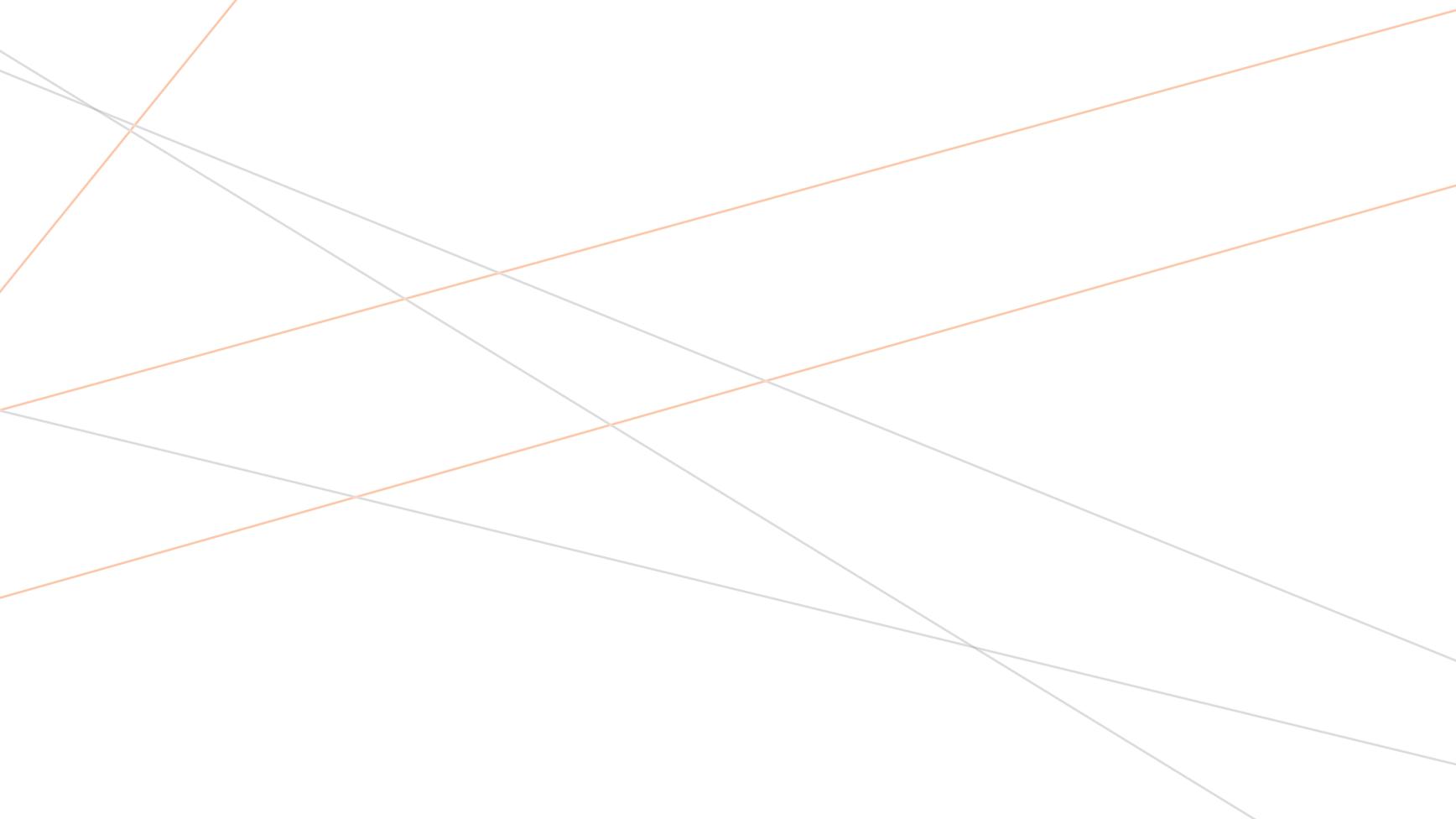
DIVISIÓN JURÍDICA



E

S





Índice

1. Objetivo General.....	9
2. Objetivos específicos.....	9
3. Abreviaturas.....	9
4. ¿Qué es un acto administrativo?.....	10
5. Clasificación de los actos administrativos.....	11
6. ¿Cuándo un acto administrativo es válido?.....	11
6.1. Elementos constitutivos del acto administrativo.....	11
6.1.1. Elementos materiales o sustanciales.....	11
6.1.2 ¿Qué es la desviación de poder?.....	14
6.1.3 Elementos formales.....	14
6.2 Presunción de validez.....	16
7. ¿Cuándo un acto administrativo es eficaz?.....	16
7.1 Distinción entre validez y eficacia.....	17
7.2. Diferencia entre eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo.....	18
7.3. ¿Qué es el abuso de poder?.....	18

8. ¿Cuándo un acto administrativo carece de validez?.....	19
8.1 Invalidez sobreviniente.....	20
9. Principio de conservación de los actos administrativos.....	20
10. Nulidad del acto administrativo.....	21
10.1 ¿Cuándo un acto administrativo es absolutamente nulo?.....	21
10.1.1. ¿Cuándo la nulidad absoluta de un acto es evidente y manifiesta?.....	22
10.1.2 Ejemplos de vicios que pueden causar la nulidad absoluta del acto administrativo.....	23
10.1.3 Características del acto absolutamente nulo.....	26
10.2. ¿Cuándo un acto administrativo es relativamente nulo?.....	27
10.2.1 Ejemplos de nulidades relativas.....	27
10.2.2 Características del acto relativamente nulo.....	27
10.2.3 Convalidación, saneamiento y conversión.....	28
11. ¿Qué es un contrato administrativo?.....	29
12. ¿Cuál es el régimen que norma los contratos administrativos?.....	29
13. ¿Cuándo un contrato administrativo es válido?.....	30

14. Elementos constitutivos del contrato administrativo.....	30
15. ¿Cuándo un contrato administrativo es eficaz?.....	31
16. ¿Cuándo un contrato administrativo carece de validez?.....	31
17. Principio de conservación de los actos.....	32
18. Nulidades del contrato administrativo.....	32
18.1 ¿Cuándo un contrato es absolutamente nulo?.....	32
18.1.1. ¿Cuándo un contrato es absolutamente nulo en forma evidente y manifiesta?.....	32
18.1.2 Ejemplos de vicios que pueden causar la nulidad absoluta de un contrato.....	33
18.1.3. Características del contrato absolutamente nulo.....	33
18.2. ¿Cuándo un contrato es relativamente nulo?.....	34
18.2.1 Ejemplos de nulidades relativas.....	34
18.2.2 Características del contrato relativamente nulo.....	34
18.2.3 Convalidación y saneamiento.....	34
19. Principio de intangibilidad de los actos propios.....	35
20. ¿Cuáles nulidades se pueden declarar en sede administrativa?.....	36
21. ¿Cuál es el órgano competente para declarar la nulidad absoluta de un acto o contrato en sede administrativa?.....	37
22. ¿Cuáles nulidades se deben declarar en sede judicial?.....	38

23. ¿Cuál es el procedimiento que se debe seguir para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto o contrato administrativo declaratorio de derechos?.....38

24. ¿Cuál es el plazo en el que la Administración o la Contraloría General de la República pueden declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto administrativo?.....39

25. ¿Cuál es el plazo en el que la Administración o la Contraloría General de la República pueden declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un contrato administrativo?.....40

26. ¿Requerimientos de la Relación de Hechos tendiente a anular un acto o contrato administrativo por parte de la Contraloría General de la República?.....41

27. ¿Cuál es el trámite que se debe seguir para declarar la nulidad absoluta, de un acto o contrato administrativo declaratorio de derechos en sede judicial?.....42

28. Conclusiones y Recomendaciones finales.....46

1.

Objetivo General

Proporcionar a todos los funcionarios de la Contraloría General de la República un estudio jurídico sencillo, amplio, fácil de entender y que sirva de guía para estudiar los temas relacionados con la materia de nulidades derivadas del ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública

2.

Objetivos específicos

1.- Proporcionar un marco conceptual actualizado y concordado con antecedentes relevantes, en donde se describan y detallen los conceptos relacionados con la materia de nulidades y los procedimientos para determinarlas, complementado con jurisprudencia de los tribunales de justicia, antecedentes de la Procuraduría General de la República y doctrina, entre otras fuentes.

2.- Guiar sobre la ubicación en las diversas leyes que componen el ordenamiento de fiscalización y control superiores de la Hacienda Pública, causales de nulidad, sea absoluta o relativa, expresamente contempladas por la norma.

3.- Guiar sobre la determinación de aquellos procedimientos preliminares que deban cumplirse antes de gestionar la nulidad de un determinado acto o contrato.

3.

Abreviaturas

Constitución Política: **CP**

Ley General de la Administración Pública: **LGAP**

Código Procesal Contencioso Administrativa: **CPCA**

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: **LOCGR**

Contraloría General de la República: **CGR**

Procuraduría General de la República: **PGR**

Tribunales de Justicia: **TJ**

¿Qué es un acto administrativo?

Ernesto Jinesta Lobo define el acto administrativo de la siguiente manera:

"... es una declaración unilateral de decisión, conocimiento o juicio efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos concretos o generales, de alcance normativo o no, en forma directa o inmediata (...)". ⁽¹⁾

De acuerdo con la definición anterior, se puede concluir que el acto administrativo tiene cuatro características esenciales:

a) Es una declaración o manifestación:

- de decisión (una orden, un permiso, una autorización, o una sanción);
- de conocimiento (certificaciones de nacimiento, matrimonio, defunción, inscripciones de actos en los Registros Públicos que integran el Registro Nacional);
- o de juicio (certificado de salud e higiene).

b) Es unilateral, su emanación y contenido no dependen de la cooperación del destinatario del acto.

c) Es realizado en el ejercicio de la función administrativa.

d) Es dirigido a producir un efecto jurídico, crea derechos y obligaciones tanto para la Administración Pública como para el administrado.

¹ Ver JINESTA LOBO (Ernesto), *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Biblioteca Jurídica DIKE, 1era. Edición, pg. 289.*

5.

Clasificación de los actos administrativos

El artículo 120 LGAP clasifica los actos administrativos en:

a) concretos o generales: los primeros, los concretos, están destinados a un sujeto identificado (alcance individual) y se denominan acuerdos. Los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo se llaman resoluciones. Los segundos, los generales, son de alcance general y se denominan decretos. Los decretos que crean normas se llaman reglamentos.

b) internos o externos: los primeros, internos, están destinados a los funcionarios, órganos o entes administrativos, los segundos, los externos, están dirigidos a los administrados

6.

¿Cuándo un acto administrativo es válido?

Un acto administrativo se considera válido cuando se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, entendido este en su sentido más amplio, como el conjunto de normas y leyes vigentes en el país. (art. 128 LGAP)

Lo anterior significa que un acto administrativo será válido cuando sus elementos se encuentren sustancialmente conformes al ordenamiento jurídico, por lo que para poder examinar dicha validez se debe tener claridad sobre los elementos que lo componen.

11

6.1.

Elementos constitutivos del acto administrativo

Los elementos constitutivos del acto administrativo se clasifican en materiales o sustanciales y formales.

6.1.1.

Elementos materiales o sustanciales

Los elementos materiales o sustanciales se clasifican en subjetivos y objetivos.

a. SUBJETIVOS:

- **Competencia:** es la aptitud para realizar un acto jurídico.

“Comprende el conjunto de poderes y deberes otorgados por el ordenamiento a una autoridad administrativa”. (2) (art. 129 LGAP)

La competencia se clasifica de la siguiente forma:

i. Por materia: “está referida a los fines que debe perseguir y las tareas, actividades o actuaciones sustanciales que legítimamente puede desempeñar el ente u órgano para alcanzarlos”,⁽³⁾ ejemplo: la competencia que tiene el Instituto Nacional de Aprendizaje para brindar cursos de cursos de instrucción técnica en aras de capacitar a las personas para el trabajo.

ii. Por territorio: “comprende el ámbito espacial dentro de cuya demarcación es legítimo el ejercicio de la función administrativa respectiva”,⁽⁴⁾ ejemplo: la competencia que tienen las Municipalidades en relación con el cantón al que pertenecen.

iii. Tiempo: “es el parámetro temporal en el cual es legítimo el ejercicio de la función administrativa”,⁽⁵⁾ por lo general, es permanente, sin embargo en algunos casos la ley establece la competencia por un período determinado, ejemplo: el plazo de cuatro años que tiene la administración para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto o contrato administrativo.

iv. Grado o jerarquía: “comprende las atribuciones que puede ejercitar el órgano dependiendo de su posición en la ordenación jerárquica de la Administración”,⁽⁶⁾ por ejemplo: sólo el superior jerárquico es competente para anular un acto administrativo en esa sede.

La competencia se encuentra regulada en el Título Tercero de la Ley General de la Administración Pública.

- **Investidura:** el servidor o funcionario público debe haber sido regularmente designado al momento de dictar el acto administrativo, o sea, debe tener un nombramiento legal. (arts. 111 y 129 LGAP)

- **Legitimación:** “(...) es la potestad genérica para ejercer la competencia en todos los casos posibles que la misma abarca.”⁽⁷⁾

En Costa Rica se establecen como requisitos de legitimación para ejercer la función pública, entre otros, los siguientes:

- el juramento de ley (artículos 11 y 194 de la Constitución Política);
- el haber rendido caución;
- la declaración jurada de bienes, rentas y derechos al inicio y cesación del cargo;
- la existencia de quórum y convocatoria para los órganos colegiados, etc.

Cabe señalar que la exigencia de dichos requisitos depende del cargo que desempeñe el servidor, por lo que algunos de ellos son de acatamiento obligatorio sólo para ciertos funcionarios, ejemplo: la declaración jurada de bienes.

3 Ver JINESTA LOBO (Ernesto), *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Biblioteca Jurídica DIKE, 1era. Edición, pg. 315.

4 Ver. op. cit. pg. 315.

5 Ver. op. cit. pg. 319.

6 Ver. op. ult. Cit. pg. 320.

7 Ver ORTIZ ORTIZ (Eduardo) *Tesis de Derecho Administrativo II*, editorial Stradtman S.A., San José, 2000, p.456.

b. OBJETIVOS:

- **Motivo:** Ernesto Jinesta Lobo define el motivo como los “antecedentes, presupuestos o razones jurídicas (derecho) y fácticas (hechos) que hacen posible o necesaria la emisión del acto administrativo y sobre las (sic) cuales la Administración Pública entiende sostener la legitimidad, oportunidad o conveniencia de éste”.⁽⁸⁾

El motivo es el porqué, la justificación o las razones que tomó en cuenta la Administración para dictar el acto.

Debe ser legítimo (válido y conforme al ordenamiento jurídico) y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto (obedecer a la realidad del acto que se adopta, sin falsedad) (art. 133.1 LGAP),

Ejemplo de motivo: en el caso de un procedimiento sancionatorio el motivo del acto final son los hechos que se tuvieron por demostrados y no demostrados, así como las normas que sustentan la decisión de sancionar o exonerar al servidor investigado.

Ausencia de motivo: se presenta cuando los hechos invocados como antecedentes son falsos o el derecho invocado no existe o se hizo una aplicación incorrecta de la norma al caso en estudio.

- **Contenido:** “es lo que el acto administrativo declara, dispone, ordena, certifica o juzga y suele expresarse en la parte dispositiva de las resoluciones administrativas”.⁽⁹⁾

Debe ser lícito (permitido por la ley), posible (que este apegado a la lógica y a la razonabilidad), claro (que no existan dudas sobre su alcance), preciso (concreto) y abarcar las cuestiones de hecho y de derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes. (art. 132.1 LGAP)

Su adaptación al fin puede lograrse mediante la inserción de condiciones, términos o modos en el tanto sean legales.

Ejemplos:

○ Condición: en el caso de las autorizaciones que otorga la División de Contratación Administrativa para contratar en forma directa, éstas se condicionan al cumplimiento de algunos requisitos tales como la invitación de al menos tres proveedores al concurso, la existencia de presupuesto suficiente para la contratación, etc.

○ Término: en las autorizaciones antes indicadas, la División de Contratación Administrativa en algunos casos establece un plazo para llevar a cabo el procedimiento de contratación directa, de manera tal que si no se hace en ese plazo la autorización queda sin efecto.

○ Modo: en el caso de los presupuestos que se envían a la Contraloría General de la República para aprobación, la parte dispositiva o contenido del acto podría indicar no sólo que se aprueba sino que además se deben cambiar los fondos de una partida a otra por encontrarse mal clasificada. En este caso, el modo es la disposición de que se cambie la forma en que se clasificaron presupuestariamente los fondos.

El contenido del acto administrativo debe ser proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo. Esto significa que el contenido o disposición del acto administrativo debe ser congruente con las justificaciones de hecho y de derecho que lo motivan y además debe servir para obtener el fin que persigue la Administración.

⁸ Ver JINESTA LOBO (Ernesto), *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Biblioteca Jurídica DIKE, 1era. Edición*, pg. 370.

⁹ Ver op. ult. cit. pg. 373.

Ejemplo de contenido: En el acto final de un procedimiento sancionatorio el contenido se encuentra en el "Por Tanto" de la resolución, en el cual se dispone sancionar o exonerar de responsabilidad al servidor investigado por los hechos intimados.

- **Fin:** es el resultado último de índole no jurídica que persigue el acto en relación con el motivo, por ejemplo: en una expropiación el fin es hacer posible la obra pública.

"Se trata del resultado metajurídico y objetivo último que persigue el acto administrativo en relación con el motivo. No debe confundirse el fin con el objeto, puesto que, según se vio supra, el último es el resultado inmediato del acto en relación con su efecto. En una expropiación el objeto es el traslado del dominio a la Administración Pública, en tanto que el fin es hacer posible la obra pública." (10)

El fin siempre deberá ser un fin público y específico en beneficio de la colectividad (no buscar el beneficio propio o de un particular allegado). Todo acto administrativo debe ir revestido de un interés público.

Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y el resto del ordenamiento. (art. 131.2 LGAP)

6.1.2

¿Qué es la desviación de poder?

Desviación de poder: consiste en ejercer potestades administrativas para fines distintos a los fijados por la Ley (art. 131.3 LGAP y resolución No. 101 de las 10:00 horas del 30 de setiembre de 1996 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

La Constitución Política en su artículo 49 dispone que la desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

Ejemplo: otorgar bonos de vivienda a personas que cuentan con casa propia. En este supuesto no se estaría cumpliendo el fin público de ayudar a que personas de escasos recursos cuenten con vivienda propia, sino que lo que se busca es beneficiar ilegalmente a propietarios de casas de habitación.

6.1.3

Elementos formales

a) Forma de expresión o manifestación: el acto administrativo puede ser expresado:

- en forma escrita o verbal;
- con signos o símbolos tales como: señales acústicas (timbres, sirenas, alarmas), lumínicas (luces de tránsito vial –semáforos-, ferroviario o aéreo);
- en forma tácita, "Un ejemplo de acto tácito sería la concesión en la zona marítimo-terrestre o el permiso de uso del área pública de aquella que otorga una municipalidad no de forma expresa – a

10 Ver op. ult. cit. pg. 378.

través de un procedimiento y un acuerdo formal del respectivo Concejo Municipal- sino tácitamente, a través de una serie de comportamientos materiales de sentido unívoco e incompatibles con una voluntad diversa, tales como recibirle al beneficiario los pagos por concepto de canon o derecho de ocupación, el pago de patentes –si desarrolla una actividad comercial-, otorgarle permisos de construcción, etc.”. (11) .

○ en forma implícita, o sea que se infiera del contenido de otro acto administrativo (por ejemplo, ante solicitud de reconocimiento de anualidades, no se le contesta al servidor con un acto escrito, pero el Departamento de Recursos Humanos le envía copia de una nota donde ordena a la unidad competente que al servidor se le empiecen a pagar las anualidades).

El artículo 134 LGAP señala que **por regla general** el acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa. El acto escrito deberá indicar el órgano agente, el derecho aplicable, la disposición, la fecha y la firma, mencionando el cargo del suscriptor.

b) Motivación: declaración de circunstancias de hecho y de derecho que sustentan el dictado del acto. Es la expresión formal del motivo, normalmente está contenida en los denominados “considerandos” de la resolución administrativa.

En relación con la importancia de la motivación del acto administrativo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución No. 620-91 de las 14:50 horas del 22 de marzo de 1991, estableció:

“(...) Ya esta Sala en un recurso anterior sobre la misma materia señaló la existencia de un principio constitucional que obliga a la motivación de los actos, sobre todo aquellos que son lesivos de los intereses o derechos de los individuos (voto 226-91). Concretamente se indicó: (...) la jurisprudencia de la Sala ha sido muy clara en afirmar que existe un principio constitucional que obliga a la motivación de los actos, sobre todo de aquellos que son lesivos de los intereses o derechos de los individuos, principio que está íntimamente ligado con el de defensa, también de rango constitucional (...).”

El artículo 136 LGAP señala cuáles actos deben ser motivados con, al menos, mención sucinta de sus fundamentos:

- Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;
- Los que resuelvan recursos;
- Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos;
- Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso;
- Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y
- Los que deban serlo en virtud de Ley.

La motivación puede consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia.

Diferencia entre motivo y motivación: el motivo son las razones fácticas y jurídicas que justifican el acto administrativo y la motivación es la expresión de dicha justificación en el acto administrativo, ya sea de forma escrita o verbal.

c) Procedimiento: el acto final o definitivo no surge espontáneamente por el puro capricho de la administración pública, sino que responde a un procedimiento iniciado de oficio o a instancia de parte, tendiente a garantizar el debido proceso y la defensa del administrado y el carácter acertado de la decisión adoptada.

Ernesto Jinesta Lobo define el procedimiento como “la secuencia o concatenación de actos, actuaciones, formalidades u operaciones de trámite, necesarias (sic) para la formación, exteriorización y eventual impugnación del acto administrativo final o definitivo”.⁽¹²⁾

Ejemplos: el procedimiento ordinario administrativo de la LGAP o el procedimiento de contratación administrativa.

6.2

Presunción de validez

Por regla general, todo acto administrativo se presume válido o legítimo (es decir, conforme con el ordenamiento jurídico), incluso aquellos que puedan tener vicios que provoquen la nulidad relativa.⁽¹³⁾ Esto quiere decir que una vez adoptado el acto podría ejecutarse aunque se hayan interpuesto recursos contra éste.

Los únicos actos que no se presumen válidos son los que tengan vicios de nulidad absoluta (art. 169 LGAP). En ese sentido, ver apartado 10.1. de esta Guía.

7

¿Cuándo un acto administrativo es eficaz?

Un acto administrativo es eficaz cuando tiene capacidad actual para producir los efectos jurídicos que el ordenamiento ha previsto para la concreta función administrativa que se ejerce.

El acto administrativo producirá efectos después de comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso lo producirá desde que se adopte por parte de la Administración, o sea, desde la fecha en que se dicta el acto administrativo. (art. 140 LGAP)

Ejemplo: en caso de que la Administración le conceda un plus salarial a un funcionario el 1 de marzo, pero le notifica la resolución hasta el 1 de abril, se debe entender que los efectos de ese acto iniciarán a partir de que se reconoció el beneficio y no a partir de su comunicación, es decir, a partir del 1 de marzo se le empezará a cancelar el beneficio.

Diferente es el caso de una sanción administrativa, la cuál surtirá efectos a partir de su comunicación al funcionario y no en la fecha que se dictó el acto.

La debida comunicación será el punto de partida para los términos de impugnación del acto administrativo. (art. 141.1 LGAP)

Ejemplos de comunicación: la publicación de un reglamento o la notificación de un acto final.

¹² Ver op. ult. cit. pg. 391

¹³ Ver resolución del Tribunal Superior Contencioso Administrativo No. 216 de las 8:45 horas del 6 de junio de 1995



Cabe señalar que el inicio de la eficacia puede supeditarse a la existencia de otras circunstancias (art. 145 LGAP), tales como la aprobación. Ejemplo: el refrendo de la Contraloría General de la República en el caso de las contrataciones administrativas que así lo requieran. Cabe señalar que la falta de refrendo provoca la nulidad absoluta de los efectos del contrato y no de su validez. Esto quiere decir que el contrato es válido pero lo que está viciado de nulidad absoluta son los actos de ejecución de ese contrato, los que se han ejecutado sin contar con el refrendo contralor que le otorga eficacia. Esta es una causal de nulidad absoluta expresamente establecida en la ley.

7.1

Distinción entre validez y eficacia

Rodolfo Saborío Valverde explica la diferencia entre validez y eficacia del acto administrativo en los siguientes términos:

"(...) la eficacia se presenta como un complemento imprescindible de la validez sin el cual el despliegue de la actividad que hiciere la Administración para ejecutar el acto administrativo no tendría connotaciones jurídicas sino más bien fácticas; y a su vez, el supuesto de la eficacia es la validez del acto administrativo, sea esta real o presunta (...)"⁽¹⁴⁾

La validez es la conformidad de los elementos constitutivos del acto administrativo con el ordenamiento jurídico y la eficacia es la capacidad que tiene el acto para producir los efectos que establece el ordenamiento jurídico.

Es por ello que al tratarse de dos aspectos diferentes, puede presentarse el caso de que un acto sea válido (acto final de un procedimiento sancionatorio que se encuentra apegado a derecho), pero no eficaz (notificación incorrecta del acto final).

Asimismo, se puede presentar el supuesto de un acto que siendo inválido (acto nulo por haber sido dictado por un funcionario que no era competente), es eficaz (por cuanto fue debidamente notificado al servidor investigado).

¹⁴ Ver (SABORÍO VALVERDE) Rodolfo, *Eficacia e invalidez del acto administrativo*, Editorial Alma Mater, San José, 1986, p. 40.

Diferencia entre eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo

Eficacia: es la capacidad que tiene el acto administrativo para producir efectos jurídicos.

En ese sentido, se debe tener claro que dicho concepto es distinto al término eficacia definido como el éxito de un procedimiento, sistema, medio o recurso para obtener un resultado adecuado.

Ejecutividad: es la obligatoriedad o exigibilidad inmediata del acto administrativo, una vez que éste sea eficaz.

Ejecutoriedad: es la prerrogativa que tiene la administración pública para poder ejecutar o hacer cumplir los actos administrativos válidos y eficaces sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia y aún en contra de la voluntad o resistencia del administrado. (art. 146 LGAP) ⁽¹⁵⁾

Una consecuencia directa de la ejecutoriedad de los actos administrativos es que los recursos administrativos no suspenden su ejecución, salvo que ésta pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación. (art. 148 LGAP) ⁽¹⁶⁾

Para mayor claridad de los conceptos antes expuestos, se presenta el siguiente ejemplo:

El acto final en un procedimiento administrativo sancionatorio es eficaz desde su notificación al servidor que se va sancionar. Además dicho acto es ejecutivo por cuanto la Administración Pública tiene el derecho de exigir la imposición de la sanción y es ejecutorio en razón de que no se necesita acudir a los Tribunales de Justicia para poder aplicarla.

En ese sentido, los recursos ordinarios de revocatoria y apelación que se puedan interponer contra el acto final, no impiden a la Administración Pública aplicar la sanción, salvo que se suspenda su ejecución ante la posibilidad de que se cause perjuicios graves o de imposible o difícil reparación al servidor sancionado. ⁽¹⁷⁾

Es importante señalar que en sede judicial también es posible que se declare la suspensión del acto administrativo cuando pudiere ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

¿Qué es el abuso de poder?

Abuso de poder: éste se configura cuando se ejecuta un acto administrativo ineficaz o absolutamente nulo. (art. 146.4 LGAP)

¹⁵ Ver resolución de la Sala Constitucional No. 512-91 de las 9:45 horas del 8 de marzo de 1991

¹⁶ Ver resolución del Tribunal Superior Contencioso Administrativo No. 402 de las 15:00 horas del 29 de noviembre de 1995.

¹⁷ Ver resolución de la Sala Constitucional No. 553-96 de las 9:18 horas del 2 de febrero de 1996.

¿Cuándo un acto administrativo carece de validez?

Un acto administrativo carece de validez cuando es **sustancialmente** disconforme con el ordenamiento jurídico (art. 158.2 LGAP), entendiendo por este último, todas las normas escritas y no escritas, a saber:

Escritas:

- La Constitución Política
- Los Tratados Internacionales
- Las Leyes y los demás actos con valor de ley
- Los Decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia.
- Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados.
- Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas

No escritas:

- Los principios generales del derecho
- La jurisprudencia
- La costumbre

Normas de carácter metajurídico pero que se encuentran incorporadas al ordenamiento jurídico:

- Las reglas unívocas o de aplicación exacta de la ciencia y de la técnica, ejemplo las reglas que se deben seguir para verificar que las medicinas que compra la CCSS cumplan con los estándares de calidad previamente definidos
- Los principios o reglas elementales de la lógica, justicia o conveniencia.

Es importante recalcar que para que el acto sea inválido, la disconformidad con el ordenamiento jurídico debe ser sustancial, por lo que aún cuando el acto tenga un vicio, si éste es insustancial o irrelevante, no provoca la invalidez del acto administrativo.

Ejemplo: la Administración tiene un plazo de un mes para resolver un concurso, pero de acuerdo con la misma ley los plazos no extinguen la competencia para dictar el acto. En este caso, si la Administración dura más del mes existe una infracción al ordenamiento jurídico al violar la obligación de resolver dentro de ese plazo, pero esto no es tan importante como para considerar que el acto carezca de validez, aunque efectivamente es un vicio en el procedimiento.

Cabe indicar que si bien los vicios insustanciales o irrelevantes no provocan la invalidez del acto administrativo, sí podrían generar responsabilidad administrativa del servidor, siempre que se demuestre la existencia de dolo o culpa grave en la comisión de dicha irregularidad. (art. 158.5 LGAP)

Invalidez sobreviniente

La nulidad del acto podrá sobrevenir por la desaparición de una de las condiciones exigidas por el ordenamiento para su adopción, cuando la permanencia de dicha condición sea necesaria para la existencia de la relación jurídica creada, en razón de la naturaleza de la misma o por disposición de ley.

En este caso la nulidad surtirá efecto a partir del hecho que la motive. (art. 159 LGAP)

Ejemplo: un funcionario que trabaja en San José lo trasladan para Limón y le pagan zonaje. Seis meses después lo vuelven a trasladar hacia San José pero le siguen pagando el zonaje. En este caso, si bien el acto administrativo al principio era válido pues se cumplían los requisitos fácticos y legales para su otorgamiento, una vez que el servidor volvió a San José desaparecen dichos requisitos, tornándose inválido el acto administrativo hacia futuro, lo cual constituye una invalidez sobreviniente.

Principio de conservación de los actos administrativos

Este principio lo que establece es que si se tiene duda acerca de la existencia o gravedad del vicio que adolece el acto administrativo, se debe optar por la consecuencia que más favorezca la conservación del acto administrativo. (art. 168 LGAP)

De este principio surgen varias reglas que operan en relación con la validez de los actos administrativos:

- Cuando haya duda sobre la clase de invalidez del acto, debe entenderse que se ha producido una nulidad relativa y no una absoluta, a fin de preservar los efectos ya realizados del acto que se ataca.

- Cuando en el curso de un procedimiento administrativo se produce un acto nulo, la invalidez no se comunica al resto de los actos sucesivos del procedimiento que sean independientes del inválido. (art. 164.1 LGAP)

Ejemplo: en un recurso de apelación de un acto de adjudicación la Contraloría General de la República observa que la selección del contratista se debe anular en razón de que la empresa adjudicada ocupaba el segundo lugar en la calificación de las ofertas. En este caso, al estar el vicio únicamente en el acto de adjudicación y no en el procedimiento llevado a cabo por la Administración, la Contraloría anula el primero y remite el expediente para su readjudicación o declaratoria de desierto. Como se puede observar, a pesar de que existe un vicio de nulidad absoluta, éste provoca sólo la nulidad del acto de adjudicación y no del resto del procedimiento, el cual puede servir de sustento para readjudicar o declarar desierto el concurso.

- La invalidez parcial del acto no implicará la de las demás partes de éste que sean independientes de aquella. (art. 164.2 LGAP)

Ejemplo: un acto de adjudicación compuesto de varias líneas o ítems puede ser apelado total o parcialmente. En caso de que se presente un recurso y se impugnen sólo una parte de las líneas, las otras adquieren firmeza, por lo que aún cuando se anulen las primeras, las segundas se mantienen válidas por ser independientes a las otras.

Nulidad del acto administrativo

La nulidad se genera por el vicio que afecta la aptitud del acto para producir efectos en razón de su disconformidad con el derecho.

La invalidez del acto administrativo podría traer como consecuencia su nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida. (art. 165 LGAP)

El aspecto principal del acto administrativo es la consecución del fin, por lo que a efectos de determinar la gravedad del vicio y, por consiguiente, la existencia de una nulidad absoluta o relativa, se debe analizar el mayor o menor impedimento que significa el vicio para la obtención del fin del acto.

En ese sentido se debe tener claro que **no es procedente la nulidad por la nulidad misma**, por lo que siempre que se pretenda anular un acto administrativo se deben hacer las siguientes preguntas:

¿Cuál es el acto administrativo que es lesivo al interés público?

¿Cuál es la lesión que está causando?

¿Cuál es el nexo de causalidad que existe entre el acto administrativo y la lesión al interés público?

¿En que se beneficiaría el interés público si se anula ese acto administrativo?

Una vez realizado ese análisis, si se llega al convencimiento preliminar de que es necesario declarar la nulidad del acto administrativo, se debe realizar el procedimiento señalado en los artículos 173 o 183.3 LGAP.

¿Cuándo un acto administrativo es absolutamente nulo?

Existen tres supuestos en que se puede presentar una nulidad absoluta:

- o cuando faltan uno o varios de los elementos constitutivos del acto administrativo real o jurídicamente que se indicaron en el apartado 6.1 de esta Guía. (art. 166 LGAP) ⁽¹⁸⁾

- o cuando existan los elementos constitutivos del acto administrativo pero sean imperfectos (que existan pero que no cumplan con todos los requisitos que la ley establece para su validez), siempre y cuando dicha imperfección impida la realización del fin. (art. 167 LGAP)

En ese sentido es importante recordar que la nulidad no procede por la nulidad misma o sea por el mero

¹⁸ Ver resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 91 de las 14:20 horas del 31 de agosto de 1995.

incumplimiento de la legalidad, sino que el vicio que la provoca debe ser no sólo contrario al ordenamiento jurídico sino que también debe impedir la realización del fin del acto, aspectos que deberán motivarse y demostrarse debidamente para declarar la nulidad.

○ cuando la ley sanciona expresamente con nulidad absoluta un determinado acto defectuoso o una omisión.

10.1.1

¿Cuándo la nulidad absoluta de un acto es evidente y manifiesta?

“... La nulidad absoluta, evidente y manifiesta es aquella notoria, que no exija un proceso dialéctico para su comprobación, por saltar a primera vista. Es la nulidad de fácil captación, y no puede hablarse de este tipo de nulidad, cuando se halla muy lejos de saltar a la vista de comprobación, comprobación cuya evidencia y facilidad constituyen el supuesto sustancial que sirve de soporte fundamental a lo que, dentro de nuestro derecho, podemos denominar la máxima categoría anulatoria de los actos o contratos administrativos...”. (Dictamen C-019-87 del 27 de enero de 1987 de la Procuraduría General de la República).

“... Este tipo de nulidad está referida a la existencia de vicios del acto o contrato que sean notorios, claros, de fácil captación, donde no se requiera de mayor esfuerzo y análisis para su comprobación, ya que el vicio es evidente, ostensible, manifiesto y de tal magnitud, y que en consecuencia, hace que la declaratoria de nulidad absoluta del acto o contrato sea consecuencia lógica, necesaria e inmediata, dada la certeza y evidencia palpable de los vicios graves que padece ...” (Dictamen C-062-88 del 04 de abril de 1988 de la Procuraduría General de la República).

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.

Eduardo Ortiz Ortíz señala que por nulidad absoluta, evidente y manifiesta debe entenderse:

“... no la que es patente y grosera hasta para el lego -lo que es hipótesis académica- ni tampoco la que 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 y que es, por eso mismo, grave y peligrosa para la colectividad. Arribamos así a una verdadera tautología, pues toda nulidad es de pleno derecho precisamente en la medida en que es grave, por afectar el orden público...”⁽¹⁹⁾

Ejemplo: En caso de que la Administración dicte un acto donde se declara responsable civilmente a un funcionario sin haber seguido un procedimiento administrativo que le otorgara el derecho de defensa, dicha resolución no sólo es absolutamente nula de conformidad con el artículo 223 LGAP, sino que además es evidente y manifiesta pues no se necesita mayor esfuerzo y análisis para corroborar que se está dejando en total estado de indefensión al servidor investigado.

Ejemplos de vicios que pueden causar la nulidad absoluta del acto administrativo

Para efectos de esta Guía se proceden a exponer algunos ejemplos de vicios del acto administrativo que pueden provocar su nulidad absoluta, sin que deba considerarse que éstos son los únicos supuestos en que podría presentarse.

a) Por ausencia de uno o varios elementos constitutivos del acto administrativo:

Competencia: ejemplos:

i.- En el caso de que la Municipalidad de Alajuela otorgue una patente para explotar un negocio en el Cantón de Limón, es claro que dicha Municipalidad es incompetente por razón del territorio para emitir ese acto, lo cual provoca la nulidad absoluta de ese acto.

ii.- Asimismo, en el supuesto que el ICE dicte una medida sanitaria, es claro que su competencia no le permite realizar este tipo de actos, por lo que éste sería absolutamente nulo.

Cabe señalar que en algunos supuestos la incompetencia no necesariamente implica la invalidez del acto administrativo, como en el caso del artículo 67 LGAP, el cual indica que el órgano que en definitiva resulte competente continuará el procedimiento y mantendrá todo lo actuado, salvo que ello no sea jurídicamente posible. Esto es claro cuando el acto dictado se encuentra dentro de la esfera de competencias de la institución a la cual pertenece el servidor incompetente que adoptó el acto originalmente, el cual luego puede ser convalidado por quien es realmente su competente, por ejemplo, su superior.

Motivo: ejemplos:

i.- El acto final en que se sanciona un funcionario a pesar de que los hechos que originan la responsabilidad no estaban demostrados es nulo, pues el motivo fáctico no existe.

ii.- Concesión de un terreno para explotación agrícola a una persona que no reunía los requisitos legales para ser beneficiario de ese derecho. En este caso no existía sustento jurídico que sirviera de motivo para el acto, por lo que adolecería de nulidad absoluta.

Contenido: concesión de una patente para expender licores a una persona que estaba solicitando los permisos para operar una farmacia. En este caso no hay correlación entre el motivo (cumplimiento de los requisitos para obtener una patente) y el contenido (otorgamiento de la patente para expender licores), por lo que el acto sería absolutamente nulo.

Fin: ejemplos:

i.- autorizar una transferencia de fondos públicos por parte del Instituto Nacional de Aprendizaje a una Asociación Deportiva para promover la práctica del baloncesto en Cartago.

ii.- autorizar un plus salarial a un funcionario para su beneficio personal y no como reconocimiento de la labor que desempeña.

En estos dos casos no se está cumpliendo el fin establecido por el ordenamiento jurídico, ya que en el primer supuesto no se están utilizando los recursos para capacitar a las personas para trabajar y en el segundo no se persigue ningún interés público sino que es personal.

Procedimiento: en caso de que se dicte un acto administrativo donde se declara responsable disciplinariamente a un funcionario sin seguir el procedimiento administrativo, habría una ausencia total de este elemento constitutivo, lo cual originaría la nulidad del acto final. Esto es un ejemplo de lo que usualmente se conoce como violación al debido proceso.

La infracción de formalidades insustanciales no provoca la invalidez del acto administrativo final pero sí responsabilidad personal del funcionario que la cometió.

b) Por la existencia de elementos constitutivos del acto administrativo imperfectos que impidan la realización del fin:

Procedimiento: en caso de que se realice un procedimiento ordinario sancionatorio, pero se omite realizar la comparecencia para recibir los alegatos y las pruebas de descargo: el elemento procedimiento existiría pero sería imperfecto, impidiendo la realización del fin al no garantizarse el debido proceso al servidor investigado.

En relación con este elemento se debe indicar que sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales, debiendo entenderse como tales, aquellas cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión. (art. 223 LGAP). En caso de tratarse de un procedimiento ordinario, la ausencia de comparecencia sí sería una omisión que causaría la nulidad absoluta.

c) Por disposición legal que expresamente sancione con nulidad absoluta un determinado acto defectuoso o una omisión:

Ejemplos:

Artículo 15 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: establece la nulidad absoluta del despido de un Auditor o Subauditor por inobservancia del régimen de inamovilidad dispuesto en esa norma.

Artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República:

establece la nulidad absoluta de los efectos de un contrato administrativo que no cuente con el refrendo de la Contraloría General de la República. En este supuesto el vicio que origina la nulidad absoluta afecta la eficacia del contrato y no su validez, lo cual se trata de dos aspectos diferentes, tal y como se analizó en el apartado 7.1 de esta Guía.

Artículo 41.3 LGAP: los acuerdos de los órganos colegiados cuyas actas no hayan sido debidamente firmadas y formalizadas. Al tratarse de un órgano colegiado el acuerdo es válido solo si cuenta con la firma de todos los que lo acordaron.

Artículo 125.2 LGAP: desconocimiento del valor y jerarquía de los actos señalados en los artículos 120 a 124 LGAP.

Artículo 155.2 LGAP: revocación de un acto declaratorio de derechos subjetivos sin el reconocimiento de los daños y perjuicios causados.

Artículo 173.5 LGAP: anulación administrativa de un acto contra lo dispuesto en el artículo 173 LGAP, sea por omisión de las formalidades previstas, o por no ser absoluta, evidente y manifiesta la nulidad.

Ejemplo: en caso de que en el procedimiento administrativo no se haya otorgado audiencia al titular del derecho subjetivo para que ejerciera su defensa o que la nulidad a pesar de ser absoluta no es evidente y manifiesta en los términos señalados en el apartado 10.1.1 de esta Guía.

Artículo 237.2 LGAP: actos en que hayan intervenido funcionarios con motivos de abstención.

Al respecto, se debe recordar que la LGAP en su artículo 230 y el Reglamento de Abstenciones de la Contraloría General de la República establecen una lista de causales que impiden a un funcionario conocer de algunos asuntos de su competencia, en aras de mantener la imparcialidad y transparencia al momento de resolver el asunto.

Es por ello que si a pesar de tener un motivo para haberse abstenido, el funcionario emite el acto, éste no solo es nulo absolutamente sino que también originaría responsabilidad disciplinaria para el servidor.

Artículo 247.1 LGAP: comunicación hecha por un medio inadecuado o fuera del lugar debido, u omisa en cuanto a una parte cualquiera de la disposición del acto.

Ejemplo: este es el caso en que la persona señala para oír notificaciones un lugar o medio determinado y la Administración le comunica el acto en otra dirección.

En este supuesto la notificación como requisito de eficacia, es nula absolutamente, aunque el acto administrativo mantiene su validez.

Artículo 268.1 LGAP: acto administrativo que no se realice en la sede normal del órgano y dentro de los límites territoriales de su competencia, salvo que por su naturaleza deba realizarse fuera de esa sede.

Por regla general la Administración realiza sus actuaciones en su sede (instalaciones de la Municipalidad de San José) y dentro de sus límites territoriales (Cantón Central de San José), por lo que si no lo hace así los actos podrían adolecer de nulidad absoluta.

No obstante, la misma norma establece una excepción que es cuando por su naturaleza el acto deba realizarse fuera de la sede, por ejemplo, una inspección de equipo que se encuentra en aduanas por parte de personeros de la Municipalidad o evacuar una prueba testimonial en Guanacaste, en razón de que el declarante tiene impedimento médico para trasladarse a San José.

Asimismo, la norma señala que el servidor podrá actuar excepcionalmente fuera de su sede por razones de urgente necesidad.

Art. 87 LAFPP: Las operaciones de crédito público realizadas contraviniendo las normas de la LAFPP son nulas.

Art. 6 LCEI: nulidad de los actos o contratos derivados de fraude de ley.

El artículo 5 de la LCEI define fraude de ley de la siguiente manera:

“La función administrativa ejercida por el Estado y los demás entes públicos, así como la conducta de sujetos de derecho privado en las relaciones con estos que se realicen al amparo del texto de una norma jurídica y persigan un resultado que no se conforme a la satisfacción de los fines públicos y el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir.”

Ejemplo: la Administración adquiere vía Licitación Pública 100 computadoras por un monto de 30 millones de colones. Una vez ejecutado el contrato y dentro de los seis meses después de la recepción provisional, la Administración decide hacer uso de la posibilidad de obtener más suministros del mismo contratista regulado en el artículo 14.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa. No obstante, en lugar de comprar computadoras, decide adquirir un servidor para la nueva sede que se estaba construyendo en Guanacaste.

En este caso, la Administración lo que esta haciendo es un fraude de ley, pues sobre la base de una norma reglamentaria que no aplica, se está tratando de contratar la adquisición de un servidor sin seguir los procedimientos de contratación administrativa.

Art. 25 LCA: violación al régimen de prohibiciones origina nulidad del acto de adjudicación o del contrato recaídos en favor del inhibido.

Al respecto, se debe recordar que el artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa establece un listado de personas que están inhibidas de participar como oferentes en forma directa o indirecta, por lo que si alguna de ellas presenta una oferta a concurso, el acto de adjudicación o el contrato recaídos a su favor adolecen de nulidad absoluta.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 23 de dicha Ley, la prohibición expresada en los incisos h) e i) del artículo 22 bis, podrá levantarse en los siguientes casos:

- a)** Cuando se demuestre que la actividad comercial desplegada se ha ejercido por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición.
- b)** En el caso de directivos o representantes de una persona jurídica, cuando demuestren que ocupan el puesto respectivo, por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición.
- c)** Cuando hayan transcurrido al menos seis meses desde que la participación social del pariente afectado fue cedida o traspasada, o de que este renunció al puesto o cargo de representación.

La Contraloría General de la República es el órgano competente para levantar la prohibición.

10.1.3

Características del acto absolutamente nulo

- El acto absolutamente nulo no se presume legítimo. (art. 169 LGAP)
- Un acto absolutamente nulo no se vuelve legítimo si puede ser ejecutado. Su vicio o defecto es tan visible que su ejecución implica abuso de autoridad, lo cual constituye delito de conformidad con el artículo 331 y 348 del Código Penal.
- El acto absolutamente nulo no produce efecto jurídico alguno y resulta ilegítima toda acción jurídica o material en él fundada. (art. 169 LGAP)
- La ejecución del acto absolutamente nulo puede originar responsabilidad civil de la Administración y responsabilidad civil, penal y administrativa del funcionario. (art. 170.1 LGAP)
- El acto absolutamente nulo no se puede convalidar ni sanear. (art. 172 LGAP) ⁽²⁰⁾
- La Administración está obligada a declarar la nulidad del acto absolutamente nulo. (art. 174 LGAP)
- En razón de que el acto absolutamente nulo no produce efectos jurídicos, la sentencia declarativa debe constatar el acto como un hecho antijurídico, siendo sus efectos retroactivos al momento de emisión del acto, salvo los derechos adquiridos de buena fe. (art. 161 LGAP)

¿Cuándo un acto administrativo es relativamente nulo?

La nulidad relativa se presenta cuando uno de los elementos constitutivos del acto administrativo es imperfecto, pero no impide la realización del fin (art. 167 LGAP) o por disposición legal.

Es importante recordar que si el vicio impide la realización del fin, la nulidad deja de ser relativa y se califica como absoluta.

Ejemplos de nulidades relativas

a) Por la existencia de elementos constitutivos del acto administrativo imperfectos:

Competencia: en caso de que en el inferior conozca y resuelva cuestiones concernientes a la competencia del superior, sin que medie delegación de éste que se lo permita. (incompetencia por razón de grado). ⁽²¹⁾

b) Por disposición legal que expresamente sancione con nulidad relativa un determinado acto defectuoso o una omisión:

Art. 247 LGAP: comunicación defectuosa por cualquier omisión que no provoque la nulidad absoluta será relativamente nula y se tendrá por válida y bien hecha si la parte o el interesado no gestionan su anulación dentro de los diez días posteriores a su realización.

Características del acto relativamente nulo

- El acto relativamente nulo se presume legítimo en tanto no se declare lo contrario en la vía jurisdiccional o administrativa cuando así corresponda. (art. 176 LGAP)
- El acto relativamente nulo o anulable produce efectos como si fuera válido mientras no sea anulado. (art. 176 LGAP)
- Tales efectos jurídicos son precarios, puesto que subsisten en tanto no venzan los términos de impugnación o sea convalidado el acto.
- La anulación del acto relativamente nulo producirá efecto sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario o a terceros, o al interés público. (art. 178 LGAP)
- La ejecución del acto relativamente nulo produce responsabilidad civil de la Administración, pero no del funcionario salvo que se trate de una ilegalidad inexcusable producto de una actuación con dolo o culpa grave. (art. 177 LGAP)
- La ejecución del acto relativamente nulo nunca produce responsabilidad penal del funcionario.
- El acto relativamente nulo puede ser convalidado, saneado o convertido.

²¹ Ver ORTIZ ORTIZ (Eduardo) *Tesis de Derecho Administrativo II*, editorial Stradtman S.A., San José, 2000, p. 458 y 459.

○ La nulidad relativa sólo puede ser declarada si es invocada, por lo que el juez nunca puede declararla de oficio.

○ La anulación de oficio, por parte de la Administración, del acto relativamente nulo será discrecional y deberá estar justificada por un motivo de oportunidad, específico y actual. (art. 174.2 LGAP)

10.2.3

Convalidación, saneamiento y conversión

Convalidación: esta procede cuando existen vicios en la forma (motivación, forma de exteriorización o procedimiento), el contenido o la competencia. (art. 187 LGAP) ⁽²²⁾

La convalidación se verifica a través de un acto administrativo nuevo que contenga mención expresa del vicio y de su corrección y tiene efectos retroactivos a la fecha del acto convalidado. En el nuevo acto estarán corregidas o subsanadas las irregularidades o defectos que determinaron la nulidad relativa. (art. 187.2 LGAP)

La convalidación procede sólo cuando el acto es relativamente nulo, toda vez que se trata de vicios que no son graves. Por el contrario, cuando su gravedad es tal que impida que el acto cumpla con el fin para el que fue dictado (nulidad absoluta), no se puede convalidar. (art. 187 LGAP)

Ejemplo: en caso de que un acto de adjudicación de una licitación haya sido dictado por el Proveedor y le correspondía a la Junta Directiva de la Institución, dicho acto se puede convalidar mediante otro emitido por la Junta en el que se haga ver el error y se corrija, siempre y cuando el superior estuviera de acuerdo con la resolución del inferior.

Lo anterior, siempre que se trate de la misma institución, ya que si el competente para dictar el acto era la Junta Directiva del ICE y quien lo hizo fue el Proveedor del INS, el vicio sería tan grave que originaría la nulidad absoluta del acto de adjudicación, por lo que en ese supuesto no operaría la figura de la convalidación, aunque la Junta Directiva estuviera anuente a dictar ese acto.

Saneamiento: es una forma de convalidación que permite conservar los actos que han omitido formalidades sustanciales en las que se requería la intervención de otro órgano (autorización) o del administrado (solicitud o requerimiento), en cuyo caso deben darse después de dictado el acto con una manifestación expresa de conformidad con todos sus términos. (art. 188 LGAP)

El saneamiento produce efectos retroactivos a la fecha del acto saneado. (art. 188.3 LGAP)

El saneamiento no puede aplicarse a la omisión de dictámenes ni a los casos en que las omisiones produzcan la nulidad absoluta por impedir la realización del fin del acto final. (art. 188.2 LGAP)

Ejemplo: en caso de que la administración realice una contratación directa con base en una autorización dada por la Contraloría General de la República, pero exceda el plazo otorgado para realizar el procedimiento, el acto de adjudicación se puede sanear si la Contraloría autoriza la prórroga del plazo, aún cuando esta autorización se dé con posterioridad a la adjudicación.

Es importante señalar que en el caso del refrendo no es posible sanear su omisión, por cuanto es un requisito que por ley provoca la nulidad absoluta de los efectos del contrato, lo cual de conformidad con el art. 188. 2 LGAP no puede ser saneado.

En ese sentido, se debe recordar que la ausencia del refrendo vicia de nulidad absoluta únicamente los efectos del contrato y no su validez, lo cual como se estudió en el apartado 7.1 de esta Guía, se trata de dos aspectos distintos del contrato.

22 Ver (JINESTA LOBO) Ernesto, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Biblioteca Jurídica DIKE, 1era. Edición, pg. 399.*

Al igual que el anterior, tampoco se podría sanear el dictamen favorable de la Contraloría General de la República en los casos de suspensión o destitución de Auditores y Subauditores, ya que de conformidad con el artículo 15 LOCGR, la inobservancia del régimen de inamovilidad provoca la nulidad absoluta del despido irregular.

Conversión: el acto absoluto 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. (art. 189 LGAP)

Ejemplo: En el supuesto de que se nombre a un funcionario en el Servicio Civil sin observar los trámites que el Servicio contempla, la conversión consistiría en que la Administración que realizó ese acto, incluso absolutamente nulo, por total prescindencia del trámite de selección del Servicio Civil, pueda convertir el nombramiento de un funcionario en propiedad, en el nombramiento de un interino, porque para un interinato no hay necesidad de hacer ni concurso ni selección, entonces siempre que el acto absolutamente nulo presente todos los elementos formales y materiales de otro que no requiere los elementos del acto que se quería realizar, se puede convertir este último en el primero. Por supuesto que en este caso tendría que contarse con la anuencia del servidor, porque si no está de acuerdo habría que hacerle el procedimiento correspondiente para anular su nombramiento viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, porque ese nombramiento le ha generado derechos.

11.

¿Qué es un contrato administrativo?

Es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos o más personas físicas o jurídicas, de las cuales, al menos, una está en ejercicio de la función administrativa.

De acuerdo con la definición antes expuesta, se debe tener claro que si bien el acto y el contrato administrativo comparten algunos de sus elementos constitutivos, éstos son de naturaleza jurídica distinta, ya que el primero se trata de una declaración unilateral de voluntad y el segundo se trata de un acuerdo de voluntades.

29

12.

¿Cuál es el régimen que norma los contratos administrativos?

En razón de la diferencia que existe entre el contrato y el acto administrativo, el legislador creó un régimen jurídico propio para la materia de contratación administrativa, el cual se encuentra normado principalmente en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General, así como en otras leyes especiales como la Ley de Concesión de Obra Pública.

Cabe señalar que en materia de nulidades, la Ley de Contratación Administrativa en su artículo 3 señala que "El régimen de nulidad de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa", por lo que las normas y principios antes vistos en relación con la validez e invalidez del acto administrativo aplican para los contratos administrativos, sin perjuicio de aquellas disposiciones que por el carácter bilateral de la relación contractual no resulten compatibles.
(²³)

¿Cuándo un contrato administrativo es válido?

Un contrato administrativo se considera válido cuando se conforme **sustancialmente** con el ordenamiento jurídico, particularmente cuando en su trámite se observen las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa, el Reglamento General de Contratación Administrativa y los demás instrumentos jurídicos sobre la materia. ⁽²⁴⁾

Lo anterior significa que un contrato administrativo es válido, siempre y cuando sus elementos se encuentren sustancialmente conformes al ordenamiento jurídico, por lo que a fin de poder examinar dicha validez, se debe tener claridad sobre los elementos que componen el contrato administrativo.

Elementos constitutivos del contrato administrativo

En principio, los mismos elementos del acto administrativo se encuentran en los contratos administrativos, salvo aquellas diferencias propias de la naturaleza bilateral de los contratos. ⁽²⁵⁾

Como elementos esenciales que atañen a la existencia y validez de los contratos administrativos y que se deben adicionar a los ya vistos en el apartado 6.1 de esta Guía tenemos los siguientes:

- **Sujetos:** en materia de contratación administrativa tenemos a la Administración Pública (en cualquiera de sus grados y clases) y los particulares (individual o colectivamente) o también otra Administración Pública.

En este sentido, es dable recordar lo estipulado en el ordinal 1º de la Ley de Contratación Administrativa:

"Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas. Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley. Cuando en esta Ley se utilice el término "Administración", se entenderá que se refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones."

- **Competencia y capacidad:** estos dos elementos integran al elemento sujeto. Se exige que los sujetos contratantes tengan aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato. De tal forma, se exige la capacidad jurídica de quien contrata con la Administración y la competencia del órgano o ente que ejerce la función administrativa.

Ejemplo: una persona declarada insana por un juez no puede contraer obligaciones, por lo que no tendría capacidad legal para contratar con la Administración.

²⁴ Ver art. 32.1 del Reglamento General de contratación Administrativa.

²⁵ Ver oficio de la Contraloría General de la República No. 4882-2005 de 2 de mayo de 2005.

En el caso de la competencia, se debe verificar que la administración que pretende adquirir los bienes o servicios sea competente para realizar ese acto, o que quien la representa tenga suficientes poderes para obligar a la institución que representa, para lo cual deberán cumplirse los requisitos señalados en el apartado 6.1 de esta Guía.

- **Voluntad:** para que haya contrato resulta indispensable la existencia de dos voluntades válidas que concurren a su formación; la de la Administración y la del contratista. El consentimiento como expresión de la voluntad válida común, produce la existencia del contrato, e importa su manifestación coincidente entre las partes. El consentimiento es la exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes.

- **Objeto:** es la obligación que del contrato se constituye, la cual tiene por contenido una prestación de dar o hacer. El objeto del contrato es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes. Generalmente, los contratos de las Administraciones Públicas tienen por objeto la adquisición de bienes o servicios públicos o cualquier otra prestación que tenga por finalidad la colaboración en el cumplimiento de los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades generales.

El objeto es distinto al fin u objetivo, ya que el primero es la prestación que se deriva del contrato y el segundo es el interés público que se pretende satisfacer con el contrato. Ejemplo, en el caso de la contratación de servicios de instrucción técnica por parte del Instituto Nacional de Aprendizaje, el objeto es la prestación de la instrucción técnica y el fin es capacitar a las personas para el trabajo.

- **Forma:** debe distinguirse entre formalidades y forma. Las primeras, se refieren a las etapas o fases que han de observarse para la celebración de un contrato, tales como, el pliego cartelario, el acto de adjudicación, el refrendo, entre otros. La segunda, es uno de los elementos esenciales, entendida como el modo concreto en que se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual, por ejemplo mediante una orden de compra, un documento contractual, una escritura pública, etc.

15.

¿Cuándo un contrato administrativo es eficaz?

Un contrato administrativo es eficaz cuando tiene capacidad para producir los efectos jurídicos previstos por el ordenamiento jurídico.

En el caso de los contratos que requieren de refrendo de la Contraloría General de la República, éstos son eficaces a partir de que se cumpla ese requisito.

16.

¿Cuándo un contrato administrativo carece de validez?

Al igual que el acto administrativo, un contrato carece de validez cuando es **sustancialmente** disconforme con el ordenamiento jurídico, entendiéndose por este último las normas escritas y no escritas detalladas en el apartado 8 de esta Guía y en especial la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General.

Ejemplo: adjudicación de un contrato sin seguir el procedimiento de contratación administrativa respectivo o que siguiéndolo se dicte a favor de un oferente que no obtuvo la calificación mayor del concurso.

17.

Principio de conservación de los actos

Este principio resulta aplicable a los contratos administrativos en los términos señalados en el apartado 9.2 y se encuentra expresamente comprendido en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa como parte del principio de eficiencia.

18.

Nulidades del contrato administrativo

Al igual que el acto administrativo, la nulidad es el vicio que afecta la aptitud del contrato para producir efectos, en razón de su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

La invalidez del contrato administrativo puede manifestarse como una nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida.

El aspecto principal del contrato administrativo es la consecución del fin, por lo que a efectos de determinar la gravedad del vicio y, por consiguiente, la existencia de una nulidad absoluta o relativa, se debe analizar el mayor o menor impedimento que significa el vicio para la obtención del fin del contrato.

32

18.1

¿Cuándo un contrato es absolutamente nulo?

Para determinar la nulidad absoluta de un contrato se deben aplicar los mismos parámetros estudiados para el acto administrativo en el apartado 10.1 de esta Guía, incluyendo los elementos propios del contrato administrativo, vistos en el apartado 14

18.1.1.

¿Cuándo un contrato es absolutamente nulo en forma evidente y manifiesta?

Para determinar cuando un contrato es absolutamente nulo en forma evidente y manifiesta, se deben aplicar los mismos supuestos del acto administrativo estudiados en el apartado 10.1.1. de esta Guía.

Ejemplos de vicios que pueden causar la nulidad absoluta de un contrato

Para efectos de esta Guía se exponen algunos ejemplos de vicios del contrato administrativo que pueden provocar su nulidad absoluta, sin que se deba considerar que éstos son los únicos supuestos que podrían presentarse.

Por ausencia de uno o varios elementos constitutivos del contrato administrativo:

- Competencia: contratación de bacheo de calles para el Cantón de Moravia por parte de la Municipalidad de Goicoechea.
- Motivo: adjudicación a una empresa constructora cuya experiencia era falsa.
- Contenido: adjudicación al oferente que obtuvo el segundo lugar de la calificación, sin que existan razones que así lo permitan.
- Fin: contratación de una empresa constructora para construir una calle en una finca privada.
- Procedimiento: contratar con una empresa sin seguir los procedimientos que establece la Ley de Contratación Administrativa.

Por la existencia de elementos imperfectos del contrato administrativo que impiden la realización del fin:

- Procedimiento: se siguió un procedimiento de contratación directa cuando correspondía una Licitación Pública. En este caso el elemento procedimiento existe, pero es imperfecto pues debió haberse normado por las reglas de la Licitación Pública. Esta situación impide además el fin, en razón de que no se cumplió con la publicidad requerida en esa clase de procedimiento concursal, impidiendo que se obtuviera la mejor oferta para contratar la adquisición de los bienes y servicios.

Por disposición legal que expresamente sanciona con nulidad absoluta el contrato administrativo o sus efectos:

- Artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: establece la nulidad absoluta de los efectos de un contrato administrativo que no cuente con el refrendo de la Contraloría General de la República.
- Artículo 25 LCA: señala la nulidad absoluta del acto de adjudicación o el contrato, cuando se viole el régimen de prohibiciones de la Ley de Contratación Administrativa.

Características del contrato absolutamente nulo

Al contrato administrativo que adolece de nulidad absoluta le son aplicables las mismas características del acto administrativo absolutamente nulo, las cuales fueron expuestas en el apartado 10.1.3. de esta Guía.

¿Cuándo un contrato es relativamente nulo?

La nulidad relativa se presenta cuando uno de los elementos constitutivos del contrato es imperfecto, pero no impide la realización del fin.

Es importante señalar que si el vicio impide la realización del fin, la nulidad deja de ser relativa y se califica como absoluta.

Ejemplos de nulidades relativas

- **Incompetencia por razón del grado:** caso en que de acuerdo con la reglamentación interna de la institución, corresponda adjudicar las Licitaciones Públicas a la Junta Directiva y quien lo hizo fue la Comisión de Licitaciones que sólo estaba facultada para adjudicar las Licitaciones Restringidas.

- **Plazo para realizar procedimiento de contratación directa:** en caso de que la administración realice una contratación directa con base en una autorización dada por la Contraloría General de la República, pero exceda el plazo otorgado para realizar el procedimiento, el acto de adjudicación se puede sanear si la Contraloría autoriza la prórroga del plazo, aún cuando esta autorización se dé con posterioridad a la adjudicación. (En ese sentido ver resolución de la División Jurídica R-DAGJ-490-2005 de las 13:00 del 8 de agosto de 2005)

- **Estudio de mercado:** En el supuesto de que la administración señale que hizo un estudio de mercado para determinar la razonabilidad del precio de una oferta, pero omitió incorporar al expediente dicho estudio, el vicio podría provocar la nulidad relativa del acto de adjudicación (Ver criterios CGR)

Características del contrato relativamente nulo

Al contrato administrativo que adolece de nulidad relativa le son aplicables las mismas características del acto administrativo relativamente nulo, las cuales fueron expuestas en el apartado 10.2.2., de esta Guía.

Convalidación y saneamiento

El contrato administrativo relativamente nulo se podrá convalidar y sanear en los mismos términos señalados en el apartado 10.2.3 de esta Guía.

Principio de intangibilidad de los actos propios

Por regla general, la Administración no puede dejar sin efectos los actos o contratos que emite, por lo que únicamente bajo las excepciones permitidas por los artículos 155 y 173 LGAP o por la vía de la lesividad ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la Administración puede revocar o declarar la nulidad de sus propios actos.

Al respecto, la Sala Constitucional ha dicho: "... 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.... " (Sala Constitucional Voto N° 899-95 de 15 de febrero de 1995)

En ese sentido, tanto la Constitución Política como la Ley General de la Administración Pública lo que buscan es dar seguridad a las personas de que los derechos que han adquirido mediante un acto o contrato administrativo, no se dejarán sin efecto en forma arbitraria, de manera que sólo en los supuestos que expresamente disponga la Ley, la Administración pueda revocar o declarar la nulidad de sus propios actos.

Esta es sin lugar a dudas una garantía para el administrado, pues para que la administración pueda hacer uso de esta potestad anulatoria no solo debe tratarse de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta, sino que debe otorgarle obligatoriamente el debido proceso a quien ha generado derechos de ese acto cuya anulación se pretende.

A fin de tener claridad sobre los alcances del principio de intangibilidad de los actos propios, se procederá a realizar algunos comentarios sobre la figura de la revocación regulada en el artículo 155 LGAP.

"... el artículo 152 de la Ley General de la Administración señala que el acto administrativo podrá revocarse por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, con las excepciones que contempla esta ley.

Al respecto la Procuraduría General de la República señala:

" El procedimiento en el artículo 155 será aplicable cuando la Administración por razones de conveniencia, mérito y oportunidad, y siempre que exista una grave divergencia entre los efectos del acto y el interés público, decide revocar un acto declaratorio de derechos (debe solicitarse el dictamen de la Contraloría General de la República y contener pronunciamiento expreso en cuanto a los daños y perjuicios producidos). Nótese que este procedimiento es aplicable siempre que se esté en presencia de un acto dictado conforme al ordenamiento jurídico...". (Ver dictamen No. C-250-97 de 24 de diciembre de 1997, citado en dictamen C-135-2000 del 15 de junio de 2000)

Como se puede observar, la revocación parte de la existencia de un acto administrativo válido que por razones de conveniencia, mérito y oportunidad, y siempre que exista una grave divergencia entre los efectos del acto y el interés público, la Administración decide revocar.

A fin de tener mayor claridad sobre los alcances del instituto de la revocación, resulta de gran utilidad transcribir lo expuesto por el jurista costarricense Eduardo Ortíz Ortíz durante el debate legislativo del proyecto de Ley General de Administración Pública, acerca del artículo 152:

"... Es lo que llaman de la revocación del acto, que consiste en el retiro de un acto regular acomodado a derecho, pero que llega a ser inconveniente después de haber sido dictado, porque hechos nuevos o errores de juicio inicial al dictarlos producen un desajuste progresivo entre el acto y el interés público. Supóngase que se otorga un permiso para establecer puestos de venta en diciembre alrededor del Parque Central, pero resulta que el crecimiento de la población y el tránsito es tan grande que eso empieza a producir accidentes, lesiones o muerte, porque la gente que está interesada en comprar invade las calles y hay atropellos, o hay demasiada gente en la calle. Entonces, ese acto que se dictó conforme a derecho resulta cada vez más inoportuno o inconveniente o evidentemente inoportuno, y es necesario retirarlo para poder evitar los desórdenes o los accidentes que se están produciendo. Nosotros restringimos la posibilidad de revocar que es muy importante a los casos en donde haya razones de mérito o conveniencia que lo aconsejen. Llega incluso a imponer la obligación de revocar cuando la divergencia entre el acto y el interés público sea evidente y muy grave. Aún cuando haya derechos. Sólo que como verán acto seguido nosotros imponemos que cuando hay derecho se tengan que indemnizar esos oficios y esos derechos." (Ver expediente legislativo No. A23E5452, Acta No. 102 folios del 363 al 375, citado por el autor Roberto Quirós Coronado en el libro "Ley General de la Administración Pública, concordada y anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional, pg. 253)

Del texto transcrito se puede concluir que el instituto de la revocación se aplica en el supuesto de que la Administración se encuentre frente a un acto que a pesar de ser válido y eficaz, llega a ser inconveniente por hechos nuevos o errores de juicio inicial al dictarlo, los cuales producen un desajuste progresivo entre el acto y el interés público.

Es por ello que al tratarse de la revocación de un acto válido y eficaz por razones de oportunidad, conveniencia y mérito, y no por incumplimientos imputables al concesionario, el artículo 155 de la ley de rito estipula expresamente que, tratándose de actos declaratorios de derechos subjetivos, en la misma revocación se debe disponer lo concerniente al reconocimiento y si es posible el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, so pena de nulidad absoluta...". (Oficio No. 1744 (DAGJ-336-2004) de 19 de febrero de 2004.

20.

¿Cuáles nulidades se pueden declarar en sede administrativa?

De conformidad con el principio de intangibilidad de los actos propios, el ordenamiento jurídico permite únicamente dos supuestos en los cuáles la Administración Pública puede declarar la nulidad de un acto o contrato, a saber:

- Cuando se trate de una nulidad absoluta evidente y manifiesta de un acto o contrato declaratorio de derechos subjetivos. (art. 173 LGAP).

Se entiende por derecho subjetivo la autorización (de conducta) dada por la norma jurídica, que produce en el sujeto la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo, ejemplos de derechos subjetivos: el acto de adjudicación de un contrato en firme, la concesión de una patente para explotar licores, el reconocimiento de un plus salarial, etc.

- Cuando se trate de la nulidad absoluta o relativa de actos o contratos cuya revisión se dé en beneficio del administrado y sus derechos. (art. 183.1 LGAP)

Ejemplo: En caso de que a una persona le denieguen la pensión por considerar que no cumplía con los requisitos, pero luego se observa que fue un error y sí tenía derecho a la pensión, la Administración puede anular el acto administrativo en que se le denegó ese derecho pues la revisión se hace en beneficio del administrado.

Es importante señalar que uno de los errores más frecuentes en el procedimiento para declarar la nulidad absoluta de un acto o contrato administrativo, es el hecho de que ésta no tiene el carácter de evidente y manifiesta, por lo que de previo a que la Administración decida ordenar el inicio de un procedimiento para ese fin, se debe verificar en forma preliminar, no sólo la existencia de vicios de tal gravedad que provoquen la nulidad absoluta del acto, sino también el carácter evidente y manifiesto de ésta, en los términos señalados en el apartado 10.1.1. de esta Guía.

21.1

¿Cuál es el órgano competente para declarar la nulidad absoluta de un acto o contrato en sede administrativa?

El artículo 173.2 LGAP dispone que la nulidad absoluta, evidente y manifiesta la pueden declarar:

a) Administración central del Estado

“Cuando se trate de la Administración central del Estado, el ministro del ramo que dictó el respectivo acto deberá declarar la nulidad”.

b) Otros entes públicos o Poderes del Estado

“Cuando se trate de otros entes públicos o Poderes del Estado, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa.”⁽²⁶⁾

Se debe aclarar que en el caso del Poder Judicial y el Poder Legislativo los actos administrativos que se pueden anular por esta vía, son los que emitan cuando ejerzan función administrativa y no en la función jurisdiccional (Poder Judicial) o función legislativa (Poder Legislativo).

Asimismo, es importante señalar que a efectos de determinar cuál es el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa, se debe analizar en cada caso concreto la normativa que regula al ente público o Poder del Estado, ya que por la cantidad y diversidad de normas especiales que existen en nuestro ordenamiento jurídico, no es posible establecer una regla general en ese sentido.

Ejemplo: en el caso de las Municipalidades el máximo jerarca es el Concejo Municipal y en las Instituciones Autónomas, la Junta Directiva.

Por último, se debe indicar que la LGAP no faculta a los órganos desconcentrados a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, por lo que dicha potestad corresponderá al órgano superior constitucional del cual forman parte los primeros.

c) Contraloría General de la República

La nulidad absoluta, evidente y manifiesta también puede ser declarada por la Contraloría General de la República, dentro del ámbito de sus competencias. (art. 28 LOCGR). Esta es una competencia especial que tiene el Órgano Contralor.

Dicha potestad deberá ejercerse con sujeción a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública y sin perjuicio de las potestades anulatorias de la Administración activa.

22.

¿Cuáles nulidades se deben declarar en sede judicial?

a. La nulidad absoluta de un acto o contrato declaratorio de derechos que no sea evidente y manifiesta (art. 183.3 LGAP)

b. La nulidad relativa de un acto o contrato declaratorio de derechos (art. 183.3 LGAP)

23.

¿Cuál es el procedimiento que se debe seguir para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto o contrato administrativo declaratorio de derechos?

Nulidades declaradas por la Administración (art. 173 LGAP)

La Administración deberá tramitar un procedimiento administrativo ordinario, en el que se garantice la observancia de los principios y las garantías del debido proceso y se brinde audiencia a todas las partes involucradas. Para tales efectos se utiliza el procedimiento administrativo ordinario regulado en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.

De previo a dictar el acto final, se deberá solicitar dictamen favorable a la Procuraduría General de la República, excepto cuando la nulidad versare sobre actos administrativos relacionados directamente con el **proceso presupuestario o la contratación administrativa**, supuestos en los cuales la Contraloría General de la República es la que deberá rendir el dictamen favorable.

El dictamen deberá pronunciarse expresamente sobre el carácter absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad.

El órgano competente para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta es el que puede solicitar el dictamen de la Procuraduría General de la República o la Contraloría General de la República, según corresponda.

El dictamen que emite la Procuraduría General o la Contraloría General es obligatorio y vinculante, de manera que si éste no es favorable la administración no puede anular y, si es favorable, la administración debe anular.

Nulidades declaradas por la Contraloría General de la República (art. 28 LOCGR)

El artículo 28 LOCGR otorga a la Contraloría General de la República la potestad para declarar, dentro del ámbito de su competencia, la nulidad absoluta evidente y manifiesta que advierta en los actos o contratos administrativos de los sujetos pasivos.

Dicha potestad se puede ejercer de oficio o por reclamo del titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, siempre y cuando se encuentre dentro del ámbito de sus competencias.

Al igual que las nulidades declaradas por la Administración, la Contraloría General de la República deberá formar un expediente con oportunidad razonable de audiencia y de defensa a favor del titular del derecho. Para tales efectos se utiliza el procedimiento administrativo ordinario regulado en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.

Cabe señalar que si el acto no es declaratorio de derechos subjetivos, no se requiere tramitar un procedimiento administrativo ordinario, toda vez que no hay ninguna persona física o jurídica a la cual se le esté afectando un derecho subjetivo.

Ejemplo: en caso de que la Contraloría General de la República anule la declaratoria de desierto de un procedimiento de contratación administrativa, no es necesario llevar a cabo el procedimiento administrativo ordinario.

Para la aplicación del artículo 28 LOCGR no se requiere el dictamen favorable de la Procuraduría General de la República.

De acuerdo con el párrafo cuarto del artículo 28, la anulación o desaprobación de un acto o de un contrato administrativo por vía de recurso (entiéndase recursos ordinarios de la LGAP o de apelación dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa), en ejercicio de tutela administrativa, se regirá por sus propias reglas y no por los párrafos anteriores de la norma.

Ejemplo: en el caso de que la Contraloría General de la República en el conocimiento de un recurso de apelación contra un acto de adjudicación de una contratación observa que existe una nulidad absoluta, podrá declararla sin necesidad de seguir el procedimiento administrativo de la LGAP, ya que en estos supuestos el órgano contralor esta facultado para anularlo en la resolución del recurso.

Es importante señalar que en el caso de que la Contraloría General de la República decida declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto o contrato como Administración Activa y no como parte del ejercicio de sus competencias de fiscalización y control de la Hacienda Pública, deberá cumplir con todos los requisitos dispuestos en el artículo 173 LGAP y requerirá el dictamen favorable de la Procuraduría General de la República, cuando así corresponda.

24.

¿Cuál es el plazo en el que la Administración o la Contraloría General de la República pueden declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto administrativo?

Regla general:

La potestad anulatoria en sede administrativa caduca en un año contado a partir de la fecha en que se adopta el acto que se pretende anular. (art. 173.4 LGAP)

En este supuesto, la resolución que declara la nulidad tendrá efectos retroactivos a la fecha en que se dictó el acto administrativo.

Excepciones:

a) En caso de que los efectos del acto administrativo perduren, el plazo de un año corre a partir de que cesen los efectos, pero la resolución que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura. (artículo 173.4 LGAP y 34.1 CPCA)

b) En caso de actos administrativos que afecten bienes de dominio público, el plazo de caducidad no aplica, por ser inalienables e imprescriptibles. (Ver Oficio C-026-2005 de 21 de enero del 2005 y artículo 34.2 CPCA)

En razón de que el plazo se califica como de caducidad, contrario a los plazos de prescripción, todo el procedimiento deberá ser concluido y dictado el acto final dentro del plazo del año que goza la Administración Pública o la Contraloría General de la República para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

Una vez transcurrido el plazo antes señalado, el acto administrativo no podrá ser declarado nulo, salvo las excepciones antes indicadas.

25.

¿Cuál es el plazo en el que la Administración o la Contraloría General de la República pueden declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un contrato administrativo?

Regla general:

La potestad anulatoria en sede administrativa caduca en un año contado a partir de la fecha en que se adopta el acto que se pretende anular. (art. 173.4 LGAP)

En este supuesto, la resolución que declara la nulidad tendrá efectos retroactivos a la fecha en que se dictó el acto administrativo.

Excepciones:

a) En caso de que los efectos del acto administrativo perduren, el plazo de un año corre a partir de que cesen los efectos, pero la resolución que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura. (artículo 173.4 LGAP y 34.1 CPCA)

b) En caso de actos administrativos que afecten bienes de dominio público, el plazo de caducidad no aplica, por ser inalienables e imprescriptibles. (Ver Oficio C-026-2005 de 21 de enero del 2005 y artículo 34.2 CPCA)

Cabe señalar que al ser el contrato administrativo un acuerdo de voluntades entre la Administración y el contratista, el vicio que provoca la nulidad puede verificarse:

a. en el acto de adjudicación (declaración de voluntad de la Administración);

b. al momento de perfeccionarse la relación contractual (adjudicación en firme ó adjudicación en firme y otorgamiento de la garantía de cumplimiento, artículo 189 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa);

c. en la formalización del contrato (en los que casos que sea necesaria), por lo que dependiendo de donde se encuentre el vicio, a partir de ese momento empezará a contarse el plazo del año. En ese sentido, es importante señalar que los vicios del acto de adjudicación, de la relación contractual y de la formalización de la relación contractual, al tener efectos propios se pueden anular en forma separada.

Es por ello que, dependiendo de donde se encuentre el vicio, a efectos de calcular el año para declarar su nulidad absoluta, se deberá contar el plazo a partir de:

- a. la adjudicación en firme;
- b. el perfeccionamiento de la relación contractual;
- c. la suscripción del documento contractual.

Ejemplos:

i.- Si la adjudicación en firme y el perfeccionamiento de la relación contractual se verifican en fechas distintas y el plazo del año ya finalizó para la primera y no para la segunda, la validez de la relación contractual no se podrá revisar sobre la base de vicios en el acto de adjudicación o del procedimiento de contratación, ya que éstos se encuentran consolidados por el tiempo.

ii.- Si a la fecha en que se revisa la validez del documento contractual, el acto de adjudicación y la relación contractual se encuentra consolidada por haber transcurrido el año de caducidad, los únicos vicios que se podrán declarar son los que contenga el documento de formalización y no el acto de adjudicación o la relación contractual.

iii.- Si no ha operado la caducidad para el ejercicio de la potestad anulatoria tratándose del acto de adjudicación, de la relación contractual y/o del documento de formalización, se podrán revisar los vicios que tengan cada uno de estos actos.

Lo anterior con base en lo dispuesto en el artículo 163 LGAP que dice: "Los vicios propios de los actos preparatorios se impugnarán conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio".

Por el contrario, en el caso de los vicios que pueda tener el procedimiento de contratación administrativa, por ejemplo, un vicio en el cartel, en la calificación otorgada a las ofertas o en un criterio técnico erróneo, éstos como actos preparatorios que son del acto de adjudicación, los cuales en la mayoría de los casos no tienen efectos propios, deberán ser impugnados conjuntamente con el acto final, por lo que el plazo de caducidad iniciaría a partir de la adjudicación en firme de la contratación.

26.

¿Requerimientos de la Relación de Hechos tendiente a anular un acto o contrato administrativo por parte de la Contraloría General de la República?

En relación con este aspecto se debe remitir a la resolución R-CO-01-2005 de las 11:00 horas del 3 de enero de 2005, que entre otras cosas señala:

"... se debe explicar por qué el acto o contrato administrativo podría encontrarse viciado de nulidad absoluta. Aunado a eso, debe justificarse también, por qué se considera su nulidad como evidente y manifiesta. Valorar en la investigación si el plazo de caducidad de cuatro años no ha transcurrido.

En el caso de perseguir la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de una conducta administrativa, deben indicarse los vicios que podrían estar generándola.

Otro aspecto a considerar es que se debe indicar expresamente cuál o cuáles actos o contratos se pretende anular, esto significa que se deben individualizar todos y cada uno de ellos. Se deberá valorar si una sola motivación es la adecuada para todos los actos o contratos, o es necesaria una motivación individualizada.

Tanto para los procedimientos de responsabilidad disciplinaria y civil como para los que se dirigen a determinar la existencia de nulidades absolutas evidentes y manifiestas, la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa debe valorar la posibilidad de solicitar una medida cautelar con el fin de resguardar el interés público. Esto implica una debida motivación para recomendar la imposición de la medida cautelar, así como cumplir con los requisitos de la normativa....”.

Es importante señalar que la relación de hechos puede ser emitida por otras dependencias de la Contraloría General de la República, tales como la División de Contratación Administrativa, la División Jurídica, CENREL, etc., a los cuales les aplicarían los mismos lineamientos de la resolución supra citada.

27.

¿Cuál es el trámite que se debe seguir para declarar la nulidad absoluta, de un acto o contrato administrativo declaratorio de derechos en sede judicial?

Proceso de lesividad

El artículo 183.3 LGAP dispone que “Fuera de los casos previstos en el artículo 173 de este (SIC) Código, la Administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos en favor del administrado y para obtener su eliminación deberá acudir al proceso de lesividad, previsto en el Código Procesal Contencioso-Administrativo.”.

Al respecto el artículo 34 CPCA señala:

“...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...”.

De acuerdo con la normativa antes señalada, para declarar la nulidad absoluta de un acto o contrato en la jurisdicción contencioso administrativa se deben verificar dos etapas:

I. Etapa: Declaratoria de Lesividad por parte de la Administración

De acuerdo con la norma transcrita, es requisito indispensable para poder demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa la nulidad absoluta de un acto o contrato administrativo, que la administración autora del acto o contrato los declare lesivos a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza, mediante una resolución debidamente motivada y que como acto administrativo que es debe cumplir con todos los elementos constitutivos estudiados en el apartado 6.1. de esta Guía.

Es importante señalar que dicha declaración de lesividad es un mero requisito de carácter procesal (pero ineludible) para poder plantear el Juicio de Lesividad y, por consiguiente, **no se trata de un acto final que imponga obligaciones o deje sin efecto o suprima derechos subjetivos**, por lo que el acto o contrato declarado lesivo no se ve afectado de ninguna manera por ese acto, sino que será el Juez el que, con los elementos que se hagan llegar al proceso, determine si el acto o contrato se encuentra viciado o no.

En relación con la naturaleza y fines de la declaratoria de lesividad el tratadista español Jesús González Pérez señala: "(...) La declaración de lesividad, si reúne los requisitos señalados, produce sus efectos normales, que son bien limitados, consecuencia de su naturaleza jurídica: al ser presupuesto procesal, no tiene más valor que el de autorizar la admisión o tramitación del mismo: pero es el órgano jurisdiccional competente el que tendrá que declarar si, efectivamente, existe lesión y, en consecuencia, anular el acto objeto de la misma" (Derecho Procesal Administrativo. T. III. II. Edición, 1967, pág. 169)

A efectos de entender con mayor claridad el fin de la declaratoria de lesividad, resulta de suma utilidad transcribir lo dicho por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la resolución No. 177 de las 9:05 horas del 11 de octubre de 1991:

"(...) El propósito de tal requisito es el de evitar la abulia de la Administración obligándola a meditar adecuadamente sobre la existencia de la lesión, como lo haría un particular responsable, quien antes de entablar una acción judicial (cuya procedencia o rechazo será determinada en juicio) considera con detenimiento su necesidad y conveniencia. Así debe actuar la Administración de manera tal que si emite la declaración, es porque está convencida de que el acto en cuestión resulta lesivo a los intereses públicos que representa (extremo que será objeto de debate en el proceso judicial propiamente)(...)".

De conformidad con lo antes expuesto, debe quedar claro que si bien la declaratoria de lesividad es un acto administrativo que tiene que ser debidamente motivado, éste no ostenta el carácter de acto final por lo que no afecta los derechos subjetivos de los titulares del acto o contrato que se pretende anular.

En ese sentido se debe entender que la declaratoria de lesividad es un requisito procesal que abre la posibilidad a la Administración para demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la nulidad del acto o contrato, siendo ésta última la que en definitiva determinará la existencia o no del vicio alegado.

Producto de lo antes expuesto, es importante señalar que al no afectar la declaratoria de lesividad los derechos subjetivos que se originan en el acto o contrato que se pretende anular, no es necesario seguir un procedimiento administrativo para emitir dicha declaración y tampoco esta declaratoria puede ser impugnada en vía administrativa por medio de la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios que establece la Ley General de la Administración Pública. (En ese sentido ver resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en No. 177 de las 9:05 horas del 11 de octubre de 1991)

Órgano competente para declarar la lesividad (art. 34 CPCA):

a) El superior jerárquico supremo de la Administración.

b) El Consejo de Gobierno, cuando se trate de la declaratoria de lesividad de los actos administrativos dictados por dos o más ministerios, o por estos con algún ente descentralizado, no pudiendo ser declarados lesivos por un ministro de distinto ramo.

c) El superior jerárquico supremo de los órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental.

Plazo para declarar la lesividad:

Regla general:

La declaratoria de lesividad se tiene que dictar en el plazo de un año contado a partir de la fecha en que se adopta el acto que se pretende anular. (art. 34 y 39.2 CPCA)

En este supuesto, la resolución que declara la nulidad tendrá efectos retroactivos a la fecha en que se dictó el acto administrativo.

Excepciones:

a) En caso de que los efectos del acto administrativo perduren, el plazo de un año corre a partir de que cesen los efectos, pero la resolución que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura. (artículo 34.1 y 39.2 CPCA)

b) En caso de actos administrativos que afecten bienes de dominio público, el plazo de caducidad no aplica, por ser inalienables e imprescriptibles. (Ver Oficio C-026-2005 de 21 de enero del 2005 y artículo 34.2 CPCA)

Una vez transcurrido el plazo antes señalado, el acto administrativo no podrá ser declarado nulo, salvo las excepciones antes indicadas.

II. Etapa: Demanda de Lesividad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Plazo para incoar la demanda de lesividad

Regla general:

Una vez declarado lesivo el acto o contrato que se pretende anular por parte de la Administración, ésta en el plazo de un año, contado a partir del día siguiente a la firmeza del acto que la declara, deberá presentar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo la demanda con todas las formalidades propias de ésta, a saber la identificación de las partes, relación fáctica, sustento jurídico y petitoria, que dado el principal objeto de esta gestión necesariamente debe incluir una pretensión de nulidad del acto lesivo. ⁽²⁷⁾

La nulidad declarada en el proceso incoado, dentro del plazo antes indicado, tendrá efectos retroactivos. (Ver artículo 39.1.C del Código Procesal Contencioso Administrativo)

Excepciones:

a) En caso de que los efectos del acto administrativo perduren, el plazo de un año corre a partir de que cesen los efectos, pero la resolución que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura. (artículo 40 CPCA)

27
1997

Ver resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No 28 de las 14:30 horas del 18 de abril de

b) En caso de actos administrativos que afecten bienes de dominio público, el plazo de caducidad no aplica, por ser inalienables e imprescriptibles. (Ver Oficio C-026-2005 de 21 de enero del 2005 y artículo 34.2 CPCA)

Es importante señalar que el plazo para presentar la demanda de lesividad ante la jurisdicción contencioso administrativa también es un plazo de caducidad, el cual no se interrumpe, por lo que una vez transcurrido dicho plazo, la acción para demandar la nulidad del acto o contrato estará caduca, lo cual podría traer responsabilidad administrativa al servidor que con dolo o culpa grave dejó que caducara. ⁽²⁸⁾

En ese sentido, se reitera que contra la declaratoria de lesividad no cabe impugnación en sede administrativa, por lo que de presentarse recursos contra dicha declaración, éstos no interrumpen el plazo para incoar la demanda de lesividad.

Aunado a lo anterior, es de suma importancia considerar que cuando la demanda deba ser planteada por la Procuraduría General de la República, de igual forma aplica el plazo de caducidad, por lo que la administración deberá procurar que después de dictar el acto que declara la lesividad se envíe el expediente a la Procuraduría a la brevedad posible, a fin de que ésta pueda preparar la demanda de lesividad con el tiempo suficiente para ejercer una adecuada defensa del interés público.

En ese sentido, se debe recordar que la Procuraduría General de la República ejerce la representación y defensa de la Administración Central, de los Poderes del Estado, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes de la República, en tanto ejerzan función administrativa. (artículo 16 CPCA) En relación con la competencia de la Procuraduría General de la República en materia litigiosa ver oficio C-364-2003 de 19 de noviembre del 2003.

Es importante señalar que al amparo del artículo 35 LOCGR, la Contraloría General de la República tiene legitimación procesal activa para la tutela objetiva de la Hacienda Pública o de los fondos públicos sujetos a su fiscalización, de acuerdo con las normas procesales vigentes, sin perjuicio de las facultades que gozan para el efecto la Procuraduría General de la República y cualesquiera otros entes u órganos públicos.

La Contraloría General de la República podrá apersonarse como coadyuvante de la Administración Pública demandada, actora, o como "amicus curiae" en auxilio de la función jurisdiccional, según lo estime procedente, de acuerdo con el interés objetivo que hace valer, en aquellos casos en que la pretensión objeto del proceso se encuentre regulada por la normativa jurídica relativa a la Hacienda Pública.

28 *Ver dictamen de la Procuraduría General de la República C-178-2001 de 25 de junio de 2001*



Facultad de la Contraloría General de la República para demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa la nulidad de un acto o contrato.

El inciso 3) del artículo 10 CPCA otorga legitimación activa a la Contraloría General de la República para que en materia de Hacienda Pública pueda demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a fin de asegurar o reestablecer la legalidad de las actuaciones u omisiones sujetas a su fiscalización o tutela. Es por ello que en caso de que se recomiende a la Administración la declaratoria de nulidad de actos o contratos relacionados con la Hacienda Pública y ésta no lo realice, la Contraloría General de la República podrá accionar contra dichos actos, a fin de declarar su ilegalidad.

Dicha norma resulta de suma importancia para la función de fiscalización y control de la Contraloría General de la República, en el tanto le permite demandar ante el juez contencioso-administrativo la nulidad de aquellos actos o contratos lesivos a la Hacienda Pública que la Administración se rehúsa a declarar lesivos.

Medidas Cautelares

En razón del régimen de igualdad procesal que promueve el CPCA, el proceso de lesividad se hace copartícipe de todas las obligaciones y todos los derechos procesales, incluyéndose las medidas cautelares reguladas en el Título III de esa normativa, por lo que de considerarse necesaria para la tutela efectiva del interés público, la Contraloría General de la República podrá solicitar al juez, antes del inicio del proceso, durante su trámite o en la etapa de ejecución, medidas cautelares para esos efectos.

Conclusiones y Recomendaciones finales

A manera de conclusiones y recomendaciones producto de las reflexiones que se han hecho en este estudio jurídico sobre el tema de nulidades en materia de Hacienda Pública y, como guía para los funcionarios de la Contraloría General de la República, hacemos las siguientes observaciones.

1.- De previo a estudiar la existencia y gravedad del vicio que motiva la nulidad (absoluta, la nulidad absoluta evidente y manifiesta o la nulidad relativa), se debe determinar si no ha transcurrido el plazo de caducidad para que la Administración pueda legalmente:

- declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta en sede administrativa o;
- declarar lesivo al interés público el acto administrativo

Cabe recordar que el plazo para poder ejercer esta potestad anulatoria en sede administrativa, se cuenta a partir de la fecha en que se dictó el acto administrativo que se pretende anular. Por lo que de haber transcurrido el año, carece de interés práctico hacer mayor estudio sobre el caso, en punto a la potestad anulatoria, sin perjuicio de eventuales responsabilidades.

Asimismo, es importante considerar que tratándose de actos cuyos efectos perduren, el plazo para su anulación inicia a partir de que cesan los efectos, pero la nulidad no tendrá efectos retroactivos.

En el caso de bienes de dominio público, el plazo de caducidad no aplica, ya que éstos son inalienables e imprescriptibles.

2.- Asimismo, es importante tener presente y así deberíamos advertirle a la Administración cuando se le de una orden para que interponga un contencioso de lesividad, que una vez que la Administración declare lesivo el acto administrativo, cuenta con un año para presentar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa la demanda, a fin de que el Juez declare la nulidad del acto, plazo que también es de caducidad y, por consiguiente, no se interrumpe ni suspende, por lo que

una vez transcurrido, el acto viciado se consolida y no podrá ser anulado, salvo las excepciones antes vistas. También es importante coordinar con la Procuraduría al respecto, por el plazo que tiene para la interposición de la demanda.

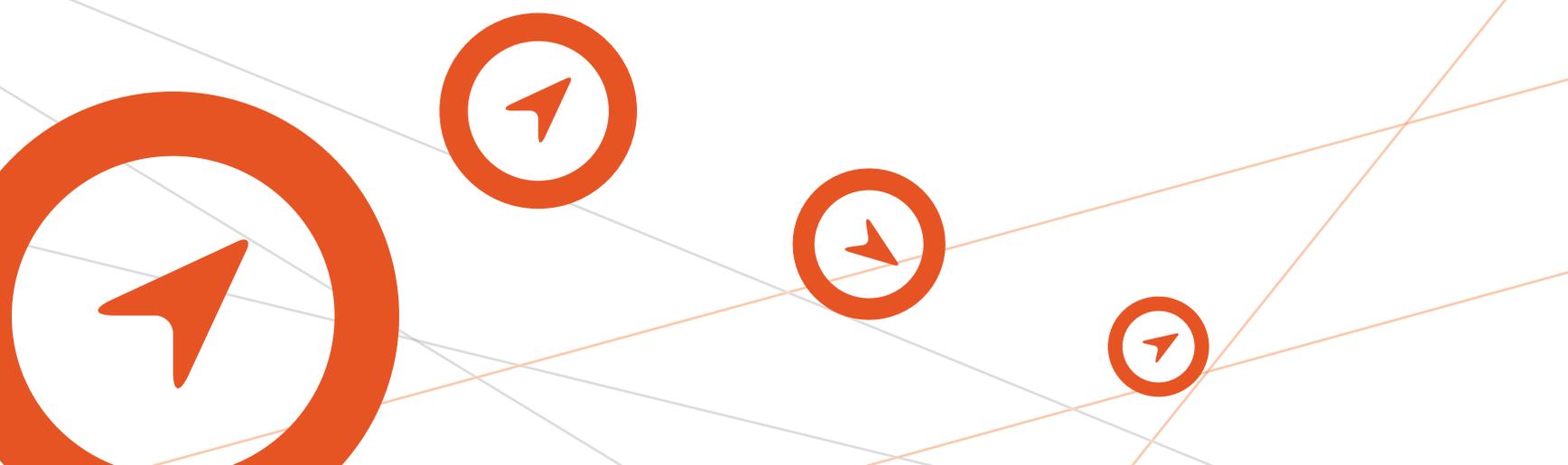
3.- En caso de que el plazo de caducidad para declarar -en sede administrativa- la nulidad absoluta, evidente y manifiesta esté pronto a vencer y no se haya realizado el procedimiento administrativo ordinario que señala el artículo 173 LGAP, el Gerente o Jefe del Área que elabora la Relación de Hechos deberá valorar la posibilidad de recomendar **inmediatamente** a la Administración que declare lesivo el acto administrativo y presente la demanda correspondiente en el plazo fatal de un año, a fin de que no caduque el plazo para anular y se consolide el acto lesivo al interés público, puesto que el plazo de un año es para la Administración y la Contraloría General, no para la jurisdicción contencioso-administrativa y dicha jurisdicción puede conocer y anular actos y contratos viciados tanto de nulidad relativa, como por nulidad absoluta y con mayor razón casos de nulidad absoluta, evidente y manifiesta.

Cabe señalar además que en razón de la legitimación activa que ostenta la Contraloría General de la República, ésta podrá presentar la demanda de lesividad tendente a anular el acto o contrato administrativo, siempre que se trate de materia de Hacienda Pública y con ello se pretenda asegurar o reestablecer la legalidad de las actuaciones u omisiones sujetas a su fiscalización o tutela. (inciso 3, artículo 10 CPCA)

4.- Cuando indiscutiblemente y sin lugar a dudas se esté ante un vicio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, el Gerente o Jefe del Área que elaborará la Relación de Hechos deberá valorar si:

- remite el documento a la Administración para que ésta declare la nulidad de conformidad con el artículo 173 LGAP, supuesto en el que se deberá contar con el dictamen favorable de la Procuraduría General de la República o de la Contraloría General de la República (entiéndase la División Jurídica según las competencias que le han sido asignadas), según corresponda o;

- remite el documento a la División Jurídica para que ésta declare la nulidad de conformidad con el artículo 28 LOCGR, supuesto en el que no deberá contar con el dictamen favorable de la Procuraduría General de la República y es dicha División la que otorga al titular o titulares de los derechos subjetivos, el debido proceso.



Por supuesto que al ser la competencia de la Contraloría General de la República más amplia en los términos del artículo 28, que incluye todos los componentes de la Hacienda Pública (desarrollados en el artículo 8 de la Ley Orgánica: fondos públicos y las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de funcionarios públicos), la posibilidad de anular actos y contratos con fundamento en dicha norma es más amplia que las competencias que le reconoce el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. Esto quiere decir que si con fundamento en el artículo 28, la División Jurídica de frente a una relación de hechos puede iniciar un procedimiento para la anulación de un acto relacionado con la materia de control interno o externo, en el supuesto del 173, una vez que la administración concluye el procedimiento de anulación ordenado por el Órgano Contralor y de previo al dictado del acto final, quien emite el dictamen favorable es la Procuraduría General y podría no estar de acuerdo con el criterio de la Contraloría General que ordenó dicho proceso.

5.- Como se ha indicado en esta Guía, la nulidad no procede por la nulidad misma, sino que siempre debe haber una afectación al interés público. Es por ello que se **recomienda** que en el momento que se inicia el estudio de los vicios que afectan el acto administrativo, el fiscalizador se haga las siguientes preguntas:



¿Cuál es el acto administrativo que es lesivo al interés público?

¿Cuál es la lesión que está causando?

¿Cuál es el nexo de causalidad (causa-efecto) que existe entre el acto administrativo y la lesión al interés público?

¿En que se beneficiaría el interés público si se anula ese acto administrativo?

Una vez realizado ese análisis, si se llega al convencimiento preliminar de que es necesario declarar la nulidad del acto administrativo, se debe proceder a elaborar la Relación de Hechos.



O