

www.incopescas.go.cr/

SESION	FECHA	RESPONSABLE (S) EJECUCION	FECHA LIMITE DE CUMPLIMIENTO
013-2018	22-03-2018	HMB	INMEDIATO

Considerando

1-Que mediante Acuerdo de Junta Directiva de Incopescas número AJDIP 473-2017 se solicitó al Departamento de Asesoría Jurídica institucional que proceda a preparar criterio técnico jurídico con la finalidad de iniciar con el proceso de lesividad vía judicial por la otorgación de licencias a las las embarcaciones Arco Iris, Matrícula: 8537-PP, Permisionario: Transportes El Lugar de Caribe Occidental S.A., embarcación Tazán III, Matrícula: 8081-PP, Permisionario: Tecno Naval S.A., embarcación Yu Long 70, Matrícula: 8408-PP, Permisionario: Comercial Pez Dorado del Mar S.A., embarcación Dragón XII, Matrícula: 7116-PP, Permisionario: Súper Hielo e Pacífico S.A., embarcación Tazán XII, Matrícula: 7558-PP, Permisionario: Astillero Mariscos del Pacifico S.A., embarcación Dragón, Matrícula: 6752-PP, Permisionario: Astillero Mariscos del Pacifico S.A., embarcación Tazán VIII, Matrícula: 7438-PP, Permisionario: Comercial El Pez Dorado Del Mar S.A., embarcación Tuna II, Matrícula: 8636-PP, Permisionario: Transportes El Pescador S.A. y embarcación Long YuSheng, Matrícula: 0207-PP, Permisionario: Mar La Barcaza Azul Del Pacífico S.A.

2-Que mediante oficio de la Secretaría Técnica de la Junta Directiva número STJD 69-17 del 04 de diciembre de 2017 se aclara al Departamento Legal que lo que se requiere es la propuesta de resolución de declaratoria de lesividad indicada en el párrafo final de oficio DM-MAG-734-2017.3-Que el Departamento Legal emite criterio técnico jurídico mediante oficio AL 052-02-18 (1) el cual indicó en lo conducente lo siguiente:

“Según sus instrucciones y requerimiento, adjunto remito para su consideración, la propuesta de criterio sobre dictamen de lesividad y demanda, en las causas de las empresas Comercializadora Pez Dorado del Mar S.A., Mariscos la Barcasa Azul del Pacífico S.A., Transportes El Lugar del Caribe de Occidente S.A., Super Hielo del Pacífico S.A., Transportes El Pescador S.A. y Tecnoval S.A., cuyo representante legal es el señor Hung Chuan Wangh Shih.

El documento ha sido elaborado por la Licda. Maricela Molina y revisado por la Licda. Ivannia Zapata y el suscrito, según se nos instruyó, en el cual se concluyó que existe un alto grado de certeza de elementos que pueden generar la nulidad absoluta de dichos actos.

Tal y como se desprende del mismo, se estaría emitiendo la recomendación de que se apruebe mediante resolución administrativa dictamen de lesividad y se presente la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para cumplir con los formalismos del artículo 34.4 del Código procesal Contencioso Administrativo.

En tal sentido, dicho artículo establece que “corresponde al superior jerárquico supremo, declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza”, por lo que revisado el último acuerdo de Junta Directiva, siendo que no se ha declarado lesivo, corresponde a que su persona valore remitirlo a la Junta Directiva, para tal propósito.

Igualmente hago de conocimiento que estamos haciendo revisión de los expedientes ya que los mismos fueron foliados de manera incorrecta, ante lo cual, se está procediendo con la corrección de los mismos, según ha sido indicado por la Jurisdicción de la Contencioso Administrativo.

4-Que mediante Acuerdo de Junta Directiva número AJDIP 115-2018 se acordó instruir al señor Heiner Méndez Barrientos para que remita el día lunes 12 de marzo antes de las 4 de la tarde la información solicitada mediante el acuerdo AJDIP 473-2017 esto a la Presidencia Ejecutiva con copia a la Secretaria Técnica de Junta Directiva

5-Que el día 12 de marzo de 2018 el Lic. Heiner Jorge Méndez Barrientos mediante oficio AL 068-03-2018 emite criterio legal solicitado mediante el acuerdo AJDIP 115-2018 el cual indica en lo conducente lo siguiente:

www.incopesca.go.cr/

“En respuesta al acuerdo de Junta Directiva AJDIP/115-2018, adiciono a lo emitido por medio del oficio AJDIP/052-2018, en el cual se hace remisión de los criterios sobre dictamen de lesividad y propuesta de la demanda de lesividad, según fue requerido en el acuerdo de junta Directiva AJDIP/473-2017, del cual fue solicitado aclaración por medio de esta Asesoría Jurídica.

Aprovechando la oportunidad brindada, es importante hacer algunas observaciones sobre el proceso de lesividad, tal y como se ha manifestado en cada una de las propuestas de remitidas.

Si el acto administrativo fuere portador de una nulidad absoluta evidente y manifiesta da la posibilidad de que la anulación se pueda hacer en la vía administrativa siguiendo el tramite especial del artículo 173 d, la administración pe la Ley General de la Administración Pública, LGAP, siendo así la administración tendrá dos posibilidades: “La primera de ella es recurrir tramite especial de comentario la cual será la normal y la más deseada por la ley, pues como dijimos, se trata de darle agilidad a la eliminación de actos que evidentemente son nulos. Sin embargo, si estos casos, por error o alguna otra razón, la administración no utilizare este trámite, como es el caso que nos ocupa y acude al proceso de lesividad consignado aquí, la anulación será completamente valida, pues lo que la Administración hizo fue no tramitar la vía más ágil y sencilla, en su lugar optó por el proceso de lesividad, con lo cual n puede haber nunca un perjuicio para el particular, quien más bien se verá beneficiado por ir a una vía donde cuenta con más garantía y posibilidad de defensa, pues se trata de un proceso jurisdiccional. (...).

La determinación de una nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser notoria, para ello basta con la confrontación de hechos.

En este sentido, la resolución 2003-04369, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, emitida en San José, a las ocho horas con treinta minutos del veintitrés de mayo del dos mil tres, manifiesta que:

“...

La anulación o revisión de oficio de los actos administrativos favorables o declaratorios de derechos para el administrado. Esta posibilidad que tienen las administraciones públicas y sus órganos constituye una excepción calificada a la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado o del principio de intangibilidad de los actos propios, al que esta Sala especializada le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (Ver sentencias Nos. 2186-94 de las 17:03 hrs. del 4 de mayo de 1994 y 899-95 de las 17:18 hrs. del 15 de febrero de 1995)-. La regla general es que la administración pública respectiva no puede anular un acto declaratorio de derechos para el administrado, siendo las excepciones la anulación o revisión de oficio y la revocación. Para ese efecto, la administración pública, como principio general, debe acudir, en calidad de parte actora y previa declaratoria de lesividad del acto a los intereses públicos, económicos o de otra índole, al proceso de lesividad (artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una garantía para los administrados. Sobre este particular, este Tribunal Constitucional en el Voto No. 897-98 del 11 de febrero de 1998 señaló que —... a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido confiriendo derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos, con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración, al emitir un acto y con posterioridad al emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido, sea por error o por cualquier otro motivo. Ello implica que la única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso de jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado, o bien, en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía

www.incopesca.go.cr/

administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República (como una garantía más a favor del administrado) y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, si la Administración ha inobservado las reglas de estos procedimientos, o bien, las ha omitido del todo o en parte... el principio de los actos propios determina como efecto de dicha irregularidad la invalidez del acto.]] A tenor del numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, un ente u órgano público bien puede anular en vía administrativa un acto declaratorio de derechos para el administrado pero lesivo para los intereses públicos o patrimoniales de la primera, sin necesidad de recurrir al proceso contencioso administrativo de lesividad normado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (proceso en el cual la parte actora es una administración pública que impugna un acto propio favorable para el administrado pero lesivo para ella) cuando el mismo este viciado de una nulidad absoluta evidente y manifiesta. La nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser dictaminada, previa y favorablemente, por la Procuraduría o la Contraloría Generales de la República —acto preparatorio del acto anulatorio final—. Le corresponderá a la Contraloría cuando la nulidad verse sobre actos administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa (Hacienda Pública). Ese dictamen es indispensable, a tal punto que esta Sala en el Voto No. 1563-91 de las 15 hrs. del 14 de agosto de 1991 estimó que —... Es evidente, entonces, que a partir de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la competencia de anular en sede administrativa solamente puede ser admitida si se cumple con el deber de allegar un criterio experto y externo al órgano que va a dictar el acto final.]]. Se trata de un dictamen de carácter vinculante —del que no puede apartarse el órgano o ente consultante—, puesto que, el ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que es de acatamiento obligatorio, a través del cual se ejerce una suerte de control previo o preventivo de legalidad, en cuanto debe anteceder el acto final del procedimiento ordinario incoado para decretar la anulación oficiosa, que no riñe con ninguno de los grados de autonomía administrativa, por ser manifestación específica de la potestad de control inherente a la dirección intersubjetiva o tutela administrativa. Resulta lógico que tal dictamen debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la administración consultante, y sobre todo que constate, positivamente, la gravedad y entidad de los vicios que justifican el ejercicio de la potestad de revisión o anulación oficiosa. La Administración pública respectiva está inhibida por el ordenamiento infra constitucional de determinar cuándo hay una nulidad evidente y manifiesta, puesto que, ese extremo le está reservado al órgano técnico-jurídico y consultivo denominado Procuraduría General de la República, como órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia. En los supuestos en que el dictamen debe ser vertido por la Contraloría General de la República, también, tiene naturaleza vinculante en virtud de lo dispuesto en artículo 4°, párrafo in fine, de su Ley Orgánica No. 7428 del 7 de septiembre de 1994.

IV.- La nulidad evidente y manifiesta como presupuesto que habilita a las administraciones públicas para ejercer su potestad de anulación oficiosa de actos administrativos favorables para el administrado. No cualquier grado de invalidez o nulidad autoriza a un ente u órgano público para decretar la anulación oficiosa de un acto administrativo declaratorio de derechos para un administrado, dado que, el ordenamiento jurídico administrativo exige que concurren ciertas características o connotaciones específicas y agravadas que la califiquen. La nulidad que justifica la revisión de oficio debe tener tal trascendencia y magnitud que debe ser, a tenor de lo establecido en el numeral 173, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, —evidente y manifiesta]]. Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o

www.incopesca.go.cr/

lógico de verificación para descubrirlo, precisamente, por su índole grosera y grave. En tal sentido, basta confrontar el acto administrativo con la norma legal o reglamentaria que le dan cobertura para arribar a tal conclusión, sin necesidad de hermenéutica o exégesis ninguna. Es menester agregar que el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública no crea una suerte de bipartición de las nulidades absolutas, siendo algunas de ellas simples y otras evidentes y manifiestas, sino lo que trata de propiciar es que en el supuesto de las segundas sea innecesario o prescindible el análisis profundo y experto del juez contencioso-administrativo para facilitar su revisión en vía administrativa.

V.- La necesidad de incoar un procedimiento administrativo ordinario para la revisión o anulación de oficio de los actos administrativos favorables para el administrado. La administración pública respectiva —autora del acto que se pretende anular o revisar—, de previo a la declaratoria de nulidad, debe abrir un procedimiento administrativo ordinario en el que se deben observar los principios y las garantías del debido proceso y de la defensa (artículo 173, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública), la justificación de observar ese procedimiento está en que el acto final puede suprimir un derecho subjetivo del administrado (artículo 308 ibidem).

Durante la sustanciación del procedimiento ordinario, resulta indispensable recabar el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría siendo un acto de trámite del mismo. Tal y como se indicó supra, el dictamen debe pronunciarse, expresamente, sobre el carácter absoluto, manifiesto y evidente de la nulidad (artículo 173, párrafo 4°, de la Ley General de la Administración Pública). Si el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría Generales de la República es desfavorable, en el sentido que la nulidad absoluta del acto administrativo no es evidente y manifiesta, la respectiva administración pública se verá impedida, legalmente, para anular el acto en vía administrativa y tendrá que acudir, irremisiblemente, al proceso ordinario contencioso administrativo de lesividad. El dictamen de los dos órganos consultivos citados es vinculante para la administración respectiva en cuanto al carácter evidente y manifiesto de la nulidad. Sobre este punto, el artículo 183, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública preceptúa que —Fuera de los casos previstos en el artículo 173, la administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos a favor del administrado y para obtener su eliminación deberá recurrir al contencioso de lesividad previsto en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa||. VI.- Consecuencias jurídicas de la inobservancia de los recaudos formales y sustanciales del ordinal 173 de la ley general de la administración pública. La revisión oficiosa o anulación con quebranto de los requisitos legales referidos en los considerandos precedentes —sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser la nulidad absoluta evidente y manifiesta|| (v. gr. que el dictamen sea desfavorable, que no se recabó el dictamen o que no se abrió un procedimiento administrativo ordinario) es absolutamente nula y hace responsable por los daños y perjuicios provocados tanto a la administración pública como al funcionario (artículo 173, párrafo 6°, ibidem).”

Tal y como se desprende y hemos manifestado en reiteradas oportunidades, el criterio de esta Asesoría se sustenta básicamente en que existen elementos que devienen en que lo actuado resulta más que evidente podría producir una nulidad absoluta, en razón de que se debe valorar cual es el bien público que se está lesionando, en este caso el acceso a los recursos pesqueros, tal y como lo manifestamos en el dictamen de nulidad que ha sido remitido a su persona en días pasados.

No obstante lo anterior, debe siempre vigilarse con detenimiento, los posibles riesgos que se producen con la declaratoria de lesividad y posterior nulidad de los actos de la administración, en el sentido de que estos podrían derivar responsabilidades que son propias de la administración.

www.incopesca.go.cr/

En este sentido, no es menos recordar, el criterio emitido por la Dirección General Técnica por medio del oficio DGT-190-2016, en cuanto a la posibilidad de otorgar licencias de pesca comercial para la categoría de pesca comercial avanzada, lo mismo que las disposiciones recientes tendientes a brindar las licencias de pesca a personas que las hubiesen perdido por el advenimiento de los plazos que determina la Ley 8436, Ley de Pesca y Acuicultura, la cuales son las mismas que se ajustan a las que se solicitaron renovar de manera extemporánea y que ahora nos ocupan lo anterior no es elemento para que el criterio de esta asesoría sobre que los actos emanados deben ser considerados como nulos, en razón de lo que se ha expuesto supra.

En este sentido y haciendo eco, al oficio DM-MAG-734-2017, del señor Ministro de Agricultura y Ganadería, ante consulta hecha por la Presidencia Ejecutiva de Incopesca, manifiesta sobre el particular lo siguiente:

“...

En relación a la anulación o revisión de oficio de los actos administrativos favorables o declaratorios de derechos para el administrado, trata de una posibilidad que tienen las administraciones pública y sus órganos, la cual constituye una excepción calificada a la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado o del principio de intangibilidad de los actos propios, al que la Sala especializada le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (Ver sentencias Nos. 2186-94 de las 17:03 hrs del 4 de mayo de 1994 y 899-95 de las 17:18 hrs del 15 de febrero de 1995).

La regla general es que la Administración Pública, no puede anular un acto declaratorio de derechos para el administrado, siendo las excepciones la anulación o revisión de oficio y la revocación. Para ese efecto, la administración pública, como principio general, debe acudir, en calidad de parte actora y previa declaratoria de lesividad del acto a los intereses públicos, económicos o de otra índole, al proceso de lesividad (artículo 34 inciso 1) del Código Procesal Contencioso Administrativo y artículo 173 de la ley General de la Administración Pública, el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una garantía para los administrados.

Es preciso recordare que de conformidad con los artículo 166 y 167 de la Ley General de la Administración Pública, el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una Garantía para los Administrados.

Es preciso recordar que de conformidad con los artículos 166 y 167 de la Ley General de la Administración Pública, así como la doctrina que los informa, los actos absolutamente nulos son aquellos que padecen de un vicio grosero, por faltarles alguno de sus elementos constitutivos, como la competencia, la legitimación, la investidura, la voluntad, el motivo, el contenido, el fin, la motivación, la forma de exteriorización o el procedimiento administrativo; o bien, aquellos que presentan un defecto tan importante en alguno de esos elementos que le impida realizar el fin al que están dirigidos.

Los actos absolutamente nulos, por la magnitud del vicio que presentan, normalmente son objeto de un tratamiento especial por parte de la ley. En nuestro medio, por ejemplo, los actos absolutamente nulos no se presumen legítimos, ni se puede ordenar su ejecución (artículo 169 LGAL); la orden de ejecución produce responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidos que la gire (art6piculo 170 LGAP); y no aplica con respecto a ellos la figura del saneamiento, ni la convalidación (artículo 172 LGAP).

Acerca del concepto de nulidad absoluta evidente y manifiesta, debe entenderse como aquella notoria, obvia la que aparece de manera clara, sin que exija un proceso dialectico su comprobación por saltar a primera vista. Por los antecedentes del caso que nos presenta, consideramos que el acto de renovación de estas licencias no debe estar viciado de una nulidad absoluta evidente y manifiesta, ya que se han instaurado a la fecha dos procedimientos administrativos, los cuales no han constatado dicha calificación, previa y favorablemente, por la PGR o la CGR, según sea el caso, por lo que se desprende que dicha Administración no

www.incopesca.go.cr/

ha logrado la nulidad de los actos en la vía administrativa, por lo que se vislumbra, que debe acudir a la jurisdicción administrativa, pretendiendo la lesividad de dichos actos."

Siendo así y en atención a lo peticionado, considero oportuno poner en conociendo sobre este mismo tema lo que ha dispuesto la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-178-2001, el cual en lo que nos interesa y siendo pertinente manifiesta:

"...

1. En cuanto al régimen de nulidades de los contratos administrativos

Si bien en algún momento hubo mucha discusión acerca de cuál era el régimen de nulidades aplicables a los contratos administrativos, el artículo 3º, párrafo tercero, de la Ley de Contratación Administrativa, vino a dilucidar el punto al establecer que "El régimen de nulidad de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa".

En cuanto a la consideración general de la constitucionalidad del establecimiento de la anterior disposición, la Sala Constitucional indicó:

"XI.- DEL RÉGIMEN DE NULIDADES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA (ARTICULO 3 PÁRRAFO TERCERO DE LA LEY). En las acciones, además, se impugna el artículo 3º, párrafo tercero de la citada Ley, en cuanto establece que el régimen de las nulidades aplicable para la contratación administrativa es el de la Ley General de la Administración Pública, el cual remite -se afirma- el control a la Procuraduría General de la República, cuando lo correcto es que corresponda a la Contraloría General de la República y todo ello viola el artículo 183 de la Constitución Política. Es criterio de la Sala que esta disposición no resulta inconstitucional ya que, en el texto de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, número 7428 de 7 de setiembre de 1994, se reformó el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, de manera que quedó de la siguiente forma:

"Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos fuere evidente y manifiesta, podrá declararse por la Administración en la vía administrativa sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad señalado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República.

Cuando la nulidad verse sobre actos administrativos directamente relacionados con la Hacienda Pública, el dictamen deberá rendirlo la Contraloría General de la República"; con esta modificación del artículo 173, no hay menoscabo a las funciones que la propia Constitución Política le confiere a la Contraloría General de la República, en su condición de órgano encargado de la fiscalización y control de la Hacienda Pública, constituyéndose, más bien, en un reconocimiento de sus atribuciones. Asimismo, cabe señalar que con anterioridad esta Sala se había manifestado respecto de la participación de la Contraloría en los procesos de nulidad de actos administrativos, sujetando su participación a que la misma resultare compatible con las funciones constitucionales que le son propias. Así, en sentencia número 5119-95 de las veinte horas treinta y nueve minutos del trece de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, señaló: (...)

Debe tenerse en cuenta que el procedimiento que la Ley General de la Administración Pública establece en orden a declarar las nulidades de los actos administrativos, resulta claro y comprensivo, además de que en el mismo se otorga plena garantía del debido proceso; es decir, que no se puede instaurar un procedimiento que tienda a declarar la nulidad de un contrato administrativo, si no se conceden, cuando menos, las mismas garantías contenidas en el procedimiento ordinario de la Ley General de la Administración Pública, puesto que en esencia se trata de dejar sin valor jurídico un acto declarativo de derechos. Con fundamento en lo anterior es que procede desestimar la acción en este extremo." (Resolución 998-98 de 16 de febrero de 1998).

www.incopesca.go.cr/

En razón de la disposición normativa supra citada, cuya constitucionalidad ha sido avalada por la Sala Constitucional, se aclara el panorama: el régimen de nulidad de los contratos administrativos es el mismo que el de los actos administrativos regulado en la Ley General de la Administración Pública.

Nótese que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que es posible que la Administración acuda al proceso de lesividad para afectar derechos subjetivos derivados de una relación contractual. Al respecto indicó que "El hecho que en el caso concreto los derechos subjetivos de los administrados emanen de una relación contractual, no veda la posibilidad de impugnación relacionada. El Estado, por su parte, ostenta también derechos subjetivos derivados del contrato. Ello lo acredita para procurar la anulación de alguno de sus actos, a través del proceso de lesividad." (Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Nº 47 de 14:40 horas del 3 de mayo de 1995)

II. *Tipos de nulidades reguladas en la Ley General*

El artículo 165 de la Ley General de la Administración Pública, dispone al respecto que "La invalidez podrá manifestarse como nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida".

De esta forma, y como principio, puede establecerse la existencia de dos tipos de nulidad: la relativa y la absoluta.

Pero luego, el numeral 173 de ese mismo cuerpo normativo establece una distinción dentro de la nulidad absoluta. Así, crea el concepto de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, la cual, de acuerdo con nuestra jurisprudencia administrativa, es aquella en la cual la nulidad absoluta no sólo es grave, sino de fácil apreciación para el operador jurídico.

Sobre el tema, y únicamente a manera de ejemplo, puede citarse el siguiente dictamen:

"Como ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia administrativa de esta Institución, la potestad contemplada en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, supone un trámite que ha de seguir la Administración para volver sobre un acto propio creador de derechos subjetivos. Precisamente por esta excepcionalidad, es que se torna necesario determinar, en cada caso en concreto, los requisitos para que se configure una nulidad, que además de absoluta, ha de ser evidente y manifiesta.

De conformidad con los artículos 158 y 159 de la Ley General de la Administración Pública, el criterio seguido para establecer la nulidad del acto administrativo está referido a la falta, defecto o desaparición de algún requisito o condición del acto administrativo (Nota: Sobre la desaparición de una de las condiciones exigidas por el ordenamiento para su adopción, el artículo 159 expresamente señala que es 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.), señalándose que será inválido el acto que sea sustancialmente disconforme. Las causas de invalidez pueden ser cualesquiera infracciones sustanciales al ordenamiento jurídico.

Estas disposiciones dan los lineamientos generales de lo que constituirán vicios del acto que pueden acarrear su nulidad.

Nuestro ordenamiento jurídico establece dos tipos de nulidades: la relativa y la absoluta. Dentro de esta última categoría distingue, en cuanto a su tratamiento, la nulidad absoluta, de la nulidad absoluta, que es, además, evidente y manifiesta.

En realidad, no pretendemos agotar, ni mucho menos hacer un análisis exhaustivo del tema de las nulidades del acto administrativo, sino tan solo hacer una breve referencia al mismo con miras a tener un marco teórico con el cual poder analizar, en el siguiente apartado, el acto administrativo que se pretende anular.

www.incopesca.go.cr/

Hecha la anterior aclaración, y previo a entrar a exponer lo que sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, ha expresado este Órgano Consultivo, nos referiremos al régimen de la nulidad absoluta y relativa en nuestro país.

Acerca de las clases de nulidades, establece la Ley General de la Administración Pública en sus artículos 165, 167 y 168 respectivamente:

"Artículo 166.- Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Artículo 167.- Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta.

Artículo 168.- En caso de duda sobre la existencia o calificación e importancia del vicio deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto."

De la relación de los anteriores artículos, concluyó el Lic. Ortiz Ortiz lo siguiente:

- 1. Hay nulidad absoluta cuando falte totalmente –desde un ángulo real o jurídico– un elemento del acto.*
- 2. Hay, a la inversa, nulidad relativa cuando algún elemento está sustancialmente viciado o es imperfecto.*
- 3. Habrá nulidad absoluta, en todo caso, si el mero defecto o vicio de un elemento existente es tan grave que impide la realización del fin del acto, como si faltara totalmente un elemento esencial de éste.*

En caso de duda, se debe estar por la solución más favorable a la conservación y eficacia del acto. (Nota: ORTÍZ ORTÍZ, Eduardo, "Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública (Costa Rica)" en Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1981, p 445.)

Entonces, habrá nulidad absoluta de un acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente, o cuando la imperfección de uno de esos elementos impida la realización del fin.

Ahora bien, cuando se está en presencia de una nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos, la Ley General no le otorga a la Administración el ejercicio de la potestad de autotutela, sino que ésta debe proceder a declarar la lesividad del acto, y solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa la declaración de nulidad. (Nota: La lesividad se encuentra regulada en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.)

Para hacer uso de la potestad de autotutela administrativa que le permite declarar la nulidad de un acto en vía administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, no basta que el acto se encuentre viciado de nulidad absoluta, sino que, además, ésta debe ser evidente y manifiesta. En otras palabras, es aquella que es clara y notoria, y que no requiere de una exhaustiva interpretación legal." (Dictamen C-126-2000 de 2 de junio del 2000)

Para efectos de evacuar la presente consulta, no interesa profundizar sobre el tema de las nulidades, sino determinar las vías procesales que tiene la Administración para modificar o eliminar de oficio los efectos jurídicos de un acto o contrato que contenga una nulidad.

III. Vías procesales para que la Administración declare de oficio nulidades

En principio, una vez que la Administración ha dictado un acto (o ha suscrito un contrato) declaratorio de derechos subjetivos, se encuentra obligada a respetar los derechos que de él se deriven. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha previsto posibilidades para que aquella, de oficio, pueda revertir los efectos de dicho acto.

www.incopesca.go.cr/

De acuerdo con la Ley General de la Administración Pública, en relación con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, son dos vías las que tiene la Administración para dejar sin efecto actos declaratorios de derechos cuando tengan un vicio de nulidad:

- 1. Si la nulidad es absoluta, evidente y manifiesta, debe seguirse el procedimiento establecido en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública; y*
- 2. Si la nulidad es absoluta o relativa, se debe hacer la declaración de lesividad del acto, con la consecuente interposición del proceso de lesividad, regulado, básicamente, por los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*

Lo anterior ha sido reafirmado en nuestra jurisprudencia administrativa. Por ejemplo, se ha señalado lo siguiente:

"En primer lugar, se ha hecho referencia al desarrollo jurisprudencial de la Sala Constitucional sobre el tema de la intangibilidad de los actos administrativos. Dicha Sala ha sido muy clara en definir que siempre que la Administración ha emitido un acto declaratorio de derechos –acto que puede estar plasmado en una acción de personal– la Administración no puede desconocer los efectos que ese acto genera sin que previamente se hubiesen seguido los procedimientos establecidos en los numerales 155 o 173 de la Ley General de la Administración Pública, o bien lo dispuesto en los numerales 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El procedimiento previsto en el artículo 155 será el 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 este en presencia de un acto dictado conforme al ordenamiento jurídico (Nota: En éste supuesto debe seguirse el procedimiento administrativo ordinario regulado en los numerales 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública).

Si, por el contrario, el acto contiene vicios que pueden producir la nulidad absoluta o relativa de éste, la Administración debe declarar la lesividad del acto y enviar el expediente a la Procuraduría General de la República (si es de los órganos que representa la Institución), a efecto de que se establezca el correspondiente proceso de lesividad ante los Tribunales Contencioso Administrativos (Nota: En estos casos no hay que seguir el procedimiento establecido en el artículo 308 y siguientes, en virtud de que será en la vía judicial en la que se determinará si existe nulidad del acto o no, garantizándosele al administrado oportunidad de defensa en dicha sede (en ese sentido puede consultarse Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 177 de las 9:05 horas del 11 de octubre de 1991).

En el supuesto de que la nulidad sea, además de absoluta, evidente y manifiesta, puede declararse en vía administrativa la nulidad, siempre que se siga lo que al efecto dispone el numeral 173 ya citado, y habiéndose realizado el respectivo procedimiento ordinario administrativo." (Dictámenes C-037-97 de 6 de marzo de 1997, C-226-97 de 1º de diciembre de 1997 y C-250-97 de 24 de diciembre de 1997)

También, el Tribunal Superior Contencioso Administrativo ha reconocido la posibilidad de aplicar lo preceptuado por los artículos 173 de la Ley General de la Administración Pública y 10 y 35 de la Ley Reguladora, en los siguientes términos:

"III.- Los actos administrativos cuentan con una presunción "iuris tantum" de legalidad, por lo que una vez que son tomados por la Administración y debidamente comunicados, se presume que son legítimos y eficaces, y por lo tanto, ejecutorios (artículos 146 y 147 de la Ley General de la Administración Pública). Esta presunción, opera en favor de la Administración, pero también puede beneficiar al administrado, ya que por

www.incopesca.go.cr/

aplicación de la doctrina de los actos propios, si la Administración considera que un acto suyo se encuentra viciado de nulidad, absoluta o relativa, no puede simplemente alegar esa invalidez para desconocerlo, desaplicarlo, derogarlo o dejarlo sin efecto, sino que debe necesariamente recurrir a los mecanismos establecidos por la ley para lograr su eliminación. En Costa Rica, existen tres posibilidades para que la Administración Pública elimine de la vida jurídica un acto administrativo generador de derechos subjetivos: 1) si se trata de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta, puede anularlo por sí misma, siguiendo de previo el trámite que marca el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública; 2.- si el vicio es una nulidad relativa o bien absoluta, pero en este último caso no evidente ni manifiesta, la Administración debe recurrir al proceso de lesividad, para pedir al Juzgado de lo Contencioso Administrativo que declare la nulidad del acto (artículos 10.4 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa); c.- si el acto es válido, pero inoportuno o inconveniente, se puede recurrir a la figura de la revocación, siguiendo el procedimiento que señalan los artículos 152 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública. La Sala Constitucional ha precisado que el principio de los actos propios tiene rango constitucional, para lo cual se ha basado principalmente en los artículos 11 y 34 de la Constitución Política, así:

"...II.- Sin entrar a pronunciarse sobre la cuestión de fondo, es decir, si la autorización dada en un inicio es nula o no, lo cierto es que la misma produjo derechos a favor del recurrente, permitiéndole trabajar como homeópata. Ante tal circunstancia, cobran vigencia las limitaciones impuestas al ente público con base en los principios recogidos, entre otros, en los artículos 11 y 34 de la Constitución Política en relación con la posibilidad de anular o revocar unilateralmente sus propios actos declarativos de derechos. Como lo ha sostenido la Sala en resoluciones anteriores, la doctrina de los actos propios, según la cual los entes públicos no pueden ir contra sus propios actos declarativos de derechos, salvo en casos extremos como los de revocación dentro de lo dispuesto en el artículo 155 y los de nulidad absoluta, evidente y manifiesta y previo dictamen vinculante, hoy de la Procuraduría General de la República, conforme lo dispone el artículo 173, ambos de la Ley General de la Administración Pública, la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos, estaba impedida para anular la autorización a favor del señor (...) y al hacerlo violó sus derechos constitucionales adquiridos. La nulidad tendría que plantearse ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante el correspondiente proceso de lesividad..." (Voto N° 1850-90 de 14 de diciembre de 1990).

"De estos documentos y de otros que constan en el expediente (ver por ejemplo folios 103 y 114) se desprende que la anulación del permiso de construcción no se fundamentó en algún vicio del acto, sino en el simple incumplimiento de las condiciones ya estipuladas.

III.- Para este último propósito, las municipalidades tienen entre sus facultades la de supervisar lo regulado en materia de construcciones, contando con la posibilidad de ejecutar medidas como las permitidas por los artículos 24, 88 o 96 de la Ley de Construcciones, referidos a multas e inclusive demolición de la obra. De este modo, la Municipalidad debió recurrir a estos mecanismos y no al de anulación del permiso, pues con ello ha incurrido en una lesión innecesaria al principio constitucional de la intangibilidad de los actos propios (artículo 34 constitucional), según el cual un acto declarativo de derechos, como lo es el otorgamiento de un permiso, no puede ser dejado sin efecto por propia mano, salvo en los casos de excepción que habilita el mismo ordenamiento jurídico, según procedimientos establecidos al efecto. Al respecto ya se ha indicado en la sentencia N° 2186-94 de las diecisiete horas tres minutos del cuatro de mayo de mil novecientos noventa y cuatro:

"... la Sala ha señalado con anterioridad (ver entre otras, las sentencias N° 2754-93 y N° 4596-93) que el principio de intangibilidad de los actos propios, que tiene rango constitucional en virtud de derivarse del artículo 34 de la Carta Política, obliga a la Administración a volver sobre sus propios actos en vía

www.incopesca.go.cr/

administrativa, únicamente bajo las excepciones permitidas en los artículos 155 y 173 de la Ley General de la Administración Pública. Para cualquier otro caso, debe el Estado acudir a la vía de la lesividad, ante el juez de lo contencioso administrativo. De este modo, al haber suprimido el Ministerio de Educación los sobresueldos de los recurrentes, violó el principio enunciado y sobre este punto, debe declararse con lugar el recurso" (...)" (Voto Nº 899-95 de 15 de febrero de 1995)

También debe indicarse, que si se trata de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto administrativo, la Administración, de previo a declararla, debe seguir el procedimiento administrativo ordinario que establece los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, concediéndole amplia participación y defensa al administrado que deriva derechos subjetivos del acto que se pretende anular. Una vez concluido el procedimiento administrativo, el órgano director devuelve el expediente al jerarca, quien, de previo a tomar la decisión final, debe remitirlo a la Procuraduría o a la Contraloría, según corresponda, a efecto de que se rinda el pronunciamiento que requiere la Ley." (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Resolución Nº 251-2000 de 16 horas del 4 de setiembre del 2000)

Este tema ha sido exhaustivamente desarrollado por la Sala Constitucional, pero, como en las citas previas ya se hizo referencia a ella, se consideró conveniente, transcribir la siguiente resolución de la Sala Primera:

"Así, la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, puede declararse de oficio en sede administrativa, de conformidad con el procedimiento que contempla el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. La nulidad absoluta, no evidente y manifiesta, y la nulidad relativa, debe declararse por medio del proceso jurisdiccional de lesividad, nunca de oficio en sede administrativa. En ese sentido, el artículo 183, párrafo 3, de la misma ley.

V.- En cualquier caso, mientras la nulidad del acto no sea decretada, la disposición mantiene sus efectos, de acuerdo con las reglas de la eficacia de los actos administrativos. Asimismo, si la nulidad es declarada sin observar las reglas de rigor, los efectos del acto igual se mantienen. Decretada la nulidad correctamente, los efectos de la declaratoria serán distintos si se trata de nulidad absoluta o nulidad relativa. En el primer caso, de acuerdo con el artículo 171 de la Ley General de la Administración Pública, la declaración tendrá efecto puramente declarativo y retroactivo a la fecha en que el acto fue dictado. En el segundo caso, como regla básica se establece que la declaración tendrá efectos sólo para futuro; así lo indica el artículo 178 de dicha ley. (...)

No obstante ello, tan solo en gracia de ilustración, hipotizando que la Administración hubiere declarado la nulidad de los citados decretos, en vez de su simple derogatoria, tal declaratoria resultaría viciada de nulidad absoluta, pues el inciso 5 del precitado artículo dispone que: "La anulación administrativa de un acto contra lo dispuesto en este artículo, sea por omisión de las formalidades previstas, o por no ser absoluta, evidente y manifiesta la nulidad, será absolutamente nula". Al no resultar aplicable en el caso el artículo 226 de la Ley General de la Administración Pública, por no concurrir causas de excepcional urgencia, si la Administración deseaba declarar la nulidad del aludido decreto, debió previamente contar con el dictamen favorable de la Procuraduría General de la República y, además, tal declaratoria debió hacerla el Consejo de Gobierno y no el Poder Ejecutivo. Si no se cumplían dichos requisitos resultaba obligado el trámite del contencioso de lesividad, puesto que el artículo 183.3 de la Ley General de la Administración Pública establece que: "fuera de los casos previstos en el artículo 173, la Administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos en favor del administrado y para obtener su eliminación deberá recurrir al contencioso de lesividad previsto en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-

www.incopesca.go.cr/

Administrativa." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N°196 de 14:50 horas del 6 de noviembre de 1991)

Otra posibilidad se encuentra contemplada en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, específicamente, en su artículo 28, que a la letra indica:

"Dentro del ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República, **de oficio** o por reclamo del titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, **podrá declarar la nulidad absoluta** que advierta en los actos o **contratos administrativos** de los sujetos pasivos; **todo sin perjuicio de las obligaciones que, conforme a la Ley General de la Administración Pública y a la Ley de la Administración Financiera de la República, correspondan a la administración activa.**"

Según se desprende de la lectura del citado numeral, la Contraloría General de la República tiene competencia para anular, aún de oficio, los actos o contratos administrativos, constituyéndose ésta en otra modalidad de la auto tutela administrativa.

De esta forma, podemos concluir en este acápite que hay un reconocimiento generalizado de la posibilidad que tiene la Administración para utilizar los mecanismos que le faculta el ordenamiento jurídico a fin de modificar actos o contratos, que han generado derechos subjetivos, ya sea, declarando la nulidad por sí misma, en el supuesto de que ésta sea evidente o manifiesta, o bien, declarando la lesividad y acudiendo al proceso de lesividad, a fin de que el Juez sea el que declare la nulidad o anulabilidad del acto o contrato.

III. **En particular sobre la lesividad**

Interesa, específicamente, la figura de la lesividad, para efectos de la presente consulta.

Tal y como se indicó al inicio, en el caso de la lesividad, por tratarse de un proceso jurisdiccional, es importante retomar lo que nuestros Tribunales de Justicia han establecido al respecto:

"Pasando por alto la relativa informalidad del recurso, valga señalar que el proceso de lesividad, normado en aquella Ley (Arts. 10, párrafo 4, y 35), posee rasgos característicos que lo diferencian del proceso ordinario y de los especiales. En el de lesividad es la propia Administración, autora del acto administrativo declaratorio de derechos, la que ocupa el rol de accionante. Este proceso es, de consiguiente, el medio arbitrado por la ley para que la Administración pueda lograr la nulidad de esos actos cuando estos resulten lesivos a los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza, lesividad que, valga acotarlo, debe ser previamente declarada en vía administrativa para legitimar la acción judicial. Esa particularidad de que sea la Administración quien acciona contra sus propios actos, determina algunas especificidades de este proceso frente a los ordinarios o frente a los especiales. En lo que aquí interesa, por lo que dice a su génesis, al paso que los ordinarios y especiales se inician por un escrito del actor reducido a indicar el acto o disposición por razón del cual se reclama y a solicitar que se tenga por interpuesto el proceso, de aquí el nombre de "escrito de interposición", en el de lesividad, para el mismo propósito, se requiere de una demanda, con todas las formalidades que le son propias, o sea identificación de partes, relación fáctica, sustento jurídico y petitoria, que dado el principal objeto de esta acción necesariamente debe incluir una pretensión de nulidad del acto lesivo. (Arts. 36.4 y 46 ibídem)." (Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 28 de las 14:30 horas del 18 de abril de 1997)

"Por último, por medio del llamado proceso contencioso de lesividad, la Administración puede impugnar un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo, cuando se considere lesivo a los intereses públicos, según resolución fundada del órgano superior jerárquico de la administración que lo dictó." (Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 134 de las 14:35 horas del 23 de setiembre de 1992, reiterada por la N° 17 de 16:00 horas del 13 de febrero de 1998 y la N° 56 de 14:40 horas del 29 de mayo de 1998)

www.incopesca.go.cr/

"V.- Alega además el señor XXX, que previo al dictado del acto que declara la lesividad, la Administración debió haberle otorgado su derecho a alegar sobre lo actuado, de acuerdo con el artículo 217 de la Ley General de la Administración Pública, y a la audiencia y comparecencia prescritas por los artículos 218 y 219 *ibidem*. Al no hacerlo, estima, le vedó su posibilidad de defensa, lo cual entraña vicio de nulidad absoluta. Como esa nulidad no fue declarada por el Tribunal Superior, en criterio del casacionista, han sido violados los relacionados artículos. Sostiene lo anterior, con base en lo estatuido por el artículo 308 de la citada Ley, pues, según aduce, éste "establece que siempre que el acto administrativo final pueda causar grave daño al administrado (por ejemplo dejando sin efecto o anulando derechos de los que estaba disfrutando), se debe seguir el procedimiento ordinario". En relación, precisa considerar que los primeros tres artículos mencionados, constituyen disposiciones generales del procedimiento administrativo. Y, si se enlazan con el canon 308 *ibidem*, como lo propugna el recurrente, deberían ser observados dentro del procedimiento ordinario, cuando se ventilare un acto administrativo final, capaz de causar perjuicio grave al administrado. **Al respecto, se impone tomar en cuenta, primeramente, el carácter excepcional del proceso de lesividad, pues se erige, como salvedad de principios importantes como el referente a la irrevocabilidad de los actos administrativos declaratorios de derechos respecto de los cuales debe la Administración guardar una vinculación invariable.** (El de actuar por sí mismo las pretensiones, es otro). De tal manera concebido, resulta que su alcance es mucho más restringido que el de las otras acciones contenciosas, pues a través de él, sólo se pueden impugnar actos generadores de derechos, irrevocables en sede administrativa. Como garantía para el administrado titular de esos derechos, se establece que los actos impugnados persistirán entretanto no sean dejados sin efecto, en vía judicial, a raíz de juicio promovido por la misma Administración que los acordó. Sea que, dentro de tal proceso, figura como demandante en procura de la nulidad del acto declarativo de derechos, aquél que los dictó. **Las enunciadas peculiaridades le confieren al de lesividad, el carácter de proceso administrativo especial, el cual, por ende, requiere de una regulación particular.** De otra forma, podría verse desvirtuado en su misma esencia. Así lo ha entendido nuestro legislador, por lo que lo ha consagrado como uno de los procesos especiales que contempla la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre los cuales cabe citar los referentes a materia tributaria o impositiva, materia Municipal y separación de Directores de entidades descentralizadas. El proceso de lesividad, concretamente, está regulado por disposiciones especiales contenidas en los artículos 10.4, 11.1b, 12.2, 35.1, 35.2, 36.4, 44.1 y 44.2 de la susodicha Ley Reguladora. De conformidad con lo expuesto, el proceso de mérito ha de regirse por esas disposiciones y sólo supletoriamente, en lo no previsto por ellas, por las del procedimiento administrativo general. No procede entonces, aplicar las normas propugnadas por el recurrente.

VI.- Por otra parte, lo argüido por el casacionista invocando lo dispuesto por el artículo 302 de la Ley General de la Administración Pública, tampoco es de recibo. **La declaración de lesividad no constituye acto final que imponga obligaciones, deje sin efecto o suprima derechos subjetivos,** como él lo entiende. Configura, por el contrario, un paso previo, **dentro de lo que podría denominarse primera etapa del proceso de revisión respectivo la cual, a diferencia de la segunda que es la judicial (donde se declara o se rechaza la nulidad), es informal y exenta de tramitaciones procedimentales.** Es en esa primera fase donde se deduce la concurrencia de supuestos, que culmina con la declaración de comentario, para acceder así a la segunda a saber, la judicial o formal. En consecuencia, **tal declaración, lejos de representar un acto final, constituye más bien un presupuesto procesal, pues su función es la de abrir la puerta de entrada que conduce al trámite jurisdiccional.** Si de acuerdo con el artículo 10.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la declaración debe hacerse mediante resolución fundada, ello no desvirtúa lo dicho en cuanto

www.incopesca.go.cr/

al carácter informal de la primera etapa a que pertenece. 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). El tratadista español Jesús González Pérez, sobre el tema en referencia, expresa: "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).

*VII.- Reiterando su tesis referente a la nulidad de la declaratoria de lesividad, en esta oportunidad -según aduce- por carecer de motivo, el accionado imputa quebranto de los artículos 133, 158, 166, 169, 214 y 221 de la Ley General de Administración Pública y 10 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Al respecto manifiesta lo siguiente: "...al ser absolutamente nulo, por falta de motivo, el acto administrativo que declaró la lesividad de la exoneración de derechos de importación que le fue concedida a mi mandante, el Estado no está legitimado para ejercitar la acción de lesividad que ha ejercitado en este juicio, ya que no es válido su indispensable precedente, sea la declaración administrativa de lesividad." Lo transcrito pone de manifiesto la confusión en que se incurre en el recurso, entre un acto administrativo común u ordinario, previsto y regulado por la legislación general y otro de naturaleza especial, cual es el que en autos interesa. La declaración de comentario, si bien constituye acto administrativo al haber sido dictado por un ente del Estado en el ejercicio de sus funciones como tal, reviste sin embargo, como se ha visto, características particulares que determinan su naturaleza especial. Una de ellas es precisamente su linaje discrecional o voluntario, de efectos eminentemente procesales, **pues configura nada más que un paso necesario para interponer el juicio contencioso-administrativo. En consecuencia, como presupuesto procesal que es, pues opera como antecedente necesario de la pretensión de lesividad, no es susceptible de impugnación directa en sede judicial.** Con arreglo a su naturaleza particular comentada, la declaración en referencia no entraña en realidad una resolución, razón por la cual se ha considerado en el campo de la doctrina, que no es necesaria su notificación. Siendo así, y estando regida por disposiciones que responden a su propia índole, no le son aplicables las normas cuya infracción se aduce, relativas todas al acto administrativo común y ordinario, excepto la contenida en el canon 10 de la Ley Reguladora, la cual tampoco ha sido violada, pues tratándose de un precepto especial, éste fue cumplido a cabalidad por el Tribunal Superior, el cual le ha dado precisamente el tratamiento apropiado a la figura." (Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Nº 177 de las 9:05 horas del 11 de octubre de 1991)*

De lo expuesto queda claro que, conforme con la jurisprudencia citada, el proceso de lesividad está concebido como un proceso de carácter especial, con trámite y características propios, que lo diferencian de otros. Además, es importante resaltar que la declaratoria de lesividad por parte de la Administración, no es más que un trámite procesal, que no afecta el acto o contrato cuya nulidad se pretende. Será el Juez, quien con los elementos que se hagan llegar al juicio, el que determine si el acto se encuentra viciado o no.

Tómese en cuenta, además, que en estos casos, la competencia para declarar la lesividad se le otorga a la Administración autora del acto declaratorio de derechos, salvo cuando se pretenda declarar la lesividad de un acto de un departamento ministerial distinto, en cuyo caso el competente es el Consejo de Gobierno

www.incopesca.go.cr/

(artículo 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación con el artículo 29 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública).

No está previsto, a diferencia del caso de la declaratoria de nulidad en vía administrativa, que la Contraloría General de la República pueda declarar la lesividad de actos de la Administración sujeta a su control, aunque, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3º de su Ley Orgánica, podría participar, en el respectivo proceso judicial, como "amicus curie" o coadyuvante, cuando se encuentren involucrados la Hacienda Pública, fondos privados sujetos a control y a fiscalización del órgano contralor, o como parte principal, cuando el asunto verse sobre actos o dictámenes de ésta o sobre actos de la administración activa ordenados o recomendados por ella.

IV. En particular sobre el plazo para declarar la lesividad

Los artículos 10.4 y 35.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, son los que regulan aspectos relativos a la lesividad que interesan específicamente para este caso. Disponen al respecto, por su orden, lo siguiente:

"4. La Administración podrá accionar contra un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo, cuando el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo dictó, haya declarado en resolución fundada, que es lesivo a los intereses públicos que ella representa."

*"1. Cuando la propia Administración de algún acto declarativo de derechos pretendiere demandar su anulación ante la Jurisdicción contencioso – administrativa, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza, **en el plazo de cuatro años, a contar de la fecha en que hubiere sido dictado.**"*

De conformidad con la normativa anteriormente citada, en particular, el artículo 35.1, el plazo que tiene la Administración para declarar lesivo un acto es de cuatro años.

Una vez declarado lesivo el acto dentro del plazo señalado, la Administración cuenta con dos meses para interponer el juicio de lesividad. Lo anterior se indica con fundamento en lo dispuesto en el artículo 37.3, que a la letra estipula:

"3. El plazo para que la Administración utilice el proceso de lesividad, será también de dos meses a partir del día siguiente a aquél en que lo impugnado se declare lesivo a los intereses públicos."

Sobre este aspecto, se ha señalado por parte del Tribunal Contencioso Administrativo lo siguiente:

*"IV.- Como se expresó anteriormente, en los casos en que el acto padezca una nulidad **la Administración puede acudir, dentro del plazo de cuatro años contados a partir de la fecha en que se hubiere dictado el acto, al proceso de lesividad** que contemplan los artículos 10.4 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que en sede contencioso administrativa, el juez determine si el acto es nulo o no, y de ser así, si la nulidad es absoluta o relativa. Como acto previo a acudir a la vía judicial, necesita declarar que el acto es lesivo a los intereses públicos que ella representa. **Pero también, ha de tomarse en cuenta, que conforme al artículo 37.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la acción de lesividad está sujeta a un plazo de caducidad**, ya que dicha normativa expresa claramente: "El plazo para que la administración utilice el proceso de lesividad, será también de dos meses a partir del día siguiente a aquél en que lo impugnado se declare lesivo a los intereses públicos". (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Resolución Nº 251-2000 de 16 horas del 4 de setiembre del 2000)*

De acuerdo con las normas supra citadas, la Administración tiene cuatro años para declarar lesivo el acto, y dos meses, a partir de ese momento, para interponer el respectivo proceso judicial.

www.incopesca.go.cr/

Ahora bien, lo anterior es necesario relacionarlo, a efecto de determinar si existe modificación de los plazos anteriormente citados, con el artículo 21 de ese mismo cuerpo normativo.

V. Interpretación del artículo 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Dispone el citado numeral:

"Artículo 21.- 1. No se admitirá la acción contencioso– administrativa respecto de:

- a. Los actos consentidos expresamente o por no haber sido recurridos en tiempo y forma, los que sean reproducción de otros anteriores ya definitivos o firmes, y los confirmatorios de los consentidos; y
- b. Las resoluciones que pongan término a la vía administrativa como previa a la judicial.

2. En todo caso, se admitirá la impugnación contra los actos a que se refiere el inciso a) del párrafo anterior, cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efectos; pero ello únicamente para fines de su anulación e inaplicabilidad futura."

La fórmula de interpretación de este numeral no ha sido pacífica. El jurista Eduardo Ortíz Ortíz lo explica en los siguientes términos:

"Claramente se desprenden de tal norma tres disposiciones a saber:

1) El acto nulo no deviene en consentido ni firme por la caducidad de los recursos administrativos disponibles en su contra, pues pese a ella, puede ser impugnado en la vía contenciosa únicamente para efectos de su anulación;

2) el acto nulo no impugnado mediante los recursos administrativos pertinentes deja de ser impugnable para efectos de cobrar sobre su base, los daños y perjuicios que haya generado. Al limitar la norma su alcance permiso a los 'fines de su anulación e inaplicabilidad futura', está excluyendo claramente la impugnación a los fines de restitución de las situaciones jurídicas individuales tutelables con el contencioso de derechos o de plena jurisdicción;

3) el acto anulable o relativamente nulo, que es ya consentido y firme según el mismo art. 21.2 por la no interposición en tiempo y forma de los recursos disponibles en su contra, es, por mayoría de razón, no impugnable en la vía contenciosa para ningún efecto, ni para su anulación ni para el cobro de las responsabilidades civiles a cargo de la Administración que haya podido generar.

¿Qué relación guarda dicha norma con el art. 175 de la LGAP?

Son posibles dos interpretaciones, a saber:

1) El art. 175, posterior y específico para el régimen de nulidades absolutas, deroga el art. 21.2 de la LRJCA, en cuanto éste se refiere a la nulidad de pleno derecho (que es lo mismo). Hay una clara contradicción entre ambas normas: mientras esta última hace perpetua la acción de nulidad contra tal tipo de actos, pues no fija límite temporal a su ejercicio, la primera le impone una duración de cuatro años, mientras que el art. 21.2 implícita pero claramente excluye la acción de responsabilidad o de plena jurisdicción contra el acto nulo, por el hecho de no haber sido impugnado oportunamente en la vía administrativa, el art. 175 nada dice al respecto, no introduce distinción alguna en punto al tipo de acción o pretensión deducible contra el acto en tal condición y al omitirlo, permite por igual, dentro del plazo cuatrienal que fija, ambos tipos de contencioso, el de anulación y el de reparación. O bien:

2) El art. 175 reforma, pero no deroga, el art. 21.1 que queda vigente en cuanto implícitamente prohíbe acciones contra el acto anulable (o relativamente nulo) para obtener la restitución e indemnización del derecho subjetivo (o en su caso, del interés legítimo) violado por el acto. El art. 175 complementa, pero lo reforma, en lo que toca a la nulidad absoluta.

No creemos compartir esta última posición. La materia propia del art. 21.2 de la LRJCA expresamente regulada por ella, es la impugnación de los actos nulos de pleno derecho, no recurribles en vía administrativa,

www.incopesca.go.cr/

por caducidad de los recursos procedentes. La regla concerniente a la nulidad relativa es implícita e inferible del texto escrito del que depende. Si éste es derogado, cae con él la implicación. Y es precisamente la norma expresa la que ha sido derogada en aspectos sustanciales, pues como se apuntó en la primera interpretación propuesta, la materia es la misma en ambas disposiciones, pero diferente el régimen de la nulidad absoluta que cada una crea. Es el art. 175 el que regula: la nulidad absoluta es accionable para todo efecto, sin distinción de pretensiones ni de acciones, pero sólo dentro de los términos cuatrienales explicados, expirados los cuales deviene no accionable, también para todo efecto." (Ortíz Ortíz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Stradmann, S.A., San José, 2000, págs. 533 a 535)

Si bien la tesis del jurista Ortíz Ortíz en cuanto a la existencia de un doble plazo de cuatro años no ha tenido eco en la jurisprudencia, él puntualiza apropiadamente el problema que plantea la interpretación del artículo 21 de la Ley Reguladora, en relación con el 175 de la Ley General.

La solución que ha dado la jurisprudencia emitida en la vía contencioso administrativa es la siguiente:

*"Cabe considerar el tema central de los agravios fundamentados en la doctrina del acto consentido. Los actos absolutamente nulos no se convalidan ni por el tiempo ni por acto jurídico. La nulidad puede ser pedida y declarada en cualquier tiempo y no puede ser saneada por ratificación ni por otro medio, contrario a la anulabilidad. El acto absolutamente nulo no produce efectos. Al respecto la Sala se ha pronunciado en muchas ocasiones indicando que aun en el evento de estar frente a un acto consentido, la acción es admisible al tenor de los artículo 21.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y el 175 de la Ley General de la Administración Pública, por tratarse de una nulidad absoluta. **Se establece un plazo de 4 años para impugnar en vía administrativa o judicial el acto absolutamente nulo, sin poder aplicar los plazos normales de caducidad sea de 2 meses y un año al tenor del artículo 37 del mismo cuerpo legal.** (Ver sentencias de esta Sala números 124 de las 15 horas del 3 de octubre y 124 de las 14 horas 30 minutos del 25 de abril ambas de 1990, 68 de las 15 horas 30 minutos del 27 de octubre de 1993 y 31 de las 14 horas 25 minutos del 27 de marzo de 1996)." (Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 17 de 16:00 horas del 13 de febrero de 1998)*

De conformidad con esta línea jurisprudencial citada, los plazos de caducidad establecidos en el artículo 37 de dos meses y un año no resultan aplicables cuando el acto contenga una nulidad absoluta, sino que el plazo que prevalece es el de los cuatro años que contempla el artículo 175 de la Ley General de la Administración Pública. Así, el administrado tendrá cuatro años para plantear una acción contenciosa administrativa tendente a declarar la nulidad de un acto administrativo.

Si bien la jurisprudencia de cita ha sido clara en ese tema, el problema se plantea a partir del siguiente antecedente de la Sala Constitucional, en el que, analizando el artículo 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones, indicó:

"I.- Preliminarmente es preciso aclarar que es la Juez de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda quien, en ejercicio de su función jurisdiccional, debe determinar si la norma aplicable en el Proceso Ordinario sometido a su conocimiento, en el cual Hellen Yang Chiu pretende la anulación del acto dictado por el Tribunal Supremo de Elecciones que cancela su naturalización como costarricense, es el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública o bien el numeral 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones. En consonancia con el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la consulta es admisible en tanto la Juez expone fundadas dudas sobre la constitucionalidad de esa última norma.

II.- El artículo 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones N°1155 de 29 de abril de 1950, establece: (...)

La primera cuestión planteada es si la norma infringe el principio de intangibilidad de los actos propios, consagrado en el artículo 34 constitucional, porque permite anular una acto declarativo de derechos en sede

www.incopesca.go.cr/

administrativa sin las garantías establecidas en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. El segundo motivo de la consulta es si el hecho de que la Administración pueda anular la naturalización "en cualquier momento", infringe o no los principios de seguridad jurídica, logicidad (sic) y proporcionalidad.

*III.- Sobre la infracción al artículo 34 de la Constitución Política. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que del artículo 34 de la Carta Fundamental se deriva el principio de "intangibilidad de los actos propios" según el cual, a la Administración le está vedado suprimir por su propia mano aquellos actos que confieran derechos subjetivos a los particulares, salvo que se trate de las excepciones permitidas en los artículos 155 y 173 de la Ley General de la Administración Pública. En cualquier otro caso, debe el Estado acudir a la vía de la lesividad, ante el juez de lo contencioso administrativo (ver entre otras las sentencias N°2754-93, N°4596-93, N° 02186-94 y N°00899-95). Sin embargo, a juicio de la mayoría de este Tribunal, no resulta inconstitucional que el legislador establezca un procedimiento especial para la anulación de la naturalización **fraudulentamente obtenida**, diferente al previsto por el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, siempre y cuando éste satisfaga las exigencias del debido proceso. El procedimiento objeto de análisis respeta los elementos básicos constitutivos del debido proceso constitucional en sede administrativa, señalados por este Tribunal a partir del voto N° 15-90 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990, que en lo que interesa dispuso:*

"... el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de 'bilateralidad de la audiencia' del 'debido proceso legal' o 'principio de contradicción' (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada." "... el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa..."

Nótese que el artículo 18 de La Ley de Opciones y Naturalizaciones impone la realización de una información ante el Registro Civil, en la que se debe dar audiencia al interesado acerca de los hechos en que se fundamenta la gestión; estatuye que las razones en que se basa la solicitud de anulación deben ser comprobadas, de manera que necesariamente las partes deben aportar pruebas para demostrar su posición, que serán valoradas por la autoridad administrativa antes de dictar el acto final. Finalmente, el interesado puede ejercer los demás derechos que le confiere el debido proceso, como hacer alegaciones, formular conclusiones y recurrir ante el Tribunal Supremo de Elecciones, y luego combatir lo resuelto por el Tribunal instaurando un proceso contencioso administrativo. Respecto a las situaciones no contempladas específicamente en el artículo 18 son aplicables los principios del debido proceso extraíbles de la Ley General de la Administración Pública y señalados por esta Sala en su jurisprudencia y si el afectado considera que se ha infringido su derecho al debido proceso, puede acudir en tutela de sus derechos a la justicia. En suma el artículo 18 permite que la Administración le confiera al particular las garantías del debido proceso y el análisis del caso concreto

www.incopesca.go.cr/

le corresponde al Juez Contencioso Administrativo o eventualmente al Juez de Amparo, pero no es materia que pueda ser analizada en esta vía.

*IV.- La norma en estudio establece que la naturalización fraudulentamente obtenida puede ser anulada en cualquier momento por la Administración, lo cual tampoco infringe los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y logicidad (sic) constitucionales. El trato diferente que el legislador previó para un caso excepcional como el de estudio, es razonable por estar involucrada la intención de actuar fraudulentamente contra el Estado, recurriendo al engaño para adquirir una condición que sólo podría obtenerse de esa forma. No puede perderse de vista la importancia constitucional que reviste la regulación sobre la nacionalidad, que se refleja en las normas del Título II, relativo a "Los Costarricenses", analizado profusamente por esta Sala en las sentencias N°6780-94 de las 15:09 horas del 22 de noviembre de 1994, 1633-96 de las 15:54 horas del 10 de abril de 1996 y 5085-97 de las 11:30 horas del 29 de agosto de 1997. La nacionalidad consiste en el vínculo jurídico que conecta o relaciona a una persona con la sociedad civil, sea la nación o pueblo, que se adquiere por nacimiento o por naturalización. La calidad de nacional, que resulta del nacimiento o de otros hechos o actos jurídicos (opción o naturalización) presupone una serie de derechos y obligaciones de su titular, por lo que se reitera, es el vínculo jurídico y político que une a la persona con un determinado Estado. La naturalización, que es lo que aquí interesa, constituye una forma de adquirir una nueva nacionalidad con posterioridad a la que se tiene y es regulada expresamente en los artículos 14 y 15 de la Constitución Política, que delega al legislador la tarea de establecer otros requisitos para acceder a tal condición. El otorgamiento de la carta de naturalización por parte del Estado, constituye un acto declarativo de derechos, en virtud del cual la persona a la que se le otorga la nacionalidad costarricense, es sujeto de derechos y obligaciones -es de relevancia la adquisición de derechos políticos, que pueden ser ejercidos por quien adquiera la nacionalidad costarricense por naturalización con ciertas restricciones establecidas en la propia Carta Fundamental-. A juicio de este Tribunal, es con vista en las anteriores consideraciones que resulta razonable, y acorde con el Derecho de la Constitución, el artículo 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones en tanto permite que la carta de naturalización fraudulentamente obtenida sea anulada "en cualquier momento" dada la importancia jurídica y política que tiene este especial vínculo entre el Estado y la persona: La nacionalidad. **En todo caso, no puede obviarse que el numeral 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que recoge una arraigada posición doctrinal de Derecho Administrativo, permite la impugnación en la vía contencioso administrativa, sin plazo alguno, de los actos consentidos expresamente o por no haber sido recurridos en tiempo y forma, los que sean reproducción de otros anteriores ya definitivos o firmes y los confirmatorios de los consentidos, cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efectos, pero ello únicamente para efectos de declarar su anulación e inaplicabilidad futura. De manera que según nuestra legislación procesal administrativa, los actos absolutamente nulos, dictados con violación a la ley, no son convalidables y pueden ser impugnados en cualquier momento, si se dan los supuestos consignados en la norma citada, y con los efectos que ésta establece. De forma que la disposición del artículo 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones que establece la posibilidad de impugnar, en cualquier momento, un acto administrativo absolutamente nulo y que esté surtiendo efectos no es una exclusividad en nuestro ordenamiento jurídico.***

*V.- **Conclusión.** Se evacua la consulta formulada en el sentido de que el artículo 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones N°1155 de 29 de abril de 1950 no infringe los artículos 34, 39 y 41 de la Constitución Política, ni los principios constitucionales de seguridad jurídica, proporcionalidad, razonabilidad y logicidad. EL Magistrado Murillo Arias salva el voto y evacua la consulta en el sentido de que sí es inconstitucional la norma en cuestión." (Resolución N° 2000-2993 del 12 de abril del 2000)*

www.incopesca.go.cr/

De la resolución supra transcrita pueden extraerse dos elementos:

En primer término, una legislación específica puede establecer un plazo distinto al estipulado en la Ley General para declarar una nulidad, o bien, puede establecer la inexistencia del plazo, sin que ello constituya una violación constitucional.

Pero, por otra parte, en la citada resolución (vinculante erga omnes a tenor de lo preceptuado por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) se hace referencia al artículo 21, citándolo como ejemplo, pero interpretándolo de una manera distinta y contradictoria, con la interpretación contenida en la jurisprudencia supra indicada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Como esa resolución de la Sala Constitucional es del año dos mil, no se ha encontrado jurisprudencia de la Sala Primera, en la que, conociendo de la posición asumida por la Sala Constitucional, se haya pronunciado sobre el tema. Por lo tanto habrá que esperar a ver qué resuelve la Sala Primera al respecto.

Consecuencia de lo anterior, es posible establecer que no existe, en este momento, a nivel jurisprudencial, claridad sobre el tema.

Ahora bien, a pesar de que, tal y como se indicó al inicio, la interpretación de los alcances del artículo 21 corresponde exclusivamente a nuestros Tribunales de Justicia y no a esta Procuraduría, únicamente con el ánimo de orientar a la Administración en la decisión que ésta debe tomar, se hace necesario plantear lo siguiente:

Podría cuestionarse, por las razones que a continuación se citarán, el que la Administración, dentro de un proceso de lesividad pueda solicitar la aplicación del artículo 21 de la Ley Reguladora.”

Finalmente a mayor abundancia, mencionamos la resolución 2003-04369 .SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas con treinta minutos del veintitrés de mayo del dos mil tres. La cual en lo que nos interesa manifiesta que:

“La anulación o revisión de oficio de los actos administrativos favorables o declaratorios de derechos para el administrado. Esta posibilidad que tienen las administraciones públicas y sus órganos constituye una excepción calificada a la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado o del principio de intangibilidad de los actos propios, al que esta Sala especializada le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (Ver sentencias Nos. 2186-94 de las 17:03 hrs. del 4 de mayo de 1994 y 899-95 de las 17:18 hrs. del 15 de febrero de 1995)-. La regla general es que la administración pública respectiva no puede anular un acto declaratorio de derechos para el administrado, siendo las excepciones la anulación o revisión de oficio y la revocación. Para ese efecto, la administración pública, como principio general, debe acudir, en calidad de parte actora y previa declaratoria de lesividad del acto a los intereses públicos, económicos o de otra índole, al proceso de lesividad (artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una garantía para los administrados. Sobre este particular, este Tribunal Constitucional en el Voto No. 897-98 del 11 de febrero de 1998 señaló que —... a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido confiriendo derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos, con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración, al emitir un acto y con posterioridad al emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido, sea por error o por cualquier otro motivo. Ello implica que la única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso de jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado, o bien, en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía

www.incopesca.go.cr/

*administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República (como una garantía más a favor del administrado) y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, si la Administración ha inobservado las reglas de estos procedimientos, o bien, las ha omitido del todo o en parte... el principio de los actos propios determina como efecto de dicha irregularidad la invalidez del acto.]]. A tenor del numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, un ente u órgano público bien puede anular en vía administrativa un acto declaratorio de derechos para el administrado pero lesivo para los intereses públicos o patrimoniales de la primera, sin necesidad de recurrir al proceso contencioso administrativo de lesividad normado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (proceso en el cual la parte actora es una administración pública que impugna un acto propio favorable para el administrado pero lesivo para ella) cuando el mismo este viciado de una nulidad absoluta evidente y manifiesta. La nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser dictaminada, previa y favorablemente, por la Procuraduría o la Contraloría Generales de la República —acto preparatorio del acto anulatorio final—. Le corresponderá a la Contraloría cuando la nulidad verse sobre actos administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa (Hacienda Pública). Ese dictamen es indispensable, a tal punto que esta Sala en el Voto No. 1563-91 de las 15 hrs. del 14 de agosto de 1991 estimó que —... Es evidente, entonces, que a partir de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la competencia de anular en sede administrativa solamente puede ser admitida si se cumple con el deber de allegar un criterio experto y externo al órgano que va a dictar el acto final.]]. Se trata de un dictamen de carácter vinculante —del que no puede apartarse el órgano o ente consultante—, puesto que, el ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que es de acatamiento obligatorio, a través del cual se ejerce una suerte de control previo o preventivo de legalidad, en cuanto debe anteceder el acto final del procedimiento ordinario incoado para decretar la anulación oficiosa, que no riñe con ninguno de los grados de autonomía administrativa, por ser manifestación específica de la potestad de control inherente a la dirección intersubjetiva o tutela administrativa. Resulta lógico que tal dictamen debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la administración consultante, y sobre todo que constate, positivamente, la gravedad y entidad de los vicios que justifican el ejercicio de la potestad de revisión o anulación oficiosa. La Administración pública respectiva está inhibida por el ordenamiento infra constitucional de determinar cuándo hay una nulidad evidente y manifiesta, puesto que, ese extremo le está reservado al órgano técnico-jurídico y consultivo denominado Procuraduría General de la República, como órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia. En los supuestos en que el dictamen debe ser vertido por la Contraloría General de la República, también, tiene naturaleza vinculante en virtud de lo dispuesto en artículo 4°, párrafo in fine, de su Ley Orgánica No. 7428 del 7 de septiembre de 1994. **IV.- La nulidad evidente y manifiesta como presupuesto que habilita a las administraciones públicas para ejercer su potestad de anulación oficiosa de actos administrativos favorables para el administrado.** No cualquier grado de invalidez o nulidad autoriza a un ente u órgano público para decretar la anulación oficiosa de un acto administrativo declaratorio de derechos para un administrado, dado que, el ordenamiento jurídico administrativo exige que concurren ciertas características o connotaciones específicas y agravadas que la califiquen. La nulidad que justifica la revisión de oficio debe tener tal trascendencia y magnitud que debe ser, a tenor de lo establecido en el numeral 173, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, —evidente y manifiesta]]. Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o lógico de verificación para descubrirlo, precisamente, por su*

www.incopesca.go.cr/

índole grosera y grave. En tal sentido, basta confrontar el acto administrativo con la norma legal o reglamentaria que le dan cobertura para arribar a tal conclusión, sin necesidad de hermenéutica o exégesis ninguna. Es menester agregar que el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública no crea una suerte de bipartición de las nulidades absolutas, siendo algunas de ellas simples y otras evidentes y manifiestas, sino lo que trata de propiciar es que en el supuesto de las segundas sea innecesario o prescindible el análisis profundo y experto del juez contencioso-administrativo para facilitar su revisión en vía administrativa. **V.- La necesidad de incoar un procedimiento administrativo ordinario para la revisión o anulación de oficio de los actos administrativos favorables para el administrado.** La administración pública respectiva —autora del acto que se pretende anular o revisar—, de previo a la declaratoria de nulidad, debe abrir un procedimiento administrativo ordinario en el que se deben observar los principios y las garantías del debido proceso y de la defensa (artículo 173, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública), la justificación de observar ese procedimiento está en que el acto final puede suprimir un derecho subjetivo del administrado (artículo 308 ibidem).

Durante la sustanciación del procedimiento ordinario, resulta indispensable recabar el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría siendo un acto de trámite del mismo. Tal y como se indicó supra, el dictamen debe pronunciarse, expresamente, sobre el carácter absoluto, manifiesto y evidente de la nulidad (artículo 173, párrafo 4°, de la Ley General de la Administración Pública). Si el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría Generales de la República es desfavorable, en el sentido que la nulidad absoluta del acto administrativo no es evidente y manifiesta, la respectiva administración pública se verá impedida, legalmente, para anular el acto en vía administrativa y tendrá que acudir, irremisiblemente, al proceso ordinario contencioso administrativo de lesividad. El dictamen de los dos órganos consultivos citados es vinculante para la administración respectiva en cuanto al carácter evidente y manifiesto de la nulidad. Sobre este punto, el artículo 183, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública preceptúa que —Fuera de los casos previstos en el artículo 173, la administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos a favor del administrado y para obtener su eliminación deberá recurrir al contencioso de lesividad previsto en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. **VI.- Consecuencias jurídicas de la inobservancia de los recaudos formales y sustanciales del ordinal 173 de la ley general de la administración pública.** La revisión oficiosa o anulación con quebranto de los requisitos legales referidos en los considerandos precedentes —sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser la nulidad absoluta evidente y manifiesta (v. gr. que el dictamen sea desfavorable, que no se recabó el dictamen o que no se abrió un procedimiento administrativo ordinario) es absolutamente nula y hace responsable por los daños y perjuicios provocados tanto a la administración pública como al funcionario (artículo 173, párrafo 6°, ibidem).”

Finalmente y siendo que con el presente oficio se adiciona a lo requerido por la Junta Directiva, se remiten con las propuestas de criterio de lesividad y borradores de las respectivas demandas, según las instrucciones giradas a esta Asesoría Jurídica, la cuales sometemos a su consideración, en relación con la propuesta de criterio sobre dictamen de lesividad y demanda, en las causas de las empresas Comercializadora Pez Dorado del Mar S.A., Mariscos la Barcasa Azul del Pacífico S.A., Transportes El Lugar del Caribe de Occidente S.A., Super Hielo del Pacífico S.A., Transportes El Pescador S.A. y Tecnoval S.A., cuyo representante legal es el señor Hung Chuan Wangh Shih.

El documento de las propuestas remitidas ha sido elaborado por la Licda. Marisela Molina y revisado por la Licda. Ivannia Zapata y el suscrito, según se nos instruyó, en el cual se concluyó que existe un alto grado de certeza de elementos que pueden generar la nulidad absoluta de dichos actos.

www.incopescas.go.cr/

Tal y como se desprende del mismo, se estaría emitiendo la recomendación de que se apruebe mediante resolución administrativa dictamen de lesividad y se presente la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para cumplir con los formalismos del artículo 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

En tal sentido, dicho artículo establece que “corresponde la superior jerárquico supremo, declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza”, por lo que revisado el último acuerdo de Junta Directiva, siendo que no se ha declarado lesivo, corresponde a que su persona valore remitirlo a la Junta Directiva, para tal propósito...”

5-Que el Departamento Legal por instrucciones de la Junta Directiva procede a confeccionar un borrador de resolución para declarar lesivo el acto administrativo concedido mediante resolución PEP 716-10-2013 que renovó de manera extemporánea la licencia de pesca de las embarcación TARZAN VIII, matrícula P 7438 representada por el señor HUNG CHEN WANG SHIH, el cual dice así:

PEP-007-02-2018 PUNTARENAS. - A LAS DIECIOCHO HORAS DEL VEINTIDOS DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO. RESUELVE LA PRESIDENCIA EJECUTIVA LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD AL INTERES PÚBLICO QUE HA PROVOCADO LA RESOLUCIÓN NÚMERO PEP 716 10-2013 QUE SE EMITIÓ EN SU MOMENTO POR EL LIC. LUIS DOBLES RAMIREZ EN CALIDAD DE PRESIDENTE EJECUTIVO DE INCOPESCA

Considerando

FUNDAMENTOS DE HECHOS:

PRIMERO: Incopescas es un ente público estatal, con personalidad jurídica, patrimonio propio, que lo habilita para actuar en defensa del interés público que representa es decir los recursos marinos (**artículo 1 Ley 7384 y art. 34, inc, 4 CPCA**).

SEGUNDO: Que el día 19 de marzo de 2012 el señor **Hung Chuang Wang**, presentó ante el Departamento de Protección y Registro (PRI) de Incopescas solicitud de renovación e inactivación de su licencia de pesca de la embarcación **TARZAN VIII** misma que venció el 20 de agosto del 2003, es decir transcurrió más de 9 años para solicitar su renovación.

TERCERO: Que el Departamento de Protección y Registro mediante resolución número PRI-380-05-2012 del siete de mayo de 2012 y amparado a la resolución de Presidencia Ejecutiva de Incopescas número PEP 093-01-2012 no aprueba la solicitud de renovación de licencia, por ser la misma extemporánea, fundamentando que a lo largo de ocho años y medio no existió evidencia alguna dentro del expediente administrativo que haya previo a su solicitud un interés en mantener su licencia de pesca, es decir en renovarla o bien de inactivarla y siendo que la solicitud de licencia de pesca no se encuentra dentro de los alcances que se estableció en la resolución PEP 093-01-2012 (resolución administrativa que facultaba la posibilidad de renovar de manera extemporánea); no fue posible aprobarla y por lo tanto ordenó su archivo.

CUARTO: Que el demandado presentó recurso en contra la resolución PRI 380-05-2012, mismo que fue resuelto por Presidencia Ejecutiva, mediante resolución PEP 1203-11-2012 del 30 de noviembre de 2012, el cual resolvió acoger el recurso presentado por el administrado y ordenó al Departamento de Protección y Registro que procediese con el trámite correspondiente para formalizar su renovación e inactividad solicitada.

QUINTO: Que el Departamento de Protección y Registro mediante oficio PRI 162-02-2013, del 26 de febrero de dos mil trece; siguiendo lo ordenado por el Presidente Ejecutivo Luis Dobles Ramírez, procede a realizar la comunicación correspondiente al señor Hung Cheng Wang Shin, para que proceda a cumplir con el trámite y con los requisitos según se establece en el ordenamiento jurídico, así como el cálculo por concepto de cánones adeudados para renovación de licencia de pesca comercial, inactividad de licencia de pesca y multa pendiente por la embarcación al amparo del acuerdo AJDIP 417-2012, así como todos los requisitos necesarios, el cual se estableció el plazo de un mes calendario para su cumplimiento. Igualmente se generó por parte de Protección y Registro el oficio PRI 255-03-2013 acerca de los requisitos y plazos en que debía cumplir el administrado.

www.incopescas.go.cr/

SEXTO: Que el señor Hung Cheng Wang Shin interpone recurso de apelación en contra la resolución PRI 255-03-2013, siendo que se encontraba inconforme con lo resuelto alegando que Incopescas no tiene fundamento legal para cobrar intereses por el atraso en el pago del canon para mantener vigente la licencia de pesca de una embarcación, que el rubro por concepto de intereses se encuentra prescrito, y que el plazo de un mes era muy corto ya que se debían aspectos de naturaleza económica como lo es el pago así como la recopilación de documentos, por lo cual es departamento de Protección y Registro rechazó el recurso mediante resolución PRI 303-04-2013 y lo elevó en alzada ante Presidencia Ejecutiva para que se pronuncie al respecto.

SETIMO: Que el día once de Julio de 2013, la Presidencia Ejecutiva de Incopescas señor Lic. Luis Dobles Ramírez mediante resolución PEP 561-07-2013 del resuelve el recurso de apelación contra la Resolución PRI 255-03-2013, el cual acoge de manera favorable el recurso incoado por el señor Hung Chuan Wang Shih.

OCTAVO: Que el día treinta de setiembre de dos mil trece, al ser las quince horas con cuarenta minutos la Presidencia Ejecutiva de Incopescas mediante resolución número PEP 716-10-2013 Concede licencia de pesca comercial avanzada, por Renovación Extemporánea con inactividad de la embarcación TARZAN VIII, con certificado de matrícula P-7438, propiedad de la sociedad denominada COMERCIALIZADORA EL PEZ DORADO DEL MAR SOCIEDAD ANONIMA, cédula jurídica 3-101-222682, para la captura de TIBURONES PELAGICOS Y ATUN fuera del Golfo de Nicoya, utilizando como artes de pesca: LINEA: NO HAY LIMITE EN LONGITUD. CUERDAS DE MANO.

NOVENO: Que en el expediente consta la licencia de pesca número H-0039-00 PTS-2830-13 de la embarcación TARZAN VIII, venciendo la misma el 20 de agosto de 2019.

DECIMO-: Que posteriormente la Procuraduría General de la República emitió un pronunciamiento el día 03 de marzo de 2014, mediante criterio c-064-2074 en torno a la imposibilidad de renovar licencias de pesca comercial vencidas de manera extemporánea, situación que perjudica a este tipo de licencias con muchos años de vigencia, máxime que el administrado no contaba con la embarcación que originalmente correspondía a la licencia renovada, por lo que en lo conducente dicho pronunciamiento indicó: "...Con fundamento en lo expuesto, se concluye que, conforme la Ley de Pesca y Acuicultura, no es procedente renovar o prorrogar licencias cuyo plazo de vigencia se haya vencido"....

DECIMO PRIMERO : Que la Auditoria Interna de Incopescas mediante AI 044-04-2014 indicó que, por denuncia recibida en la tramitación de esta licencia, realizará un estudio inicial para determinar inconsistencias en la tramitación, por lo que recomendó la suspensión en el trámite de las licencias indicadas a los efectos de concluir con el análisis.

DECIMO SEGUNDO: Que la resolución PEP-716-10-2013 en el cual aprueba y autoriza emitir la licencia de pesca de la Embarcación TARZAN VIII, matrícula PP 7438, y el documento de emisión de licencia de pesca han quebrantado las disposiciones de ley establecidas, por lo que se produce agravios al interés público

FUNDAMENTO DE DERECHO:

Esto ha motivado la emisión de la resolución que autoriza el inicio del presente proceso:

I. OBJETO DE LA LESIVIDAD

El objeto del presente proceso es que se declare lesivo el acto administrativo contenido en **la resolución PEP 716 - 10-2013** de las quince horas cuarenta minutos, del ocho de octubre de 2013, en el cual aprueba y consecuentemente autoriza emitir la Licencia de Pesca, de la Embarcación TARZAN VIII matrícula PP-7438 y el documento de emisión de licencia de pesca H-0039-00-PTS-2830-13 el cual vence el 20 de agosto de 2019, esto por no haber sido otorgado conforme a lo que establece nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se produce los siguientes agravios:

Agravio a la Legalidad: Esto por en virtud que se ha infringido las disposiciones legales en materia de pesca, mismas que se encontraban vigentes al momento de la emisión del acto impugnado, por lo que el principio de legalidad se ha visto

www.incopesca.go.cr/

transgredido, como lo son los 8436 (LPA) ; artículos: 2 inciso 20, 101, 106, 107, 113, y el Decreto número 36782 Minaet-Mag- Mopt- Tur- SP- S- MTSS, publicado en el Alcance número 71 de la Gaceta N 188 del 30 de setiembre de 2011; así como resolución administrativa PEP 093-01-2012 y acuerdos de Junta Directiva de Incopesca.

Agravio al interés público: Siendo que la actividad pesquera es declarada de interés público y el artículo 113 de la Ley General de Administración Pública establece que: “ 1. “El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto. 3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de la seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”.

Por lo que en este caso claro está que el interés público prevalece ante los derechos subjetivos del administrado, ya que al estar bien el interés público, se ve beneficiado en general la comunidad.

II. EN CUANTO A LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN N° PEP 716-10-2013 de las quince horas con cuarenta minutos del ocho de octubre de 2013 y documento de emisión de licencia de pesca número H-0039-00-PTS-2830-13 de la embarcación TARZAN VIII matrícula 7438

Como bien se determinó en el apartado anterior, la lesividad que se pretende en el presente proceso versa principalmente sobre la resolución emitida PEP 716-10-2013 y sobre el documento de emisión de la licencia de pesca de la embarcación TARZAN VIII el cual emitió su plazo de vigencia hasta el 20 de agosto de 2019 actos realizados por el Presidente de Incopesca Lic. Luis Dobles Ramírez y como efecto lógico de la nulidad de dicho acto versa también sobre los actos conexos posteriores al mismo.

Si bien es cierto el señor Hung Cheng Wang Shin solicitó el día 19 de marzo de 2012 renovación e inactivación de su licencia de pesca, de manera extemporánea y sin contar con los requisitos de ley, sin embargo, el Presidente Ejecutivo de su momento el día 30 de setiembre de 2013 autoriza emitir lo solicitado por el administrado sin contar el administrado con los requisitos según la normativa vigente, como los siguientes: **a)** no demostró el administrado la posesión legal de la embarcación Tarzan VIII matrícula P-7484, es decir para ese momento no se contaba con la embarcación inscrita en el Registro Nacional de Buques (artículos 106 y 107 de la Ley 8436 Ley de Pesca y Acuicultura y el artículo 117 inciso b del Reglamento a la Ley de Pesca y Acuicultura: Requisitos para renovar una licencia de pesca Comercial); **b)** no se contaba con el Certificado de Navegabilidad **c)** La Sociedad Comercializara el Pez Dorado S.A, propietaria de la embarcación **TARZAN VIII**, con certificado de matrícula 7438 se encontraba ante la CCSS de forma inactiva, **d)** El artículo 113 inciso a de la Ley de Pesca y Acuicultura establece que las licencias de pesca se extinguen por el vencimiento del plazo, sin que medie solicitud de prórroga en forma legal **e)** No estaba al día con el pago del canon anual de licencias pesca, según lo establece el artículo 113 de la Ley 8436

III. Para desglosar los elementos que nos llevan a la lesividad de la resolución ° PEP 716-10-2013 y su documento de emisión de licencia de pesca y sus actuaciones conexas debemos analizar varios puntos fundamentales que nos demuestran la nulidad de las actuaciones y el vicio grave que se produjo.

En primer lugar –como aspecto procesal- debemos reiterar que al tratarse la resolución PEP-716-10-2013 de una autorización de una emisión de una licencia de pesca comercial, el cual nos encontramos ante un bien tutelado (recursos naturales) el cual es de interés público, como se trata en este caso de los Recursos Marinos, lo cual dichos recursos hidrobiológicos deben ser capturados o extraídos de forma legal, ya que con la resolución que se pretende anular es

www.incopesca.go.cr/

porque se está violentando disposiciones contenidas en la ley el cual al ser declarada nula se evita que se haga un mal uso de los recursos marinos y sobre todo se garantiza la sostenibilidad del recurso pesquero, es decir se estaría aplicando principio pro natura en aras de propiciar la conservación, aprovechamiento y protección de los recursos pesqueros y así evitar la explotación irracional, lo cual Incopesca al ser el ente que ejecuta la ley de pesca y fomenta la actividad pesquera con mucho más razón debe emitir resoluciones que sean conforme a derecho, ya que por una equivocada o diferente interpretación, se está ocasionando un vicio grave en la emisión de ésta licencia de pesca ya que se está emitiendo una licencia sin contar el administrado con los requisitos de ley como lo es demostrar la posesión legal de las embarcaciones, es decir los artículos 2 inciso 20, 106 y 107 de la Ley de Pesca y Acuicultura son claros al ligar la licencia de pesca con una embarcación, por lo que es evidente que no se podría otorgar una licencia a una persona jurídica que no cuenta con la embarcación, puesto que no se encontraba inscrito en el Registro Público, y mucho menos con un certificado de navegabilidad emitido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y es que era obvio si la embarcación no estaba inscrita en el Registro Nacional de Buques tampoco se podría cumplir con este requisito, la empresa propietaria de la embarcación no se encontraba activa ante el Registro Mercantil, ni activa ante la CCSS, no hubo solicitud de renovación o de inactividad de licencia de pesca en tiempo, sino que la realizó 9 años y medio después, es decir operó el artículo 113 de la ley de Pesca y Acuicultura.

Como segundo punto, es importante analizar la naturaleza de la resolución **PEP 716-10-2013**, en la que se le otorgó a la empresa COMERCIALIZADORA PEZ DORADO DEL MAR Sociedad Anónima la renovación e inactivación de la licencia de pesca de la embarcación **TARZAN VIII**, con certificado de matrícula 7438-PP; y es que a partir de ésta autorización de renovación extemporánea es por la cual se incumple requisitos legalmente establecidos y por lo tanto como consecuencia se produce una inminente nulidad absoluta

Para comprender mejor esta nulidad, es importante indicar que se emitió una autorización de una licencia de pesca inmersa en una contradicción con el procedimiento y los requisitos establecidos tanto en la Ley de Pesca y Acuicultura como en su Reglamento lo cual genera vicios graves tanto al ambiente como al interés público.

Debemos entender que al momento del otorgamiento de dicha licencia se encontraba vigente los artículos de la Ley de Pesca y Acuicultura número 8436 (LPA); artículos: 2 inciso 20, 101, 106, 107, 113, y el Decreto número 36782 Minaet-Mag- Mopt- Tur- SP- S- MTSS, publicado en el Alcance número 71 de la Gaceta N 188 del 30 de setiembre de 2011; lo cual se transcriben en lo conducente, a saber:

Artículos de la LPA:

Artículo 01: Licencia: “Acto administrativo mediante el cual el Incopesca, le confiere a una persona física o jurídica el derecho para que realice en una determinada embarcación, en los términos y las condiciones establecidos en dicho acto...”

Artículo 106: Las licencias que el Incopesca expida se otorgarán a una embarcación específica, según se defina para cada especie, grupo de especies o zonas. Para tales efectos **requerirá que las embarcaciones estén inscritas en el Registro Nacional de la Propiedad (negrita y subrayado es nuestra).**

Artículo 107 “...los solicitantes de licencias de pesca deberán demostrar la posesión legal de los bienes necesarios para cumplir el objetivo de la solicitud”.

Artículo 113: “Las licencias, los permisos y las autorizaciones se extinguen por las siguientes causas: a) Por el vencimiento del plazo, sin que medie solicitud de prórroga en forma legal...”

www.incopescas.go.cr/

Artículo 117 inciso b; del Reglamento a la Ley de Pesca y acuicultura Requisitos para renovar una licencia de pesca comercial: Personas jurídicas: 3) Mantener la embarcación inscrita a nombre del solicitante en el Registro Nacional de Buques.4) Aportar Certificación registral o notarial de la empresa... 5) Presentar copia del Certificado de Navegabilidad vigente... 7) Estar al día con las obligaciones obrero- patronales de la CCSS, 8) Presentar recibo de la cancelación del canon respectivo.

En el caso en marras la autorización extemporánea de licencia de pesca es contraria a derecho y por lo tanto un acto que debe declararse nulo, por haber sido emitida violentando los artículos supra mencionados.

Por lo que resulta evidente que para el otorgamiento de la licencia que se estableció para la empresa COMERCIALIZADORA PEZ DORADO DEL MAR S.A., **propietaria de la embarcación TARZAN VIII** no debía otorgarse, puesto que es lesivo a los intereses públicos por carecer de fundamento y mucho más aún por infringir nuestro ordenamiento jurídico

Otro aspecto que establece la clara nulidad de la resolución **PEP 716-10-2013**-se encuentra en que la solicitud de renovación y de inactividad de licencia no fue realizada por el permisionario en tiempo y forma, y aun así Presidencia Ejecutivo autorizó la renovación de dicha licencia

Por lo que la Presidencia Ejecutiva emite una autorización extemporánea de una licencia comercial para el aprovechamiento de recursos marinos, para la cual era un requisito *sine qua non* cumplir con las disposiciones vigentes que rigen la materia, por lo cual genera de esta forma un vicio en el acto administrativo.

Siendo que la autorización de la licencia de pesca extemporánea no se otorgó como en derecho corresponde ya que no se trata de la aplicación de leyes o códigos conexos, sino de una ley especial como lo es la 8436 y su Reglamento, por lo tanto la resolución que aquí se impugna adolecen de un error de interpretación a la hora de emitir este acto, por lo cual genera como consecuencia que dicho acto sea nulo y debe ser declarado lesivo.

Es importante analizar la naturaleza de la resolución **PEP 716-10-2013, la cual concede la Renovación Extemporánea con inactividad de la embarcación TARZAN VIII, con certificado de matrícula P-7438**, propiedad de la sociedad denominada **COMERCIALIZADORA PEZ DORADO DEL MAR S.A.**, cédula jurídica **3-101-222682**, para la captura para la captura de **TIBURONES PELAGICOS Y ATUN fuera del Golfo de Nicoya, utilizando como artes de pesca: LINEA: NO HAY LIMITE EN LONGITUD. CUERDAS DE MANO, así como el documento donde se emite la licencia de pesca de ésta embarcación el cual se otorga por el plazo de 6 años, venciendo la misma el veinte de agosto de 2019** y es que a partir de ésta autorización de renovación extemporánea es por la cual se incumple requisitos legalmente establecidos y por lo tanto como consecuencia se produce una inminente nulidad.

Para comprender mejor esta nulidad, es importante indicar que se emitió una autorización de una licencia de pesca inmersa en una contradicción con el procedimiento y los requisitos establecidos tanto en la Ley de Pesca y Acuicultura como en su Reglamento lo cual genera vicios graves tanto al ambiente como al interés público.

POR TANTO

La Presidencia Ejecutiva resuelve;

www.incopesca.go.cr/

En vista de lo anterior , y como es completamente evidente una nulidad absoluta se declara lesivo el acto administrativo de renovar la licencia de pesca de la embarcación TARZAN VIII ; misma que fue autorizada mediante resolución PEP 716-10-2013 de las quince horas con cuarenta minutos del ocho de octubre de 2013 en el cual aprueba y consecuentemente autoriza emitir la Licencia de Pesca, de la Embarcación TARZAN VIII , matrícula P 7438 , es decir declarar la nulidad absoluta de dicha la resolución, así como del documento de la licencia de pesca y de conformidad con el artículo 34 inciso C del CPCA, se ordena en este acto presentar la demanda por el Proceso de Lesividad ante el Contencioso Administrativo en el plazo de ley.

Por tanto
La Junta Directiva del Incopesca

Acuerda

1-Una vez escuchada la propuesta recomendada por el Lic. Heiner Méndez Barrientos, Asesor Legal, se declara lesivo el acto o actos administrativo mediante resolución PEP-716-10-2013 de las quince horas con cuarenta minutos del ocho de octubre de 2013 en el cual aprueba y consecuentemente autoriza emitir la Licencia de Pesca de la Embarcación TARZAN VIII , matrícula P 7438 DE MANERA EXTEMPORANEA CON INACTIVIDAD , es decir declarar la nulidad absoluta de dicha resolución, así como del documento de la licencia de pesca y de conformidad con el artículo 34 inciso C del CPCA, se ordena en este acto presentar la demanda por el Proceso de Lesividad ante el Contencioso Administrativo en el plazo de ley”...

Cordialmente;



Pbro. Gustavo Meneses Castro, PhD
Presidente Ejecutivo
INCOPECA