

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica

Teléfono: 2501 - 8518

Correo electrónico: revista.juridica@cgr.go.cr

Semestral ISSN-221-3624

Consejo Editorial

**Revista de Derecho de la
Hacienda Pública**

Contraloría General de la República

Consejo Editorial:

Sylvia Solís Mora
Luis Diego Ramírez González
Roberto Rodríguez Araica

Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

Editora:

Priscilla Brenes Jiménez

Índice

Estudios de Colaboradores Nacionales 9

Estado Actual del Procedimiento Administrativo Disciplinario en Costa Rica. Hacia un régimen unificado para todo el Sector Público Costarricense.....	11
Anulación de oficio de los actos administrativos declaratorios de derechos subjetivos y el papel del juez contencioso en el proceso de lesividad	33
Indebida aplicación de excepciones y contratación irregular: el caso del interés manifiesto de colaborar.....	49
Los conflictos de intereses en la función pública. Prevención y manejo adecuado.....	63

Estudio de Colaborador Internacional.....81

La ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas frente a la Hacienda Pública en España	83
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Criterios y jurisprudencia 95

I. Potestad Consultiva 98

1.1 Los productos de la auditoría interna en materia de presuntas responsabilidades son confidenciales	98
1.2 ¿Los ingresos que recibe un ente público no estatal por concepto de patrocinios forman parte de la Hacienda Pública?.....	98
1.3 CGR aclara rol del comité de auditoría en las entidades del sistema financiero	98
1.4 ¿Se puede utilizar recursos otorgados por la Ley n° 9329 a las municipalidades en servidumbres de paso?	98
1.5 CGR aclara número máximo de órganos colegiados que una persona puede integrar	99
1.6 CGR resuelve consulta sobre posibilidad de realizar en tiempo laboral actividades como cumpleaños o despedidas de funcionarios	99
1.7 Criterio sobre la aprobación de las políticas y procedimientos de la auditoría interna.....	99
1.8 No es posible reclasificar la plaza de Supervisor de Auditoría a Subauditor.....	99
1.9 Criterio relacionado con el pago de los salarios a los funcionarios administrativos municipales	100
1.10 Auditoría Interna puede auditar procedimiento de cierre de subsidiaria de entidad pública	100
1.11 Posibilidad legal de la Administración Pública para defender con recursos públicos a servidores denunciados penalmente.....	100
1.12 Alcalde y Vicealcalde no pueden renunciar a la prohibición	100
1.13 Cargos de Intendente y Viceintendente Distrital no están sujetos a prohibición	101
1.14 Alcance de prohibición de ingreso y reingreso a cargos de la Hacienda Pública	101
1.15 Municipalidad puede invertir fondos públicos en propiedades privadas si existen situaciones de riesgo para vecinos del cantón.....	101
1.16 ¿A los miembros de juntas directivas de organizaciones municipales que no reciben dietas se les debe exigir caución?	101
1.17 ¿El personal de la Auditoría Interna puede integrar Comités institucionales para la gestión del riesgo?	101
1.18 Fundaciones no deben enviar informes contables a la CGR (Reconsideración)	102

Criterios Contratación Administrativa 103

II. Criterios Contratación Administrativa..... 104

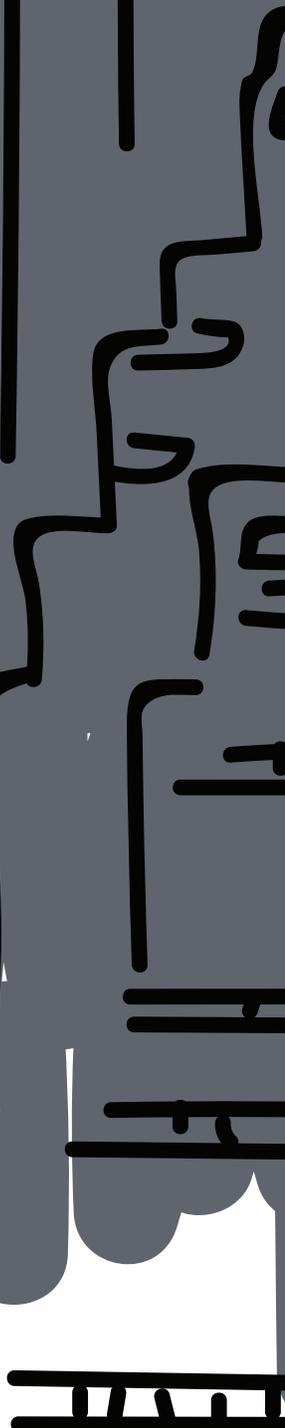
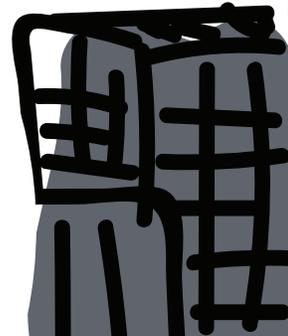
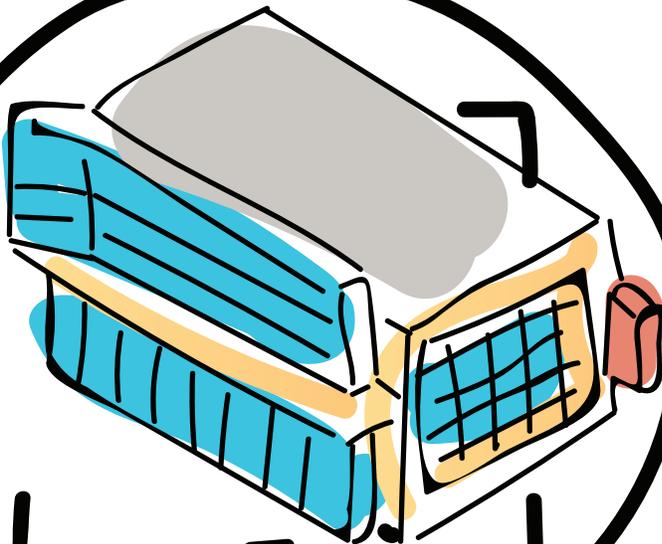
2.1 CGR tiene competencia para conocer recursos de apelación contra el acto final de contratos de convenio marco	104
2.2 Alcances de la CGR respecto de la autorización para aplicar sistemas alternativos precalificados para la adquisición de bienes y servicios	104
2.3 Contrato de servicios para el balneario de Puntarenas no requiere refrendo contralor	104
2.4 Remates deben tramitarse por medio del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP).....	104
2.5 Inclusión de criterios sustentables en pliegos cartelarios deben justificarse	105
2.6 Administración tiene facultad de declarar desierto un concurso.....	105
2.7 CTP es el órgano competente para regular y controlar las concesiones de servicio público de transporte colectivo remunerado de personas	105
2.8 Rubro de impuestos debe indicarse dentro del precio cotizado si el cartel lo solicita.....	105
2.9 Oferente no está obligado a presentar diseño arquitectónico en etapa de selección de contratista bajo modalidad llave en mano	105
2.10 Incumplimientos intrascendentes no implican exclusión de la oferta.....	105
2.11 Límites en obra pública	106
2.12 CGR dispensa del trámite de refrendo por razones de interés público.....	106
2.13 Actos preparatorios no son impugnables ante el órgano contralor	106
2.14 Contratación de servicios de notariado público no permite la participación en consorcio.....	106

Jurisprudencia Relevante 107

III. Jurisprudencia..... 108

3.1 Tribunal Supremo de Elecciones es competente para ejecutar las sanciones de suspensión de los alcaldes municipales.....	108
3.2 No se requiere anular una decisión administrativa irregular de previo a establecer la responsabilidad disciplinaria del funcionario involucrado.....	108
3.3 Tribunal de Casación emite nuevo criterio sobre la contabilización del plazo de caducidad	108
3.4 Para establecer responsabilidades no necesariamente se requiere demostrar daños patrimoniales. 108	
3.5 Municipalidades pueden decidir si aplican o no salario escolar y la forma de hacerlo.....	109
3.6 Decreto Ejecutivo que dispone al ICE rendir cuentas no contraviene la Ley de Fortalecimiento y Modernización del Sector Telecomunicaciones.....	109
3.7 Tribunal de Apelación de Trabajo confirma sentencia que dispone aplicación de la Ley Orgánica de la CGR y no del Código de Trabajo en procedimientos seguidos por la CGR.....	109

Estudios de
Colaboradores
Nacionales





José Daniel Iglesias Chavarría¹

Estado Actual del Procedimiento Administrativo Disciplinario en Costa Rica. **Hacia un régimen unificado para todo el Sector Público Costarricense.**

Sumario

1. Introducción
2. Consideraciones Generales sobre la Función Pública
3. Regulación del procedimiento administrativo disciplinario en Costa Rica
4. La Administración Pública en Costa Rica; Administración centralizada y autónoma
5. Caracterización general de las distintas clases de procedimientos administrativos, según tipo de Institución y normativa aplicable
6. Hacia un régimen unificado en materia administrativa disciplinaria en Costa Rica
7. Conclusiones y Recomendaciones
8. Bibliografía



Palabras clave: Costa Rica; Sector Público, Persona Funcionaria Pública, Procedimiento Administrativo, Regulación Única, Reformas.

Resumen: Aproximación a la situación actual de la regulación del procedimiento administrativo en el Sector Público costarricense, analizando la fragmentación normativa que rige a las distintas Instituciones Públicas, con la finalidad de formular propuestas para una regulación única y común de toda la Administración Pública en el país, considerando la procedencia y factibilidad real de su aplicación efectiva.

Abstract: Approximation to the current situation of the legal regulation of the administrative procedure in the Costa Rican Public Sector, analyzing the fragmentation of normative that rules the different public institutions, with the purpose of formulating proposals towards the implementation of unique and common regulation for the whole Public Administration in the country, considering the actual feasibility of its effective application.

1. Introducción

Es posible afirmar que Costa Rica goza, en la actualidad, de un régimen institucional bastante consolidado, fruto de una larga tradición histórica y de un razonable nivel de respeto por sus Instituciones y al cumplimiento de las normas jurídicas que las configura y regula.

Con respecto al procedimiento administrativo que se utiliza en las Instituciones estatales, es posible resaltar el consenso existente en respetar, de forma general, los principios del debido proceso establecidos por la Jurisprudencia aplicable, principalmente la proveniente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y, de forma genérica, al procedimiento administrativo regulado en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, N° 6227. No obstante lo anterior, la atipicidad que califica la formación de estas Instituciones Públicas, su posterior evolución y la proliferación de sus sistemas normativos, ha generado, para cada una de éstas, un régimen normativo complejo y particularizado a cada sector y/o actividad. Así, se han generado serias especificidades

en los distintos trámites procedimentales existentes, sobre todo en las Instituciones Autónomas, que han incrementado su complejidad, lo que eventualmente podría ser susceptible de afectar su eficiencia y utilidad, de cara a la consecución del fin público buscado.

Partiendo del hecho de que todos somos funcionarios públicos, se deberá evaluar si, en términos generales, debemos estar todos sometidos al mismo régimen de empleo público, tomando en cuenta algunas particularidades propias de la actividad desempeñada. Es objetivo de este trabajo no referirnos al empleo público de forma general, sino, en específico al trámite procedimental existente para fiscalizar su actividad. Resulta necesario partir de la situación actual, caracterizada por procedimientos administrativos distintos, configurados por normativa específica y con la intervención de distintos actores y órganos, sobre todo de carácter sindical y analizar si resulta posible y conveniente la unificación en la materia, para beneficio de la función pública y del país en general.

2. Consideraciones Generales sobre la Función Pública

2.1 Ejercicio de la Función Pública. Principio de idoneidad y Relación de Especial Sujeción

Para el desarrollo de la actividad administrativa en Costa Rica, se han constituido, a lo largo de distintos procesos histórico - políticos, varias Instituciones Públicas de distinta naturaleza, encargadas de desarrollar una serie de competencias dirigidas a garantizar, tanto el bienestar de la población, como el cumplimiento de los intereses públicos que tienen la obligación de tutelar, brindando a su vez, los servicios que requiera la colectividad sometida a su marco de actuación.

Para desarrollar estas actividades, se constituye, en cada unidad administrativa, un cuerpo profesional de personas, encargadas del desempeño de estas funciones, las cuales son seleccionadas con fundamento en el principio de idoneidad, que busca garantizar el efectivo cumplimiento de la actividad administrativa. El profesor Manuel Ossorio, en el "Diccionario de Ciencias

Jurídicas, Políticas y Sociales”², define la idoneidad como la “...capacidad o capacitación para el desempeño de un cargo o una función...”³.

La investidura que adquieren los funcionarios que se consideren “idóneos” en el ejercicio de la función pública, se configura en la llamada “Relación de Empleo Público”, que constituye un régimen de especial sujeción, en los términos del artículo 111⁴ de la Ley General de la Administración Pública⁵. El régimen de especial sujeción establece una relación especial entre la Administración Pública y estas personas que se caracterizan como servidores públicos, consolidada a través de la aplicación en un marco legal específico que establece los límites de actuación, tanto en derechos y deberes para estos servidores públicos. En este sentido, estas personas, que conforman la Administración Pública, se encuentran sometidos al cumplimiento de la Ley; tal y como establece el artículo 11 de nuestra Constitución Política⁶. Así, en nuestro Ordenamiento Jurídico se reconoce la trascendencia de este cuerpo de trabajadores que realizan función pública para el Estado, otorgándole incluso rango constitucional a su regulación, tal y como señala el trabajo denominado “Prospectiva de la Profesionalización de la Función Pública en Costa Rica”, donde señala que, en la conformación de la Asamblea Constituyente de 1949, “...Costa Rica es el primer país del ámbito latinoamericano, que incluyó en su Constitución Política, un capítulo sobre Servicio Civil...”⁷. La materialización normativa de esta regulación se plasma en la incorporación de dos artículos específicos en la Constitución Política de 1949 que otorgan este rango constitucional al régimen de especial sujeción aplicable en la relación Estado - funcionario público

(artículos 191 y 192); en función de la especialidad de las labores que les corresponde realizar y en salvaguarda del interés público que se busca tutelar. Este mandato constitucional, se consolida con la previsión de que se emita un Estatuto con rango de ley, donde se establece el marco normativo que, a priori, regula la condición de persona funcionaria pública.

El tratadista Juan Carlos Brenes Retana⁸ se refiere a la especificidad que consolida la incorporación constitucional del régimen de sujeción especial, como propio del Derecho Público, frente a la normativa que regula la actividad del trabajador privado. La propia Sala Constitucional, mediante votos como el N° 1696-92, ha ido paulatinamente reforzando la diferenciación del régimen de empleo público (relación contractual de derecho público) de la aplicación de los principios del Derecho Laboral privado, consolidando, como dice el profesor Brenes Retana⁹, la concreción de principios de la relación estatutaria para “... todos los funcionarios al servicio del Estado, tanto administración central, como entes descentralizados...”. Ha sido la propia Sala Constitucional, en su Voto N° 11524-2000 de las 14:48 horas del 21 de diciembre del 2000, la que ha delimitado el marco de actuación en que deben operar las personas servidoras públicas, para la adecuada satisfacción del interés público a tutelar, señalando que: “... Existen una serie de principios generales y preceptos fundamentales en torno a la organización de la función pública que conciben a la Administración como un instrumento puesto al servicio objetivo de los intereses generales...”. Con fundamento en lo anterior, resulta posible apreciar que, para el ejercicio de sus actividades, el servidor público se encuentra sometido a los siguientes límites que configuran y rigen su actividad; i. debe cumplir la Ley (artículo 11 LGAP), ii. Se encuentra sometido al Derecho Administrativo, salvo las excepciones indicadas por ley. (Artículo 112 LGAP) y iii. Deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfaga, primordialmente, el cumplimiento del interés público. (Artículo 113 LGAP.)

8 “...de la interpretación de los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, la Sala Constitucional concluye la diferenciación del empleado público del privado, concluyendo para los primeros un régimen de empleo regido por el Derecho Público, mismo que se caracteriza por contener principios diferentes a los del derecho laboral privado, sino en muchas ocasiones, contrapuestos a estos...”. Brenes Retana, Juan Carlos, (2006), artículo “La relación estatutaria como límite al ejercicio del derecho de negociación colectiva”. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

9 Brenes Retana, Juan Carlos, Op. Cit.

2 Ossorio, Manuel (1974), Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. Pág. 469.

3 Para la Sala Constitucional, la idoneidad comprobada, significa que “... los servidores deben reunir las condiciones y características que los faculten para desempeñarse en forma eficiente en el trabajo, sea reunir los méritos necesarios que el cargo demande, por lo tanto los candidatos para ocupar determinadas plazas deben someterse a una serie de pruebas y haber cumplido con ciertas condiciones establecidas por ley...”. (Sentencias de la Sala Constitucional; N° 1119-90 y 60-94.)

4 Artículo 111 LGAP: “Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura”.

5 En abreviatura, a partir de ahora, LGAP.

6 Artículo 11 de la Constitución: “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella”.

7 Delgado Paniagua, Alberto y Ramírez Artavia, Juvenal, (2010), Prospektiva de la Profesionalización de la Función Pública en Costa Rica. Dirección General del Servicio Civil, San José, Costa Rica, págs. 19-20.

Por otra parte, el profesor Rodolfo Saborío¹⁰, manifiesta que la actividad de los funcionarios públicos debe ser eficiente, dirigida a la consecución de los fines públicos que persigue cada Administración, estando, a su vez, sometidos a una serie de controles que rigen su actividad. De esta forma, para el cumplimiento de los fines de la Administración, este grupo de personas solamente estará habilitado a realizar las actividades que le permita la Ley, la cual definirá los límites y el marco de actuación donde deberá desarrollar su desempeño. Pero de igual forma, su actividad estará sometida a una serie de controles que garantizan el cumplimiento de deberes, hacia una puntual y efectiva satisfacción del interés público protegido. No obstante no solo debe interpretarse la relación estatutaria como generadora de deberes u obligaciones para las personas trabajadoras, sino que este régimen opera actualmente como garantía de los derechos de los que disponen estos funcionarios frente a la Administración Pública¹¹. Como reflejo de estos límites que someten y definen la actuación de los funcionarios públicos en su sometimiento a la ley y el cumplimiento de sus fines, resulta posible apreciar la existencia de herramientas en el régimen disciplinario de los funcionarios, tales como la rendición de cuentas, la evaluación de desempeño y el régimen sancionador. Si bien estos mecanismos pueden ser complementarios, el ámbito de aplicación del régimen sancionador suele ser más amplio, caracterizado por la regulación de distintas conductas no autorizadas por el ordenamiento jurídico, más allá de la valoración de desempeño profesional.

2.2 Ejercicio del *Ius Puniendi* y relaciones de especial sujeción

Como parte de sus facultades y prerrogativas, las Administraciones Públicas disponen de la posibilidad de ejercer una serie de potestades de imperio, que

10 "... los poderes públicos no solo deben actuar apegados a la ley, sino que tienen la obligación de ser eficientes. Esa eficiencia ahora exigida en términos expresos desde la propia Constitución Política y solamente derivable con anterioridad por interpretación de otras disposiciones, se vincula con la obligatoriedad de la evaluación de resultados y la implantación de un sistema de rendición de cuentas para la Administración en sentido amplio...". Saborio Valverde, Rodolfo, (2004), Rendición de cuentas en Costa Rica: diagnóstico y propuesta de sistematización, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica. Pág. 11.

11 La figura de la persona funcionaria o servidora pública, se encuentra configurada en el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública y más recientemente, en el artículo segundo de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito.

le permiten imponer, a través de los medios que requiera (Principio de ejecutividad administrativa, por ejemplo), la aplicación de la Ley a los administrados, en el cumplimiento de los fines y objetivos que le corresponde tutelar. Cuando se producen conductas de tipo antijurídico por parte de los administrados y, como en el caso que nos ocupa, derivadas de actuaciones u omisiones de las personas que ejercen función pública, el propio ordenamiento jurídico administrativo otorga a la Administración Pública, mecanismos dirigidos a calificar, reaccionar y repeler estas conductas contrarias a derecho. El ejercicio de esta competencia, denominada sancionadora, supone el ejercicio de las potestades de imperio de la Administración, para reaccionar frente a la conducta antijurídica y restablecer la legalidad, en la medida de lo posible.

Para Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández¹², por sanción entendemos: "un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, que consiste en privarle de un bien o de un derecho, generalmente en la imposición de una obligación de pago de una multa".¹³

La condición de servidor público conlleva una serie de deberes y obligaciones, caracterizada por tener un desempeño adecuado a las condiciones del puesto y el sometimiento de sus actuaciones a la legalidad vigente. La conculcación de estos deberes y obligaciones por parte de la persona servidora, conlleva la activación, por parte de la Administración Pública, del ejercicio del derecho administrativo de carácter sancionador. A lo largo de la historia, se ha considerado que este tipo de competencias represivas se han implementado a través de otras instancias del Estado y no estrictamente la administrativa, al haber sido considerado como funciones de policía y hasta de carácter judicial, inclusive considerándose estas atribuciones "castigadoras" como propias y exclusivas del Derecho Penal. No obstante, tal y como señala el Profesor Alejandro Nieto¹⁴, tales principios, como el de legalidad, no

12 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, (1994), Curso de Derecho Administrativo II, Madrid, España, Editorial Civitas. Pág. 163.

13 El tratadista Héctor Escolá señala que: "pueden imponerse sanciones a quienes incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que le son impuestas por el ordenamiento normativo administrativo, o el que sea aplicable por la Administración Pública en cada caso". Escolá, Héctor, (1984) Compendio de Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Desalma. pág. 207.

14 Nieto, Alejandro, (2012), Derecho Administrativo Sancionador, Madrid,

derivan estrictamente de una permeabilización directa del Derecho Penal al Administrativo, sino que disponen de origen constitucional. Si bien en ambos regímenes normativos (penal y administrativo) existen principios comunes y ambos gozan de naturaleza punitiva sobre las conductas de las personas sometidas a su jurisdicción, existen elementos diferenciadores que caracterizan la diferencia entre un régimen y el otro. Para García de Enterría¹⁵, la distinción entre un régimen y otro se caracteriza por la titularidad de quien impone la sanción, resaltando que "...el mismo ius puniendi puede manifestarse,... tanto en la vía judicial penal como por la vía administrativa...".

Como punto de partida, se debe indicar que existen elementos que diferencian la potestad sancionadora de la Administración de la que se ejerce en los Tribunales de Justicia, sobre todo los penales, tales como su origen, naturaleza y consecuencias jurídicas. De esta forma, una conducta determinada, puede generar efectos en el ámbito administrativo y otros diferentes en el ámbito judicial penal. En esta línea, en su obra "Problemas Capitales del Derecho Disciplinario", el profesor Nieto¹⁶ concluye que dicha disciplina del Derecho: "...deja de ser considerado una rama del Derecho penal para convertirse en el objeto de una potestad doméstica de la Administración sobre sus empleados". No obstante lo anterior, como detalla el profesor Eduardo Cordero¹⁷, el Tribunal Constitucional chileno ha indicado que: "las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales al ser ambas emanaciones del ius puniendi estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto".¹⁸

Durante muchos años, se experimentó un fortalecimiento de las facultades represivas de la Administración Pública, aplicando sanciones y consecuencias gravosas para sus administrados y sus servidores, sin ningún tipo de protección para éstos, en una relación caracterizada

por la desigualdad entre todos los privilegios del aparato estatal, frente a unos administrados casi indefensos ante tal ejercicio de poder. Ante esta situación, la evolución posterior del Derecho Disciplinario se ha venido adaptado a las nuevas teorías de protección de los Derechos Humanos y de consolidación de garantías frente al poder estatal. En este sentido, el Derecho Administrativo disciplinario se ha ido impregnando de algunos principios y garantías propias del Derecho Penal, ya que el marcado carácter represivo de las prerrogativas propias de la aplicación del Derecho Público, provocó una fuerte reacción garantista dirigida a proteger a los que se encuentran sometidos a su jurisdicción, materializada en la importación de garantías propias del proceso penal, tales como el patrocinio letrado y otros mecanismos procesales favorables a su defensa y ejercicio de derechos. Así, el profesor Oliva¹⁹ señala que en las últimas décadas del siglo veinte, se genera un movimiento jurídico que ensambla un sistema de garantías para los administrados "inspirados y con mucha similitud a los reconocidos en el derecho penal y en el derecho procesal penal"²⁰.

Por su parte, el profesor Suay Rincón manifiesta que: "...La jurisprudencia constitucional ha establecido que son de aplicación a la potestad sancionadora de la Administración, los principios de reserva de ley, tipicidad, "non bis in idem", irretroactividad de normas desfavorables, derecho a la defensa, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva...".²¹

Nuestra Sala Constitucional²² ha reconocido esta extensión de los principios de la materia penal en el campo de las sanciones administrativas, sobre todo, respecto a la aplicación del debido proceso. Asimismo,

España, Editorial Technos. Págs. 25-26.

15 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Op. Cit. Pág. 163.

16 Nieto, Alejandro, (1970), Artículo "Problemas Capitales del Derecho Disciplinario", Revista de Administración Pública, España. Pág. 66.

17 Cordero Quinzacara, Eduardo, (2012), Artículo "Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal", Revista de Derecho, Santiago, Chile. Pág. 145.

18 Asimismo, concluye que: "Ni el Derecho Penal ni el Derecho Administrativo sancionador son estancos separados, sino que son espacios de actuación coordinada en el marco de una política represiva que el Estado puede implementar para cumplir su función constitucional". Op. Cit. Pág. 147.

19 Oliva Roberto, (2013), Aplicación de Garantías de Orden Penal en el Derecho Sancionador, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de la UNAM, México. Pág. 540.

20 En España, su Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia 18/1981 del 08 de junio de 1981 señala que: "... Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad)...".

21 Suay Rincón, José, (1989), Sanciones administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, Italia. Págs. 172-173.

22 La Sala Constitucional indica que: "... no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativa (sic) a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar - en sede administrativa - al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal..." (Resolución Nº 08193-00 de las 15:05 hrs. del 13 de setiembre del 2000 de la Sala Constitucional.)

el Voto N° 18352-09, resalta la importancia del: "... párrafo primero del artículo 39 de la Constitución Política, disposición - junto con el artículo 41 ejúsdem - de la que deriva el principio constitucional del debido proceso, entendido como el procedimiento judicial justo, que es aplicable no sólo a los procesos penales, sino además, a todos los judiciales, y también administrativos...".

2.3 Principios del procedimiento administrativo sancionatorio

Existe una serie de principios jurídicos que configuran y delimitan la actuación de la Administración en el contexto del procedimiento administrativo. El profesor García de Enterría considera que los principios de mayor relevancia que califican al procedimiento administrativo, pueden limitarse a los siguientes²³; Principio de legalidad, Principio de Tipicidad, Culpabilidad, Proporcionalidad, Derecho a la Presunción de Inocencia y Prescripción. Otros autores como Isabel Perelló Domenech²⁴, incorporan otros elementos importantes que deben tomarse en consideración, en el ejercicio de la potestad sancionatoria; tales como el principio "Non bis in idem", la irretroactividad de las normas y la "Reformatio in peius", entre otros. Estos principios no solo suponen una manifestación del derecho punitivo del Estado, sino que también se configuran en garantías sustantivas y procesales, de las que disponen los administrados para poder ejercer su defensa y no ser sancionados de forma injusta o ilegal.

- **Principio de Legalidad.** Para el establecimiento de una sanción, la conducta debe estar previamente prevista en la ley, tal y como establece el artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica²⁵. Desde el punto de vista de la potestad sancionadora del Estado, este principio se configura en que la Administración dispone de distintos instrumentos, previstos en las leyes, para poder reaccionar y atender, con contundencia y oportunidad, las situaciones contrarias al propio orden normativo aplicable.

23 *Ibidem*. Pág. 175.

24 Perelló Domenech, Isabel, (1994) Artículo "Derecho Administrativo Sancionador y Jurisprudencia Constitucional", Revista Jueces para la Democracia, España. Págs. 79-80.

25 La norma constitucional de cita señala que: "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente"

- Principio de Tipicidad. Este principio, derivado del principio de legalidad, se manifiesta en el hecho de que toda conducta sancionable y su respectiva consecuencia, debe estar previamente definida en una norma jurídica. En este sentido, las conductas prohibidas y/o infracciones deben ser conocidas o estar tipificadas y directamente asociadas a una consecuencia sancionatoria, cuya definición, opera como garantía para el administrado respecto a aquello que no debe, ó se le encuentra prohibido hacer.

- **Principio de culpabilidad.** Para ser merecedor de una sanción administrativa, la persona funcionaria debe ser responsable de haber cometido los hechos calificados como conducta punible²⁶.

- **Principio de Proporcionalidad.** Como parte de las garantías que derivan de la protección al Administrado frente a la actuación de la Administración, se deriva el hecho de que la consecuencia que se aplique como reacción a una conducta antijurídica, debe ser razonable, ajustada y proporcionada a la magnitud de ésta, de forma que no genere una consecuencia gravosa mayor, que afecte al administrado, más allá de lo que corresponda por la realización de la conducta tipificada como prohibida por el ordenamiento jurídico.

2.4 Principios Constitucionales del Debido Proceso

Frente la posibilidad de que se defina algún tipo de responsabilidad a las personas funcionarias, como faceta del ejercicio de su potestad de imperio por parte de la Administración Pública, el Ordenamiento Jurídico ha puesto a su disposición, una serie de contrapesos que tienen como función proteger, atenuar o brindarles la oportunidad de defenderse, ante la inminente aplicación de una consecuencia gravosa hacia su situación personal o su patrimonio. Sea la tendencia que se siga, de mayor influencia constitucional o penal, el Derecho Administrativo sancionador moderno, se ha

26 En nuestro Ordenamiento Jurídico, el artículo 211 de la Ley General de la Administración Pública señala que "(...) El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave (...)" En el artículo 210 del mismo cuerpo normativo, se establece también la responsabilidad por dolo o culpa grave, cuando se le cause daño a la Administración y el numeral 199, cuando la consecuencia afecte al administrado por idéntico concepto.

visto caracterizado por un mayor rasgo proteccionista, influenciado tanto por principios de debido proceso constitucional, o los derivados del Derecho Penal, que se manifiesta en la creación de diferentes herramientas técnico – procesales que buscan delimitar la forma en que esta potestad coercitiva se va a poder ejercer por la Administración.

Consideramos acertada la definición de Debido Proceso, realizada por el autor Sergio García²⁷, quien señala que: "... constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos...". La profesora Zulima Sánchez²⁸, disecciona los distintos componentes del procedimiento administrativo propios del debido proceso constitucional, entre los cuales, indica que se debe garantizar; "el carácter contradictorio de proceso", que evite la imposición de sanciones sin que este procedimiento se haya desarrollado satisfactoriamente²⁹.

En la Constitución costarricense del año 1949, el debido proceso básicamente se configura con la integración de dos artículos que establecen las líneas generales de las garantías de las que disponen, en general, los ciudadanos del país para su defensa ante la Administración; los artículos 39 y 41, que otorgan rango constitucional a principios tales como el derecho de defensa, legalidad, tipicidad, etc. Estos principios que revisten una doble configuración, como límite del ejercicio de la competencia administrativa y como garantía de los administrados, se materializan brindándoles mecanismos a éstos, a través de los cuales pueden articular y defender, la efectiva tutela de sus derechos e intereses.

27 García Ramírez, Sergio, (2012), El Debido Proceso, Criterios de la Jurisprudencia Interamericana. México, Editorial Porrúa. Pág.22.

28 Sánchez Sánchez, Zulima, (2016), Artículo "La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho". Revista de Derecho de la Hacienda Pública, San José, Costa Rica. Pág. 108.

29 La Profesora Sánchez Sánchez añade que este tipo de procesos deben incorporar: "...El derecho a ser informado de la calificación jurídica de los hechos y la infracción antes de realizar las alegaciones...". Finalmente, señala que existe la necesidad de motivar las distintas actuaciones que conforman el procedimiento administrativo, entre éstas, el acto final que resuelva sobre el fondo del trámite cursado.

En la recopilación de jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional, donde se transcribe el Voto N° 1739-92³⁰, el Magistrado Rodolfo Piza Escalante indica que los principios de debido proceso de mayor relevancia en nuestro Ordenamiento Jurídico, son los siguientes:

- **Principio de acceso general a la justicia.** A la luz del ordenamiento jurídico, toda persona dispone de la posibilidad de acceder a las correspondientes instancias, tanto administrativas como judiciales, a defender sus derechos e intereses, disponiendo de los elementos y mecanismos necesarios para que dicha garantía sea efectiva e inmediata (artículo 41 de la Constitución.)

- **Principio de legalidad.** A la perspectiva del numeral 39 de la Constitución, constituye una garantía frente a la arbitrariedad, ya que los operadores de la Ley deberán ajustar su actuación a la normativa que haya adquirido vigencia por los canales preestablecidos, de forma que no podrán aplicar, ni inventarse consecuencias gravosas o dañinas para los administrados, si no están previamente definidas en la ley.

- **Principio de Juez Natural.** Aquellas personas y estrados que deban aplicar la ley o juzgar las conductas o actuaciones, deberán estar previamente nombradas para tal función, de forma regular, tanto en materia, como en competencia y ubicación. En la Constitución, el principio del juez natural o regular se encuentra recogido en el artículo 35.

- **Derecho de defensa y el derecho al procedimiento.** Los artículos 39 y 41 definen de forma genérica, los principios básicos del debido proceso, que abarca la realización de un procedimiento, donde se permita la posibilidad de articular la defensa con los mecanismos establecidos. Entre los elementos constitutivos de esta figura, se encuentran los detallados en el Voto N° 1729-92³¹ tales como; el principio de intimación, que, básicamente, consiste en conocer lo que se atribuye o imputa,³² el derecho a una acusación formal que se materializa en el principio de imputación y la posibilidad ser oído y manifestar lo que se considere oportuno en

30 Zúñiga Morales, Ulises, (1997) Jurisprudencia de la Sala Constitucional, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas.

31 Zúñiga Morales, Ulises, Op. Cit. Pág. 29.

32 En idéntico sentido, ver el Voto N° 2005-07272 de la Sala Constitucional de las 09:11 horas del 10 de junio del 2005.

su defensa, como parte del derecho de audiencia. En resumen, este derecho supone la garantía de que se instruya un cauce procedimental con todas sus etapas, donde la parte pueda articular su estrategia de defensa, utilizando todos los mecanismos, garantías y medios de prueba que considere oportunos para tal fin.

- **Principio de inocencia.** Se trata de los principios jurídicos de mayor importancia en todas las jurisdicciones que ejercen potestad sancionatoria; donde la persona se presume inocente hasta que se demuestre lo contrario, en otras palabras, nadie puede ser condenado sin haber sido juzgado, previa articulación de las garantías establecidas para que pueda defender tal inocencia (artículo 39 de la Constitución Política costarricense).

- **Derecho a una Sentencia Justa.** Una vez realizado el correspondiente procedimiento, éste debe terminar con una decisión de la autoridad competente, que debe incorporar una consecuencia jurídica procedente, proporcionada y razonable, en estricta aplicación del ordenamiento jurídico vigente.

- **El principio de doble instancia.** De gran importancia en la aplicación del debido proceso constitucional, es la posibilidad de ejercer los recursos administrativos ordinarios, el de revocatoria o reposición ante el órgano que decide y el de apelación ante el Superior Jerárquico. Resulta oportuno señalar que, como parte de la diversidad procedimental existente en nuestro Sector Público, la doble instancia no existe en todas las Administraciones de Costa Rica.

3. Regulación del procedimiento administrativo disciplinario en Costa Rica

3.1 Definición

El desarrollo histórico normativo y jurisprudencial ha permitido que, para el establecimiento de responsabilidades, se hayan reforzado las garantías en la defensa de las personas involucradas, tanto las sustantivas como las estrictamente procesales. Tal protección opera no solo para el Administrado, sino también para la Administración, como elemento

garante de legalidad y de haber seguido todos los pasos establecidos para el ejercicio de su potestad y protegerla de la presencia de vicios y/o nulidades que puedan afectar la validez y/o eficacia de sus actuaciones. Para el administrado, se constituye todo un abanico de garantías procesales, que analizamos en el punto anterior, como constitutivas del debido proceso, las cuales se materializan en una serie de herramientas e instrumentos que se ponen a disposición de la persona para proteger sus derechos e intereses. Tales elementos conforman el denominado procedimiento administrativo ordinario.

Para el tratadista Jinesta Lobo³³, El debido proceso y el derecho de defensa en el procedimiento administrativo o en la vía administrativa previa conforman, "... un derecho fundamental de primer orden que asegura la predictibilidad de la actividad formal de las Administraciones Públicas...". En sintonía con lo anterior, el Profesor Eduardo Ortiz, señala que el procedimiento administrativo consiste en: "... el conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir."³⁴

Del análisis de los tratadistas, podemos señalar que lo que caracteriza al procedimiento administrativo es que constituye un conjunto de etapas que deben seguirse para conseguir un fin determinado; la averiguación de la verdad real de los hechos (artículo 214.2 de la Ley General de la Administración Pública), en defensa de los derechos subjetivos del administrado y en la adecuada tutela del interés público protegido, materializado en una serie de garantías procesales que garanticen el adecuado ejercicio del derecho de defensa³⁵. Todas estas etapas que deben implementarse, de forma obligatoria, tienen un fin propio, que consiste, para

33 Jinesta Lobo, Ernesto, (2013), Artículo "Debido Proceso en la Sede Administrativa". En "Derecho Administrativo en el Siglo XXI", Lima, Adrus Editores, Vol. I. Pág. 1.

34 Ortiz Ortiz, Eduardo, (1981), Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública, Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica. Pág. 383.

35 Al efecto, ver las Sentencias 5754-06 y 5377-07 de la Sala Constitucional.

la Administración, en darle la formalidad requerida a la formación de voluntad, garantizando un adecuado ejercicio de su competencia, de forma que ésta no pueda ser desvirtuada con éxito ante instancias ulteriores y de cara al Administrado, que éste disponga de todas las herramientas que le permitan articular su defensa, otorgándole la posibilidad de demostrar su posición, si así resultase procedente.

3.2 Regulación del Procedimiento Administrativo en la Ley General de la Administración Pública

En el Ordenamiento Jurídico costarricense, esta sucesión de actos, que se conforman como garantías al debido proceso, se encuentran materializadas en una norma positiva con carácter de ley que regula este tipo de situaciones y que es específica y puntual en materia de procedimiento. Este texto, denominado, Ley General de la Administración Pública (aprobada como Ley N° 6227 en el año 1978), fue fruto de la evolución de distintos textos normativos de distinta relevancia y valor, siendo objeto de muchas críticas al inicio, pero que "revolucionó la actuación de la Administración, poniendo fin a abusos de larga data, reflejando la existencia misma del Estado de Derecho".³⁶ El régimen incorporado en dicha Ley consolida, simplifica y unifica un procedimiento, cuya generalidad permite que pueda ser utilizado para trámites administrativos de naturaleza distinta. El procedimiento establecido es altamente garantista y en este sentido, su versatilidad lo hizo pionero en la época previa a la existencia de la Sala Constitucional; resultando trascendente su regulación en los siguientes aspectos propios del debido proceso constitucional;

- Obliga a la Administración a ser transparente en sus actuaciones, de forma que documente y cumpla con todas las fases y trámites que se deban cumplir en el procedimiento. La Ley estatuye que el administrado debe disponer de pleno acceso a la documentación que se encuentre en el expediente y a ser comunicado de todas las actuaciones que le puedan afectar, de forma que, en ningún momento, caiga en indefensión.

- El administrado dispone de muchas posibilidades de articular su defensa, existiendo etapas y plazos amplios para conocer los hechos y presentar sus alegatos de defensa. Asimismo, dispondrá de una posibilidad de manifestar lo que considere procedente en su defensa, regulando los procesos de presentación de prueba y de audiencia, debidamente estructurados en el proceso.
- Obliga a la Administración a motivar sus actuaciones, impidiendo la arbitrariedad en los actos que se emitan y sometiendo a revisión, por parte de distintos operadores en sucesivas etapas de impugnación.
- Ajusta la duración temporal del procedimiento, de forma que, a través del sometimiento a términos y plazos, se impida que el administrado se encuentre sometido de forma indefinida a un procedimiento administrativo, o que su prolongación excesiva se utilice, de forma deliberada, para extender situaciones no deseadas por éste.

Siendo una norma cuya valoración es muy positiva, existen ciertos problemas derivados, per se, de la caracterización general de la ley y otros generados por una evidente obsolescencia generada por su antigüedad, sin que, hasta el momento, se haya producido una adecuada actualización, tales como:

- Presenta anacronismos derivados de la existencia de situaciones actuales que no pudieron ser previstas en su momento, donde el progreso, las nuevas tecnologías y un cambio en la forma en que se interrelacionan las personas, le restan capacidad de respuesta y eficacia en el cumplimiento de sus fines.
- Existen materias no reguladas en su clausulado. Esta falta de tipificación de algunos aspectos del proceso hace que se deba recurrir en exceso, a la normativa común o laboral (Código de Trabajo y Código Procesal Civil).
- Falta de actualización en cuanto a medios electrónicos y digitales de comunicación y formalización de actuaciones. Se utilizan en su sustitución, leyes como la de notificaciones y citaciones judiciales, que no siempre responde a las realidades que se pretende regular en sede administrativa.

³⁶ Rodríguez Vega, Eugenio, (2004), Costa Rica en el Siglo XX, Volumen 3, San José, Costa Rica, Euned. Pág. 66.

4. La Administración Pública en Costa Rica; Administración centralizada y autónoma

4.1 Caracterización General del Sector Público en Costa Rica

Costa Rica es un Estado de Derecho, con fuertes estructuras administrativas y jurídicas, plenamente afianzadas y consolidadas. Su evolución administrativa se caracteriza por una fuerte estructura institucional conformada a lo largo de distintos procesos constitucionales y políticos, plasmada en la existencia de los tres poderes tradicionales, un Tribunal Supremo de Elecciones y una fuerte Administración Local, reforzada con la emisión del Código Municipal en el año 1998. Antes de la Constitución Política del año 1949, Costa Rica se caracterizaba por ser: "... un Estado de Bienestar, con un régimen presidencialista bien asentado y un fuerte centralismo político...³⁷". Gracias a esta situación, la Administración Pública disponía de un gran poder frente al administrado, en una relación de carácter desproporcionado, donde el establecimiento de responsabilidades del Estado no se daba y los controles eran muy limitados.

La caracterización formal de la función pública en el país, surge a través de la conformación de un régimen de Servicio Civil³⁸, mediante la emisión de la Ley N° 540 del 18 de junio de 1946, que reformó el inciso 1) el artículo 109 de la Constitución Política de 1871. Con los eventos de la guerra civil del año 1948 y la posterior Constitución Política del año 1949, comienza un proceso de cambio frente a la concentración de poder que caracterizaba al modelo centralista, que favorecía la concentración y el abuso de poder, así como la corrupción. Paralelamente, empiezan a surgir Instituciones Públicas de nuevo cuño, cuya existencia se encuentra motivada por distintas razones, tales como evitar la concentración de poder, favorecer el control político, acercar el ejercicio de poder a la comunidad y favorecer el desarrollo de actividades productivas, por medio de entidades que, cercanas al

37 Salom, Alberto, (2011), artículo "La descentralización: Un conflicto de poder", Revista Ideario sobre la descentralización en Costa Rica", San José, Costa Rica, Instituto de Formación y Capacitación Municipal y Desarrollo Local. Pág. 103.

38 Ver Arce Gómez, Celín, (2011), Artículo "El Régimen de Servicio Civil: Enfoque Jurídico", Revista de Servicio Civil N° 28, San José, Costa Rica, Dirección General de Servicio Civil. Pág. 47.

régimen de derecho mixto, pudieran realizar con mayor facilidad, actividades de giro comercial. Al crearse estas Administraciones Públicas se les dotó de normativa específica, lo que provocó que se empezase a perder la uniformidad en su operación y control. Asimismo, la Constitución Política surgida a la luz de estos procesos, conforma el régimen autónomo - institucional (artículos 188 a 190) y el local, que, posteriormente, recibe un gran impulso con la emisión del Código Municipal, en el año 1998, donde se refuerza su marco institucional y competencial.

A partir de la estructuración administrativa en mención, se configura un Sector Público muy numeroso³⁹, poco uniforme y altamente desfragmentado, donde cada Institución empieza a funcionar de forma independiente, tanto en sus aspectos presupuestarios y operativos, como en su marco regulador - jurídico interno.

4.2 Administración Centralizada. Régimen del Servicio Civil

El Servicio Civil en Costa Rica es definido por Alberto Delgado y Juvenal Ramírez⁴⁰ como: "... un sistema jurídico-administrativo, creado para regular el acceso y ejercicio de los cargos de la función pública, en procura de una Administración profesional y eficiente.

La regulación de este "sistema" se establece con la emisión del "Estatuto de Servicio Civil", que como se indicó, dispone de rango de norma constitucional, encontrándose estructurado para regular, entre otros aspectos, la carrera administrativa y el régimen disciplinario de los funcionarios cubiertos por su órbita de aplicación. No obstante, este régimen, por distintas razones, no resulta aplicable a todas las Instituciones de la Administración Pública costarricense. De esta

39 Según el profesor Rastrollo Suárez, Juan José, (2016), en su artículo "La Función Pública en Costa Rica", Revista de Administración Pública, Madrid, España, página 415, son 330 Instituciones Públicas, haciendo referencia al estudio de estos indicadores realizado por J. C. CORTÁZAR VELARDE, M. LAFUENTE, y M. SANGINÉS (eds.) (2014) en el trabajo denominado "Una década de reformas del servicio civil en Iberoamérica (2004-13)", Washington DC: Banco Interamericano de Desarrollo.

40 Los autores Alberto Delgado y Juvenal Ramírez añaden que el Servicio Civil: "... Está constituido por un conjunto de instituciones, personas, normas y principios filosóficos y técnicos; establecidos en procura de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, proteger los derechos de sus servidores y conservar una relación ordenada y equitativa en la administración del empleo público...". Delgado Paniagua, Alberto y Ramírez Artavia, Juvenal, Op. Cit. Pág. 14.

forma, el régimen disciplinario que regula, resulta aplicable a un reducido número de Instituciones y/o funcionarios, excluyéndose su competencia en función de los siguientes parámetros; i. **Tipo de funcionario** (determinados servidores y líneas jerárquicas quedan fuera de su aplicación), ii. **Tipo de Ente Público del que se trate** (rige para la Administración Centralizada y sus Órganos adscritos), iii. **Materia Regulada**. Como veremos más adelante, determinadas materias gozan de una regulación específica establecida mediante ley especial y quedan fuera de la aplicación del Estatuto (Por ejemplo, acoso y hostigamiento sexual) y iv. Tipo de sanción a aplicar, Las faltas leves quedan fuera de su cobertura, al ser atendidas por los reglamentos internos de los Entes regulados).

4.3 Autonomía y Descentralización. Régimen Autónomo y Local

Podría pensarse que la idea originaria de la Asamblea Constituyente, otorgando reconocimiento constitucional al régimen de Servicio Civil, suponía uniformar un mismo régimen de Empleo Público para todo el Sector Público Costarricense. Esto no es así, en razón de que el propio texto constitucional vigente, como parte del proceso de descentralización administrativa, reconoce la existencia de otros sectores que, aunque también brinden función pública, presentan características y condiciones particulares para sus trabajadores, que deben ser respetadas y reconocidas. De esta forma, la Constitución Política, reconoce la especialidad del fuero local (artículos 168 al 165 de la Constitución Política), el régimen autónomo (artículo 188 de la Constitución Política) y las personas jurídicas sometidas al régimen mixto.

La conformación de estos sistemas normativos particulares responde a múltiples factores, pero, básicamente, lo que se busca es que, a través de las competencias derivadas de la autonomía administrativa, se puedan obtener determinados fines públicos que, en otros términos, no se podrían obtener. Esto genera una gran tipología de personas jurídicas públicas que presentan variada estructura organizacional y funcional y que atienden la necesidad del Estado de modernizarse y de hacerse más eficiente, ajustándose a modelos que les permitan atender, de forma más eficiente, las necesidades de la población. La autonomía responde

a la posibilidad de gobernarse por sí mismo, de ser independiente respecto al Gobierno Central, es una facultad de tomar por sí mismo, las decisiones que se consideren más apropiadas para poder ejecutar las labores que les corresponde realizar. Otra característica relevante de estos procesos de descentralización o autonomía radica en que se genera una mayor participación política de los ciudadanos y de mayor transparencia, ya que los instrumentos de control no están concentrados u ostentados por unos pocos, lo que aumenta el grado de democratización y participación popular en los procesos de decisión y gobierno.

Si bien autonomía y descentralización no son del todo sinónimos, resulta posible utilizar el concepto del profesor Gordillo⁴¹ de "descentralización", para detallar las características generales que deben presentar los entes u órganos caracterizados de cierto grado de autonomía, los cuales deben ser creados por norma legal con rango normativo suficiente (Constitución Política o Ley), deben disponer de personalidad jurídica propia, contar con una asignación legal de fondos públicos (vía Presupuestos del Estado, o generados por la actividad que desarrollan). Además deben estar sometidos al cumplimiento de un fin público específico, cuyo cumplimiento es la razón de la existencia del ente público y su actividad debe estar, en mayor o menor medida, sometida al control de la Administración centralizada. En nuestro país, este control se realiza a través del establecimiento de las políticas salariales y presupuestarias de entes como la Contraloría General de la República o la Autoridad Presupuestaria.

En todo caso, en el Sector Público nacional, se crean Instituciones con distintos grados de autonomía, en función de lo que se les permite realizar y su grado de cercanía respecto al poder centralizado. En el Cuarto Informe del Estado de la Nación del año 2011⁴²; se detalla los tipos de autonomía existentes en el sector descentralizado, indicándose que "(...) la autonomía es una relación organizativa entre el órgano del Estado y el ente descentralizado. La autonomía en cuestión puede ser de tres tipos: 1) organizativa, que comprende la

41 Gordillo, Agustín, (2003), Tratado de Derecho Administrativo: Parte General, Buenos Aires, Argentina, Editores Castellano Libros. Págs. 414-418.
42 Alfaro Redondo, Ronald y Ramírez Cover, Alonso, (2011) Institucionalidad Pública en Costa Rica, Cuarto Informe del Estado de la Nación, San José, Costa Rica, Estado de la Nación, CONARE, Defensoría de los Habitantes. Pág. 7.

libertad del ente para determina su propia estructura y de repartir sus atribuciones institucionales; 2) de gobierno, refiere a la posibilidad de de que el ente defina libremente sus fines, objetivos y metas de acción; y 3) administrativa, supone una libertad de acción al respecto de su actuación y manejo cotidiano". (El subrayado no es del original.)

Partiendo de las clases de autonomía referidas y tomando como base lo indicado por los funcionarios del Ministerio de Planificación costarricense, Lorena Beale Lacey y Leonardo Castellón Rodríguez, en su estudio "Sector Público costarricense y su organización"⁴³, podemos reconducir, de forma general, los tipos de Instituciones, Entes u Órganos Autónomos de mayor relevancia, en los siguientes:

- **Institución Autónoma:** Gozan de algún grado de independencia administrativa, económica y organizativa y están sujetas, en materia de gobierno, a la ley en materia de gobierno. (Artículo 188 de la Constitución Política).
- **Institución Semiautónoma:** Son aquellas Instituciones creadas por el legislador con una votación de mayoría simple, sin necesidad de los 2/3 de votos requeridos para crear una institución autónoma (Artículo 189 de la Constitución Política).
- **Municipalidades:** son Gobiernos locales adscritos a una jurisdicción territorial, que dispone de competencia y autonomía para desarrollar funciones de donde desarrollan funciones Gozan de reconocimiento constitucional (Artículos 170 y siguientes de la Constitución) y su régimen se encuentra incorporado en una norma con rango de Ley, el Código Municipal, Ley N° 7794.
- **Empresas Públicas:** creadas por la Constitución o por leyes especiales y disponen de diverso grado de autonomía, según su conformación para realizar alguna actividad de prestación o comercial requerida, para el cumplimiento de un interés público específico.

43 Beale Lacey, Lorena y Castellón Rodríguez, Leonardo, (2010), Sector Público costarricense y su organización, San José, Costa Rica, Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica. Págs. 15-16.

5. Caracterización general de las distintas clases de procedimientos administrativos, según tipo de Institución y normativa aplicable

Como se ha manifestado previamente, en nuestro país, existen serias diferencias en cuanto a la regulación y régimen aplicable a los distintos funcionarios, según laboren en una Institución u otra. Esta situación se manifiesta en los aspectos propios de la prestación del servicio; tales como la forma de ingreso al puesto de trabajo, los derechos y obligaciones de los que disponen los servidores y sobre todo, el régimen disciplinario aplicable. De esta forma, se podría considerar que esta casuística, que afecta los distintos regímenes de la función pública, podría estar comprometiendo algunos aspectos básicos de la prestación del servicio público en nuestro país, tales como el respeto al principio de igualdad y no discriminación en tales procesos, la aplicación adecuada del régimen fiscalizador sobre el uso de los fondos públicos y el control interno, entre otros. Otro aspecto operativo que se ha generado por esta atipicidad, es la duplicidad de regulación de los mismos asuntos, por parte de distintas instituciones⁴⁴ y su efecto inverso, donde nadie asume su responsabilidad, cuando existen dudas sobre su competencia. De esta manera, podemos indicar que en la Administración Pública costarricense, los instrumentos legales que norman la relación de empleo público y el procedimiento administrativo en Costa Rica⁴⁵ más relevantes son los siguientes; el Estatuto del Servicio Civil (Poder Ejecutivo), Código de Trabajo que es aplicado generalmente de forma supletoria, las Convenciones Colectivas de Trabajo; vigentes en 71 instituciones del Estado, (20 en instituciones públicas y 51 en el sector municipal) y otros instrumentos condicionados por el grado de autonomía: leyes especiales, Reglamentos Autónomos de Organización y Servicio y similares.

44 Saborío Valverde, Rodolfo, (2004), Rendición de cuentas en Costa Rica: diagnóstico y propuesta de sistematización, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro. Págs. 95-97.

45 Esta clasificación se encuentra en la presentación denominada: "Empleo Público en Costa Rica: estado actual, desafíos y acciones en marcha", del Ex Ministro de Planificación de Costa Rica, Gallardo Núñez, Roberto, durante los años 2007-2010. Pág. 3.

5.1 Aplicación del procedimiento administrativo establecido en la Ley General de la Administración Pública

Si bien, como punto de partida, se ha consolidado la utilización de la regulación establecida en la Ley General de la Administración Pública, la complejidad derivada de la especificidad de las Instituciones existentes involucradas, así como el surgimiento de nuevos procesos, ha provocado una gran atipicidad en la forma en que se atienden y regulan las situaciones presentadas por parte de cada ente público. En la práctica profesional suele ser usual escuchar a los distintos operadores jurídicos referirse a la utilización de los principios generales de esta ley cuando ejercen potestad disciplinaria, pero mezclándolos con la aplicación de normativa específica y supletoria de otras normas, que le otorgan una naturaleza totalmente diferente a la forma en que es implementado y resuelto el trámite procedimental.

En concreto, si bien la Ley General incorpora las formalidades mínimas que deben calificar al procedimiento administrativo ordinario, otras normativas son mucho más específicas en su regulación aplicable en cuanto a las fases, plazos, e instancias competentes, desaplicando elementos de gran importancia previstos en la Ley General. De igual manera, podemos afirmar que la Ley de cita incorpora el régimen formal para el ejercicio de la potestad sancionatoria, pero no el sustantivo, al ser omisa en aspectos como, la definición de los tipos sancionatorios y sus consecuencias punitivas. Resulta obvio pensar que la Ley General o normativa similar no está en disposición de regular todas las situaciones que se presenten en la práctica. Pero debemos considerar que, en su configuración actual, algunos aspectos no están regulados por dicha norma y otros son desaplicados por los operadores jurídicos, simplemente porque están desactualizados, o porque, discrecionalmente, se prefiere la aplicación de otra normativa especial o supletoria, al resultar de mayor conveniencia u oportunidad, para obtener el resultado que sea más satisfactorio a los intereses particulares que se busque obtener.

5.2 Regulaciones procedimentales existentes según sujeto y régimen aplicable

5.2.1 Regulación del Estatuto del Servicio Civil

El Estatuto del Servicio Civil establece un complejo procedimiento para disciplinar a los funcionarios cubiertos por el régimen del Servicio Civil, cuando se trate de la comisión de faltas graves por parte de los funcionarios de esta Administración Centralizada. Por su parte, cada Ministerio y Órgano e Institución adscrita dispone de su respectivo reglamento interno donde se gradúan las distintas sanciones de rango inferior y el responsable de aplicarlas, será un miembro de la propia Administración, según grado (jefatura inmediata y jerarca). Para el ejercicio de la competencia que le corresponde desarrollar al Servicio Civil, se constituyen varias instancias internas que intervienen a lo largo del proceso; donde la Dirección General de Servicio Civil instruye el procedimiento administrativo, el Tribunal de Servicio Civil resuelve, en exclusiva, sobre la gestión de despido y el denominado Tribunal Administrativo de Servicio Civil, creado mediante Ley N° 8777 del 7 de octubre del 2009, resuelve las impugnaciones y agota la vía administrativa. Asimismo, existe un régimen específico para la carrera docente, previsto dentro del marco del propio Estatuto de Servicio Civil.

De esta forma, podemos encontrar las siguientes dificultades que presenta el régimen disciplinario que opera dentro de la Administración Centralizada:

- Diferente trato según tipo funcionario o Institución donde labore. Falta de uniformidad en el procedimiento a utilizar, el tipo de operador jurídico que interviene y la sanción a aplicar, aspectos condicionados según la unidad administrativa responsable. No existe la igualdad para todos los funcionarios.
- El Procedimiento que se utiliza es complejo, largo y ambiguo, susceptible de generar confusión respecto a cuál régimen debe utilizarse para cada caso. Lo anterior, supone que se diluya el debido proceso por la existencia de un trámite procedimental complejo. Existe un exceso de etapas y no busca la

simplificación de trámites. Asimismo, la cantidad de trámites e instancias intervinientes pueden limitar o dificultar el acceso a la jurisdicción judicial, por parte del administrado.

- La intervención de varias instancias instructoras y decisorias en las propias Instituciones y en el Servicio Civil, podría estar afectando la aplicación del principio del Juez Natural, que se debe respetar en el procedimiento administrativo sancionador.
- Si bien el Estatuto de Servicio Civil, norma con rango de ley, incorpora ciertas sanciones para los funcionarios de la Administración Centralizada, parte de la regulación se encuentra incorporada en normativa interna de rango reglamentario, emitido por cada Ministerio u órgano.

5.2.2 Regulación incorporada en normas reglamentarias. Principio de Reserva de Ley en materia disciplinaria

Nuestra Constitución Política, en su artículo 192, establece que los aspectos de regulación del marco sancionador propio del régimen disciplinario para los funcionarios, deben encontrarse definidos por norma con rango legal, tal y como resolvió la Sala Constitucional en su Voto N° 14624-11⁴⁶. No obstante, debemos señalar que es la propia ley la que permite que, dentro de determinados límites y condiciones, que normativa de rango inferior regule algunos aspectos de la relación de empleo que podría considerarse deberían estar cubiertos por la referida reserva de ley. En este sentido, la tratadista colombiana María Lourdes Ramírez Torrado⁴⁷, en su artículo denominado: “La reserva de ley en materia sancionadora administrativa

46 En dicho Voto se indica que: “...El artículo 192 constitucional dispone que la regulación del derecho fundamental de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos está reservado a la ley. Este Tribunal ha señalado que la regulación legal del derecho incluye no solo los requisitos de admisión, sino las condiciones de permanencia, así como las causas de remoción, las prohibiciones e incompatibilidades...”. Al respecto, la Sala Constitucional ha declarado inconstitucionales algunos Reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo, por tratar materias reservadas al principio de Reserva de Ley (Ver Voto N° 2007-06340.) La Sentencia de la Sala Constitucional N° 8409-11 establece que: “Con base en el principio de reserva de ley, una norma reglamentaria no puede regular materia destinada con exclusividad a la ley formal, como lo es toda aquella relativa al goce de los derechos fundamentales”. (Los subrayados no son del original.)

47 Ramírez Torrado, María Lourdes, (2009), Artículo “La reserva de ley en materia sancionadora administrativa colombiana”, Investigación sobre la Potestad sancionadora de la Administración en Colombia, Barranquilla, Colombia, Universidad del Norte. Pág. 142.

colombiana”, señala que: “... La posición reiterada de la Corte Constitucional es que los principios que regulan la actividad penal sean matizados en el campo del derecho administrativo sancionador, y la reserva de ley no es la excepción a esta regla general. (...) Entonces la cuestión está en determinar cuál es el límite, si este existe, del ejercicio de la potestad reglamentaria en materia sancionadora...”. Sobre este tema, el autor Jinesta Lobo⁴⁸ señala que los Reglamentos Autónomos de Servicio, que regulan el régimen estatutario, pueden regular algunos aspectos de la relación de empleo público, tales como: “... el régimen disciplinario, los permisos, las vacaciones, las licencias, las becas o la capacitación...”. No obstante, señala que cuando regule potestades de imperio, en ejercicio a relaciones de especial sujeción, es preciso una regulación por ley...”. Nuestra Sala Constitucional parece tener otro criterio, cuando en su Voto N° 03733-2011, al referirse al tema, ha señalado que: “... las exigencias derivadas del principio de legalidad y sus corolarios, como los de regulación mínima y reserva de ley, sufren una importante atenuación en las relaciones de sujeción especial, que quedan sometidas a poderes reglamentarios...”

Los Reglamentos Autónomos de Servicios, constituyen una manifestación de la potestad de auto organización del Poder Ejecutivo, según establecen los artículos 140.18 de la Constitución Política y 103 de la Ley General de la Administración Pública.⁴⁹ La introducción de este instrumento en nuestro Ordenamiento Jurídico viene a llenar un vacío en la regulación del empleo público, tanto en la organización y aprovechamiento del recurso humano, como en la constitución del marco disciplinario, ante conductas que requieren ser debidamente encauzadas, de cara a garantizar el adecuado cumplimiento del fin público de cada Administración. Si bien el régimen de empleo público debe considerarse una rama del Derecho Administrativo y desde este punto de vista, debe quedar clara y expedita la capacidad de la Administración Pública de ejercer sus competencias y reglamentarlas en sus propios instrumentos jurídicos, el hecho de generar

48 Jinesta Lobo, Ernesto, (2009), Artículo “Reglamentos, circulares e instrucciones, como fuente de Derecho Administrativo en Costa Rica”, en actas de VIII, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, sobre “El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica, Panamá. Págs. 14-15.

49 Según indica el profesor Jinesta Lobo, Ernesto, Op. Cit. Pág. 13.

consecuencias disciplinarias gravosas, en lo patrimonial y lo laboral, vía reglamento interno, podría suponer un ejercicio abusivo e inconstitucional de esta potestad. La creación por las Administraciones de tipos sancionatorios y consecuencias punitivas específicas, vía reglamento interno, podría estar afectando la aplicación de la potestad disciplinaria, generándole vicios y debilidades a sus actuaciones materiales, susceptibles de ser atacadas, con éxito, ante los Tribunales de Justicia.

5.2.3 Regulación de la materia en Convenciones Colectivas. Juntas de Relaciones Laborales

Otras Instituciones y Empresas Públicas existentes en el Sector Público costarricense, han optado por otra vía para regular sus relaciones laborales de empleo público y hasta de régimen mixto⁵⁰. En el desarrollo histórico reciente de la Administración Pública costarricense, las organizaciones sindicales han adquirido una fuerte presencia en la defensa de los derechos de las personas trabajadoras, inclusive respecto a aquellos que ostentan la condición de funcionarios públicos. En principio, el instrumento de negociación más utilizado ha sido la figura de la Convención Colectiva, donde los patronos y los trabajadores negocian y establecen el régimen y condiciones de empleo que se van a aplicar entre ellos y la respectiva Administración. Es una especie de "contrato entre partes" que delimita el marco normativo aplicable en las relaciones de empleo público (incluyendo el régimen disciplinario) y cuya inaplicación podría generar consecuencias para la parte que lo incumpla⁵¹. Así, si la Administración activa una gestión disciplinaria sin utilizar el procedimiento establecido por la Convención, o sin que intervengan los órganos constituidos para mediar o defender a los trabajadores, se arriesga a que ésta sea declarada nula, aunque se hayan respetado, por ejemplo, los procedimientos incorporados en la Ley N° 6227.

Si bien la Sala Constitucional, a través de la Resolución 3053-94, declara inconstitucionales "las convenciones colectivas que regulen aspectos propios de empleo

de naturaleza pública, señala que: "...no son inconstitucionales las convenciones colectivas que se celebran en el sector público, cuando las celebran obreros, trabajadores, funcionarios o empleados del sector público, cuyas relaciones laborales se regulan por el Derecho común..." No obstante, la mencionada jurisprudencia mantiene la vigencia de aquellos instrumentos colectivos que se han negociado y se han venido prorrogando o modificando. Esta situación ha permitido que varias Instituciones y Entes Públicos dispongan de convenciones colectivas de larga data, que se aplican a todas las personas trabajadoras, independientemente de su condición de empleado público o trabajadores de régimen mixto, según sea el caso. Al final, eliminar este tipo de instrumentos en el Sector Público no resulta tan sencillo por los intereses y derechos adquiridos de las personas y los grupos beneficiados por su aplicación. Como resultado de este proceso, se produce una fuerte participación de los sindicatos, organizaciones gremiales o representantes de los trabajadores, dentro de los procesos laborales, tales como el reclutamiento y selección, negociación salarial y régimen disciplinario, entre otros.

Muchas convenciones colectivas introducen las Juntas de Relaciones Laborales, figura jurídica sobre la cual, la Procuraduría General de la República, en su dictamen **N° C-230-2005**, manifiesta que: "...su creación es fruto de acuerdos o pactos concertados entre la Administración y organizaciones de empleados, que antes de 1992 fueron materializados en laudos arbitrales. Sin embargo hoy se encuentran específicamente contenidos en cláusulas obligacionales de convenciones colectivas, e incluso en Reglamentos autónomos o independientes de organización...". De esta forma, las Juntas de Relaciones Laborales son órganos extra legales, que no se originan de una regulación legal⁵² y que pueden desarrollarse en el marco de una Convención Colectiva o de un Reglamento Autónomo de Servicios. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia⁵³ indica que son una instancia de interés común entre los trabajadores y los patronos, que desarrollan una función consultiva dentro del procedimiento administrativo,

50 Aplicable en los casos de las personas trabajadoras reguladas de conformidad con el artículo 112.2 de la Ley General de la Administración Pública.

51 Al respecto, el artículo 55 del Código de Trabajo señala que es un instrumento que se celebra entre los sindicatos y los patronos con la finalidad de "... reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste...".

52 Oficio N° DAJ-AE-061-11 24 de febrero de 2011 de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

53 Resoluciones N° 96-202 LAB de las 16:05 horas del 3 de julio de 1996, 57 de las 09:05 horas del 16 de febrero de 1997 y 99-143.LAB de las 10:00 horas del 31 de mayo de 1999.

donde si bien, su criterio es recomendatorio, se requiere su obligada intervención para otorgarle validez y eficacia a dicho trámite procedimental. En este marco de regulación, la intervención inadecuada de intereses particulares, sindicales y/o políticos, ha llegado a obstaculizar, bloquear o impedir el sano desarrollo de los procedimientos administrativos y también, se han generado abusos en los privilegios y protecciones respecto a otros trabajadores, llegando al punto de crear desigualdades entre trabajadores dependiendo de que se encuentren o no sindicalizados.

5.2.4 Aplicación supletoria del Código de Trabajo al Empleo Público

Como podemos apreciar de lo indicado hasta este momento, la Sala Constitucional ha sido clara en señalar la diferenciación entre el empleo público y el derecho laboral, ya que el régimen de Derecho Público: "... implica, necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios, ya no solamente distintos a los del derecho laboral (privado), sino muchas veces contrapuestos a éstos...⁵⁴". La regulación pública del empleo se caracteriza, en nuestro Ordenamiento Jurídico, por la presencia de grandes lagunas en su regulación, donde se utilizan fuentes diversas, no siempre de origen administrativo y se aplica la normativa de carácter supletorio, produciéndose una excesiva importación de lo laboral al derecho público⁵⁵. Esta situación que se origina, en principio, en una falta de regulación en los códigos administrativos, responde también a la facilidad de la que dispone el operador jurídico, para importar los preceptos del ordenamiento jurídico que rige las relaciones propias del Derecho Laboral. No obstante, en ningún caso, debemos olvidar que el objeto de un sistema normativo y del otro, son radicalmente distintos, cuando en el sector privado, se busca regular las relaciones entre patronos y trabajadores, en el Derecho Público, se regula la relación de empleo público, que si bien define las condiciones de prestación

54 Sentencia 1696-92 de la Sala Constitucional.

55 Resulta sencillo encontrar ejemplos en las cuales, los órganos que instruyen y resuelven los procedimientos administrativos en la Administración Pública utilizan cada vez más, la normativa laboral común, en su condición de cuerpo normativo supletorio, dándose una importación de los institutos propios del derecho laboral, tales como el principio del indubio pro operario, el régimen de prescripción del artículo 603 del Código de Trabajo y los tipos de sanciones incorporados en dicho cuerpo normativo.

aplicables a sus servidores, su objetivo final consiste en estructurar las condiciones para que su fuerza laboral pueda cumplir con los fines públicos propios de la Administración Pública.

5.2.5 Regímenes disciplinarios especiales, creados por Ley Especial

En nuestro Ordenamiento Jurídico, se han creado distintos procedimientos especializados, cuyo origen se encuentra en normas de rango legal, que definen su atipicidad frente a los procedimientos generales, en razón tanto de la materia que regulan, como de aquellos sujetos a los que van dirigidos sus efectos. Si bien su particularidad puede venir caracterizada por la defensa de un fin específico que se busca tutelar (custodia de un patrimonio del Estado, protección de la parte más débil ante una situación de acoso o violencia), estos regímenes incorporan elementos novedosos a la mecánica procedimental, que inciden en un alejamiento progresivo del acervo normativo y procedimental común existente en el régimen público de empleo⁵⁶

Finalmente, debemos referir la copiosa casuística generada por un incipiente intervencionismo judicial en la labor de la Administración Pública⁵⁷, provocada por una constante y probablemente, excesiva, revisión y fiscalización de los procedimientos administrativos por parte de las mencionadas instancias judiciales.

56 Ejemplos de estas singularidades son la presencia de un procedimiento especialmente proteccionista hacia la víctima, en materia de hostigamiento sexual, recargando la demostración de su inocencia en el agresor, así como el ingreso de actores como la Defensoría de los Habitantes. En materia de administración de recursos públicos, el artículo 71 de la Ley de la Contraloría General de la República, así reformado por la Ley de Control Interno, N° 8292, establece un plazo especial de prescripción de la responsabilidad disciplinaria de la persona funcionaria de cinco años, distinto del incorporado en el Código de Trabajo, para "las infracciones previstas en esta Ley y en el ordenamiento de control y fiscalización superiores". Por su parte, la Ley de Control Interno y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422 incorporan nuevos tipos sancionadores sometidos a la fiscalización y control sobre el desempeño y los supuestos de corrupción en los que se puede incurrir en razón de su investidura pública.

57 Intervencionismo por parte de la Jurisdicción Constitucional, la Contencioso Administrativa y en idéntico sentido, se prevé el incremento de actividad de los jueces de lo Laboral, tras el proceso de reforma procesal de esta Jurisdicción, que entró en vigor el pasado 25 de julio del 2017.

5.3 Consecuencias de la existencia de distintos tipos de Procedimientos Administrativos en el Sector Público costarricense

Como resultado de lo indicado hasta este punto, resulta posible apuntar la existencia de una serie de aspectos favorables y otros no tan positivos de la situación actual de la diversificación presentada en la regulación del procedimiento administrativo en nuestro país. Como aspectos positivos, podemos apuntar los siguientes; primero, con los procedimientos particulares, se garantiza disponer de un trámite debidamente especializado y ajustado a las necesidades de la Institución donde se utiliza. Segundo, la posibilidad de establecer su propio trámite procedimental supone una manifestación del pleno ejercicio de su autonomía o independencia, pudiendo definir cada Administración, la estructura disciplinaria que sea acorde a sus necesidades. Finalmente, esta adaptación del procedimiento responde también al fortalecimiento de la posición de la persona trabajadora frente a la Administración, donde se ha producido un marcado intervencionismo en materia de procedimiento, por parte de los gremios y organizaciones sindicales, que la representan.

Por otra parte, la multiplicidad procedimental ha generado efectos perjudiciales hacia la actividad de las Administraciones Públicas que afectan o reducen la fortaleza y eficacia del ius puniendi administrativo, entre los cuales, podemos citar los que se indican a continuación:

- Se produce una afectación a los principios que califican al procedimiento administrativo sancionador; en específico, el cumplimiento de los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley, cuando las conductas que generan responsabilidad no se encuentran debidamente previstas en tipos con rango de ley, o que respeten o hagan referencia a esta jerarquía normativa.
- Esta falta de uniformidad ha fortalecido la atipicidad, desregulación y la aparición de regulaciones laxas o inexistentes, contrarias a los principios del procedimiento y el debido proceso. En sentido inverso, se ha generado, en otros casos,

un ejercicio abusivo del derecho de defensa, al producirse, en muchas ocasiones, tácticas dilatorias y obstruccionistas por parte los representantes de las personas investigadas, las cuales ven su eficacia incrementada en estos procedimientos particulares.

- En cumplimiento del principio de imputación, las personas objeto de los procedimientos administrativos deben tener claramente definida la normativa que les resulta aplicable. Con tanta dispersión normativa como sucede en la actualidad, muchas veces no quedan claras cuáles son las normas a aplicar, incorporándose, como se indicó supra, las de otros cuerpos legales, generando incertidumbre en los expedientados y en los órganos que deben aplicar el derecho. Como consecuencia de la confusión existente, provocada por la multiplicidad normativa en materia disciplinaria, resulta posible que se genere indefensión y afectación al debido proceso de las partes, al desconocerse los instrumentos y herramientas que, en tales trámites, se disponga para articular una defensa adecuada.
- La existencia de distintos órganos que instruyen y deciden y de instancias que resuelven las impugnaciones, incluyendo la existencia de jerarquías impropias; ataca al principio del juez natural, garantía básica a favor de los expedientados dentro del procedimiento administrativo.
- La existencia de distintos procedimientos administrativos y varios cuerpos sancionadores distintos ataca el principio de igualdad, donde ante similares conductas, cada régimen prevé consecuencias diferentes, obviando la situación de que todos las personas funcionarias públicas del país, deberían ser tratadas de igual forma.
- La introducción de etapas y actores particulares, puede suponer que, en algunos trámites, se incrementen los costos del proceso, tanto para las partes, como para la Administración. Esta excesiva burocratización que presenta el procedimiento en la actualidad, ante la instrucción de procedimientos muy complejos y con muchos actores, aumenta las posibilidades de que excepciones como la prescripción o la caducidad, sean interpuestas con éxito, tanto en vía administrativa, como en sede judicial.

6. Hacia un régimen unificado en materia administrativa disciplinaria en Costa Rica

6.1 Caracterización general

Sería muy sencillo concluir que la creación de un régimen unificado tanto de empleo público, como de procedimiento administrativo disciplinario, sería lo más apropiado para acabar con todas las distorsiones que el régimen actual genera en su aplicación a los distintos funcionarios públicos. Al respecto, debemos indicar que nos encontramos en un medio donde se han consolidado no solo intereses particulares y colectivos, sino también derechos adquiridos de los involucrados, sobre los cuales no resultará fácil realizar cambios inmediatos. De esta forma, cualquier modificación que se quiera realizar, tendría que ser sometida a un fuerte proceso de negociación, ante la más que posible oposición por parte de los trabajadores, sus organizaciones gremiales y grupos de interés político y económico.

En nuestra corriente legislativa, se encuentra en estudio un proyecto de Ley de Empleo Público (Expediente N° 20.057⁵⁸), cuyo contenido apunta a que: "... la dispersión de regímenes de empleo contraviene todos los criterios de eficiencia en el servicio, responsabilidad fiscal, justicia social, democratización de acceso al servicio público, entre otros...". No obstante, su regulación nos resulta incompleta, ya que sigue remitiendo gran parte de su regulación al Estatuto de Trabajo, demás reglamentos y de forma supletoria, al Código de Trabajo, cuando en materia de regulación de empleo público, debe existir un proyecto que configure un régimen que abarque todos los aspectos mencionados, desde una perspectiva de Derecho Público. Aquí podemos apuntar que la situación actual en la materia, responde a una problemática nacional que debe ser atendida y resuelta, a corto o mediano plazo. Lo anterior, no solo por razones de disminución del gasto público⁵⁹ o régimen fiscal que nuestro Gobierno apunta como

un problema difícil de manejar⁶⁰, sino también por la necesidad de eliminar las diferencias de trato entre empleados públicos, generadoras de discriminaciones y favorecimientos que no deberían existir, cuando todos trabajan para el mismo patrono y por la misma finalidad ulterior, la defensa de los objetivos e intereses del Estado costarricense.

6.2 Creación de un Procedimiento Administrativo Disciplinario común para todo el Sector Público costarricense. Antecedentes y factibilidad

Si se realiza un análisis de Derecho Comparado, resulta posible apreciar que el empleo público en España ha sido objeto de múltiples cambios y actualizaciones en los últimos años. El último proceso de reforma, concluyó con la emisión del Real Decreto Legislativo 5/2015, denominado Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. La creación de dicho Estatuto responde a una necesidad similar a la mencionada en el presente trabajo; la existencia de multiplicidad de Administraciones con distintos regímenes de empleo y de regulación disciplinaria. En esta línea, Carmen Perona Mata⁶¹, en la versión comentada del citado Estatuto, señala que dicho proyecto responde a las profundas transformaciones sufridas por las Administraciones Públicas españolas desde los años ochentas y a la dispersión existente en la legislación básica en varios textos, para lo cual, resultó imprescindible realizar una reforma a la normativa aplicable, para adaptarla a los cambios sociales y políticos que se han presentado, en años recientes, en su país. En España, probablemente el asunto revestía una mayor gravedad que en Costa Rica, por la existencia de diversas Administraciones Públicas con funciones y regulaciones diferentes y paralelas y/o complementarias; la Estatal, la Municipal y la propia de las Comunidades Autónomas. En nuestro país, recientemente, no se han desarrollado acciones que respondan a la necesidad de reformar la normativa que regula el empleo público, lo que ha venido a intensificar la problemática señalada a lo largo de este

58 Se puede encontrar el proyecto completo en la siguiente dirección Web: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=20057.

59 Artículo del Diario La Nación "Gobierno incluye reforma a empleo público en plan para sanear finanzas del Estado", publicado el día 04 de enero del 2017. Dirección Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/Casa-Presidencial-convocara-reforma-publico_0_1607639316.html

60 Artículo del Diario La Nación, del día 08 de enero del 2016. Dirección Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/Luis-Guillermo-Solis-enfrenta-deficit_0_1535246547.html

61 Perona Mata, Carmen, (2016), Estatuto Básico del Empleado Público, actualizado y comentado, España, Federación de Enseñanza de CCOO. Pág. 20.

trabajo; regulaciones en esta materia que no se ajustan a los intereses públicos de las Administraciones y leyes cuya antigüedad, les impide adapten adecuadamente a las nuevas necesidades que se van generando en la evolución de la función pública.

Volviendo al supuesto español, la jurista Perona Mata determina que si bien la emisión de la normativa del año 2015, al amparo de la Constitución Española, se realizó con la idea de conformar: "... una ley general del Estado que, en cumplimiento de las mismas, regule de manera completa las bases de dicho régimen estatutario..."⁶², en realidad, cada vez existe una mayor tendencia a la descentralización administrativa y normativa. En función de lo anterior, "... se remite ampliamente a la legislación que, en su desarrollo, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias..."⁶³. Tal y como se comentó antes, nuestro país ha sido partícipe de un profundo proceso de descentralización, adquiriendo las Municipalidades, de forma progresiva, mayor cantidad de potestades y autonomía, la cual también es defendida y asumida por otros entes como las Universidades y las Instituciones Autónomas. Esto nos lleva a concluir que no existe un ambiente muy propicio a la modificación, donde nadie quiere perder beneficios, ni prerrogativas, aunque este cambio, sea de interés público. Consideramos que el cambio es necesario, por las razones que hemos venido comentando, que podemos resumir a la necesidad de fortalecer la eficiencia administrativa y presupuestaria del Estado costarricense, así como garantizar los derechos de los trabajadores, pero, a la vez, asegurando que los funcionarios que trabajen para la Administración respondan, de manera efectiva, a los principios de eficiencia e idoneidad, contestes al cumplimiento de los fines públicos del Estado.

Un proyecto de empleo público supone el establecimiento de un régimen donde se incorpore la regulación común de todos los aspectos propios de la relación de prestación, que sea de aplicación a todas las personas funcionarias. Resulta obvio que no es posible que toda la estructura regulatoria del empleo público se incorpore en un único texto normativo, ya que, aparte de no ser práctico, ni funcional, siempre

existirán pequeñas particularidades en cada Institución, derivadas del interés público específico y de la naturaleza jurídica del ente u órgano del que se trate. Por lo tanto, lo que debe consolidarse y unificarse es el contenido común que debe ser de aplicación uniforme para todas las personas servidoras, garantizando su no discriminación, mediante el efectivo cumplimiento de los principios del procedimiento disciplinario y del debido proceso administrativo.

6.3 Aspectos a considerar en una regulación uniforme de los procedimientos disciplinarios. Ventajas de la regulación unificada

- a. El marco regulador de los aspectos disciplinarios comunes para los servidores del Sector Público, deberá incorporarse en norma de rango de ley. En todo caso, un régimen disciplinario definido en una norma de Derecho Público, otorga mayor seguridad jurídica al operador, al quedar debidamente definida y consolidada la regulación disciplinaria aplicable al Sector Público, sin tener que remitirse a la aplicación de normativa prevista en el Código de Trabajo u otros cuerpos normativos.
- b. En dicha normativa de rango legal, se deberán tipificar las conductas prohibidas y sus consecuencias en forma de sanciones administrativas y régimen de responsabilidad aplicable. Cabe plantearse si todo este contenido debe incorporarse en una sola norma general o si se puede organizar en normativa específica, que se ajuste a los parámetros de legalidad mencionados. Esta opción parece ser la más razonable, con fundamento en los motivos apuntados con anterioridad. También parece necesario que se definan los parámetros objetivos que las instituciones deberán utilizar para graduar las sanciones aplicables, con base en criterios de proporcionalidad y razonabilidad, de forma que se reduzcan y limiten los márgenes de discrecionalidad que rigen en los procesos disciplinarios, que se desarrollan en la actualidad.
- c. Se debe integrar esta regulación con el procedimiento administrativo previsto en la Ley General de la Administración Pública, el cual, a pesar de sus múltiples virtudes, deberá ser reformado y

62 Perona Mata, Carmen. Loc. Cit.

63 Perona Mata, Carmen. Op. Cit. Pág. 19.

actualizado⁶⁴. En concreto, la Ley General requiere modificaciones urgentes que, en armonía con una nueva Ley de Empleo Público, la actualicen en aspectos que, o se han quedado desfasados, o no fueron regulados en su momento, tales como las comunicaciones vía electrónicas o por correo electrónico, investigación preliminar, conformación de órganos directores, caducidad, prescripción, plazos e impugnaciones.

d. El procedimiento que se incorpore deberá incorporar todos los instrumentos y garantías previstas, tanto en las normas vigentes, como en la jurisprudencia constitucional, para la defensa del debido proceso de los intervinientes. Inclusive, al tenor de la jurisprudencia constitucional, se debería conformar un procedimiento administrativo abreviado para el trámite de las faltas más leves, que, a través de un cauce menos complejo, garantice, en su medida, el respeto al debido proceso. Asimismo, se podrán establecer las limitaciones que corresponda, para evitar el ejercicio abusivo del derecho de defensa, quedando claramente delimitado, el rol de los representantes legales, las organizaciones gremiales y sindicales, sin que su intervención suponga una amenaza a la instrucción del propio procedimiento.

e. En cumplimiento del principio del juez natural, en los procedimientos administrativos que se definan en cada Institución, deben quedar muy claros quiénes van a ser los órganos que van a tomar las decisiones en cada instancia y, por ende, las líneas jerárquicas que se encargarán de las respectivas impugnaciones que sean presentadas. Asimismo, para las apelaciones en segunda instancia, se considera oportuna la conformación de un Tribunal de Apelaciones, como única instancia que resuelva, para todas las Administraciones, las impugnaciones en segunda instancia. Con esto, se aseguraría la existencia de una última instancia profesionalizada, independiente y especializada en la materia.

f. Con la emisión de un procedimiento común, debidamente estructurado y garantista, se permitiría no solo reducir los costos a la Administración Pública,

sino también garantizar la aplicación de los mismos criterios a todos los servidores públicos, despolitizando y haciendo más objetiva la toma de decisiones en todos los aspectos regulados en materia de Empleo Público y procedimiento disciplinario.

7. Conclusiones y Recomendaciones

En la actualidad, no resulta sencillo plantear la unificación de la regulación para todos los funcionarios públicos en un solo régimen de empleo público y régimen disciplinario. Si bien, como hemos podido apreciar, han existido diversas propuestas en este sentido, éstas han respondido a intereses políticos o de reducción del gasto público, pero no han estado realmente orientadas, al establecimiento de la regulación más oportuna, tanto para el Sector Público, como para las personas funcionarias implicadas. En todo caso, el objetivo primordial de cualquier reforma de este tipo, debe encontrarse dirigida a hacer más eficiente al Sector Público, en defensa del interés público tutelado, mediante la mejora de los procedimientos existentes, que promuevan una protección efectiva de los derechos e intereses de las personas que laboran para el Estado costarricense. En este sentido, corresponde indicar que si nuestras Administraciones Públicas presentan características estructurales y normativas similares (en aspectos tales como; acceso al empleo, condiciones, remuneración, régimen de calificación de rendimiento y régimen disciplinario), el régimen estatutario debería ser el mismo para todos los servidores públicos.

No obstante lo anterior, en razón de la existencia de derechos adquiridos inherentes a los funcionarios públicos actuales y de los intereses propios de los diferentes colectivos que interactúan en este ámbito (gremial, empresarial, político), se presentan serios obstáculos contra cualquier proceso de reforma y mejora del Sector Público. De hecho, no resulta posible detectar la existencia de una identidad unificada en todo el Sector Público costarricense, donde cada Administración opera por su lado, llegando inclusive, en algunos casos, a enfrentarse entre ellas. Dentro de este contexto, estos procesos renovadores deben partir de los factores comunes que existan en todas las

64 En la actualidad, algunos aspectos regulados en la Ley General de la Administración Pública, han sido desplazados por otras normas supletorias, como el Código de Trabajo, el Código Procesal Civil, la Ley de Notificaciones, Citaciones y Otras Comunicaciones Judiciales, o por los Reglamentos Autónomos internos de cada Institución o las Convenciones Colectivas que todavía existen.

instancias administrativas, para ir integrando, de forma gradual y progresiva, las modificaciones necesarias, de cara a la obtención de una mejora regulatoria, orientada a la consolidación de un marco normativo común, que sea respetado y aplicado por todas las Instituciones Públicas. Partiendo de la consolidación de las ventajas que el régimen unificado represente en cuanto a la defensa del interés público y al respeto a los derechos de los funcionarios, deberán identificarse aquellas áreas en las que, por su grado de atipicidad, proceda una regulación particular, la cual deberá estar integrada al marco regulador general para toda la Administración Pública. En materia de procedimiento administrativo, la particularidad puede venir definida por aspectos procesales claramente definidos (identidad del sujeto objeto del procedimiento, naturaleza de la conducta a disciplinar, introducción de herramientas procesales específicas, por ejemplo), cuya singularidad deberá estar adecuadamente motivada en la normativa que prevea su introducción en el procedimiento.

Con fundamento en lo indicado con anterioridad, se considera oportuno realizar las siguientes recomendaciones;

- Como resultado de lo analizado a lo largo de esta investigación, se considera que resulta posible que se introduzca, en la corriente legislativa, un proyecto de Ley que racionalice y unifique el régimen de empleo para todo el Sector Público costarricense. En dicho proyecto, deberá incorporarse la regulación de un régimen disciplinario común que sea de aplicación obligatoria para toda la Administración Pública.
- La reforma que se realice al marco normativo en la materia, debería irse realizando de forma transitoria, donde las Instituciones puedan ir, de forma progresiva, adoptando la normativa que sustituya a sus regulaciones actuales, sin causar afectación al desempeño de sus labores y los derechos de sus personas trabajadoras.
- El régimen que se establezca, deberá incorporar una reforma a la integridad de la Ley General de la Administración Pública, que la actualice y la ajuste a la realidad en la que le corresponde operar a dicho cuerpo normativo. Lo anterior, apreciado desde una perspectiva conservadora, ya que no se está recomendando la sustitución total de la

norma en cuestión, al considerar que se trata de un texto normativo de bastante calidad y que, hasta la fecha, ha sido eficaz en la atención de los temas objeto de su regulación.

- Asimismo, correspondería derogar el Estatuto del Servicio Civil actual y demás normativa que disponga de procedimientos administrativos sectoriales en materia disciplinaria, valorando y respetando los ámbitos y materias que deban disponer de un régimen particularizado y la regulación que deba incorporarse para su adecuada atención, tomando en cuenta tales circunstancias.
- Finalmente, se considera necesario limitar el uso constante de la normativa de carácter supletorio, que se realiza en la actualidad, la cual resulta oportuna para regular otro tipo de situaciones que no son, particularmente, asimilables a situaciones propias de Derecho Público.

8. Bibliografía

Alfaro Redondo, Ronald y Ramírez Cover, Alonso, (2011) Institucionalidad Pública en Costa Rica, Cuarto Informe del Estado de la Nación, San José, Costa Rica, Estado de la Nación, CONARE, Defensoría de los Habitantes.

Arce Gómez, Celín, (2011), Artículo "El Régimen de Servicio Civil: Enfoque Jurídico", Revista de Servicio Civil N° 28, San José, Costa Rica, Dirección General de Servicio Civil.

Beale Lacey, Lorena y Castellón Rodríguez, Leonardo, (2010), Sector Público costarricense y su organización, San José, Costa Rica, Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica.

Brenes Retana, Juan Carlos, (2006), artículo "La relación estatutaria como límite al ejercicio del derecho de negociación colectiva". Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

Cordero Quinzacara, Eduardo, (2012), Artículo «El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal», Revista de Derecho, Santiago, Chile.

Delgado Paniagua, Alberto y Ramírez Artavia, Juvenal, (2010), Prospectiva de la Profesionalización de la

Función Pública en Costa Rica. Dirección General del Servicio Civil, San José, Costa Rica.

Escolá, Héctor, (1984) Compendio de Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Desalma.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, (1994), Curso de Derecho Administrativo II, Madrid, España, Editorial Civitas.

García Ramírez, Sergio, (2012), El Debido Proceso, Criterios de la Jurisprudencia Interamericana. México, Editorial Porrúa.

Gordillo, Agustín, (2003), Tratado de Derecho Administrativo: Parte General, Buenos Aires, Argentina, Editores Castellano Libros.

Jinesta Lobo, Ernesto, (2013), Artículo "Debido Proceso en la Sede Administrativa". En "Derecho Administrativo en el Siglo XXI", Lima, Adrus Editores, Vol. I.

Jinesta Lobo, Ernesto, (2009), Artículo "Reglamentos, circulares e instrucciones, como fuente de Derecho Administrativo en Costa Rica", en actas de VIII, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, sobre "El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica, Panamá.

Jinesta Lobo, Ernesto, (2011), Artículo "Tutela y descentralización administrativas", Revista "Retos de la Organización Administrativa contemporánea", San Salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Nieto, Alejandro, (2012), Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, España, Editorial Technos.

Nieto, Alejandro, (1970), Artículo "Problemas Capitales del Derecho Disciplinario", Revista de Administración Pública, España.

Oliva Roberto, (2013), Aplicación de Garantías de Orden Penal en el Derecho Sancionador, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de la UNAM, México.

Ortiz Ortiz, Eduardo, (1981) Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración

Pública, Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica.

Ossorio, Manuel (1974), Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

Perelló Domenech, Isabel, (1994) Artículo "Derecho Administrativo Sancionador y Jurisprudencia Constitucional", Revista Jueces para la Democracia, España.

Perona Mata, Carmen, (2016), Estatuto Básico del Empleado Público, actualizado y comentado, España, Federación de Enseñanza de CCOO.

Ramírez Torrado, María Lourdes, (2009), Artículo "La reserva de ley en materia sancionadora administrativa colombiana", Investigación sobre la Potestad sancionadora de la Administración en Colombia, Barranquilla, Colombia, Universidad del Norte.

Rastrollo Suárez, Juan José, (2016), en su artículo "La Función Pública en Costa Rica", Revista de Administración Pública, Madrid, España

Rodríguez Vega, Eugenio, (2004), Costa Rica en el Siglo XX, Volumen 3, San José, Costa Rica, Euned.

Saborío Valverde, Rodolfo, (2004), Rendición de cuentas en Costa Rica: diagnóstico y propuesta de sistematización, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro.

Salom, Alberto, (2011), artículo "La descentralización: Un conflicto de poder", Revista Ideario sobre la descentralización en Costa Rica", San José, Costa Rica, Instituto de Formación y Capacitación Municipal y Desarrollo Local.

Sánchez Sánchez, Zulima, (2016), Artículo "La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho". Revista de Derecho de la Hacienda Pública, San José, Costa Rica.

Suay Rincón, José, (1989), "Sanciones administrativas", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, Italia.

Zúñiga Morales, Ulises, (1997) Jurisprudencia de la Sala Constitucional, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas.



Jenny Cheung Chan¹

Anulación de oficio de los actos administrativos declaratorios de derechos subjetivos y el papel del juez contencioso en el proceso de lesividad

Sumario.

1. Introducción.
2. Primer apartado: El principio de intangibilidad de los actos propios.
 - 2.1. Tipos de nulidad del acto administrativo y potestades de la Administración Pública.
 - 2.2. Procedimientos establecidos en la legislación costarricense para el tratamiento de los vicios del acto administrativo.
 - 2.3. Análisis de resoluciones del Tribunal Constitucional Español en relación con el alcance de la nulidad del acto administrativo.
3. Segundo apartado: El papel del juez en el análisis de legalidad como garante de los derechos subjetivos.
 - 3.1. Aspectos indispensables para considerar por el juez en el proceso de lesividad.
 - 3.2. Pronunciamientos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
4. Tercer apartado: Responsabilidad de Administración Pública en la declaratoria de nulidad de los actos.
 - 4.1. Tratamiento de los daños causados al administrado.
 - 4.2. Responsabilidad del funcionario público que dictó el acto.
5. Conclusiones
6. Bibliografía

¹ Licenciada en Derecho con énfasis en tecnología, comercio electrónico y telecomunicaciones, de la Universidad de Costa Rica. Maestría en Derecho Económico con énfasis en Comercio Internacional de la Universidad Estatal a Distancia. San José, Costa Rica.



Resumen: El presente trabajo de investigación consiste en la descripción y análisis de la doctrina y jurisprudencia relacionada con la anulación de oficio de los actos administrativos declaratorios de derechos subjetivos y el papel del juez contencioso en el proceso de lesividad.

Para lograr dicho objetivo, este documento se encuentra dividido en tres secciones tendientes a exponer el procedimiento que debe seguir la Administración desde que se identifica el vicio del acto administrativo hasta culminar con las sanciones disciplinarias contra los funcionarios responsables de emitir esos actos que posteriormente deben ser analizados bajo el juicio de nulidad. Se realizó especial énfasis en el Derecho Comparado Español y la posición de reconocidos juristas del Derecho Administrativo tanto nacionales como internacionales.

De esta manera, se pretende que el lector obtenga una visión detallada de la función del Poder Judicial como garantía de la defensa de los derechos de las personas y del control de legalidad de la actividad administrativa, con el fin de servir de insumo general para informarse –o guiarse si fuera el caso- en cuanto a la toma de decisiones.

1. Introducción

En Costa Rica, la Ley General de la Administración Pública (Ley No. 6227) promulgada en mayo de 1978, se constituyó en el marco normativo que rige las actuaciones de los entes y órganos públicos. En aquel momento, el legislador optó por la teoría de los actos con presunción de legitimidad, validez, perfección y eficacia desde el momento en que se dictan, de modo que tal presunción juega a favor del mantenimiento del acto, su estabilidad y permanencia, para que surta efectos y se ejecute.

Partiendo de ese escenario, se torna relevante el tema planteado en esta investigación en cuanto al análisis de las vías que tiene Administración para modificar sus decisiones, así como las soluciones jurídicas que posee el administrado cuando esos cambios afectan sus derechos subjetivos y la responsabilidad de los funcionarios involucrados.

Conviene aclarar que existe una jurisdicción especializada denominada “*Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, concebida por la Asamblea Constituyente de 1949 y traducida en el artículo 49 de la Constitución Política en los siguientes términos:

ARTÍCULO 49². - Establécese la jurisdicción contencioso - administrativa como atribución del Poder Judicial, **con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.**

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados. (El subrayado no es del original)

Lo anterior se reforzó con la emisión del Código

² Así reformado por el artículo único de la ley N° 3124 del 25 de junio de 1963, el texto anterior rezaba lo siguiente: Artículo 49.-Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa, como función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas.

Procesal Contencioso Administrativo (CPCA) en el año 2008, el cual describe a dicha jurisdicción como aquella que tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.

Así las cosas, si bien existe una presunción de la existencia del acto administrativo, el ordenamiento jurídico costarricense también reconoce la posibilidad que el órgano que lo dictó revise su actuación y realice los procedimientos correspondientes para la declaratoria de nulidad. Consecuentemente, deberá analizarse si tal declaratoria genera afectaciones a los administrados y proceder con las valoraciones sobre la responsabilidad de las personas encargadas de la toma de decisión.

Finalmente, cabe señalar que en la actualidad la posición de los jueces contenciosos se encuentra dividida en cuanto a la obligatoriedad o no de anular los actos administrativos como requisito para proceder posteriormente a activar el régimen sancionatorio, por lo cual se torna importante analizar la incidencia que podría generar en la impunidad de los responsables si para toda sanción se requiriera necesariamente la anulación de los actos, volviéndose un trámite muy engorroso y con el riesgo de que se venzan los plazos de caducidad y prescripción para las actuaciones administrativas.

2. Primer apartado: El principio de intangibilidad de los actos propios

En primer lugar, se debe señalar que la regla general dicta que la administración pública no puede anular por sí misma un acto declaratorio de derechos para el administrado.

No obstante, como toda regla tiene sus excepciones. En ese sentido, la anulación o revisión de oficio de los actos administrativos favorables o declaratorios de derechos subjetivos para el administrado, crea una posibilidad de las administraciones públicas para -de

forma excepcional y calificada- abstraerse de la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado, resumida como el *principio de intangibilidad de los actos propios*, al que la Sala Constitucional le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política³.

Corresponde en el siguiente apartado, analizar sobre cuáles son los tipos de nulidad que ha desarrollado tanto la doctrina como la normativa atinente, para posteriormente determinar los procedimientos a realizar en cada caso concreto y las resoluciones que al respecto haya emitido el Tribunal Constitucional Español.

2.1 Tipos de nulidad del acto administrativo y potestades de la Administración Pública.

El acto administrativo tiene que cumplir con ciertos requisitos para que sea considerado válido y eficaz, estos elementos constituyen el modo en que el ordenamiento jurídico determina la formación y manifestación de la voluntad administrativa. Cuando el acto carece o se pone en duda alguna de estas exigencias, corresponde entrar a analizar la nulidad de éste, por lo tanto, no puede desarrollarse la teoría de la nulidad del acto administrativo sin antes exponer cuáles son los elementos que éste debe contener⁴.

Para ello, suele hacerse la diferencia entre elementos formales y elementos esenciales o materiales. Los primeros están referidos a los presupuestos del acto, como aquellos requisitos que deben estar de previo a su emisión y a la manera en la que debe manifestarse o materializarse, sean estos: sujeto, procedimiento y forma. Por otro lado, los elementos materiales se refieren a la sustancia del acto, es decir los que concurren a su formación y determinan su validez, denominados: motivo, contenido y fin.

En cuanto al **sujeto** que emite el acto administrativo, éste debe ser un agente público debidamente nombrado. Ello significa que la relación laboral administrativa se encuentra a derecho y la toma

3 JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo: Tomo I. Parte general. 2da ed. San José: Jurídica Continental, 2009. Pág 45.

4 DROMI, José Roberto. El Acto Administrativo, Instituto de Estudios de Administración Local, Buenos Aires, 1985. Pág 16.

legal de posesión del cargo de conformidad con las formalidades procedimentales para el ejercicio de las funciones. A su vez, el **procedimiento administrativo** que debe seguirse para emitir dicho acto deberá servir para asegurar el mejor cumplimiento de los fines de la Administración, con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, elaborado en **la forma** que exige el ordenamiento jurídico, de conformidad con el conjunto de trámites y de formalidades por medio de los cuales se configura la voluntad administrativa⁵. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 115 y 116 de la Ley General de la Administración Pública sobre la figura del funcionario de hecho.

Ahora bien, el **motivo** del acto es aquel presupuesto factual que la norma jurídica propone y que le da fundamento a la emisión y aplicación del acto. Como el acto administrativo es el ejercicio de una potestad, dicho acto sólo puede emitirse en función del presupuesto de hecho tipificado por la norma jurídica correspondiente⁶. Cuyo **contenido** es la esencia de la decisión, por lo que debe ser claro, preciso, determinado a un ordenamiento jurídico vigente. Por último, el fin del acto es el efecto jurídico fundamental perseguido, puede considerarse la prosecución del interés público concreto exigible al acto. Todo acto administrativo persigue un fin genérico (verbigracia, los actos de policía, velar por el orden público); pero el acto concreto especifica ese fin (verbi gracia, como se mantiene el orden público al ordenar sobre situación individualizada).

El Tribunal Contencioso Administrativo costarricense, describe estos requerimientos como elementos o requisitos, que a su vez deben cumplir con ciertas características. Dichos elementos deben acreditarse en cada acto administrativo concreto, a menos que el propio bloque de legalidad aplicable al caso específico así lo exonere⁷. Por lo que, elementos como el motivo o el contenido necesariamente deben concurrir para la emisión de cualquier acto administrativo, por otra parte los elementos formales de procedimiento y motivación, deberán satisfacerse en los supuestos expresamente

establecidos, caso contrario no resultan indispensables, como es el caso de las certificaciones que son actos administrativos sin requerimiento de un trámite previo para su emisión ni carecen de validez si omiten el análisis jurídico tendente al justificar el elemento contenido del acto, siendo que es simplemente que el ejercicio de la potestad certificadora de la Administración.⁸

Una vez aclarados los conceptos de los requisitos que permean un acto administrativo, se puede entender que la falta o vicio de alguno de estos, puede generar su nulidad en la medida en que se afecten dichos elementos.

2.2 Procedimientos establecidos en la legislación costarricense para el tratamiento de los vicios del acto administrativo

El ordenamiento jurídico costarricense establece claramente dos vías para anular actos administrativos declaratorios de derechos subjetivos, dependiendo del grado de nulidad que se trate.

En los casos de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, la Ley General de la Administración Pública (LGAP) en el artículo 173, regula el procedimiento en el cual debe solicitarse el dictamen previo vinculante de la Procuraduría General de la República, o de la Contraloría General de la República si son actos relacionados con la materia presupuestaria o contratación administrativa. Este pronunciamiento debe acatarse de forma obligatoria, por cuanto constituye una garantía para el administrado y le está vedado a la Administración sustraerse de lo que determinen dichos órganos.

Sobre este tipo de nulidad, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

“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. (...) Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece

5 GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, 14 Ed. Madrid, 2005, p.546.

6 ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique (1982). El Acto Administrativo. REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS. Setiembre- Diciembre.1982. pp.95.96.97.100.

7 SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Fundación Educativa Universitaria; Uruguay 2002, pág 15.

8 Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución N° 00071-2018 de 20/02/2018.

ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o 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 (...)⁹. (Lo resaltado no es del original).

De lo anterior se colige, que no cabe la menor duda que la interpretación correcta del significado de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, es aquella nulidad absoluta cuya determinación es tan notoria, que a simple vista se evidencia, con la sola confrontación de los hechos y la ley, sin exigir mayor análisis¹⁰.

Así pues, la Administración de previo a solicitar el dictamen de los órganos respectivos, debe analizar si el vicio del acto corresponde a una gravedad o importancia tal, que afecte el orden público, lo que a su vez origina el deber jurídico de retirar y de no ejecutar el acto así viciado, siendo la única posibilidad en la que se le permita a la Administración ejercer la revisión oficiosa como manifestación de su potestad de auto tutela.

Fuera de ese supuesto, se encuentra la otra vía que prevé el ordenamiento jurídico costarricense, la cual tiene como base que la Administración no es libre de revenir sobre sus propios actos y establece un procedimiento judicial para resguardar los derechos subjetivos de los administrados: el proceso de lesividad.

Con este proceso se permea el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos en general, por cuanto la Administración debe acudir a la instancia jurisdiccional para anular un acto propio, sin poder hacerlo por sí y ante sí, en supuestos de actos o contratos declaratorios de derechos subjetivos sin nulidad plena, evidente y manifiesta. Y, a través de la revocación del acto o contrato por la Administración activa, se trastoca el otro principio universal de la irrevocabilidad de los actos administrativos¹¹.

9 Sala Constitucional. Voto 4369-03 del 23/05/2003.

10 MONTERO SOLERA, Isaac (1995). "El Sistema de Lesividad y su Concepción en la Jurisprudencia Constitucional". Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

11 JIMENEZ MEZA, Manrique (2009). Anulación de oficio de los actos declaratorios de Derechos Subjetivos y el proceso de lesividad como escudo reforzado para la protección efectiva de tales derechos, 1era. Ed., Temas

Lo principal para el proceso de lesividad, es la debida fundamentación de la Administración, sobre aquel acto que supone la afectación al interés público y la violación al ordenamiento jurídico que no dan soporte para el nacimiento de derechos subjetivos, y que resultan oponibles a otros sujetos con derechos y competencias legítimas. Todo esto para ser analizado por el juez contencioso, puesto que la mejor forma de detectar la invalidez del acto administrativo es el análisis de sus elementos a fin de ubicar la existencia de algún vicio en uno de éstos¹².

Por consiguiente, como principio general, la Administración debe acudir, en calidad de parte actora y previa declaratoria de lesividad del acto a los intereses públicos, económicos o de otra índole, al criterio del juez como una garantía para los administrados.

Por último, no está de más mencionar que en los casos en los que el acto es válido, pero inoportuno o inconveniente, el legislador consideró que la Administración puede recurrir a la figura de la revocación, siguiendo el procedimiento que señalan de los artículos 152 al 157 de la Ley General de la Administración Pública.

2.3 Análisis de resoluciones del Tribunal Constitucional Español en relación con el alcance de la nulidad del acto administrativo

Resulta de suma interés conocer la posición del Tribunal Constitucional Español, en cuanto al tema en estudio, principalmente sobre su papel en el procedimiento que debe realizarse.

Como punto de partida, señala ese Alto Tribunal, que el recurso de amparo no permite una impugnación abstracta de disposiciones generales que conduzca, en su caso, a una declaración de nulidad con efectos erga omnes, al margen y con independencia de la existencia o no de una lesión concreta y actual de un derecho fundamental. De ahí que sea preciso notar, como señala la STC 167/1986, el carácter esencialmente subjetivo de dicho recurso como

actuales de la Ley General de la Administración Pública y del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, San José, 2009. Pág 267.

12 SABORÍA VALVERDE, Rodolfo (1994) . Eficacia e Invalidez del Acto Administrativo. 2da Ed., Ediciones SEINJUSA. San José, 1994. Pág. 73-74.

vía de protección de derechos y libertades, procediendo el examen de las disposiciones generales en este tipo de recurso sólo para determinar si se han violado derechos fundamentales protegibles por esa vía¹³.

Es precisamente en el Derecho Administrativo donde, con mayor fuerza, se refleja el conflicto permanente entre autoridad y libertad, Estado e individuo. De ahí que la búsqueda del punto de equilibrio en la tensión dinámica entre los dos conceptos es una de las principales tareas dogmáticas de esa disciplina jurídica.¹⁴ La línea divisoria entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, que son categorías académicas y no constitucionales, no existe, sencillamente, todo el Derecho Administrativo, sin excepción alguna, está penetrado profundamente de la Constitución¹⁵.

Corolario de lo expuesto, la Justicia Administrativa, tiene la fundamental misión de hacer realidad la limitación del poder, de mantener un gobierno que respete el ordenamiento jurídico, un gobierno de la Ley y no de los hombres¹⁶, y de posibilitar un marco dentro del cual ninguna actuación administrativa que sea lesiva de los derechos e intereses de las personas, así como que tenga tintes de antijuricidad, continúe con vida jurídica, pues ante ello, deberá desenfundar su espada y con los ojos vendados imponer el respeto del Derecho, máximo objetivo del Estado de Derecho que procura siempre alcanzar el bien de la colectividad y la libertad de todas las personas¹⁷.

De modo que, a través de un recurso de amparo no es posible solicitar el análisis de validez del acto, salvo que dicho acto afecte la existencia o inexistencia de esa "especial trascendencia constitucional", esto es, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo, a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del

contenido y alcance de los derechos fundamentales.¹⁸

Para lo cual el profesor Eduardo ORTIZ señala que es por excelencia el proceso contencioso el que tiene por objeto no sólo la legalidad del acto administrativo impugnado sino parejamente la lesión del interés legítimo o del derecho subjetivo violados por el mismo, y aspira a su tutela como objetivo final.¹⁹ En ese sentido, don Ernesto JINESTA señala: (...) *el modelo constitucional de justicia administrativa tutela derechos subjetivos e intereses legítimos, se trata de un proceso plenario y subjetivo, donde se hacen valer situaciones jurídicas subjetivas. No se trata de un proceso objetivo o sin partes*²⁰.

No obstante, llama la atención, la posición del Tribunal en cuanto al análisis de resoluciones judiciales donde se concluyó la nulidad del acto, pues se avoca a estudiar si la decisión del órgano jurisdiccional que ordenó la anulación del acto cumplió con los diversos parámetros de razonabilidad. Según indica, "A la vista del contenido del fallo, integrado también con la fundamentación y con las pretensiones formuladas en el pleito, no resulta irrazonable ni incongruente, ni tampoco arbitrario o erróneo, concluir que el efecto jurídico-material de la Sentencia de 20 de noviembre de 1997, que anuló el primer cese, fue obligar a la Administración a motivarlo de nuevo, sin atribuir a tal resolución judicial los que, según interpreta la Sala, son los efectos propios de lo que comúnmente se denomina nulidad de pleno derecho (esto es, la eliminación retroactiva o ex tunc de todas y cada una de las consecuencias del acto administrativo anulado). Y no se aprecian semejantes vicios de incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad, porque, tanto la alusión expresa de la Sentencia a los arts. 54.1 a) y 63.2 LPC (respectivamente, obligación de motivación y anulabilidad), como la previsión del anteriormente citado art. 57.3 de la misma Ley, permiten considerar, como hizo motivadamente la Sala, que la anulación del cese no tenía carácter retroactivo o ex tunc, sino que se producía sólo pro futuro, respetando, pues, las consecuencias del acto anulado."²¹

13 STC Español 93/1995 de 19 de junio de 1995.

14 JINESTA LOBO, Ernesto. (1999). La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Op. Cit., pág. 22.

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1997). Democracia, Jueces y Control de la Administración, op. Cit., pág. 273.

16 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2007). Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?, op. Cit., pág. 12.

17 Derecho Procesal Administrativo, Estudios en Homenaje a Jesús González Pérez. Director, Juan Carlos Cassagne, Argentina, Editorial Hammurabi, pág. 544

18 STC Español 14/2017 de 30 de enero de 2017.

19 Citado por CASTRO LORÍA, Juan Carlos. (2006). Derecho Administrativo Sancionador y Garantías Constitucionales, San José, Editorial jurídica FPDP, pág. 276

20 JINESTA LOBO, Ernesto. (1999). La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, op. Cit., pág. 68.

21 STC Español 83/2001, de 26 de marzo de 2001.

Deja claro, que en caso de que la sentencia hubiera declarado anular el acto, para que sea de conformidad con el ordenamiento jurídico, sólo puede ser con efectos hacia futuro, de esta forma se respetan los derechos subjetivos consolidados por parte de terceros afectados²².

Si ello es así, tampoco resulta arbitrario o ilógico afirmar que entre el momento del cese y el momento de recaer la Sentencia que lo anuló se mantienen los efectos de aquél, lo cual, en principio, habilitaría a la Generalidad de Cataluña a no hacerlos desaparecer y a retrotraer los efectos del cese acordado en ejecución de la Sentencia a la fecha del anulado. A ello no obsta la posible confusión terminológica que eventualmente pueda apreciarse en el Auto de 22 de junio de 1998, al afirmar (en el párrafo 3 del FJ 2) que “la anulación tenía por objeto la retroacción de las actuaciones a fin de que el órgano administrativo dictara, en su caso, nueva resolución motivada”, pues la Sala dejó claro tanto en esa misma decisión, como en el posterior Auto de 1 de octubre de 1998, que por “retroacción de actuaciones” no entendía la eliminación de todas las consecuencias del cese anulado, sino la simple necesidad de nueva motivación.”²³

Ahora bien, a pesar de lo anterior debe acotarse que el Tribunal Constitucional Español no es una suerte de instancia en alzada para la revisión de sentencias con fuerza de cosa juzgada, así lo establece el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), el cual regula el alcance de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de algún precepto legal en los siguientes términos: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o Contencioso-Administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”. La doctrina de este Tribunal en relación con dicho

precepto, establecida precisamente con ocasión de fijar el alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, establece que la revisabilidad de los actos administrativos nulos debe ser modulada por las exigencias del principio de seguridad jurídica, siendo pertinente, por tanto, excluir de esa posibilidad las situaciones consolidadas, tanto aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTIC) como, en su caso, las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes.²⁴

Por lo tanto, la regla general admite ciertas excepciones, vinculadas con una posible revisión *in bonum*, y que afectan a “los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”²⁵.

Finalmente, otro caso de singular aplicación se origina cuando el administrado acude al Tribunal Constitucional en amparo a no padecer indefensión en un procedimiento administrativo sancionador, aun cuando el acto fue confirmado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. En cuyo antecedente ha señalado: “Una vez apreciado que el acto administrativo impugnado en el proceso en el que recayó la Sentencia ahora recurrida es contrario al derecho fundamental del recurrente a no padecer indefensión en el procedimiento administrativo sancionador, las quejas relativas a las supuestas infracciones en las que esta resolución judicial hubiera podido incurrir han perdido su objeto, ya que la inconstitucionalidad de dicho acto conlleva también la de la Sentencia que lo confirma.”²⁶

22 BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, España, cuarta edición, 2012, págs 28-30.
23 Vid. Nota 9.

24 STC Español 30/2017 de 27 de febrero de 2017.

25 Vid. Nota 11.

26 STC Español 307/2000 de 18 de diciembre de 2000.

3. Segundo apartado: El papel del juez en el análisis de legalidad como garante de los derechos subjetivos

La Constitución Política costarricense establece en su artículo 9 que el Gobierno de la República es ejercido por tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La independencia del Poder Judicial en relación a los otros Poderes del Estado debe concurrir en los jueces, quienes tienen la misión de administrar justicia, esta independencia se traduce como la ausencia de subordinación jurídica, la garantía de la inamovilidad y el régimen de incompatibilidades para que se convierta en una garantía de la propia función jurisdiccional. La independencia se reputa en relación al juez en cuanto tal, por ser él quien tiene la potestad jurisdiccional. Se trata de impedir vínculos y relaciones que puedan conducir a una reducción fáctica de la libertad del juez.

El profesor García de Enterría señaló en una de sus ponencias²⁷ que durante un siglo entero, el contencioso-administrativo francés había estado dominado por la prioridad que resulta asignada al recurso por exceso de poder, desde que comenzó a conocer de las reclamaciones de los ciudadanos contra la actuación de la Administración. Este recurso, como es bien conocido, es el resultado del paradigma central establecido por la Revolución Francesa, la separación de autoridades administrativas y judiciales, la famosa «concepción francesa» del principio de la división de los poderes, que establecen los revolucionarios en la temprana fecha de 1790 y que pasó a ser el eje de toda su construcción política, hasta que la Decisión del Consejo Constitucional Conseil de la Concurrence del 23 de enero de 1987 cambió, en cierto modo, su sentido para declararla incluida entre los «principios generales de la República» de valor constitucional.

En ese sentido, el Derecho Administrativo busca

27 Ponencia desarrollada en el Colloque du delxime centenaire dll Conseil d'État, París, 13-15 de diciembre de 1999. La ponencia se incluyó en el tema «El control de la Administración», parte 2, «Técnicas, extensión y efectividad de los controles». Ensayo: Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo xx. Una visión histórica y comparatista.

cauces por los que discurra el ejercicio del poder público evitando la arbitrariedad administrativa, esto es, constituye una técnica o mecanismo de control del ejercicio del poder.²⁸ Pero no por ello, puede decirse que “juzgar a la Administración sigue siendo administrar”, y no lo es, porque no es el Juez quien de oficio suplanta una función o disfunción administrativa específica, sino que interviene ante la misma como garante de los derechos y de los intereses legítimos, y como revisor de la legalidad sobre la conducta concreta operada en el seno del ente público.²⁹

Ante ello, un Estado de Derecho requiere de un adecuado reparto de controles, el cual se encuentra fuertemente arraigado en nuestro sistema, en el plano jurisdiccional, que como externo y fundamentalmente como poder apolítico, está menos expuesto a las veleidades de la actividad electoral, que vela por el respeto a la legalidad y más que por la legalidad, para la protección integral de los derechos e intereses de los ciudadanos³⁰. Partiendo de esa independencia, y en la materia que nos atañe determina el papel del juez contencioso administrativo como garante de derechos subjetivos.

3.1 Aspectos indispensables para considerar por el juez en el proceso de lesividad

Tal como se indicó en el apartado primero, a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido, que confieran derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración al emitir un acto y con posterioridad a emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido.

28 JINESTA LOBO, Ernesto (1999). La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 1era Ed, San José, Editorial Guayacán, pág. 226.

29 GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar (2001). La Justicia Administrativa. Tomo I: Control Judicial Pleno de la Administración Pública. Primera edición, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, pág. 69.

30 HINES CÉSPEDES, Cesar. (2006). La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica. 1era Ed. San José, Editorial Mundo gráfico, pág. 52.

Dentro de la tendencia moderna del derecho administrativo de buscar el equilibrio entre las potestades administrativas y los derechos ciudadanos, el proceso contencioso de lesividad surge en el derecho público como un instrumento para buscar racionalidad y equilibrio entre el ejercicio necesario de la potestad de autotutela revisora de los propios actos de la administración y, los derechos a la tutela judicial efectiva de los administrados y a la seguridad jurídica.³¹

En primer lugar, el juez verifica el plazo que señala la ley para establecer la litis, siendo que en el caso costarricense cuando la propia Administración, autora de algún acto declarativo de derechos, pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previamente el superior jerárquico supremo deberá declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza. El plazo máximo para ello será de un año, contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado, salvo si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, en cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos. En este último supuesto, el plazo de un año correrá a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura. Por otro lado, la lesividad referente a la tutela de bienes del dominio público no estará sujeta a plazo. Una vez superado ese análisis, el juez debe considerar los siguientes aspectos objetivos:

a. Que se trate de un acto estable: Los actos impugnables en el proceso de lesividad no son los mismos que en el proceso administrativo ordinario de plena jurisdicción. En este último caso se puede impugnar la ley, decreto, ordenanza, reglamento, resolución, acto, contrato o cualquier disposición administrativa anterior. Por el contrario, en virtud de la acción de lesividad solamente se puede impugnar un acto administrativo irrevocable en sede administrativa. El alcance de la acción de lesividad es mucho más restringido que las otras acciones.³²

b. También que sea un acto lesivo: Que tal acto estable cause una lesión jurídica a la Administración, causal de su invalidez y nulidad. Se ha considerado insuficiente el requisito de la pura lesión para entender en la acción, pues se necesita además de la violación jurídica una lesión económica.³³

c. Con características de un acto impugnabile: El acto administrativo, en la medida en que interviene en un ámbito social, debe tener una cierta duración; por ello es en principio irrevocable, estable, inamovible, inmutable, o sea, que tiene cosa juzgada administrativa, como dicen los autores clásicos. Los actos son en principio inextinguibles en sede administrativa y sólo impugnables por vía de anulación ante el órgano jurisdiccional. La libre revocabilidad de los actos ha sido discutida a punto tal que las excepciones han terminado por dominarla.³⁴

En la legislación española, como señala el autor GONZÁLEZ, Jesús el elemento objetivo se materializa al ser lesivo a los intereses públicos, de carácter económico o de otra naturaleza.³⁵ El siguiente requisito es el subjetivo, es decir, la autoridad competente encargada de realizar la declaratoria de lesividad; entiéndase por competencia a la medida en que se encuentra repartida la potestad administrativa en cada órgano de la administración pública, por tanto la declaratoria de lesividad deberá ser realizada por el funcionario/órgano administrativo con atribuciones para ello, generalmente es el órgano del que emanó el acto administrativo que se considera lesivo.

A modo de resumen, la jurisprudencia costarricense³⁶ ha indicado que desde la óptica de los presupuestos procesales, se imponen condiciones subjetivas, objetivas, procedimentales y temporales a valorar por el juez. En cuanto a la arista **subjetiva**, la legitimación activa se concede a la Administración emisora del acto cuestionado, en tanto que el legitimado pasivo

31 COMADIRA Julio. La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada cosa juzgada administrativa, en División de Estudios Administrativos, Ciencias de la Administración, 1998; pág 69.

32 GORDILLO y DROMI: Comentarios al Código procesal administrativo de Corrientes, «RADA», Buenos Aires, junio 1973, núm. 5, págs 26-27.

33 NIETO, Alejandro. Lesividad y expropiación, en el núm. 36 de esta REVISTA, Madrid, 196i, págs. 131-151.

34 DROMI, José Roberto. Instituciones de Derecho administrativo, Buenos Aires, 1977, págs 210-212

35 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El Proceso de Lesividad, Revista de Administración Pública, No. 025, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pág 34.

36 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, Resolución Nº 1222-2010 de 05/04/2010

es el receptor de los efectos de la conducta, sea, quien obtiene sus bondades (...) En lo atinente a la arista **objetiva**, la lesividad se constituye como un mecanismo de eliminación jurídica de actos administrativos que sean disconformes sustancialmente con el ordenamiento jurídico, sea, los actos que padezcan de algún nivel de invalidez, sea absoluta o relativa, en cualquiera de sus tipologías (artículos 128, 158, 165 y concordantes de la citada Ley General No. 6227). Es decir, la Administración debe declarar lesivo a los intereses públicos esa conducta, lo que debe ser establecido dentro de un marco de acciones internas de la administración que son impostergables para formular la acción. En efecto, en el orden **procedimental**, se impone que el jerarca máximo supremo de la Administración Pública respectiva declare la lesividad del acto, sea por lesión a intereses económicos, fiscales o de otra índole que se desprendan del interés público, para lo cual ha de contar con un criterio jurídico-técnico de base que sustente esa determinación. A diferencia de otras figuras de supresión de conductas públicas, no requiere de audiencia al tercero, sino solo de acciones a lo interno de la Administración, siendo que es dentro del proceso judicial que el tercero podrá establecer sus alegatos de defensa. Ahora bien, cuando el acto emane del Estado, sea, de la Administración Central, la demanda solo podrá ser incoada por la Procuraduría General de la República previo pedimento del jerarca máximo supremo y previo declaratoria interna de lesividad, con detalle de los motivos de ese criterio (...) Finalmente, en cuanto a la dimensión **temporal**, la nueva normativa procesal establece un plazo de un año contado a partir de la emisión del acto (que no de su comunicación) para declarar lesivo el acto a los intereses públicos, y luego de esa declaratoria (y no a partir del vencimiento de ese primer año) se otorga un plazo de un año para plantear la acción contenciosa administrativa a modo de plazo fatal de caducidad, salvo en los casos de actos con nulidad absoluta, en cuyo caso, la declaratoria de lesividad puede realizarse en tanto perduren sus efectos. La excepción se configura en tutela de dominio público, caso en el que la acción de lesividad no está sujeta a plazo por la aplicación de la cláusula general de imprescriptibilidad de ese tipo de bienes según se deriva del canon 261 del Código Civil.

3.2 Pronunciamientos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Desde el punto de vista constitucional, se ha reconocido la anulación o revisión de oficio de los actos administrativos favorables o declaratorios de derechos para el administrado³⁷. 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 Política³⁸.

El Tribunal Constitucional reconoce 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 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.³⁹

El dictamen mencionado es indispensable, a tal punto que la Sala estimó que es evidente 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.⁴⁰

Resulta lógico que tal dictamen debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la administración consultante,

37 Sala Constitucional. Voto 2186-94 de 4/05/1994.

38 Sala Constitucional. Voto 899-95 del 15/02/1995.

39 Sala Constitucional. Voto No. 897-98 del 11/02/1998.

40 Sala Constitucional. Voto No. 1563-91 del 14/08/1991.

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 infraconstitucional 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 4º, párrafo in fine, de su Ley Orgánica No. 7428 del 7 de septiembre de 1994⁴¹.

Por su parte el Juez, por serlo, puede y debe, garantizar la juricidad plena de cualquier conducta pública, incluyendo por supuesto, la que tenga tintes o porciones de discrecionalidad. Y está obligado además a garantizarla y hacer cumplir sus mandatos, en resguardo de los derechos o intereses legítimos lesionados⁴².

Por lo que, desde esa perspectiva, la jurisdicción contencioso-administrativa tiene un claro componente objetivo que consiste en garantizar la legalidad de la función administrativa, en todas sus posibles manifestaciones –actividad formal, actuaciones materiales, omisiones formales y materiales-, y uno subjetivo que consiste en tutelar las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos –personales o individuales y colectivos⁴³.

4. Tercer apartado: Responsabilidad de Administración Pública en la declaratoria de nulidad de los actos

En Costa Rica, se marca una clara diferencia de la responsabilidad de la Administración, en relación

con la responsabilidad del funcionario, pues ésta no es objetiva, sino subjetiva, de conformidad con la regulación que contiene la Ley General de la Administración Pública. Por lo cual, el funcionario público es personalmente responsable, cuando haya actuado con culpa grave o dolo⁴⁴. Sin embargo, se dispone la existencia la solidaridad en la responsabilidad frente a terceros, el administrado puede elegir si desea encauzar su demanda contra la Administración, contra el funcionario responsable, o contra ambos, en cuyo caso no tendría derecho a más de una indemnización plenaria⁴⁵.

Aunado a lo anterior, no debe olvidarse la diversidad existente en la Ley General citada, en cuanto a la causa de responsabilidad frente a tercero: tratándose de la administración, responde por todos los daños causados por su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Los funcionarios públicos, por el contrario, -como se indicó- sólo deben responder cuando hayan actuado con dolo o culpa grave.

4.1 Tratamiento de los daños causados al administrado

Cuando un acto administrativo que le confiere al administrado un derecho subjetivo perfecto pretende ser revocado por la Administración, el acto de revocación, en tal supuesto, debe contener el reconocimiento y, de ser posible, el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, so pena de nulidad absoluta⁴⁶.

La responsabilidad patrimonial de la Administración se puede definir según SÁNCHEZ Morón, como “el deber legal de la Administración de reparar los daños y perjuicios causados a otros sujetos de Derecho, que deriven de sus actividades”. En cualquier caso, la protección de este sistema es general, en tanto que cubre cualquier actuación extracontractual de todas las Administraciones Públicas⁴⁷.

41 Sala Constitucional. Voto No. 2007-09807 del 05/07/2007

42 GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar et al. (2006). El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. San José, Escuela Judicial, pág. 485.

43 JINESTA LOBO, Ernesto. (2008). Manual del Proceso Contencioso Administrativo. San José, Editorial Jurídica Continental, págs. 29-30.

44 Artículos 199 y 210 de la Ley General de la Administración Pública. Costa Rica. 45 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 112 de 14:25 horas del 25 de noviembre de 1994.

46 JINESTA LOBO, Ernesto. Revocación y anulación del acto administrativo en Costa Rica. Gestión Pública: Revista de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá, No. 11, julio, 2013, pp. 22-33.

47 ACOSTA-PENCO, T. 2016. La responsabilidad patrimonial de la

En este sentido, es de suma relevancia mencionar la delimitación que refiere la jurisprudencia española, en la sentencia del Tribunal Supremo Español de 4 de enero de 1991 se estableció que "siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello"⁴⁸

Sin embargo, la propia jurisprudencia ha modulado esta interpretación quedando sintetizado el modo de analizar el criterio de antijuridicidad del daño⁴⁹. Es decir, anteriormente se tenía establecido hasta el momento que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que ésta debía responder tanto en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino que la antijuridicidad alcanza únicamente al resultado o lesión sufrida por el administrado⁵⁰.

Así las cosas, en un principio se consideraba que cualquier daño producido a consecuencia de un acto administrativo que posteriormente era declarado nulo en sede judicial producía una imputación objetiva como causalidad jurídica que justificaba de iure el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la administración en tanto que la víctima había sufrido un daño basado en un acto administrativo nulo y, por consiguiente, quedaba reconocido que el administrado no tenía deber jurídico de soportar el perjuicio sufrido. Ahora bien, en el caso español la declaración judicial de la nulidad del acto jurídico que hubiese producido previamente el daño al administrado no implica necesariamente que dicho acto sea considerado automáticamente antijurídico limitando el mencionado carácter objetivo de la responsabilidad lo que, en la práctica, supone que se pueda producir el caso de que no nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración por faltar dicho requisito esencial, al contrario del caso costarricense en el cual lo que corresponde demostrar

al tercero, es la cuantía del daño producido.

4.2 Responsabilidad del funcionario público que dictó el acto

Después del análisis precedente, corresponde ahondar en la responsabilidad de los funcionarios públicos, en el tanto fueron emisores y/o ejecutores de los actos administrativos que posteriormente fueron declarados nulos. En este tema, existen algunos casos donde la Ley expresamente califica la gravedad de la infracción⁵¹, como por ejemplo:

- a. Emisión de actos manifiestamente ilegales.
- b. El que obedeciere actos manifiestamente ilegales.
- c. La orden de ejecutar un acto absolutamente nulo.
- d. El retardo grave e injustificado en la conclusión de un procedimiento administrativo.

En lo demás supuestos, incluidos la omisión de actuar con una diligencia debida o la omisión de un deber funcional, es necesario analizar en cada caso concreto si el servidor actuó con culpa grave o dolo a efectos de determinar su responsabilidad administrativa.

Sobre el concepto de culpa grave se ha señalado que de las variadas clasificaciones de la culpa que la doctrina suele establecer, la más relevante a efectos civiles es la que distingue de la culpa leve u ordinaria la culpa grave o lata. La culpa grave o lata consiste en un apartamiento de gran entidad del modelo de diligencia exigible: No prever o no evitar lo que cualquier persona mínimamente cuidadosa hubiera previsto o evitado. Puede ser grave tanto la culpa consciente como la culpa inconsciente o sin previsión. En el primer caso, siempre que el agente no haya querido ni aceptado la producción de la falta de cumplimiento o del evento dañoso previsto, pues entonces habría dolo, siquiera eventual⁵².

La diferencia entre los conceptos de dolo o culpa ha sido analizada de la siguiente forma: La acción u omisión han de ser culpables, esto es, producto de la deliberada voluntad de dañar (dolo) o de negligencia o imprudencia (culpa) del agente. La diferencia entre estas

Administración por información errónea en la doctrina del Consejo de Estado. Revista digital de Derecho Administrativo, n° 15, primer semestre, Universidad de Externado de Colombia, pág. 234.

48 STS de 4 de enero de 1991, FD2º c).

49 STS, sala 3ª, de 17 de febrero de 2015, 2335/2012.

50 STS Español, sala 3ª, de 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de mayo de 1999, 24 de mayo de 1999 y 30 de octubre de 1999.

51 Artículo 170, 199 y 225 de la Ley General de la Administración Pública. Costa Rica.

52 Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen II, Editorial Civitas, España, 1995, pág. 1865

dos formas de culpabilidad radica en la voluntariedad o intencionalidad⁵³.

La Procuraduría General de la República⁵⁴ ha señalado que pueden presentarse dos situaciones distintas que generen responsabilidad para el funcionario -se insiste en que siempre que su actuación sea con dolo o culpa grave- que pueden presentarse conjunta o separadamente:

- a. Que les haya causado daño a terceros.
- b. Que le cause daños a la Administración.

Si el servidor produjo un daño que sólo afectó a la Administración ésta se encuentra obligada a seguir un procedimiento administrativo a efecto de determinar la responsabilidad del funcionario y, eventualmente, proceder al cobro de la suma correspondiente, sirviendo como título ejecutivo la certificación expedida por el jerarca del ente respectivo.

Así también, en el evento de que se hubiere afectado a un tercero y demande únicamente al Estado en juicio, no significa que éste tenga que asumir sólo esa responsabilidad. Si ha habido participación del funcionario en la producción del daño por una actuación u omisión dolosa o culposa, la Administración se encuentra en la obligación de proceder con una acción de recuperación en contra del servidor. Para tales efectos, en el procedimiento respectivo se deberá analizar la fórmula de la distribución interna de responsabilidades entre la Administración y el servidor.

Finalmente, el profesor Eduardo Ortiz concluye que lo expuesto anteriormente se debe a los cambios que se introdujeron con la Ley General de Administración Pública, pues antes de su vigencia, en Costa Rica prácticamente no había existido un régimen de la responsabilidad personal del servidor público, por los entuertos o agravios que comete en la función⁵⁵. No obstante, falta mucho por superar en relación con la coordinación y capacitación institucional, para que los diversos entes y órganos públicos tengan como práctica administrativa realizar los análisis de responsabilidad cada vez que se declara la nulidad de un acto con

afectación a terceros e inclusive a los derechos patrimoniales de la propia Administración.

5. Conclusiones

En un Estado de Derecho, el Derecho Administrativo busca cauces por los que discurra el ejercicio del poder público evitando la arbitrariedad administrativa, para constituirse en una técnica o mecanismo de control del ejercicio del poder. Es precisamente en el Derecho Administrativo donde, con mayor fuerza, se refleja el conflicto permanente entre autoridad y libertad, Estado e individuo. De ahí que la búsqueda del punto de equilibrio en la tensión dinámica entre los dos conceptos es una de las principales tareas dogmáticas de esa disciplina jurídica.⁵⁶

Por tales razones, a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido, que confieran derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración al emitir un acto y con posterioridad a emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido.

A partir de la delimitación derivada del carácter no jurisdiccional de las decisiones administrativas, lo que se trata de evitar es facultar a la administración con el instituto de la cosa juzgada sobre sus actuaciones, dejándolo, de manera indelegable, a la posibilidad de la revisión en manos del poder judicial.

Esa posibilidad ha sido catalogada como una *conquista del Estado de Derecho* por el hecho de llevar el ajusticiamiento de los actos del poder administrativo ante los estrados judiciales. Ciertamente, con el fin de realizar un adecuado reparto de controles, el cual se encuentra fuertemente arraigado en nuestro sistema, en el plano jurisdiccional, que como externo y fundamentalmente como poder apolítico, está menos

53 Ídem.

54 Dictamen C-067 del 25/02/2004.

55 ORTIZ ORTIZ, Eduardo (2000). Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. San José, Costa Rica. Editorial Stradtman. Pág 35.

56 JINESTA LOBO, Ernesto. (1999). La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Op. Cit., pág. 22.

expuesto a las veleidades de la actividad electoral, busca el respeto a la legalidad y a la protección integral de los derechos e intereses de los ciudadanos⁵⁷. Mientras exista esa independencia, se puede hacer la afirmación de que el juez actúa como garante de derechos subjetivos.

Desde esa perspectiva, la jurisdicción contencioso-administrativa tiene un claro componente objetivo que consiste en garantizar la legalidad de la función administrativa, en todas sus posibles manifestaciones –actividad formal, actuaciones materiales, omisiones formales y materiales-, y uno subjetivo que consiste en tutelar las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos –personales o individuales y colectivos⁵⁸. Pero no es el Juez quien de oficio suplanta una función o disfunción administrativa específica, sino que interviene ante la misma como garante de los derechos y de los intereses legítimos, y como revisor de la legalidad sobre la conducta concreta operada en el seno del ente público.⁵⁹

Finalmente, de forma casi automática, una vez declarada la nulidad del acto, le corresponde a la Administración resguardar el fin público y proceder a analizar en cada caso concreto si el servidor que emitió tomó la decisión, actuó con culpa grave o dolo a efectos de determinar su responsabilidad administrativa y tomar las medidas correspondientes para no volver a reincidir.

6. Bibliografía

ACOSTA PENCO, Teresa. 2016. La responsabilidad patrimonial de la Administración por información errónea en la doctrina del Consejo de Estado. Revista digital de Derecho Administrativo, n° 15, primer semestre, Universidad de Externado de Colombia.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, España, cuarta edición, 2012.

57 HINES CÉSPEDES, Cesar. (2006). La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica. 1era Ed. San José, Editorial Mundo gráfico, pág. 52.

58 JINESTA LOBO, Ernesto. (2008). Manual del Proceso Contencioso Administrativo. San José, Editorial Jurídica Continental, págs. 29-30.

59 GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar (2001). La Justicia Administrativa. Tomo I: Control Judicial Pleno de la Administración Pública. Primera edición, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, pág. 69.

CASTRO LORÍA, Juan Carlos. (2006). Derecho Administrativo Sancionador y Garantías Constitucionales, San José, Editorial jurídica FPDP.

COMADIRA Julio. La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada cosa juzgada administrativa, en División de Estudios Administrativos, Ciencias de la Administración, 1998.

Derecho Procesal Administrativo, Estudios en Homenaje a Jesús González Pérez. Director, Juan Carlos Cassagne, Argentina, Editorial Hammurabi.

DROMI, José Roberto. El Acto Administrativo, Instituto de Estudios de Administración Local, Buenos Aires, 1985.

DROMI, José Roberto. Instituciones de Derecho administrativo, Buenos Aires, 1977.

Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen II, Editorial Civitas, España, 1995, pág. 1865

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1997). Democracia, Jueces y Control de la Administración. Madrid, España.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2007). Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma? Madrid, España.

GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, 14 Ed. Madrid, 2005.

GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar (2001). La Justicia Administrativa. Tomo I: Control Judicial Pleno de la Administración Pública. Primera edición, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas.

GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar et al. (2006). El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. San José, Escuela Judicial.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El Proceso de Lesividad, Revista de Administración Pública, No. 025, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GORDILLO y DROMI: Comentarios al Código procesal

administrativo de Corrientes, «RADA», Buenos Aires, junio 1973, núm. 5.

HINES CÉSPEDES, Cesar. (2006). La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica. 1era Ed. San José, Editorial Mundo gráfico.

JIMENEZ MEZA, Manrique (2009). Anulación de oficio de los actos declaratorios de Derechos Subjetivos y el proceso de lesividad como escudo reforzado para la protección efectiva de tales derechos, 1era. Ed., Temas actuales de la Ley General de la Administración Pública y del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, San José, 2009.

JINESTA LOBO, Ernesto (1999). La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 1era Ed, San José, Editorial Guayacán.

JINESTA LOBO, Ernesto. (2008). Manual del Proceso Contencioso Administrativo. San José, Editorial Jurídica Continental.

JINESTA LOBO, Ernesto. Revocación y Anulación del Acto Administrativo en Costa Rica. Gestión Pública: Revista de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá, No. 11, Julio 2013.

JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo: Tomo I. Parte general. 2da ed. San José: Jurídica Continental, 2009.

MONTERO SOLERA, Isaac (1995). "El Sistema de Lesividad y su Concepción en la Jurisprudencia Constitucional". Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

NIETO, Alejandro. Lesividad y expropiación, en el núm. 36 de esta REVISTA, Madrid.

ORTIZ ORTIZ, Eduardo (2000). Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. San José, Costa Rica. Editorial Stradtman.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique (1982). El Acto Administrativo. REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS. Setiembre- Diciembre.1982.

SABORÍA VALVERDE, Rodolfo (1994). Eficacia e

Invalidez del Acto Administrativo. 2da Ed., Ediciones SEINJUSA. San José, 1994.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Fundación Educativa Universitaria; Uruguay, 2002.

Jurisprudencia Costarricense:

Sala Constitucional. Voto 4369-03 del 23/05/2003.

Sala Constitucional. Voto 2186-94 de 4/05/1994.

Sala Constitucional. Voto 899-95 del 15/02/1995.

Sala Constitucional. Voto No. 1563-91 del 14/08/1991.

Sala Constitucional. Voto No. 2007-09807 del 05/07/2007

Sala Constitucional. Voto No. 897-98 del 11/02/1998.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 112 de 14:25 horas del 25 de noviembre de 1994.

Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución N° 00071-2018 de 20/02/2018.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, Resolución N° 1222-2010 de 05/04/2010.

Jurisprudencia Española:

STC Español 14/2017 de 30 de enero de 2017.

STC Español 30/2017 de 27 de febrero de 2017.

STC Español 307/2000 de 18 de diciembre de 2000.

STC Español 83/2001 de 26 de marzo de 2001.

STC Español 93/1995 de 19 de junio de 1995.

STS Español 2335/2012 de 17 de febrero de 2015

STS Español, sala 3ª, de 25 de enero de 1997 y 21 de noviembre de 1998.

Indebida aplicación de excepciones y contratación irregular: el caso del interés manifiesto de colaborar



Johanna Rodríguez Monestel¹

Sumario

1. Introducción.
2. Los procedimientos ordinarios como garantías de transparencia e igualdad.
3. Consecuencias de la omisión de formalidades de procedimiento.
4. Indebida aplicación de la excepción de interés manifiesto de colaborar con la Administración.
5. Conclusiones.

¹ Licenciada en Derecho. Posee un Diplomado sobre Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública por la Universidad de Salamanca. Cuenta con una especialidad en contencioso administrativo y la formación de nivelación para juez de lo contencioso administrativo y civil de Hacienda, ambos de la Escuela Judicial. Actualmente labora en la División Jurídica de la Contraloría General de la República.



Resumen

La contratación administrativa acude a un modelo de reglas y principios constitucionales, en aras de alcanzar la mejor inversión de los recursos públicos dedicados a los diferentes proyectos de interés público. Así, entonces, las excepciones a los procedimientos ordinarios deben utilizarse con rigurosidad y apego a los requerimientos normativos, toda vez que se constituyen en un límite a procedimientos ordinarios garantistas, transparentes, competitivos y participativos. Por esa razón, se delinea el concepto de contratación irregular como necesaria consecuencia de la inobservancia de los procedimientos y de la indebida aplicación de excepciones, como es el caso de la excepción de interés de colaborar con la Administración.

1. Introducción

La contratación pública en una acepción negativa suele confundirse con un cúmulo complejo de procedimientos y de figuras contractuales que constituyen ritos ineludibles para la atención de necesidades públicas, lo que se estima como dilaciones innecesarias en un contexto de administraciones con asimetrías de recursos y capacidades. No obstante, como bien afirma Gimeno (2013, p. 45), debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. De esta manera, solo es una garantía de transparencia para la sociedad civil, sino de competencia para los operadores económicos interesados en contratar con el Estado. Permite alcanzar objetivos sociales, ambientales o de innovación con la claridad de que los fondos públicos se inviertan de la mejor forma para el beneficio de la sociedad.

En consecuencia, la articulación de carteles bajo la óptica de contrataciones estratégicas, procedimientos más transparentes y abiertos, así como de una eficiente aplicación de las reglas en la fase de selección y su fiscalización en la fase de ejecución necesita ineludiblemente de un marco normativo moderno que permita aplicar las mejores tendencias en la materia, pero también de un nivel de profesionalización² en los funcionarios encargados de los procesos de compra.

Potencializar la contratación administrativa requiere precisamente, del conocimiento detallado de los encargados de compras sobre los principios que se protege con las figuras y los procedimientos, pero sobre todo del tipo de análisis que debe realizarse en

² Al respecto, puede verse la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. En igual sentido, la Recomendación IX de la Recomendación sobre Contratación Pública de la OCDE señala: "i) **Asegurarse de que los profesionales de la contratación pública tienen un alto nivel de integridad, capacitación teórica y aptitud para la puesta en práctica, para lo que les proporcionan herramientas específicas y periódicamente actualizadas**, disponiendo, por ejemplo, de unos empleados suficientes en número y con las capacidades adecuadas, reconociendo la contratación pública como una profesión en sí misma, proporcionando formación periódica y las oportunas titulaciones, estableciendo unas normas de integridad para los profesionales de la contratación pública y disponiendo de una unidad o equipo que analice la información en materia de contratación pública y realice un seguimiento del desempeño del sistema."

la aplicación de excepciones para que no se incurra en posibles contrataciones irregulares que puedan afectar la satisfacción de la necesidad pública y distorsionar los esquemas de participación. En el contexto de la excepción de ánimo de beneficiar, se pretende realizar un análisis de los aspectos que podrían conducir a una contratación irregular luego se presentan alternativas para evitar este tipo de situaciones, con base en un aporte constructivo de buenas y rigurosas prácticas sobre la selección de procedimientos de excepción.

2. Los procedimientos ordinarios como garantías de transparencia e igualdad

La mayor posibilidad de participación tiene como elemento ineludible el procedimiento ordinario de contratación, en la medida en que representa una obligación de publicidad y una serie concatenada de valoraciones que sustenta el acto final de adjudicación, desierto o infructuoso (análisis jurídicos, técnicos, financieros, entre otros). Desde luego, resulta indispensable destacar la publicidad de todas las actuaciones, desde la invitación hasta el dictado del acto final.

La reforma al artículo 40 de la Ley de Contratación Administrativa³ configuró el uso de un sistema digital unificado de compras públicas, en el que se promueven todos los procedimientos de las entidades cubiertas por el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa y cualquier otro régimen especial de contratación. Esta plataforma se designó como el Sistema Integrado de Compras Públicas (en adelante SICOP) mediante el Decreto Ejecutivo n.º 41438.

³ La norma en cuestión señala: **"Artículo 40.- Uso de medios digitales.** Toda la actividad de contratación regulada en la presente ley, así como aquella que se regule bajo cualquier régimen especial, deberá realizarse por medio del Sistema digital unificado de compras públicas. / Dicho sistema de gestión será único y centralizado y su administración estará a cargo del Poder Ejecutivo. / El sistema deberá reproducir toda la información relativa a cada una de las etapas del procedimiento de compras. / Asimismo, el Sistema digital unificado de compras públicas garantizará la total transparencia y publicidad de cada uno de los procedimientos, documentos e información relacionada con dichos procesos de compras, para lo cual el sistema debe reproducir la información en formatos digitales aptos para que el público pueda descargarlos, copiarlos, manipularlos y reproducirlos. / Para realizar los actos previstos en esta ley, la administración y los particulares deberán ajustarse a las regulaciones de la Ley n.º 8454, Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, de 30 de agosto de 2005."

La publicidad del expediente electrónico del procedimiento permite a los participantes acceder a todas las actuaciones y conocer las justificaciones para la exclusión de sus ofertas o la selección de otras como ganadoras. También, así como articula la rendición de cuentas frente a la sociedad civil que espera que se inviertan los recursos de la mejor manera y por lo cual tiene derecho a conocer a quién, cómo y por qué se le está adjudicando un determinado proyecto de obra, servicios o suministros.

Con la difusión amplia del procedimiento, se amplían también las posibilidades de concurso y competencia, que beneficia a la Administración, no solo en condiciones de precio, sino de calidad y otras características de la contratación, como el plazo de entrega, garantías de los bienes, etc. Esa mayor participación no es el fin de la contratación; sin embargo, pareciera resultar fundamental para la mejor inversión de los fondos públicos y sobre todo para la selección de la mejor oferta que satisfaga una determinada necesidad.

Esta divulgación no puede desvincularse de los plazos mínimos para la presentación de ofertas, que resultan indispensables para garantizar la libre concurrencia, en tanto tiene relación con el plazo en que se pone a disposición de los oferentes para el estudio reposado de los pliegos de condiciones, el diseño de su estrategia para el concurso y la lectura del comportamiento del mercado y la confección misma de la oferta. Es así como en diversos instrumentos internacionales como el Acuerdo de Compras Públicas de la Organización Mundial del Comercio, se hace énfasis en que los procedimientos abiertos de concurso no deben otorgar plazos menores a los 40 días naturales y en casos muy especiales un plazo no menor de 10 días naturales (Organización Mundial del Comercio, Art. XI del Acuerdo Revisado sobre Contratación Pública, 2014)⁴.

En nuestro medio, podría decirse que existen dos procedimientos ordinarios en consideración al modelo de cuantía según el estrato presupuestario de compra que corresponda a cada institución: a) la licitación pública regulada en los artículos 41 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 91 y siguientes de

⁴ Artículo XI del Acuerdo Revisado sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm#articleXI

su Reglamento; b) la licitación abreviada regulada en los artículos 44 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 97 y siguientes de su Reglamento; y un procedimiento de escasa cuantía prevista en los artículos 2 inciso h) de la Ley de Contratación Administrativa y 144 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Estos tres procedimientos de concurso presentan garantías mínimas de competencia.

Desde luego los procedimientos de licitación pública y abreviada se relacionan con procedimientos abiertos con mayor publicidad y garantías, no solo por su obligación de publicar en el SICOP, sino también por los plazos amplios para recibir ofertas, que en la licitación pública será de quince días hábiles como mínimo, mientras que en la licitación abreviada se cuenta con un mínimo de cinco días hábiles. Ciertamente la escasa cuantía también se relaciona con una excepción de contratación directa en su desarrollo normativo⁵, sobre lo cual puede discutirse que se define por un monto y admite concurso, por lo que se podría considerar con facilidad un procedimiento ordinario de carácter competitivo.

De esa forma, no es casualidad que originalmente se postulara en el artículo 182 de la Constitución Política la necesidad de acudir a la licitación como regla, tal y como lo ha reconocido la Sala Constitucional:

“Es esta tesis recién transcrita la que a juicio de la Sala que debe prevalecer, de modo tal que se entienda que si bien, en efecto la licitación pública, resulta ser un medio favorecido por el Constituyente, ello no implica la necesidad jurídica de excluir que – de forma igualmente ordinaria– pueda acudirse a las demás modalidades de licitación establecidas, las cuales, también forman parte del conjunto de modos normales de contratación administrativa amparados por el artículo 182 Constitucional, aun cuando por su propia dinámica conlleven una atenuación –que resulta ser constitucionalmente válida– de los principios constitucionales que informan la contratación administrativa. La contratación directa no encaja en este sistema porque los tipos de licitación privada son mecanismos donde el rigor de los principios

constitucionales de contratación se ven atenuados, pero existen y se conservan y se busca que se respeten en la medida máxima que sea compatible con el tipo de contrato. La contratación directa por el contrario constituye una categoría separada y aparte, una excepción al sistema ordinario, o como se dijo, un mecanismo excepcionado del sistema ordinario de contratación, que no nace del texto del artículo 182 pero que ha sido constitucionalmente admitido (...)” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución n.º 13910-2005)

No obstante, la propia Sala Constitucional ha reconocido la viabilidad del esquema de excepciones que defina el legislador ordinario, señalando:

“En primer término, no puede partirse de un análisis simplista o formal, pues la contratación administrativa es una materia sumamente compleja que se desenvuelve en un entorno de cambios constantes, muchas veces con un ritmo vertiginoso. En efecto, el proceso de adquisición de bienes y servicios está inmerso y a la vez determinado por las condiciones y reglas del mercado, cuyas variables difícilmente pueden aprehenderse en la rigidez de una norma. Por esa razón, y tomando en cuenta que, como bien señaló la Procuraduría, los procedimientos de contratación tienen un carácter instrumental de frente a la satisfacción de los intereses públicos, nunca podrían verse convertidos en un fin en sí mismo, sino que deben conservar su naturaleza de simples medios para la consecución del fin superior. Bajo este razonamiento, cabe preguntarse entonces si es factible prever en un cuerpo normativo todos los posibles motivos de excepción que en determinado momento pudieran requerir de un procedimiento como la contratación directa. (...) Volviendo al caso concreto, estima este Tribunal que en materia de las posibles excepciones que pueden ser incompatibles con los procesos concursales formales, difícilmente pueden ser previstas con un grado absoluto de taxatividad, como se pretende en la acción. Sin embargo, es también cierto que esa circunstancia no debe en modo alguno propiciar la violación al régimen consagrado en el artículo 182, permitiendo que la Administración en forma antojadiza se excepcione

⁵ Regulada en el artículo 144 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se ubica dentro del Capítulo IX denominado Materias excluidas de los procedimientos ordinarios de contratación.

de éste aduciendo cualquier justificación. Como ya se vio, la jurisprudencia de este Tribunal se ha referido a la contratación directa como una forma contractual constitucionalmente válida, señalando que este régimen de excepción debe estar regulado en la legislación ordinaria sobre la materia, sea la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. (...) Valga señalar que este esfuerzo por contemplar de forma taxativa en el régimen legal las causales que dan lugar a una contratación directa, ciertamente imponen límites tendientes a evitar una eventual infracción del régimen constitucional que impone la licitación como regla en este campo. (...) Como se dijo antes, un régimen de esta naturaleza difícilmente permite enumerar exhaustivamente todos los posibles supuestos en que el procedimiento de licitación no permite satisfacer el interés general o bien la contratación directa sea la única posibilidad de evitar daños o lesiones a los intereses públicos. Justamente en razón de esa necesaria flexibilidad que debe acompañar al régimen es que la propia ley se encargó de contemplar la hipótesis consagrada en el inciso h) de la Ley de Contratación (sic) Administrativa y 83 de su reglamento (sic), normas que ahora se impugnan. Así, la autorización para que la Contraloría mediante resolución debidamente motivada autorice para contratar directamente en otros supuestos no previstos expresamente, es una facultad contemplada expresamente en la ley sobre la materia, y desarrollada en su respectivo reglamento. Se trata de una posibilidad limitada, que puede demandarse en ciertos casos muy concretos cuyos elementos y circunstancias no es posible preverlos a nivel de norma general. A juicio de la Sala, esta posibilidad no es en modo alguno ilimitada, infinita y carente de todo parámetro de control, y por ello seriamente lesivo al régimen constitucional de contratación, como se aduce al plantear la acción. Antes bien, el ejercicio de esa facultad se encuentran atada no sólo a a (sic) los múltiples principios generales que se derivan del artículo 182 de la Constitución, según lo ha desarrollado la jurisprudencia de esta Sala, sino también a las normas legales y reglamentarias que se encargan de delinear esta posibilidad. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución n.º. 2660-2001)".

De esa forma, ciertamente se trata de excepciones justificadas por su naturaleza, donde tanto el legislador como el posterior desarrollo realizado en el nivel reglamentario reflejan la inconveniencia de realizar el concurso. En nuestro ordenamiento, en la actualidad se admiten excepciones como la referida al supuesto de oferente único, acuerdos celebrados entre sujetos de derecho internacional público, contratación entre entes de derecho público, objetos que requieren seguridades calificadas, entre otras que corresponde realizar a la Administración. Sobre el tema, se pueden revisar los artículos 137, 138, 139 inciso a) y h) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Por otro lado, existen algunas autorizaciones para contratar en forma directa como el caso de la contratación directa autorizada regulada por el artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa y desarrollada por el artículo 146 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en concreto proceden cuando existan razones suficientes para considerar la mejor forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.

En un sentido similar, puede verse la contratación directa por razones de urgencia, que procede cuando la Administración enfrenta una situación cuya atención sea calificada de urgente, indistintamente de las causas que la originaron. En este caso podrá prescindir de una o de todas las formalidades de los procedimientos de contratación o crear procedimientos sustitutos de estos, con el fin de evitar lesión al interés público, daños graves a las personas o irreparables a las cosas (Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Art. 140).

Ahora bien, ciertamente la excepción no presupone concurso; sin embargo, esto no significa ausencia absoluta de controles o de garantías sobre la aplicación de la excepción y de la sana inversión de los fondos públicos. En ese sentido, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone de una serie de reglas mínimas que deben observarse en la promoción de procedimientos de excepción. Tal y como lo apunta el artículo 133 de ese cuerpo reglamentario, resulta fundamental que el contratante reúna los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera para celebrar el respectivo contrato.

Esta disposición es clave en el análisis de la aplicación de cualquier procedimiento de excepción, porque supone la verificación detallada de la idoneidad del contratista, lo que significa que no solo tiene que contar con el conocimiento técnico para la prestación del objeto contractual, sino también con la experiencia mínima en el desarrollo de objetos similares; es decir, el contratista debe contar con la pericia técnica para desarrollar el objeto contractual. De igual forma, debe revisarse con detalle la capacidad financiera del contratista cuando el proyecto lo amerite, aplicando las razones financieras que correspondan para verificar que se cuenta con la capacidad de ejecutar el proyecto. Además, se deben verificar la idoneidad desde la óptica jurídica asociada a las figuras utilizadas por quienes se contrata, así como la habilitación y capacidad para contratar, por ejemplo, que no exista impedimento para contratar con la Administración por una sanción o una prohibición (salvo el caso de los supuestos del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa⁶) o que se encuentra moroso con la seguridad social en los términos del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social o el artículo 22 inciso c) de la Ley de FODESAF.

Debe quedar constancia de esa verificación en el expediente administrativo del concurso, según dispone el artículo 135 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, donde se indica que para cada contratación se deberá confeccionar un expediente físico o electrónico, el cual estará encabezado por la decisión inicial y al que se le deberá incorporar constancia de todas las actuaciones que se realicen. De este modo, queda constancia de la verificación de idoneidad y los requisitos previos pertinentes conforme dispone el artículo 134 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa⁷, que no son otros que los regulados en el Capítulo II del mismo cuerpo normativo, como es el

6 Al respecto señala el artículo 22 bis, que de las prohibiciones anteriores se exceptúan los siguientes casos:

1. Que se trate de un proveedor único.
2. Que se trate de la actividad ordinaria del ente.
3. Que exista un interés manifiesto de colaborar con la Administración.

7 El artículo 134 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone: "La actividad contractual excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, deberá adaptarse, en lo pertinente, a los principios generales, a los requisitos previos que correspondan y a las normas generales sobre el cartel y la oferta. / A excepción de los supuestos de proveedor único, actividad ordinaria e interés manifiesto de colaborar con la Administración, se deberá verificar que el eventual contratista no esté cubierto por el régimen de prohibiciones."

caso de la decisión inicial con todo lo que ello implica en los términos del artículo 8 del Reglamento y que reitera el artículo 135, así como también la existencia de disponible presupuestario, la realización de la estimación del negocio y otras verificaciones.

Como puede verse, la aplicación de un régimen de excepción a los procedimientos ordinarios es restrictivo no solo porque, según el artículo 8 inciso a) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se debe contar con una justificación de la procedencia de la contratación, con indicación expresa de la necesidad a satisfacer, sino también porque se consideran para ello los planes de largo y mediano plazo, el Plan Nacional de Desarrollo, el Plan Anual Operativo, el presupuesto y el Programa de Adquisición Institucional; es decir, la necesidad debe estar vinculada con la planificación institucional, porque el procedimiento no surge de forma espontánea.

Luego, el artículo 135 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa señala que para la aplicación de la excepción, en específico, debe hacerse referencia a los estudios legales y técnicos en los que se acredita que, en el caso concreto, se está ante un supuesto de prescindencia de los procedimientos ordinarios.

Estos especiales requerimientos tienen su justificación precisamente en lo que se ha venido diciendo respecto de la relevancia de la competencia e igualdad, así como en la transparencia e idoneidad de cómo se invierten los fondos públicos. Por ello, cuando una excepción no se aplica conforme a lo dispuesto por la normativa, necesariamente adolece de vicios en ese motivo que sustenta el acto de la decisión inicial, con lo que también se contamina la excepción y la contratación realizada al amparo de ese régimen de excepción.

3. Consecuencias de la omisión de formalidades de procedimiento

La indebida aplicación de un régimen de excepción podría resultar en un indicador de diversas falencias en la Administración, que van desde el desconocimiento de los funcionarios encargados de la materia que están

aplicando y la consecuente debilidad en el modelo de control interno, hasta un ejercicio más complejo que puede asociarse a una práctica de corrupción. Ciertamente la materia de contratación administrativa es compleja y demanda una estrategia de profesionalización por parte de la Administración, pero esto no significa que la incorrecta aplicación de un régimen de excepción pueda simplemente dejarse de lado.

De esa forma, la inexistencia de supuestos que permitan configurar un régimen de excepción implica que esa contratación no deba surtir efectos. En relación con los elementos de la contratación irregular precisamente el propio Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que:

“El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido. (Art. 218, párrafo segundo)”

Más allá de la discusión de la nulidad absoluta por inexistencia del motivo de excepción al momento de la decisión inicial, lo cierto es que la aplicación ilegítima o incorrecta de una excepción configura una contratación irregular. Esta circunstancia se podría configurar precisamente porque la necesidad, aunque existe, debió ser atendida mediante los procedimientos ordinarios o bien porque en el caso no concurrían los supuestos específicos para aplicar una excepción, como sería que el oferente no era único en el mercado, la gestión judicial no era urgente, el bien arrendado no era único porque no se verificó en el respectivo estudio y existían otras opciones viables, entre otras posibilidades. Este

ejercicio podría tener connotaciones más interesantes si, por ejemplo, en el caso de la contratación de entes de derecho público, se determina que el ente contratado no era idóneo porque no tenía el personal con el conocimiento o la experiencia para brindar el servicio, pese a que contaba con la competencia legal para brindarlo. No obstante, estas valoraciones podrían resultar discutibles y no ser necesariamente “vicios graves y evidentes” que requiere la norma para configurar la contratación irregular.

Como necesaria consecuencia, la contratación irregular supone que no podrá ser reconocido ningún pago al interesado, salvo que haya un evidente provecho para la Administración en la medida que no exista un enriquecimiento incausado⁸. Sin embargo, la propia norma es clara cuando indica que deberá rebajarse el lucro en caso de que se pueda derivar de la estructura del precio o un monto presuntivo de 10 % si no es posible hacerlo.

De la contratación irregular debe comentarse, adicionalmente, que la primera parte del artículo 218 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa parece reafirmar la responsabilidad del contratista de verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa y la ejecución contractual, por lo que no es posible alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la

⁸ Al respecto, ha señalado la Contraloría General que: “Derivado de tales disposiciones, claras y vinculantes, y del principio de buena fe, la obligación de los particulares es no contratar con la Administración cuando no se observan los formalismos esenciales contenidos en la ley, y si decide hacerlo, debe aceptar que lo hace en una relación abiertamente irregular y por lo tanto recibirá a cambio únicamente la indemnización de los costos para evitar un enriquecimiento incausado a favor de la entidad beneficiada con los bienes o servicios, pero no podrá lucrar indebidamente. / Consecuentes con ese razonamiento, tal y como hemos venido esgrimiendo, este Despacho ha señalado con toda claridad que en aquellos casos en los cuales se da una contratación irregular, se debe proceder a indemnizar al contratista y no a “pagarle”. / Como se indicó, y tal y como lo desarrollaremos más adelante, esa noción de indemnización, excluye por principio, el reconocimiento del lucro, según la doctrina que informa el numeral 194.2. de la Ley General de la Administración Pública, de modo que la Administración, bajo su entera y absoluta responsabilidad, debe determinar el costo puro y simple del bien o servicio, de acuerdo con los parámetros de mercado aplicables a la actividad, en forma razonada y documentada, rebajando, cuando así se haya indicado en la oferta, lo correspondiente a utilidad (siempre que corresponda a un margen razonable en relación con la actividad de que se trate), o bien, rebajando proporcionalmente un porcentaje fijo a título de lucro de la operación. La legislación anterior (artículo 272 del Reglamento de la Contratación Administrativa anterior) razonablemente establecía éste en un 10% del monto total que comprenda esa contratación irregular.” Contraloría General de la República, oficio n.º 4929 del 31 de marzo de 2006.

conducta administrativa. Sin embargo, debe rescatarse que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia a que no existe un enriquecimiento incausado de la Administración:

“Al determinarse, mediante integración, que el ordenamiento jurídico administrativo, permite que exista la contratación irregular, en los supuestos en que se realice un acuerdo, sin cumplir con el procedimiento debido, lo cual incluye, el agotamiento de todos los trámites, se concluye que los numerales 3 y 20 de la citada ley, y el 11 inciso a) del Reglamento de Transporte, no fueron trasgredidos. Nótese que, existió una negociación entre el actor, y el Ministerio de Educación Pública, a través de las autoridades educativas involucradas (Director Regional, Director del Colegio), mediante la cual, se determinó que el transportista debía trasladar un número mayor de estudiantes. De esta forma, el contratista actuó de buena fe, con el inconveniente, que faltó una autorización, para que el contrato original se tuviera por modificado. Este cuadro fáctico permite, por aplicación de los principios de equidad, y prohibición de enriquecimiento sin causa, se le reconozca al demandante, el derecho a obtener una indemnización por el servicio que brindó, dado que, el Estado se vio beneficiado, ante el servicio público satisfecho, del cual propició su cumplimiento, al requerirle la inclusión de los estudiantes de más. Asimismo, el ordinal 10 inciso a) del Reglamento de Transporte no fue conculcado, por cuanto, la norma prevé, que para autorizar la creación de nuevas rutas de transporte estudiantil, se deberá dirigir una solicitud escrita, por parte del Director del centro educativo, que deberá contar con el visto bueno del Director Regional de Educación correspondiente. En autos fue demostrado, que la Dirección del Liceo La Uvita, incluyó en la Fórmula L-02 “Para Ruta Nueva y Ampliación de Ruta”, la lista de los 12 colegiales, documento que fue debidamente firmado por el Director Regional de Pérez Zeledón (al respecto ver hechos probados 2 y 3). Tampoco fue lesionado el canon 14 inciso b) ibídem, norma que le impone al contratista, el deber y la atribución de transportar únicamente a los estudiantes que el centro educativo le haya

comunicado como beneficiarios del servicio, porque se tuvo como un hecho demostrado que los 12 estudiantes adicionales, fueron reportados por la Dirección del Liceo La Uvita, mediante una fórmula oficial denominada L-02 (al respecto véase hechos probados 1, 2 y 3). En este caso en particular, se echó de menos la autorización de la Dirección Financiera del MEP, y por esta razón se cataloga la ampliación del contrato como “irregular”. La ausencia de este requisito en la tramitación, no conlleva desconocer que el actor efectivamente brindó un servicio de transporte a los 12 estudiantes de más, durante el período indicado, y ante la buena fe con que actuó el contratista, la tesis de la representación estatal, deberá ser desestimada. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución n.º 001112-S1-F-2009)

En igual sentido, sobre la responsabilidad y participación de la Administración ha señalado también la Sala Primera que:

“VI.- En los contratos del Estado es necesario observar fundamentalmente el principio de legalidad, realizando la convención dentro de los canones previstos en el ordenamiento jurídico y para los fines previstos en él. En el contrato objeto de análisis, faltó un requisito señalado por el ordenamiento jurídico como es el refrendo o aprobación de la Contraloría General de la República. La omisión de ese requisito de eficacia impedía los efectos deseados en el contrato, y su puesta en ejecución constituyó un acto material de la Administración contrario al ordenamiento jurídico. Si la Administración está sujeta al principio de legalidad, debió observar los requisitos de validez y eficacia del contrato; ello es de principio, pues resulta connatural a su personalidad jurídica y a los fines que desarrolla. En efecto, la ley obliga al particular a velar por la legalidad del procedimiento administrativo en materia de contratación; pero esta exigencia no puede interpretarse en forma irrestricta, y sólo en relación con el administrado, pues también la Administración por obligación legal ésta se sujeta al principio de legalidad y debe observar con celo los requisitos necesarios e indispensables para que el contrato nazca a la vida

jurídica y pueda ser puesto en ejecución. Presunción admisible en beneficio del administrado contratista, pues la Administración cuenta para el cumplimiento de sus fines con personal especializado, cuerpos asesores jurídicos y técnicos en diferentes materias; así, la inobservancia de los requisitos legales de forma y fondo es más grave tratándose de la Administración, mientras el particular por lo general no cuenta con esos recursos, sino solamente con la voluntad de contratar y la de obtener beneficios derivados de la negociación. Si bien la ley impone la obligación al particular de velar por el buen desarrollo del procedimiento, su verificación y exactitud competen prioritariamente a la Administración, y ésta, al incumplirlo, debe aceptar las responsabilidades derivadas de ello; máxime, como en este caso, cuando usufructuó de bienes particulares percibiendo un beneficio sin existir una negociación legítima, constituyendo en consecuencia un enriquecimiento sin causa en su favor y un perjuicio para el patrimonio del particular, quien necesariamente debe ser resarcido. (sic) el deber del Banco era devolver el equipo de cómputo cuando no podía cancelar los montos cobrados, y al no hacerlo generó una actuación ilegítima, al margen de todo procedimiento (...)” (el subrayado no es del original). (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución n.º 003-F-91)

Como se desprende de lo citado, no se desconoce el hecho de que exista una práctica contraria al ordenamiento jurídico, pero la Sala Primera es contundente en la lectura de buena fe hacia el contratista de la Administración, por lo que ha reconocido el pago respectivo a título de indemnización⁹. Como bien afirma Rojas (2018), esto ocurre precisamente porque la Administración percibe u obtiene, parcial o totalmente, de forma efectiva y de buena fe, los respectivos bienes o servicios por los cuales suscribió el contrato administrativo con evidente provecho para ella, pero a pesar de eso, se presenta una anomalía o irregularidad en el procedimiento concursal por no atender las formalidades del procedimiento o porque se apartó de las reglas previstas en el ordenamiento.

⁹ En un sentido similar puede verse Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sección sexta, Resolución n.º 2108-2010.

Desde el punto de vista del funcionario que tramita una contratación irregular, el artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa remite a la aplicación de la sanción de suspensión sin goce de salario de hasta seis meses que regula el artículo 96 bis del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda haber generado. En ese sentido, señala Villalobos (2018), se configuraría si se llega a acreditar la existencia de un nexo de causalidad directo entre las conductas de los funcionarios y una afectación de carácter patrimonial que haya sido causada a la Hacienda Pública.

4. Indebida aplicación de la excepción de interés manifiesto de colaborar con la Administración

Conforme se ha expuesto, la incorrecta aplicación de una excepción de contratación directa configura ineludiblemente la contratación irregular, lo que representa una consecuencia de carácter patrimonial al contratista, y una sanción al funcionario que configuró la omisión del respectivo procedimiento ordinario. En el caso de las excepciones, no solo debe considerarse la parte general que ya fue analizada respecto de la justificación de su procedencia, sino que también se deben dimensionar los requerimientos de la norma en cada caso.

En el artículo 2 inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa, el legislador dispuso que se excluyeran de los procedimientos de la Ley (entendidos como ordinarios), la actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso público o no convenga someterla, sea porque solo existe un único proveedor, por razones especiales de seguridad o por otras igualmente calificadas de acuerdo con el Reglamento. Esta misma referencia es incorporada más claramente en el encabezado del artículo 139 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa donde se señala que la Administración podrá contratar de forma directa los siguientes bienes o servicios que, por su naturaleza o circunstancias concurrentes, no puede o no conviene adquirirse por medio de un concurso, así como los que habilite la Contraloría General de la República.

Sobre esa línea, en el desarrollo reglamentario se mantuvo la excepción de interés manifiesto de colaborar con la Administración, regulada en el del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa:

“i) **Interés manifiesto de colaborar con la Administración.** Los contratos de servicios y suministros con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas que evidencien su afán de ayuda desinteresada a la Administración y su ausencia de ánimo de lucrar en la respectiva operación. Se entiende que se está en los supuestos anteriores, cuando el precio fijado por el particular a la Administración Pública resulte inferior al valor real mínimo de mercado en 30% o más. El valor real mínimo será determinado por los estudios de mercado que se hagan o, cuando la naturaleza del objeto lo permita, mediante una valoración hecha por peritos idóneos según sea ordenado por la propia Administración. Si se tratara de bienes inmuebles dicha valoración deberá hacerla un funcionario de la propia entidad o en su defecto la Dirección General de Tributación. (Art. 139, inciso i)”

Esta excepción ya se encontraba incorporada en el artículo 79.3 del derogado Reglamento General de Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo 25038-H); sin embargo, en este Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo 33411), se retomó y mejoró la redacción original del artículo 204 del Reglamento de la Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo n.º 7576-H que reglamentaba a su vez la Ley de Administración Financiera de la República, Ley n.º 1279), el cual indicaba:

Artículo 204.- Como séptima excepción a los procedimientos de concurso, se permite la contratación directa con personas físicas o entidades privadas cuyo afán exclusivo sea en el caso concreto una evidente y tangible ayuda al Estado o a sus Instituciones, obviamente sin lucrar en la operación. Se entiende que se está en los supuestos anteriores, cuando el precio fijado por el particular a la Administración Pública resulte sustancialmente inferior a su valor real, normalmente menor en un tercio o más. El valor

real será determinado por la Dirección General de la Tributación Directa en tratándose de la compra de inmuebles, o bien, según el peritaje ordenado por la propia Administración respecto a otro tipo de compras de bienes o servicios” (artículo 204 del Reglamento de la Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo n.º 7576-H).

La referencia histórica resulta de relevancia para el análisis, en la medida en que la sustancia de la excepción tiene asidero precisamente en que la contratación con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas debe evidenciar su afán de ayuda desinteresada a la Administración y la ausencia de ánimo de lucrar en la respectiva operación. Este ánimo se objetiviza en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa vigente cuando se indica como parámetro que el supuesto del precio fijado por el particular a la Administración Pública resulte inferior al valor real mínimo de mercado en 30 % o más. Esta regulación se que había omitido en el artículo 79.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa con la eliminación del tercio del valor real, pero que se mantuvo al amparo de la acertada interpretación de la Contraloría General:

“Por ende, para aplicar la excepción es necesario acreditar en el expediente abierto al efecto, que efectivamente la operación no comporta lucro y conlleva beneficio negociar en los términos que le sean propuestos, sea por medio de una estimación de mercado, mediante un avalúo u otro mecanismo que la Administración estime idóneo para probar el precio real. A ese precio real del objeto contractual, se le debe aplicar una reducción sustancial, que evidencie el ánimo de beneficiar, para lo cual debe tenerse presente el parámetro tan razonable que establecía el artículo 204 del Reglamento de la Contratación Administrativa, que disponía de la reducción de al menos un tercio del precio real. (Contraloría General, Oficio n.º 107)”¹⁰

Ahora bien, en el desarrollo reglamentario vigente la preocupación no se asocia a una limitación específica sobre quiénes pueden concurrir ante la Administración,

¹⁰ Contraloría General de la República, oficio No. 107 del 7 de enero de 1998.

en caso de que el ámbito subjetivo haya quedado abierto: personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas. De tal forma, básicamente se requirió la circunstancia de que se acreditara la ausencia de ánimo de lucro bajo un parámetro objetivo asociado al valor real mínimo de mercado reducido en un 30 % o más, que desde luego incorpora todos los rubros y actividades necesarias para ejecutar la contratación.

Además, se descartó cualquier margen de discrecionalidad para el funcionario como podría ser que se estimara la amplia experiencia de un contratista que fuera una organización internacional o bien el simple interés de una empresa de la localidad en colaborar con la Administración que bajo un contrato de obra ofrecía donar los diseños a cambio de la construcción de la hacer construir la obra, si ello integralmente no alcanzaba el 30 % fijado en la norma.

El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone de tres posibilidades para determinar el 30 % del valor, a saber: la realización de un estudio de mercado o una valoración realizada por peritos idóneos, así como una valoración de un funcionario de la propia entidad o de la Administración Tributaria en el caso de compra de inmuebles.

El estudio de mercado supone en primer término, como en cualquier otro procedimiento ordinario o de excepción, que se determine el objeto de la contratación de tal manera que, si se trata de un servicio, se conozcan sus alcances específicos, como por ejemplo el desarrollo de un software, donde se debe determinar la solución, las funcionalidades, las características de soporte en fase de ejecución, las condiciones de propiedad intelectual que se requieren y los costos de licenciamiento que podría generar en condiciones de crecimiento o aumento de las necesidades. Esto es fundamental para que en la recopilación de información para el estudio se puedan comparar proveedores del objeto en condiciones de igualdad, de tal forma que no se deje a libre criterio de los consultados qué se cotiza en la propuesta o se requieran menos a unos potenciales oferentes que a otros, toda vez que esto impediría conocer con certeza el precio aproximado del objeto en las condiciones consultadas.

Por otro lado, los oferentes consultados para el estudio de mercado podrían partir del registro de proveedores siempre que resulte una muestra razonable en relación con la complejidad del objeto y el tamaño del mercado para el respectivo bien. Realizar una consulta amplia a todo el mercado disponible sin restringirse a un registro podría ser una práctica más garantista para la Administración y para la libre concurrencia, de tal forma que, si con el estudio respectivo no se logra demostrar que el precio cotizado cumple el supuesto del 30 %, debería promoverse un procedimiento ordinario.

Por último, en el caso de bienes inmuebles cuyo valor resulte inferior al valor real mínimo de mercado en 30 % o más, se deberá utilizar el valor del avalúo realizado por el personal de la propia Administración cuando cuente con la idoneidad respectiva o la Administración Tributaria. Tendría poco sentido que el ingeniero mecánico de la Administración realice el avalúo de un bien inmueble o una edificación, para cuya valoración el profesional idóneo sea precisamente un ingeniero civil o un arquitecto, por lo que en tales casos de presentarse inopia deberá acudir a la Administración Tributaria y no contratar a un tercero que realice el avalúo en vista de que no es un supuesto habilitado por la norma.

Como se ha expuesto, la excepción no da ningún margen de discrecionalidad para determinar cuándo se estima que existe interés de beneficiar a la Administración, pero ciertamente la norma no define el criterio metodológico para realizar el estudio de mercado del objeto contractual. Desde luego, ese margen razonable de discrecionalidad no debería alejarse de las reglas de la ciencia y la técnica en los términos del artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública.

De esa forma, definir el tamaño del estudio y el objeto bajo el cual se hace la consulta es un aspecto que debe abordarse con rigurosidad para no incurrir también en una contratación irregular. Es por ello que, si las condiciones del mercado para realizar el estudio no permiten realizar un estudio representativo o razonable según las reglas técnicas, resulta altamente recomendable recurrir al procedimiento ordinario que corresponda y no aplicar la excepción, en aras de que no se incurra en una contratación irregular.

La contratación irregular se configuraría en el caso de esta excepción por la desaplicación de al menos el 30 % del valor real del precio por contratar, considerando todos los elementos necesarios para atender la necesidad, pero sobre todo la omisión del estudio de mercado y en particular una confección insuficiente según el objeto, en tanto no se hayan considerado todos los elementos relevantes para atender la necesidad de la Administración. Puede considerarse, por ejemplo, la adquisición de un equipo con licenciamiento, mantenimiento y soporte, donde el estudio únicamente considera el valor de los equipos o del licenciamiento bajo el argumento de que se deben distinguir bienes de servicios, pese a que la necesidad de la Administración es contratar de forma indivisible el conjunto del objeto contractual.

Como se ha planteado, entonces, la construcción del estudio de mercado o la realización del respectivo avalúo resultan fundamentales en la aplicación de la excepción, en tanto constituye la base sustancial sobre la que se aplica el 30 % que requiere la norma reglamentaria. De esa forma, si las mediciones y valoraciones de la respectiva Administración no se fundamentan en reglas claras bajo consideraciones técnicas, debe optarse por el camino del procedimiento ordinario, como garantía de los principios constitucionales de la materia, pero sobre todo de la ponderación de la satisfacción oportuna del fin público por los canales y procedimientos correctos.

5. Conclusiones

La cuantiosa inversión de fondos públicos en materia de contratación administrativa supone el respeto de principios fundamentales como la publicidad, la libre competencia, la igualdad y la transparencia, de manera que las necesidades públicas se atiendan según la selección de la oferta más idónea bajo las condiciones específicas de un concurso. Aun así, el propio legislador consideró la posibilidad de complementar ese régimen ordinario con un modelo de excepciones que permita satisfacer apropiadamente aquellos casos donde los procedimientos ordinarios puedan resultar inconvenientes para el interés público. No obstante, ese elenco de excepciones es de carácter restrictivo, lo que implica que procede solo y cuando se ha verificado que el procedimiento ordinario no resulta el mejor camino.

Esa determinación no es subjetiva, sino que la normativa legal y reglamentaria vigente dispone de los supuestos bajo los cuales pueden utilizarse las excepciones, lo que supone una verificación no solo de requisitos previos, sino también de idoneidad del potencial contratista, pero sobre todo de que se atiendan los supuestos que configuran una determinada excepción. La mala aplicación del régimen de excepción, sea por dolo o culpa, es castigada desde el procedimiento con una sanción de contratación irregular, lo que implica no solo una afectación al interés público, sino también a la utilidad del contratista.

En el caso de la excepción de interés manifiesto de colaborar, se pueden conceptualizar dos elementos relevantes que configuran la excepción, el cumplimiento de un monto igual o inferior al 30 % del valor real mínimo de mercado, así como la base de cálculo de ese valor real que supone la realización de personal especializado y con solvencia técnica, pero que sobre todo pondera la totalidad de elementos o rubros indispensables para atender la necesidad pública.

En aquellos casos donde no se han ponderado todos los aspectos relevantes para satisfacer el objeto contractual, no existe un valor real estimado porque no atiende a la configuración específica de la necesidad pública ni a la totalidad de elementos que permitan articular una respuesta a esa necesidad. La ponderación de ese valor sin elementos objetivos, que permitan concluir con certeza metodológica y debidamente trazable ese valor, expone a las administraciones y contratistas a la sanción de la contratación irregular. Esta situación no solo afecta la esfera económica de intereses del contratista, sino que fundamentalmente lesiona el interés de la colectividad sobre proyectos en los que se ha invertido tiempo y dinero, y principalmente donde se esperan resultados para atender problemas reales de la colectividad.

6. Referencias

Gimeno Feliú, JM. (2013). Compra pública estratégica. En J.J. Pernas García (Ed.), Contratación Pública Estratégica, Thomson-Reuters-Aranzadi (pp.45-83).

Rojas Ortega, A. (2018). El contrato administrativo irregular. Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, n.º 122. Recuperado de: <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/art2.pdf>

Villalobos Fernández, E. ¿Existe responsabilidad civil para los servidores públicos respecto a las contrataciones irregulares? Revista de Derecho de la Hacienda Pública, Vol. X, 2018, p. 16-20. Recuperado de: <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/10/revista-derecho-10.pdf>

Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. Recuperado de: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/94421013-ab20-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-es>

OCDE, Recomendación IX sobre Contratación Pública, 2015. Recuperado de: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

OMC, Artículo XI del Acuerdo Revisado sobre Contratación Pública, Abril 2014. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm#articleXI

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 13910-2005 de las quince horas cuatro minutos del once de octubre de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2660-2001 de las quince horas con veinticuatro minutos del cuatro de abril de dos mil uno.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 001112-S1-F-2009 de las quince horas quince minutos del treinta de octubre de dos mil nueve.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 003-F-91, de las catorce horas treinta minutos del dieciséis de enero de mil novecientos noventa y uno.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, Resolución n.º 2108-2010, de las quince horas del primero de junio de dos mil diez.

Contraloría General de la República, oficio n.º 107 del 7 de enero de 1998.



TATIANA GUTIÉRREZ DELGADO¹

Los conflictos de intereses en la función pública. Prevención y manejo adecuado.

Sumario:

1. Introducción
2. Conceptualización de los conflictos de intereses.
3. Prevención y manejo adecuado de los conflictos de intereses.
4. Algunos apuntes sobre el estado de situación en Costa Rica.
5. Bibliografía.

¹ Procuradora de la Ética Pública, Procuraduría General de la República. Master en Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica. Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica. Diplomado sobre Corrupción, Universidad de Salamanca.



Resumen:

En el contexto actual en que cada vez se exige más transparencia e integridad a los funcionarios públicos y existe menos tolerancia hacia el aprovechamiento indebido de la función pública, el abuso de poder, y en general, respecto a aquellas conductas funcionales que olvidan los intereses de la colectividad y se dirigen a perseguir beneficios indebidos de carácter particular, y en que las interacciones entre los sectores público y privado son frecuentes, necesarias e inevitables, se vuelve imprescindible voltear la mirada hacia un tema central para la integridad de la función pública como lo es la prevención y manejo de los conflictos de intereses. A través de este trabajo empezaremos por conceptualizar la figura de los conflictos de intereses, para sentar un punto de partida, y de seguido pasar a reflexionar sobre la importancia de su adecuado tratamiento, el uso particular de algunas técnicas básicas que son utilizadas con este propósito, y finalmente, brindaremos algunos apuntes sobre el estado de situación y retos que enfrenta nuestro país en la materia.

1. Introducción

El fenómeno de la corrupción pública constituye una grave amenaza para el bienestar social de las personas en el mundo entero y un problema que pone en riesgo la estabilidad económica y política de los estados. Resultan evidentes los esfuerzos de las últimas décadas de la comunidad internacional y de los países parte, dirigidos a combatirlo².

Los conflictos de intereses son una de las manifestaciones más características de la corrupción contemporánea³, sin embargo, las acciones tendientes a darle un adecuado tratamiento han sido más tardías, y en definitiva, menos claras y uniformes que las establecidas para responder a las conductas más tradicionales de corrupción.

La necesidad de dirigir la atención hacia los conflictos de intereses para garantizar la buena gestión pública, la probidad e integridad en el ejercicio de la función pública, es más que evidente, debido a la grave amenaza que éstos representan para el interés general y las serias consecuencias que pueden llegar a producir, en términos de confianza y credibilidad públicas y, por tanto, en la institucionalidad democrática⁴.

Se trata de comportamientos propios de las sociedades capitalistas⁵ y de la dinámica actual de interacción entre los sectores público y privado⁶, que no pueden simplemente prohibirse o evitarse en todos los casos, y que requieren de un manejo apropiado de parte de los sistemas de combate de la corrupción implementados por los países, para evitar sus indeseables consecuencias.

Nuestro país no escapa a la tendencia apuntada, existe falta de conciencia sobre la importancia del fenómeno de los conflictos de intereses, poco entendimiento y comprensión sobre lo que comprenden, y sin duda, deficiencias notorias en su abordaje tanto en lo normativo como en los aspectos organizacionales e institucionales.

2 Zalaquell, J.: "Conflictos de intereses: normas y conceptos", En: Anuario de Derechos Humanos 2011, www.anuariodh.uchile.cl, 2011, p. 180. García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", Aranzadi Editorial, 2001, p. 68.

3 Argandoña, A.: "Conflictos de intereses: El punto de vista ético", www.eben-spain.org/docs/papeles/XII/Antonio_Angandoña.pdf, 2004, p. 8.

4 Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés: Lecciones para la Administración Pública Federal en México a partir de la expediente internacional", En: Estado, Gobierno, Gestión Pública. Revista Chilena de Administración Pública, No. 10, dic. 2007, p. 73.

5 García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", Aranzadi Editorial, 2001, p. 30.

6 Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés: ...", op.cit., p. 73.

La circunstancia anterior nos ha impulsado a trabajar en el tema de los conflictos de intereses, pensando que con ello, de alguna manera, se puede contribuir a motivar la reflexión sobre esta especie de corrupción y la necesidad de fortalecer nuestro sistema de gestión de estas situaciones.

Nos hemos impuesto como objetivo estudiar el manejo adecuado de los conflictos de intereses, y algunas de las principales técnicas que se utilizan con este propósito, para luego pasar a examinar el estado actual de nuestro sistema. Nos motiva pensar que las conclusiones de este trabajo puedan ayudar con la implementación de algunas de las medidas de cambio necesarias en el país en este campo.

El presente artículo contendrá una primera parte que brindará la conceptualización de los conflictos de intereses, la cual servirá de base para los desarrollos siguientes. La sección segunda, presentará una reflexión sobre la importancia de su apropiado tratamiento, y adicionalmente, entrará a describir algunas de las principales técnicas utilizadas para cumplir con ese propósito. El último apartado, como hemos adelantado, se dedicará a plantear algunos comentarios sobre el estado y retos que enfrenta nuestro país en la materia.

2. Conceptualización de los conflictos de intereses.

Toda delimitación de conceptos resulta una tarea compleja, debido a la diversidad de los enfoques que pueden existir sobre una misma materia, y la posibilidad de que, desde cada uno de éstos resulte válida una conceptualización distinta o por lo menos que difiera en varios de sus elementos. La dificultad aumenta, cuando se trata de un fenómeno político y socialmente tan complejo, como lo es el conflicto de intereses.⁷

En un trabajo de investigación, como el que nos ocupa, en que el objetivo principal no pretende el estudio de las distintas concepciones de la figura de los conflictos de intereses, sino analizar el manejo que puede y debe darse a éstos, hemos decidido dirigirnos directamente a la escogencia de una posición que nos permita aclarar nuestro punto de partida y fundamento para el resto del desarrollo, sin detenernos en la exposición y valoración de los distintos conceptos que se pueden encontrar a nivel doctrinal⁸.

7 Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés: ..., op.cit., p. 75.

8 Una amplia referencia de las distintas conceptualizaciones de la figura de los conflictos de intereses, se puede encontrar en: Nattero, P. y otros: "Conflictos de intereses. Disyuntivas entre lo público y lo privado y prevención de la corrupción", Buenos Aires, 2009, p. 26 a 33. También en: García

Por varias razones, que no dejaremos de mencionar, para efectos de este trabajo nos hemos inclinado por la definición de conflicto de intereses acuñada por la Organización de Desarrollo y Cooperación Económicos (-OCDE- en sus siglas en español).

La escogencia apuntada, ha tomado en cuenta, fundamentalmente, tres aspectos. En primer lugar, que la definición de la OCDE es amplia, pero a la vez comprensiva de los elementos más característicos de los conflictos de intereses de naturaleza pública, que son aquellos que involucran al menos a un cargo o funcionario público⁹. También se ha considerado el hecho de que, es un concepto que ha venido siendo utilizado, reiteradamente, por la jurisprudencia administrativa patria¹⁰, ante la carencia de una conceptualización normativa y el escaso desarrollo existente a nivel de jurisprudencia judicial sobre el punto concreto. Finalmente, ha influido la circunstancia de que el país se encuentra actualmente siguiendo el proceso de adhesión a la Organización, lo que implica el compromiso de ajustar el sistema a los parámetros definidos por ésta en la materia.

La OCDE define el conflicto de intereses como aquel que "involucra un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un servidor público, en el que el funcionario público tiene un interés privado con capacidad de influir indebidamente en el ejercicio de sus deberes y responsabilidades oficiales".¹¹

La definición transcrita, como se evidencia, destaca por la amplitud de sus alcances. Reconoce que el conflicto se puede generar respecto al deber público del servidor en **toda su dimensión, lo que incluiría, no sólo las funciones propias del cargo sino toda obligación asociada a la condición de servidor público**. Además, permite la consideración de todo tipo de interés privado del funcionario, al establecer como única condición que sea un interés con "capacidad" de afectar el adecuado cumplimiento de los deberes y responsabilidades oficiales del servidor público.

Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", ..., op. cit., p. 82; Zalaquell, J.: "Conflictos de intereses: normas y conceptos", ..., op. cit., p. 180; y Argandoña, A.: "Conflictos de intereses: ..., op. cit., p. 4.

9 García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", ..., op. cit., p. 48.

10 Por ejemplo ver: Dictámenes de la Procuraduría General de la República números: C-181-2009, C-230-201, C-093-2011. Oficio de la Contraloría General de la República número 00959-2007.

11 "Recomendación del Consejo sobre las Guías de la OCDE para Manejar el Conflicto de Intereses en el Servicio Público", Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, 28 de mayo de 2003 - C(2003)107//, En: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=130>

A nivel doctrinal y en el derecho comparado, como es sabido, existen dos claras posiciones en lo referente a los intereses privados generadores de conflictos de intereses. Una restrictiva que, únicamente, admite los intereses de naturaleza económica y, otra más amplia que, considera todo el espectro de intereses humanos que puedan afectar la condición de imparcialidad del funcionario, el cargo o **producir dudas razonables sobre la integridad de las decisiones administrativas.**¹²

Nosotros no podríamos sino inclinarnos por la segunda de ellas, debido al **convencimiento** de que existe una gran diversidad de intereses privados que pueden razonablemente afectar la independencia, imparcialidad e integridad de un funcionario público en el ejercicio de su cargo y ocasionar un conflicto de intereses de carácter público.

Si bien es claro que, los intereses de índole económica son los que en la mayoría de las ocasiones provocan, o por lo menos, evidencian el enfrentamiento de intereses que genera el conflicto; es innegable que, existen intereses privados de otras naturalezas que también pueden conllevar a iguales efectos y consecuencias.

Intereses como los derivados de relaciones familiares, afectivas, profesionales, comunales, religiosas, afiliaciones con organizaciones con o sin fines de lucro, políticas, sindicales o profesionales, son un claro ejemplo de que, las posibilidades son muy diversas.

Tal y como se desprende de la definición que ha sido escogida como punto de partida para este trabajo, la clave está en el hecho de que, sean intereses privados que entren en conflicto con las obligaciones públicas del servidor y tengan esa "capacidad" mencionada de perjudicar razonablemente su adecuado cumplimiento y de poner en riesgo la integridad de las actuaciones administrativas¹³.

La referencia a la "capacidad" de influir "indebidamente" contenida en la definición de la OCDE, es un componente que permite dar razonabilidad a la valoración de los intereses privados que pueden estimarse o no generadores de conflictos de intereses.

Habrán intereses privados que, aunque de los tipos mencionados, son irrelevantes para efectos de la configuración del conflicto de intereses, debido a que no ponen en un riesgo real¹⁴ ni afectan en forma efectiva, a la función pública y el interés general. La consideración de un interés privado como generador de un conflicto de intereses de carácter público, pasa por el debido análisis de proporcionalidad que debe existir respecto a cualquier intervención estatal.

Al referirnos a la conceptualización de los conflictos de intereses, además, es indispensable apuntar a las tres categorías en las cuales, comúnmente, son clasificados: reales, potenciales y aparentes.¹⁵

Los conflictos de intereses reales son las situaciones consumadas. En estos casos, los intereses privados del funcionario ya han influido y afectado la conducta pública. Se producen cuando el servidor actúa a pesar de la existencia de un conflicto de intereses potencial, violentando las obligaciones éticas de la función pública que le pedían abstenerse de hacerlo para resguardar el interés público.

En este supuesto, es posible afirmar que nos encontramos frente a un acto de corrupción¹⁶, un acto contrario al ejercicio de la función pública, en las diversas manifestaciones que se pueda presentar y responsabilidades que pueda generar en el servidor público.

El conflicto de intereses potencial, a diferencia, bien entendido dentro del campo preventivo, se refiere a una situación no ocurrida, a un estado que coloca al servidor público en una circunstancia fáctica que, debido a sus intereses privados, lo pone a las puertas de un conflicto de intereses real si procede a actuar en ejercicio o con ocasión del cargo público que desempeña.¹⁷

La mayoría de los esfuerzos desde el ámbito preventivo, comúnmente, están dirigidos a este tipo de conflictos de intereses y buscan la adecuada gestión del riesgo objetivo de afectación para la imparcial y correcta toma de decisiones y actuaciones que los caracteriza.

12 García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", ..., op. cit., p. 94.

13 "La gestión de los conflictos de intereses en el sector público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales", Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2004, p. 18.

14 Zalaquell, J.: "Conflictos de intereses: normas y conceptos", ..., op. cit., p. 182.

15 Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés: ..., op.cit., p. 76.

16 Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés: ..., op.cit., p. 77.

17 Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, "Recomendación del Consejo sobre las Guías de la OCDE para Manejar el Conflicto de Intereses en el Servicio Público", 28 de mayo de 2003, C-(2003) 107.

Finalmente, encontramos el aparente, el cual no constituye un conflicto de intereses en sentido estricto porque no presenta la condición de riesgo objetivo del que hemos hablado anteriormente.

Sin embargo, son situaciones que adquieren relevancia debido a que generan dudas razonables sobre la imparcialidad en el manejo de los asuntos públicos, en muchos casos afectan la imagen de integridad del servidor público y, muy importante, lesionan la confianza y credibilidad públicas respecto a la gestión administrativa, valor que resulta de gran importancia para la institucionalidad democrática.¹⁸

3. Prevención y manejo adecuado de los conflictos de intereses.

Como indicamos desde un inicio, el propósito principal de este trabajo está centrado en la temática de la prevención y manejo adecuado de los conflictos de intereses, la primera dirigida **a evitar su aparición en lo más posible, la segunda a gestionar de la mejor forma los conflictos de intereses de los funcionarios públicos que no se han podido evitar para impedir o minimizar la afectación de la actividad administrativa y el interés público.**

En relación con la materia de análisis debe tenerse presente que, si bien puede tenerse como objetivo primario evitar la configuración de conflictos de intereses, no todos ellos pueden ser evitados o simplemente prohibidos aunque se quisiera, porque los funcionarios públicos como toda persona tienen intereses privados legítimos que los pueden colocar en un determinado momento en un conflicto de carácter potencial o aparente¹⁹.

Tal y como lo sostiene el autor Antonio Argandoña al analizar los conflictos de intereses desde el punto de vista ético, “encontrarse en una situación de conflicto de intereses no es algo en sí inmoral, si el agente no es responsable de ello”. Y es que, en muchas ocasiones el conflicto de intereses potencial o aparente no es resultado de una actuación indebida del funcionario público, como podría ser la aceptación de un trabajo secundario que comprometa su imparcialidad para el desempeño del cargo público, sino de una situación

circunstancial, como es el caso del interés de un familiar en un asunto que le corresponde tramitar en ejercicio de sus funciones.²⁰

En vista de que los conflictos de intereses siempre conllevan un riesgo o afectación para el buen desempeño del cargo público y la integridad de las decisiones administrativas, el funcionario público y las administraciones públicas deben estar siempre atentos y preparados para adoptar medidas adecuadas para gestionar en forma oportuna y efectiva los conflictos de intereses que no fueron evitados, para darles una solución que provoque la menor afectación posible al interés general.²¹

Los autores Arellano y Lepore lo expresan de una forma muy acertada, al señalar que, “no se trata de anular por completo los conflictos de interés o controlarlos con una visión panóptica, sino de prevenirlos y reducirlos al mínimo posible (y manejable) de tal forma que no afecten la acción gubernamental en general, y la confianza, en particular”.²²

El primer paso que se debe dar como sistema para alcanzar el objetivo mencionado, a nuestro criterio, es centrar la atención en identificar los riesgos más relevantes de conflicto de intereses que pueden afectar a toda persona que ocupa un cargo público o desempeña funciones públicas, en los tiempos y circunstancias actuales, para diseñar los sistemas normativos y mecanismos necesarios para responder apropiadamente ante ellos.

El mapeo de los riesgos es la base de la determinación de una estrategia apropiada de gestión de conflictos de intereses en la función pública, es lo que permite la definición y construcción de un sistema efectivo de prevención, manejo y resolución de estas situaciones.

La identificación de las amenazas comunes a toda persona que ejerce la función pública en los tiempos actuales, es una tarea vital porque permite que pueda establecerse una regulación moderna y mecanismos de prevención, detección y sanción que respondan de manera adecuada a los riesgos de hoy en día, de forma tal que, resulten más eficientes y efectivos.

18 Arellano Gault, D y otro: “Prevención y control de conflictos de interés: ...”, op.cit., p. 76.

19 Los autores Arellano y Lepore, bien lo dicen cuanto sostienen: “El conflicto de intereses es perenne potencialmente”. Arellano Gault, D y otro: “Prevención y control de conflictos de interés: Lecciones para la Administración Pública Federal en México a partir de la expediente internacional” ..., op. cit., p. 79.

20 Argandoña, A.: “Conflictos de intereses: ...”, op. cit., p. 7.

21 García Mexía, P.: “Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea”, ..., op. cit., p. 63.

22 Arellano Gault, D y otro: “Prevención y control de conflictos de interés: Lecciones para la Administración Pública Federal en México a partir de la expediente internacional” ..., op. cit., p. 80.

Ahora bien, no debe olvidarse que existen riesgos específicos inherentes a cierto tipo de actividades o cargos públicos, que aumentan las posibilidades de que se presenten conflictos de intereses y se agraven las eventuales consecuencias²³.

El ejercicio de funciones o atribuciones relacionadas con la aplicación de las leyes, la materia de contratación administrativa, aduanal, financiera, el control interno, y en general el otorgamiento de autorizaciones administrativas, así como también, el desempeño de puestos de nivel superior (tomadores de decisiones y altos cargos)²⁴, son típicos ejemplos de circunstancias que pueden generar riesgos particulares de conflicto de intereses²⁵, como los referidos con anterioridad.

La construcción de un sistema de respuesta adecuado de los conflictos de intereses de naturaleza pública, también, requiere de la identificación de estos riesgos específicos de la forma más precisa posible y la generación de instrumentos particulares que definan normas de conductas aplicables a estas materias y grupos de servidores y, estrategias más rigurosas que las previstas para la prevención general de las conductas, como podría ser el caso del establecimiento de la obligación de presentar declaraciones públicas de intereses para algunos cargos muy expuestos a la corrupción.

En la identificación de riesgos particulares para grupos específicos de servidores públicos en orden a las funciones a su cargo, la propuesta e implementación de mecanismos ajustados a éstos, tiene un papel fundamental la administración pública competente en la materia o en la cual laboran los funcionarios, que conoce las particularidades de la actividad pública involucrada.

Luego de la identificación de los riesgos existentes, debe pasarse a la etapa de diseño, construcción e implementación de la estrategia más adecuada para la gestión de los posibles conflictos de intereses.

La OCDE considera que una política moderna de manejo de conflictos de intereses debe apostar por describir claramente los riesgos que amenazan la integridad de las organizaciones

y los funcionarios públicos, prohibir las formas inaceptables de intereses privados, sensibilizar sobre las circunstancias en que éstos pueden aparecer, y asegurar que se apliquen reglas eficaces para identificar, declarar, gestionar y solucionar los conflictos de intereses.²⁶

En cuanto a la regulación de las situaciones de conflicto de intereses, no podemos dejar de advertir que, resulta materialmente imposible definir normativamente por adelantado todas las formas posibles en que éstos pueden llegar a presentarse;²⁷ circunstancia que, en nuestra opinión, debe entenderse en sí misma como uno de los factores de riesgo en la materia.

Por ello, la estrategia definida por el sistema de manejo de conflicto de intereses debe estar compuesta por normas de conducta que establezcan deberes y obligaciones concretas para los funcionarios públicos y las administraciones, que den el margen de discreción necesario para responder a riesgos relevantes no previstos o sobrevinientes.

La estrategia de gestión de los conflictos de intereses, como se observa, resulta un asunto complejo que requiere más que de medidas aisladas, de una política pública que contemple aspectos normativos, organizacionales e institucionales²⁸, la cual permita llevar a cabo de forma óptima, la prevención, detección y resolución de los conflictos de intereses aparentes, potenciales y reales que puedan presentarse en las administraciones.

En la materia que nos ocupa no debe perderse de vista que, un conflicto de intereses manejado inadecuadamente o no resuelto, incrementa las posibilidades de la comisión de un acto de corrupción, un aprovechamiento indebido de la función pública, un abuso de poder o una actuación tendiente a procurar un beneficio indebido. Tampoco puede obviarse que, además del riesgo de corrupción comentado, los conflictos de intereses atendidos de manera inapropiada arriesgan la satisfacción del interés público y debilitan significativamente la confianza y credibilidad de los ciudadanos en las instituciones públicas, situaciones todas que, desde cualquier punto de vista, resultan convenientes.

23 García Mexía enfatiza en la disparidad de fundamentos del régimen jurídico de los cargos de naturaleza política frente a los del personal de servicio de la Administración. García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", ..., op. cit., p. 50.

24 "La gestión de los conflictos de intereses en el sector público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales", ..., op. cit, p. 17.

25 La OCDE refiere a "áreas sensibles", como las que surgen en el interfaz entre lo público y privado. Ver: "La gestión de los conflictos de intereses en el sector público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales", ..., op. cit, p. 18.

26 "La gestión de los conflictos de intereses en el sector público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales", ..., op. cit, p. 17.

27 "La gestión de los conflictos de intereses en el sector público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales", ..., op. cit, p. 14.

28 Es posible encontrar un interesante análisis sobre los requerimientos desde los diferentes aspectos mencionados, en: Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés: ..., op.cit., p. 76.

Se dice que no existen “recetas mágicas” ni “llaves maestras” que funcionen universalmente para la gestión de los conflictos de intereses²⁹, pero sí es posible identificar algunas técnicas y mecanismos que, preferentemente, vienen siendo utilizadas en los distintos sistemas con este fin, y que se pueden calificar como instrumentos principales en el manejo del fenómeno.

El tema de la gestión de los conflictos de intereses es amplísimo, y muchas de sus aristas individualmente consideradas, pueden resultar suficientes para agotar los alcances de un trabajo de investigación como el que nos hemos propuesto. En consecuencia, hemos decidido centrar la atención en dos de las principales técnicas, de carácter normativo, sobre las que apuntábamos anteriormente: el régimen de incompatibilidades privadas y la revelación de los intereses privados generadores de conflictos de intereses.

Nuestro interés respecto a estas técnicas de gestión de los conflictos de intereses, radica en que, además de ser básicas dentro de cualquier sistema diseñado para estos efectos, son suficientemente amplias en sus objetivos como para permitir su adecuación a las distintas necesidades, con la funcionalidad y efectividad deseables.

3.1 Régimen de incompatibilidades privadas:

La regulación normativa de supuestos de incompatibilidad privada, como ha sido adelantado, es una de las técnicas más comunes de manejo de los conflictos de intereses. Debemos referirnos, en particular, a las incompatibilidades privadas porque éstas, tal y como apunta el autor García Mexía, son las destinadas a combatir los conflictos de intereses; las incompatibilidades públicas, a diferencia de las primeras, persiguen la preservación de la independencia del cargo o funcionario frente a presiones de otras autoridades públicas, o incluso a asegurar la efectiva dedicación exclusiva al servicio público³⁰.

Las incompatibilidades privadas constituyen instrumentos normativos de carácter preventivo, que se utilizan para restringir ciertas actividades privadas, en razón del riesgo que existe de que éstas generen conflictos de intereses en el ejercicio de la función pública.

En la mayoría de los casos, se dirigen a limitar la actividad privada de los servidores públicos, aunque en algunas

ocasiones, también pueden llegar a afectar a personas físicas o jurídicas vinculadas con determinados funcionarios, como por ejemplo es usual en la materia de contratación administrativa, en que se prohíbe participar en los procedimientos de contratación pública a ciertos sujetos privados ligados con los servidores que tiene poder o influencia de la determinación de éstos.

Las incompatibilidades que limitan o restringen el ejercicio de derechos fundamentales, deben ser definidas a través de normas jurídicas con carácter de ley, y ser interpretadas de manera restrictiva, sin que exista la posibilidad de recurrir a la analogía. La reserva de ley que opera en la materia, obliga al legislador a asegurar que todos los supuestos necesarios para la gestión de los riesgos de conflicto de intereses identificados, estén previstos en forma efectiva en normas jurídicas, y cuidar al hacerlo de que su descripción sea lo suficientemente clara y precisa como para garantizar los alcances pretendidos.

La técnica de las incompatibilidades privadas, comúnmente, se reserva para riesgos de conflictos de intereses de cierta relevancia y, es por esta razón, que con frecuencia se observa prevista para la gestión de las situaciones de conflicto de intereses potencial de los puestos de nivel superior o de las actividades administrativas más vulnerables a este fenómeno.

Sobre las incompatibilidades privadas resulta de mucho interés comentar que, se pueden encontrar regulando tres momentos: el ingreso a la función pública, el ejercicio en sí de ésta, y la actividad posterior del ex servidor público, en cada uno de ellos con objetivos propios, pero con un fin en común, evitar que los conflictos de intereses afecten la gestión administrativa del Estado.

Las limitaciones previas se manifiestan a través de las denominadas inelegibilidades, que constituyen supuestos que impiden el nombramiento en cargos públicos, en circunstancias que se consideran antagónicas con el ejercicio de la función pública correspondiente.

La incompatibilidad para el ejercicio del cargo, en estos casos, es absoluta, en razón de la relevancia del riesgo de conflicto de intereses o de la gravedad de las consecuencias que se pueden derivar del nombramiento en el cargo público de una persona que reúna la condición descrita por el supuesto fáctico de la norma que recoge la inelegibilidad.

Las inelegibilidades dirigidas a combatir los conflictos de intereses, parten de dos presupuestos básicos. En primer lugar, de que la idoneidad para el ejercicio de un puesto

29 “La gestión de los conflictos de intereses en el sector público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales”, ..., op. cit, p. 6 y 16.

30 El autor Pablo García aclara de buena manera la situación apuntada, en su Libro “Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea”, citado anteriormente, en la página 141.

público incluye la condición de independencia e imparcialidad requeridos para garantizar un desempeño íntegro de las funciones asociadas a éste y, en segundo lugar, de que una persona deja de ser idónea para el nombramiento en el puesto público si se encuentra en una circunstancia personal que afecta gravemente dicha condición.

Las limitaciones para el ingreso a cargos públicos por incompatibilidad privada constituyen una valiosa herramienta para el sistema de gestión de los conflictos de intereses, porque permiten descartar "a priori" a aquellas personas que, debido a sus actividades o vínculos privados, representan una amenaza significativa para el debido ejercicio del puesto público respectivo y para los fines públicos que se le encargan a éste.

Se debe tener claro que, es un mecanismo que depende completamente de la capacidad y voluntad del legislador de regular en forma adecuada los supuestos de inelegibilidad requeridos para proteger al cargo público de que se trate, al ser materia de reserva de ley que impide la interpretación extensiva o analógica, como ya ha sido mencionado.

En algunas oportunidades, la normativa reconoce la posibilidad al interesado en el cargo público de abandonar el interés privado que provoca la incompatibilidad y de esta forma levantar el impedimento existente para el nombramiento público³¹, pero la liberación de la prohibición, es común que aplique, hasta luego de transcurrido un período de tiempo establecido como mínimo, lo cual pretende garantizar la verdadera desvinculación con la situación que genera el conflicto de intereses.

Tal y como fue mencionado supra, existe un segundo grupo de incompatibilidades, que se caracteriza por normar las actividades privadas del servidor público durante el ejercicio del cargo. La mayoría de la regulación sobre incompatibilidades, es posible afirmar, está dirigida hacia este objetivo.

La gran diversidad de actividades privadas que, eventualmente, pueden colocar al funcionario público en una situación de conflicto de intereses mientras desempeña su cargo, explica y justifica la variedad de normas que se pueden encontrar formando parte de esta categoría de incompatibilidades.

Es posible encontrar disposiciones de aplicación general para cualquier funcionario público y, también, normas de carácter particular³² que responden a los riesgos específicos que se

generan en razón de la naturaleza del cargo (p.e. puestos de nivel superior, altos cargos, tomadores de decisiones) o el tipo de función o actividad pública de que se trate (p.e. autorizaciones administrativas, control interno, aduanal, contratación administrativa, financiero, aplicación de las leyes).

La normativa de las incompatibilidades que rige durante el ejercicio de la función pública parte del principio de que, existe una prohibición general para realizar cualquier actividad privada que genere conflictos de intereses con el desempeño del cargo público, principio que encuentra su fundamento, en el sentido mismo de la existencia de la función pública, sea asegurar la satisfacción del interés general.

Uno de los supuestos más típicos de incompatibilidad privada, lo encontramos en la prohibición para el desempeño de empleos, actividades profesionales o comerciales ajenas al ejercicio del cargo público. Esta incompatibilidad, en algunas ocasiones conlleva una prohibición total y en otras parcial, dependiendo de la intensidad del riesgo derivado de la jerarquía del cargo o el tipo de función.

La prohibición para la realización de actividades privadas de tipo profesional o comercial, algunas veces contempla excepciones en aspectos relacionados, por ejemplo, con la administración del patrimonio personal o familiar del servidor público, las actividades de producción y creación literaria, las actividades de divulgación profesional (ponencia en congresos o seminarios, impartición de cursos, etc.), la participación en entidades culturales o benéficas, por mencionar algunas³³.

La regulación sobre la recepción de obsequios por parte de los servidores públicos es otra temática obligatoria en materia de incompatibilidades privadas que rigen durante el ejercicio de la función pública³⁴.

Tal y como lo sostienen los autores Arellano y Lepore, este supuesto parte de la premisa de que, toda entrega de bienes con valor económico de fuentes privadas a un funcionario público, aún y cuando no sea un soborno, afecta la apariencia de estar desarrollando un acto impropio y puede dar señales al público de que puede beneficiarse a quien transfiere dicho valor³⁵.

Lecciones para la Administración Pública Federal en México a partir de la expediente internacional" ..., op. cit., p. 80 y 81.

33 Meseguer Yebra J.: "Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración", Editorial Bosch S.A, 2007, p. 196 y 197.

34 García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", ..., op. cit., p. 163.

35 Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés: ..., op.cit., p. 93.

31 Argandoña, A.: "Conflictos de intereses: ..., op. cit., p. 12.

32 González Pérez J.: "La ética en la Administración pública", Civitas Ediciones S.L, 2ª Ed., 2000, p. 94. También, respecto al punto explica: Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés:

Aunque es una prohibición que, es posible afirmar que, se encuentra en todos los ordenamientos de regulación de la función pública, al igual que sucede con otros institutos, sus alcances presentan algunas diferenciaciones. Los regímenes más restrictivos apuestan por la prohibición absoluta de obsequios con independencia del valor, mientras que, en otros, la disposición se atenúa incorporando montos máximos de valor económico aceptables.

También es posible encontrar disposiciones especiales para aspectos más concretos, como es el caso de los regalos provenientes de funcionarios subalternos³⁶, o normativa que regula la aceptación de condecoraciones o reembolso de viáticos por el desempeño de actos públicos.

Las incompatibilidades que restringen la participación política de los servidores públicos, también son supuestos característicos de los regímenes de prevención de los conflictos de intereses, aunque en este caso, su contenido sí varía significativamente, en razón del sistema de gobierno³⁷.

Un grupo de incompatibilidades infaltable es el referido a la materia de contratación administrativa, de gran importancia por la especial vulnerabilidad que enfrenta ésta a los conflictos de intereses. Los supuestos más comunes, en este caso, se dirigen a restringir la participación en procedimientos de contratación pública de funcionarios con cargos o posiciones altas o estratégicas en la estructura administrativa que les brindan capacidad de influir en la determinación de éstos o aprovechar su condición para obtener una ventaja indebida³⁸.

Las restricciones apuntadas anteriormente, por lo general, se extienden a familiares cercanos o empresas vinculadas con el servidor público sujeto a la prohibición, bajo el entendido de que sus intereses puede generar de igual manera el conflicto de intereses en la función pública que se pretende evitar³⁹.

Como apuntamos supra, las actividades privadas que pueden colocar al funcionario público en una situación de conflicto de intereses pueden ser muy diversas, al igual que las incompatibilidades previstas por los sistemas para responder a estos riesgos, por ello no es de extrañar que, además de los supuestos anteriormente comentados, pueden encontrarse en los sistemas otros, como por ejemplos, los que pretenden

la regulación de intereses financieros en conflicto, el uso de información pública, los contactos con particulares, entre otras; pero que por las limitaciones en la extensión del presente trabajo, no entraremos a referir en detalle.

El último grupo de incompatibilidades privadas sobre el que nos referiremos es el destinado a regular supuestos post empleo que generan riesgos relevantes de conflicto de intereses⁴⁰, los cuales buscan evitar el aprovechamiento ilegítimo de los cargos públicos con consecuencias que se manifiestan con posterioridad al cese⁴¹.

Tal y como ya ha sido apuntado en este trabajo, en la actualidad, las interacciones entre los sectores público y privado son frecuentes, necesarias e inevitables y, esta circunstancia, aumenta significativamente el riesgo de producción de conflictos de intereses que se manifiestan una vez que el servidor deja de ocupar el cargo público.

Uno de los riesgos más importantes se genera en razón de lo que ha sido denominado el fenómeno de la "puerta giratoria" o "revolving door", con sus dos principales manifestaciones. En primer lugar, el traslado de funcionarios públicos hacia el sector privado, y viceversa, es decir, el flujo de personal que alternativamente presta sus servicios a favor del sector público o el privado⁴².

Esta situación es especialmente preocupante cuando se trata de actividades privadas cuya fiscalización está a cargo del Estado, no sólo porque se pone en riesgo la efectividad de la gestión administrativa sino porque la situación puede brindar ventajas a unos respecto a otros e incluso desequilibrar los balances de la justa competencia.

También resulta muy alarmante, cuando ocurre una promesa a funcionarios aún en servicio de empleos en el sector privado, consultorías o remuneraciones indirectas⁴³, que compromete seriamente su independencia e imparcialidad en el ejercicio del cargo. El profesor González Pérez, sostiene que el acceso a cargos bien remunerados en grandes empresas suele ser, la recompensa de los servicios prestados durante el desempeño del cargo o función pública, y esta es una de las razones que

36 García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", ..., op. cit., p. 164.

37 Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés", ..., op.cit., p. 92.

38 Meseguer Yebra J.: "Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración", ..., op. cit., p. 148.

39 González Pérez J.: "La ética en la Administración pública", ..., op.cit, p. 98.

40 González Pérez J.: "La ética en la Administración pública", ..., op.cit, p. 100.

41 Meseguer Yebra J.: "Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración", ..., op. cit., p. 43.

42 González Pérez J.: "La ética en la Administración pública", ..., op.cit, p. 170.

43 García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", ..., op. cit., p. 170.

dan importancia a la regulación de incompatibilidades post empleo⁴⁴.

La segunda manifestación de la llamada “puerta giratoria” que constituye un grave riesgo de conflictos de intereses, con sus serias consecuencias, es la posibilidad del ex funcionario de que explote ilegítimamente en beneficio propio, el acceso privilegiado a contactos, entre ellos, otros servidores que aún continúan en ejercicio de la función pública, información de la que tuvo conocimiento en razón del desempeño del cargo y experiencias adquiridas como funcionario público⁴⁵.

La situación apuntada es considerada como un factor que genera un daño relevante en el interés público, por la desigualdad de condiciones para competir en el mercado que produce en quienes no pueden disfrutar de la ventaja que representa el bagaje del ex funcionario⁴⁶.

La respuesta de los sistemas a este tipo de riesgos comúnmente se da, mediante el establecimiento de incompatibilidades que prohíben a los ex servidores dedicarse a ciertas actividades privadas, tales como: hacerse cargo de asuntos relacionados con expedientes o casos sobre los cuales el servidor había conocido en el ejercicio del cargo público, celebrar contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la administración para la cual laboraba, desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado⁴⁷. Es posible encontrar, también, supuestos más específicos en legislación comparada, como es el caso de la disposición contenida en el ordenamiento jurídico italiano que prohíbe a los magistrados jubilados, “asumir funciones públicas o privadas o dedicarse a actividades económicas o comerciales o ejercer cualquier otra profesión”⁴⁸.

La determinación de los supuestos de prohibición en materia de incompatibilidades post empleo, y principalmente, lo que se refiere a sus alcances, constituyen una tarea que siempre presenta diversas opiniones y preocupaciones, debido a la posibilidad de que la regulación prevista conlleve a excesos que lesionen indebidamente el derecho al trabajo de los ex servidores públicos u otros de sus derechos fundamentales, o que desanimen a eventuales candidatos a altos cargos ante

las cargas que deberán soportar en el momento de culminar su período de nombramiento⁴⁹.

El establecimiento de “períodos de sospecha”, también llamados “períodos de enfriamiento” es un recurso que con frecuencia es utilizado con el propósito de dotar la proporcionalidad a las medidas de restricción post empleo. A través de esta figura, se limita a un período de tiempo, por lo general que no supera los dos años, la vigencia de la prohibición dirigida al exfuncionario, plazo que se considera suficiente para disminuir el riesgo de que la actividad pública que tuvo a cargo el servidor pueda ser aprovechada en forma indebida o pueda generar una ventaja para un tercero. Se parte de que, según señala el autor García Mexía, el pasar del tiempo produce la paulatina “inocuidación” de los conocimientos y experiencias, hasta terminar eliminando casi por completo su inicial lesividad⁵⁰.

El control de cumplimiento de las incompatibilidades post empleo representa un gran reto, debido principalmente a la extinción de la relación de empleo, y las menores posibilidades de castigo que existen para el infractor. Es por ello que, en muchas ocasiones, se recurre al castigo penal, por lo menos para los supuestos de mayor gravedad.

3.2 Revelación de intereses privados:

Tal y como fue comentado supra, la segunda técnica orientada a la gestión de los conflictos de intereses que hemos escogido analizar, conforme a los objetivos que nos ocupan, es la de la relevación de los intereses privados generadores de conflictos de intereses.

Esta técnica es de relevancia primaria, entre otras razones, porque parte del hecho irrefutable de que, el funcionario público es el principal obligado a gestionar en forma apropiada sus intereses privados y evitar que éstos interfieran indebidamente en el desempeño del cargo público o afecten la buena gestión o imagen de la administración.

Las obligaciones éticas de la función pública piden al funcionario público asumir su responsabilidad en el manejo de sus intereses privados, sin que éste pueda descargar esta responsabilidad en el sistema de regulación existente en la administración⁵¹.

44 González Pérez J.: “La ética en la Administración pública”, ..., op.cit, p. 100.

45 Arellano Gault, D y otro: “Prevención y control de conflictos de interés: ..., op.cit., p. 91.

46 García Mexía, P.: “Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea”, ..., op. cit., p. 172.

47 González Pérez J.: “La ética en la Administración pública”, ..., op.cit, p. 102.

48 “La gestión de los conflictos de intereses en el sector público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales”, ..., op. cit. 2004, p. 49.

49 Meseguer Yebra J.: “Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración”, ..., op. cit., p. 139.

50 García Mexía, P.: “Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea”, ..., op. cit., p. 174.

51 Argandoña, A.: “Conflictos de intereses: ..., op. cit., p. 8.

La revelación de los intereses privados la estaremos analizando desde dos instrumentos que son utilizados comúnmente por los sistemas para estos efectos: el deber de abstención y la obligación de presentar declaración de intereses.

3.2.1 Deber de abstención:

En algunas ocasiones, el deber de abstención se considera dentro de la temática de las incompatibilidades privadas, con lo cual no tendría por qué haber ninguna objeción, sin embargo, hemos preferido analizarlo como un mecanismo de revelación de intereses privados, en razón de que, precisamente, ésta es la obligación original que está aparejada a este deber funcional.

Se trata de un mecanismo, evidentemente, de carácter preventivo, previsto para la gestión de conflictos de intereses sobrevinientes durante el ejercicio de la función pública, en supuestos concretos y aislados, a diferencia de otra normativa, como es el caso de las incompatibilidades privadas que pretende el manejo de los conflictos de intereses en un tracto continuo⁵².

El deber de abstención impone al servidor público, la obligación de informar sin demora sobre el interés privado que lo pueda colocar en una situación de conflicto de intereses respecto a un asunto en concreto que le corresponde conocer en ejercicio de su cargo⁵³, con el fin de que se autorice su abstención para el conocimiento de aquel asunto.

Los ordenamientos jurídicos, por lo general, proceden a enlistar los supuestos que generan el deber de abstención en los funcionarios públicos. Eso sí, son evidentes las diferencias que existen entre unos y otros, en lo que respecta a los términos de concreción⁵⁴ y la amplitud que presentan.

En nuestra opinión, la mejor determinación es aquella que logra un nivel de claridad y concreción en la descripción de los supuestos de abstención, suficiente como para permitir al funcionario público ajustar su conducta al deber de abstención, pero sin asfixiar la figura con una rigidez excesiva que le impida responder a las necesidades de un fenómeno que, como indicamos supra, por su dinamismo dificulta la previsión de todas sus posibles manifestaciones.

En cuando a los alcances reconocidos para el deber de abstención, las mayores exigencias de integridad hacia los servidores públicos y de garantías de transparencia e imparcialidad para la gestión administrativa vigentes, obligan a que sean incorporados no sólo los supuestos necesarios para garantizar la prevención de los conflictos de intereses más relevantes, sino también las situaciones que puedan suscitar dudas razonables sobre la corrección del comportamiento de los servidores públicos y que pueda afectar la confianza y credibilidad públicas⁵⁵.

Los motivos de abstención más comunes refieren a la existencia de un interés directo del funcionario sobre el asunto específico, de alguno de sus familiares cercanos o de las empresas en las cuales los primeros o los segundos tengan participación, la amistad o enemistad manifiesta con el interesado, o una participación profesional anterior con el asunto.

En los regímenes de abstención modernos, además, son infaltables las causales que impiden la participación del servidor público en asuntos de interés de sujetos con los cuales éste ha tenido relaciones profesionales previas al cargo, laborales, vínculos comerciales o financieros⁵⁶.

Respecto a éstos últimos, es frecuente que se recurra a la figura del "período de sospecha" para dotar de proporcionalidad a las restricciones, al igual que sucede en el caso de las incompatibilidades post empleo, estableciéndose plazos de vigencia para la prohibición.

Finalmente, y aunque sabiendo que el tema resulta mucho más amplio de lo apuntado, con el fin de respetar los objetivos que nos hemos impuesto para este estudio, nos referimos a un último punto que nos interesa sobremanera dejarlo comentado.

El deber de abstención, debe quedar claro que, genera una obligación de separarse no sólo de la discusión y decisión del asunto respecto del cual exista el conflicto de intereses, sino que también, impide al funcionario la intervención de cualquier modo relevante como órgano de la administración⁵⁷.

52 García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", ..., op. cit., p. 151.

53 "La gestión de los conflictos de intereses en el sector público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales", ..., op. cit., 2004, p. 19.

54 Martínez López-Muñis J. "Ética pública y deber de abstención en la actualidad administrativa", Revista de la Facultad de Derecho, Derecho PUCP, número 67, 2011, p. 338.

55 Martínez López-Muñis J. "Ética pública y deber de abstención en la actualidad administrativa", ..., op.cit., p. 339.

56 Meseguer Yebra J.: "Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración", ..., op. cit., p. 43.

57 Martínez López-Muñis J. "Ética pública y deber de abstención en la actualidad administrativa", ..., op.cit., p. 339.

A partir del deber de abstención, entonces, queda prohibida cualquier participación del servidor público afectado con la situación de conflicto de intereses que pueda llegar a influir o determinar el resultado del asunto de que se trate, lo que incluiría, emitir criterios técnicos, consultar o interactuar de cualquier modo con subalternos encargados del asunto, entre otras posibilidades.

3.2.2 Declaraciones de intereses:

Las declaraciones de intereses son otro de los mecanismos que los sistemas utilizan, con frecuencia, para la gestión de los conflictos de intereses de los servidores públicos. Consiste en la obligación que se impone a algunos funcionarios de rendir una declaración que consigne en forma manifiesta sus intereses privados.

Tal y como lo afirma el autor García Mexía⁵⁸, se trata de un instrumento de control de los intereses privados de los funcionarios, que permite la detección de los conflictos de intereses que afectan el ejercicio de la función pública.

La obligación de rendir declaración de intereses está dirigida con frecuencia, únicamente, a altos cargos o cargos políticos, o reservada para puestos con funciones muy vulnerables a la corrupción, situación que encontramos muy lógica, en razón de la proporcionalidad que se debe guardar entre el riesgo existente de conflicto de intereses y la intromisión a la esfera privada del servidor que, aunque justificable en algunos casos en aras de tutelar el interés general, viene inevitablemente aparejada a la medida.

Además, la restricción en su utilización, en nuestra opinión, es un factor que abona a la efectividad del instrumento, debido a que se requieren grandes esfuerzos por parte de la administración, para la verificación de los contenidos de una declaración de este tipo, al igual que para dar un verdadero provecho de la información en aras de la detección de conflictos de intereses.

La publicidad de las declaraciones juradas es un tema de mucho interés respecto a este instituto. Algunos sistemas reconocen la publicidad de sus contenidos, mientras que otros se inclinan por reservar su acceso a algunos órganos públicos de control, para no afectar la intimidad de los declarantes.

58 García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", ..., op. cit., p. 181.

Existen expuestos en la doctrina argumentos a favor y en contra de la publicidad de la medida⁵⁹, en nuestro caso, nos inclinamos por reconocer a ésta como algo verdaderamente ventajoso, no sólo porque aumenta los índices de transparencia de los intereses privados de los servidores públicos, sino porque permite la colaboración de la ciudadanía en el control de los conflictos de intereses. Claro está que, la decisión de brindar publicidad a la información, debe ir acompañada de gran recelo en cuanto al alcance subjetivo de la medida.

En cuanto a los contenidos de información exigidos por el mecanismo, interesa apuntar que la declaración pretende la revelación de todos aquellos datos e intereses financieros o no de los servidores públicos que puedan afectar la independencia en el ejercicio de las funciones del cargo, que incluirían, las actividades profesionales o económicas actuales y anteriores, y en algunos casos, datos sobre intereses financieros de familiares muy cercanos⁶⁰.

4. Algunos apuntes sobre el estado de situación en Costa Rica.

El sistema costarricense carece de una política de gestión de los conflictos de intereses planificada, comprensiva y moderna según los términos que comentamos supra, sin embargo, contiene disposiciones normativas y herramientas previstas para la prevención y manejo de este fenómeno, las cuales resultan pertinentes para alcanzar ese objetivo.

Los principales contenidos normativos⁶¹ con que cuenta el país, a la fecha, están recogidos en las siguientes disposiciones: artículos 109, 112, 132, 143, 160 y 161 de la Constitución Política; artículos 22, 22 bis y 24 de la Ley de Contratación Administrativa (Ley nº 7494); artículos 19, 20 y 21 del Reglamento de la Ley de Contratación (Decreto nº. 33411); artículos 3, 14, 16, 18, 20 y 38 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley nº 8422); artículos 1 inciso 14. f), 27, 32, 35, 37, 38, 39 y 40 del Reglamento de la Ley contra la Corrupción (Decreto nº 32333); artículos 230 al 238 de la Ley General de la Administración Pública (Ley nº. 6227); el artículo 12 del Código

59 García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", ..., op. cit., p. 195 y 196.

60 Los autores Arellano y Lepore, citan como ejemplo de sistemas en que se exigen la información financiera del cónyuge e hijos, el canadiense y el estadounidense. Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés: ..., op.cit., p. 90.

61 Mencionamos los principales en razón de su especialidad y cobertura, sin pretender con ello desconocer que existen normas específicas sobre la materia en otros cuerpos normativos.

Procesal Civil (Ley n.º. 9342) y artículos 1.2., 1.3. y 1.4. de las "Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares, funcionarios de la Contraloría General de la República, Auditorías Internas y Servidores Públicos en General" (Directriz n.º. D-2-2004-CO).

Dentro de la normativa comentada, se encuentran disposiciones dirigidas a regular ciertas actividades que generan un riesgo particular de conflictos de intereses, como es el caso del desempeño de labores técnico-profesionales de carácter privado y la búsqueda o negociación de empleos (artículo 38 inciso b) de la Ley n.º. 8422, y el artículo 1.4. incisos 7, 9, 10, 14, 15 y 17 de la Directriz n.º. D-2-2004-CO); el manejo de información privilegiada (artículo 1.4. inciso 6. de la Directriz n.º. D-2-2004-CO); la materia de contratación administrativa (artículos 22, 22 bis y 24 de la Ley de Contratación Administrativa); la aceptación de regalos (artículo 20 de la Ley n.º. 8422, y artículos 41 al 51 de su Reglamento n.º. 32333); los gestos de hospitalidad (artículo 1.4. inciso 8 y 9 de la Directriz n.º. D-2-2004-CO.); y los empleos posteriores al cese del cargo público (artículo 53 de la Ley n.º. 8422).

Además, existen desarrollos legislativos más detallados para determinadas categorías de servidores públicos, que pretenden responder a la mayor vulnerabilidad a los conflictos de intereses de las funciones que les corresponde desempeñar, como ocurre respecto a los funcionarios con participación en procedimientos de contratación administrativa (artículos 22, 22 bis y 24 de la Ley de Contratación Administrativa n.º. 7494), aquellos con funciones relacionadas con la regulación y fiscalización de los mercados financieros (artículo 3.3. del Código Ética para los directores de la junta directiva del BCCR, miembros del CONASSIF, gerente, subgerentes, superintendentes, intendentes, personal del BCCR y de sus órganos de desconcentración máxima, y el Reglamento sobre la imparcialidad, objetividad y probidad de los funcionarios del Banco Central de Costa Rica y sus Órganos de Desconcentración Máxima), y los auditores internos de las entidades públicas (artículo 2 de la Directriz No. D-2-2004-CO).

Resulta de interés comentar, adicionalmente, que en el ordenamiento jurídico costarricense también existen normas que establecen impedimentos para el nombramiento en determinados cargos públicos por motivos de riesgo de conflicto de intereses, como es el caso de lo previsto en los artículos 20 de la Ley Orgánica del Banco Central (Ley n.º. 7558), 23 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Ley n.º. 1644), 63 y 64 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector

Telecomunicaciones (Ley n.º. 8660), por mencionar algunos ejemplos.

Además de la mención del principal marco regulatorio de los conflictos de intereses con que cuenta el país, nos parece relevante en este apartado, efectuar algunas reflexiones sobre el estado de situación del país, respecto a las técnicas de gestión de los conflictos de intereses sobre las cuales se ha centrado el análisis de este estudio.

En la sección anterior, puntualizamos en dos técnicas a nuestro criterio básicas y principales, sean: 1) las incompatibilidades privadas, en sus tres manifestaciones antes, durante y después del ejercicio de la función pública, y, 2) la revelación de intereses privados, a través de los instrumentos del deber de abstención y la declaración de intereses.

En cuanto a las incompatibilidades privadas, comenzaremos por comentar algo que, incluso a simple vista se puede derivar de la mención del marco normativo de la materia referido en los párrafos atrás, y es que la regulación que nos ocupa se encuentra dispersa en diferentes cuerpos normativos, situación que si bien, se puede justificar en el caso de las normas que se especializan en una actividad pública o categoría de funcionarios determinada, no así, cuando se trata de la regulación de los supuestos de incompatibilidad privada que pretenden una aplicación general a todo servidor público, debido a la dificultad que esta circunstancia puede generar para el conocimiento y comprensión de los alcances del régimen de prohibición.

También es fácil identificar que, importantes supuestos de regulación general se encuentran desarrollados no en el marco normativo de nivel legal, sino a través de disposiciones contenidas en la Directriz n.º. D-2-2004-CO de la Contraloría General de la República, lo cual, si bien ha servido por el momento para encontrar una solución para la gestión de algunas situaciones de conflictos de intereses, a nuestro juicio, debe ser reconsiderado en aras de reforzar la obligatoriedad de las normas ahí previstas.

La determinación de un régimen de incompatibilidades privadas especial para los altos cargos es fundamental en un sistema de gestión de los conflictos de intereses, según fue mencionado supra, debido a las particularidades que acompañan a esta categoría de servidores públicos que incrementan significativamente el riesgo común de conflictos de intereses.

Sin embargo, sólo es posible encontrar en la normativa actual, normas aisladas, dirigidas en su mayoría a regular supuestos de incompatibilidades públicas que buscan asegurar la división de los poderes públicos y no los supuestos de incompatibilidades privadas requeridos para la adecuada gestión de los conflictos de intereses de estos funcionarios. Además, se pueden encontrar diferencias importantes, y no siempre entendibles, en las exigencias previstas en las normas vigentes para los altos cargos de los distintos poderes de la República, como por ejemplo, la no inclusión de los Diputados de la República en la prohibición para ejercer profesiones liberales prevista en el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Aprovechando que nos estamos refiriendo a la necesidad de establecer regímenes especiales no contemplados en la actualidad, nos parece oportuno comentar sobre la importancia de valorar su pertinencia en el caso de dos grupos de funcionarios que, en nuestra opinión, presentan situaciones de vulnerabilidad especial hacia los conflictos de intereses, sin bien por distintas razones, en ambos casos de relevancia, y que podrían requerir de una estrategia de gestión que responda a la importancia y particularidad de ese riesgo.

En primer lugar, debemos referirnos al supuesto de los magistrados suplentes, que están llamados a sustituir en las faltas temporales o absolutas a los magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia. El ordenamiento jurídico permite que sean seleccionados como magistrados suplentes, profesionales en derecho que ejercen liberalmente la profesión, y éstos pueden continuar con sus funciones de abogado y notario, salvo que se trate de una suplencia mayor de tres meses, y en este último caso, al vencer el cargo recobra las funciones⁶².

Si bien, el magistrado suplente cuando se encuentra en ejercicio del cargo, está sujeto a la regulación del deber de abstención y las demás exigencias en materia de ética pública, la alternatividad en que presta sus servicios a favor del sector público y privado, convierte el supuesto en cuestión en una especie de "puerta giratoria", que podría generar varias de las graves consecuencias que están asociadas a este fenómeno y que fueron explicadas páginas atrás.

En segundo lugar, debemos hacer mención del caso de los representantes sectoriales que son integrantes por disposición de ley de los órganos colegiados de las entidades públicas

encargadas de la dirección y decisión de la materia relacionada con el ejercicio de su actividad económica, decisión política sobre la que no viene al caso opinar desde el punto de vista de su pertinencia, pero si conviene apuntar al hecho de que genera un riesgo relevante de conflicto de intereses, que merece ser atendido con medidas apropiadas dirigidas a transparentar los intereses comerciales y financieros de la persona que asuma el cargo como representante del sector, de una forma tal, que permita diferenciar su actuación en los asuntos de interés general del sector, según está previsto, e identificar los asuntos sobre los cuales puede tener un interés particular.

En otro orden de ideas, sobre las incompatibilidades previstas para el ingreso a los puestos públicos, conocidas como inelegibilidades, nos permitimos llamar la atención, en cuanto al hecho de que la mayoría de la regulación existente fue introducida al ordenamiento jurídico, hace varias décadas atrás. El mayor dinamismo que presentan, en estos tiempos, las relaciones entre los sectores público y privado, a nuestro juicio, podría justificar la revisión de esta normativa con el fin de adecuar estas disposiciones a los riesgos de conflicto de intereses actuales. Es preciso asegurar la inclusión de todos los supuestos que permitirían descartar "a priori" a aquellas personas que, debido a sus actividades o vínculos privados, representan una grave amenaza para el debido ejercicio del puesto público respectivo y para los fines públicos que se le encargan a éste, o incorporar mecanismos suficientes para garantizar la imparcialidad en el ejercicio del cargo.

Por otra parte, siempre sobre el mismo tema, debemos comentar sobre la inconsistencia en la utilización de la figura del "periodo de sospecha" en la regulación de las inelegibilidades. Si bien encontramos, algunas disposiciones en el ordenamiento que la consideran, como es el caso del artículo 23 inciso 4) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que impide el nombramiento como miembro de la junta directiva de un banco estatal a quien "durante el año anterior haya sido miembros de la junta o consejo directivo de sociedades financieras privadas", otras son omisas, sin que existe una justificación aparente, como por ejemplo, el artículo 20 de la Ley Orgánica del Banco Central, cuando regula las incompatibilidades para el nombramiento de miembros de la Junta Directiva de esta entidad, relacionadas con la vinculación con entidades sujetas a la fiscalización del Banco y las Superintendencias. La importancia de la utilización de esta figura radica en que, es un medio que busca asegurar la verdadera desvinculación con los intereses privados incompatibles con el ejercicio de las funciones del cargo respectivo.

62 De esta manera se encuentra dispuesto en el artículo 63 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley No. 7333.

No podemos dejar de referirnos a la regulación sobre incompatibilidades post empleo de nuestro sistema, que se limita a lo dispuesto en la norma jurídica contenida en el artículo 53 de la Ley contra la Corrupción, que penaliza el supuesto específico del funcionario que habiendo tenido una participación determinante respecto a un contrato administrativo de un monto mayor o igual que el límite establecido para la licitación pública en la entidad donde prestó servicios, dentro del año siguiente a la celebración de éste, acepte un empleo o participación accionaria con la persona favorecida.

Sobre la norma en particular, se tendrían que decir varias cosas. Primero, que su alcance es absolutamente insuficiente, debido a que se limita a considerar la posibilidad de un aprovechamiento indebido del cargo en razón del ejercicio de funciones relacionadas con un contrato administrativo, quedando fuera, gran cantidad de actividades públicas que podrían generar riesgos de conflicto de intereses de igual relevancia, como podría ser la aplicación de las leyes, el otorgamiento de autorizaciones administrativas necesarias para el desarrollo de actividades comerciales, o la fiscalización de actividades financieras, por mencionar sólo algunos ejemplos. Además, presenta el problema, a nuestro juicio, de que utiliza los umbrales de la licitación pública como parámetro para determinar los alcances de la prohibición, lo que genera diferencias odiosas en cuanto a la aplicación del delito, desde el punto de vista subjetivo. Finalmente, se debe indicar que, el plazo previsto como periodo de sospecha, es corto para el objetivo que debe perseguir la norma, en cuanto a prevenir la negociación de un empleo o remuneración a cambio de una actuación en el ejercicio del cargo público.

El retraso normativo en cuanto al aspecto analizado en particular, para nosotros, es evidente, y la regulación existente claramente insuficiente para responder a riesgos como los derivados del fenómeno de la "puerta giratoria", sobre los cuales comentados en la sección anterior. Echamos de menos, un régimen general que resulte más comprensivo en cuanto a los supuestos de incompatibilidad post empleo, pero, principalmente, la existencia de regulación que restrinja el ejercicio de ciertas actividades profesionales o económicas para quienes desempeñaron altos cargos o funciones vulnerables, por un plazo suficiente que supere el periodo de sospecha, y que dirija la restricción no sólo a los que cesaron en el ejercicio de funciones por vencimiento de plazo, renuncia o despido, sino incluso, para el supuesto de la jubilación, cuando la relevancia del riesgo de conflicto de intereses así lo requiera.

Tal y como fue indicado al inicio de esta sección, la otra técnica para el manejo de los conflictos de intereses que nos dimos a la tarea de analizar en este estudio fue la revelación de los intereses privados, en dos de los instrumentos utilizados para ello: el deber de abstención y la declaración de intereses.

Respecto al primero de ellos, se tendría que empezar por anotar que se encuentra regulado por nuestro ordenamiento jurídico, a través de los artículos 230 a 238 de la Ley General de la Administración Pública. De ahí nace la obligación para todo servidor público de abstenerse de conocer de asuntos públicos cuando se encuentre en supuestos de conflicto de intereses, la cual se ve reforzada por otras disposiciones de posterior dictado, como lo son, el artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito y el artículo 1 inciso 14. f) de su Reglamento.

De la exigibilidad del deber de abstención en sí misma no existen dudas, sin embargo, es más que evidente que, la regulación de las causales de abstención no está prevista de la mejor manera. El numeral 230 supracitado, remite para conocer de los motivos de abstención al listado de impedimentos y causales de recusación establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶³, y los que resulten del artículo 102 de la Ley de la Administración Financiera de la República. La última de las leyes, actualmente, se encuentra derogada⁶⁴, mientras que la primera, en su artículo 31 remite a su vez, a lo dispuesto en el Código Procesal Civil para la determinación de las causales de impedimento exigibles a todo funcionario público.

Como se desprende con facilidad, las remisiones y derogatorias normativas que resultan de lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley General de la Administración Pública, dificultan considerablemente el conocer de los supuestos puntuales en que la ley exige el deber de abstención a los servidores públicos.

En cuanto al contenido de las causales que motivan el deber de abstención, nos parece obligatorio comentar que, la normativa contenida en el artículo 12 del Código Procesal Civil está ideada y prevista para regular la actividad jurisdiccional⁶⁵,

63 Jinesta Lobo, E. "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III. Procedimiento administrativo, Editorial Jurídica Continental, 2007, p. 215.

64 El autor Jinesta Lobo sostiene que el artículo 102 de la Ley de la Administración Financiera fue derogado por el artículo 111 de la Ley de la Contratación Administrativa, norma que finalmente recoge el numeral 22 de la Ley de Contratación Administrativa, y que contempla el régimen de incompatibilidades que opera en materia de procedimientos de contratación administrativa. Jinesta Lobo, E. "Tratado de Derecho Administrativo", ..., op. cit., 2007, p. 215.

65 No debería extrañar la remisión a la regulación de las causales del deber de abstención previstas para la actividad jurisdiccional, porque tal y como lo comenta el autor Jose Luis Martínez, es un instituto que emerge en el ámbito judicial. Martínez López-Muñis J. "Ética pública y deber de abstención en la actualidad administrativa", ..., op.cit., p. 335

lo que en principio no parece ser lo más conveniente, porque obliga a ajustar vía interpretación algunos de los supuestos a la hora de aplicar las normas respecto a la actividad administrativa.

No obstante lo anterior, resulta justo reconocer que, los motivos de impedimento descritos en el artículo 12 del nuevo Código Procesal Civil, mejoraron considerablemente la regulación del instituto, al incorporar normas no previstas en la regulación anterior, que pueden dar más oportunidad para la gestión apropiada de los conflictos de intereses, además, se evidencia una mejora en el nivel de claridad y concreción de los supuestos, acompañada de una ampliación en los alcances del mecanismo, de la que no deja duda el último de los incisos previstos, que considera como causal “la existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad u objetividad”.

Por último nos resulta de interés comentar acerca de la técnica de la declaración de intereses que, según comentamos en párrafos previos, impone la obligación a ciertos servidores públicos de revelar, mediante un instrumento establecido para esos fines, sus datos e intereses financieros o no, que puedan afectar su independencia en el ejercicio de las funciones del cargo, incluidas, las actividades profesionales o económicas actuales y anteriores, y en algunos casos, datos sobre intereses financieros de familiares muy cercanos.

Nuestro sistema no contempla la obligación de presentar una declaración de intereses en los términos descritos en el párrafo anterior, como sí ocurre, en otros países; ni siquiera, para el caso de altos cargos o servidores con funciones muy vulnerables a la corrupción.

Algunos de los contenidos que comúnmente son exigidos mediante este instrumento, son requeridos a través de la declaración jurada sobre la situación patrimonial prevista por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito (artículos 21 a 35), como podría ser el caso de los aspectos contemplados en el artículo 29, punto 2. e) e i), y la exigencia general, del punto 4 del mismo numeral.

No obstante, es evidente que, la declaración jurada sobre la situación patrimonial de nuestro sistema se encuentra diseñada más para la detección del enriquecimiento ilícito en la función pública, que para el control de los intereses privados de los servidores públicos. Además, la confidencialidad de sus contenidos dispuesta casi de manera absoluta, a nuestro juicio, atenta contra los objetivos que acompañan al instrumento de la declaración de intereses, en cuanto a

transparentar los intereses privados de los servidores más expuestos a los conflictos de intereses.

La declaración de intereses, como hemos visto, resulta un instrumento de gran utilidad para la gestión de los conflictos de intereses de orden público, principalmente, en lo que respecta a la detección de este tipo de situaciones en funcionarios de altos cargos o puestos con funciones muy vulnerables a la corrupción, razón por la cual, consideramos muy conveniente que, en nuestro país se considere la posibilidad de implementar este instrumento.

5. Bibliografía:

Arellano Gault, D y otro: "Prevención y control de conflictos de interés: Lecciones para la Administración Pública Federal en México a partir de la expediente internacional", En: Estado, Gobierno, Gestión Pública. Revista Chilena de Administración Pública, No. 10, dic. 2007.

Argandoña, A.: "Conflictos de intereses: El punto de vista ético", www.eben-spain.org/docs/papeles/XII/Antonio_Angandoña.pdf, 2004.

García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", Aranzadi Editorial, 2001.

González Pérez J.: "La ética en la Administración pública", Civitas Ediciones S.L, 2ª Ed., 2000.

Jinesta Lobo, E. "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III. Procedimiento administrativo, Editorial Jurídica Continental, 2007.

Martínez López-Muñis J. "Ética pública y deber de abstención en la actualidad administrativa", Revista de la Facultad de Derecho, Derecho PUCP, número 67, 2011.

Meseguer Yebra J.: "Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración", Editorial Bosch S.A, 2007.

Nattero, P. y otros: "Conflictos de intereses. Disyuntivas entre lo público y lo privado y prevención de la corrupción", Buenos Aires, 2009.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, "Recomendación del Consejo sobre las Guías de la OCDE para Manejar el Conflicto de Intereses en el Servicio Público", 28 de mayo de 2003 - C(2003)107. En: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=130>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, "La gestión de los conflictos de intereses en el sector público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales", Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2004.

Zalaquell, J.: "Conflictos de intereses: normas y conceptos", En: Anuario de Derechos Humanos 2011, www.anuariodh.uchile.cl, 2011, p. 180. García Mexía, P.: "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", Aranzadi Editorial, 2001.



Estudio de
Colaborador

Internacional



David Ordóñez Solís¹

La ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas frente a la Hacienda Pública en España

Sumario:

1. Introducción
2. La ejecución de sentencias frente a la Hacienda Pública y el derecho a la tutela judicial efectiva de los contribuyentes
 - 2.1 El derecho a un juicio justo y a una tutela judicial efectiva como fundamento de la ejecución de las sentencias contra la Hacienda Pública en Europa
 - 2.2 El obstáculo de la inembargabilidad de los bienes públicos
 - 2.3 El uso de los poderes legislativos para neutralizar una decisión judicial
3. Los procedimientos y el arte de ejecutar las sentencias contra la Hacienda Pública
 - 3.1 Los modos en el procedimiento de ejecución judicial: las vistas
 - 3.2 Los medios de ejecución: el incremento del interés legal y las multas coercitivas
 - 3.3 La anulación de los actos contrarios a la ejecución de la sentencia y el delito de desobediencia a los tribunales
 - 3.4 La extensión de los efectos de una sentencia
4. Conclusión

¹ Magistrado, doctor en Derecho, miembro de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial de España y Secretario Ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Este artículo inédito constituye la base de la ponencia presentada en el IV Congreso sobre el Régimen Jurídico de la Hacienda Pública, dedicado a La innovación y el buen gobierno en la gestión pública, organizado por la Contraloría General de la República de Costa Rica y que se celebró los días 27 y 28 de agosto de 2019 en San José, a cuyos directivos y funcionarios agradezco su cálida acogida.



Palabras clave: Jurisdicción Contencioso-administrativa, Ejecución judicial, Hacienda Pública, Multa coercitiva, Delito de desobediencia, Inembargabilidad.

Resumen: La ejecución de las decisiones judiciales constituye un elemento esencial del derecho fundamental a un juicio justo y a la tutela judicial efectiva. En España la ejecución forzosa de las sentencias que condenan a la Hacienda Pública se ha visto obstaculizada mediante la declaración de inembargabilidad generalizada de los bienes de las Administraciones y a través de leyes ad hoc obstativas. Sin embargo, en Europa los tribunales supranacionales y los tribunales constitucionales, como el caso del español, han reputado estas previsiones contrarias a los derechos humanos y a los derechos fundamentales. Los tribunales contencioso-administrativos cuentan para llevar a cabo la ejecución forzosa contra las Administraciones con un amplio margen de actuación y también con unos procedimientos, como el incremento del interés legal, las multas coercitivas, la anulación de actos contrarios o la amenaza del delito de desobediencia, que pueden aplicarse convenientemente para evitar que paradójicamente las Administraciones cuestionen la pervivencia del propio Estado de Derecho.

1. Introducción

La ejecución del Derecho y, en particular, la ejecución de las sentencias son cuestiones que no suelen tratarse habitualmente porque se dan por sabidas o por innecesarias. Sin embargo, aun cuando no son frecuentes constituyen, en realidad, la clave del funcionamiento del sistema. Solo si los ciudadanos están convencidos de que se aplicará el Derecho y, en particular, de que se cumplirá una sentencia, funcionará un determinado sistema jurídico.

En el ejercicio de la función judicial todo está preparado para que el juez ejerza su jurisdicción, para que se pronuncie sobre el derecho, que dicte sentencias declarativas. Ahora bien, los otros elementos de la jurisdicción son la intervención de la justicia cautelar y la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales. Solo por proporcionar una idea aproximada podría decirse que los tribunales españoles dedican un 80% de sus

esfuerzos a declarar el derecho (sentencias declarativas), un 10% para adoptar medidas cautelares (autos) y, en fin, el 10% restante se dedica a la ejecución de las decisiones judiciales (autos).

Ahora bien, en el ámbito contencioso-administrativo en el que, por utilizar el modelo español inserto en la tradición administrativa francesa, se demanda necesariamente a una Administración, la ejecución forzosa se refiere propiamente a la ejecución forzosa contra esa Administración. En efecto, la Administración cuenta con su propio procedimiento para ejecutar sus decisiones por lo que, en realidad, una vez desestimado un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo o un reglamento, la Administración, en ejercicio de sus propios poderes, tiene mecanismos para la ejecución forzosa sin tener que acudir a los tribunales salvo en el caso de que la ejecución, por ejemplo, requiera el consentimiento para entrar en un domicilio y el interesado no lo preste, para lo cual se requiere con carácter previo la autorización judicial. En realidad, la ejecución forzosa contra las Administraciones solo es excepcional y en tales casos puede conseguirse a través de los tribunales.

La solución no siempre es fácil como lo prueba la evolución del régimen contencioso-administrativo francés. De manera memorable y genial lo ilustró hace casi 60 años el profesor Jean Rivero apelando a la fábula del indio de la tribu de los hurones que viaja de Canadá a París, con el fin de conocer las grandes soluciones judiciales francesas. Sin embargo, las deficiencias del sistema administrativo francés creado por el Consejo de Estado establecido por Napoleón eran en aquel tiempo notorias ante la simplicidad y eficacia de los mecanismos naturales adoptados en la tribu de los hurones. En su alegoría el profesor Rivero apunta la grandeza del sistema administrativo francés, el mecanismo de anulación de los actos administrativos, pero también pone de manifiesto su gran debilidad, la ejecución dejada en manos de la propia Administración. Tal como le replica el indio hurón al jurista francés que lo acoge en París: «¿Qué es lo que le interesa al demandante? ¿la anulación, que no es más que una mera abstracción? Más bien, no; son los frutos que espera de esa anulación»².

² Rivero, Jean, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours

Se trata, en definitiva, de una cuestión clave que se debe resolver en cada ordenamiento: cómo ejecutar o cumplir las sentencias frente a los poderes públicos, piénsese por ejemplo en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo; o, en fin, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José o el mismo Tribunal Constitucional español en relación con el proceso de independencia de Cataluña llevado a sus límites en el otoño de 2017³. En todos los casos está en juego la credibilidad del sistema. Si se cumplen las sentencias, estos tribunales habrán pasado la prueba de fuego. Si no fuese así, tendrían los días contados.

En efecto, no podemos olvidar que la ejecución forzosa se inserta en lo que podríamos denominar una comunidad imaginaria del Derecho y, más en particular, una vez reconocido el derecho de un ciudadano, traducible en el caso de la Hacienda Pública a una cantidad de dinero, no hay duda de que su cumplimiento, su pago, por la Administración se hará voluntariamente. En el caso de la Hacienda Pública, que goza de la potestad de autotutela, cuando el juez decide que le corresponde tal derecho a la Administración, esta se encarga de poner

pour excès de pouvoir”, *Recueil Dalloz*, 1962, Paris, pp. 32-40; «Est-ce l’annulation, cette abstraction, qui l’intéresse? Non pas, mais bien les fruits qui l’en attend».

3 Ridao Martín, Joan, “Las nuevas facultades ejecutivas del Tribunal Constitucional como sustitutivo funcional de los mecanismos de coerción estatal del artículo 155 de la Constitución”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 106 Septiembre-Diciembre 2016, Vitoria, pp. 151-188, analiza críticamente la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho (BOE núm. 249, de 17 de octubre de 2015); como se dice en el preámbulo de la Ley: «la reforma atribuye el carácter de título ejecutivo a las resoluciones del Tribunal, y establece, en materia de ejecución, la aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa». La sentencia 185/2016, de 3 de noviembre de 2016, del Pleno del Tribunal Constitucional, ponente: González-Trevijano Sánchez, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco y subraya: «El Tribunal Constitucional ha sido configurado en el texto constitucional como un verdadero órgano jurisdiccional que tiene conferido en exclusiva el ejercicio de la jurisdicción constitucional, de modo que, en cuanto cualidad inherente a la función de administrar justicia, también de la justicia constitucional, ha de postularse del Tribunal la titularidad de una de las potestades en que el ejercicio de la jurisdicción consiste, cual es la de la ejecución de sus resoluciones, pues quien juzga ha de tener la potestad de obligar al cumplimiento de sus decisiones. Si ello no fuera así, el Tribunal, único en su orden, carecería de una de las notas esenciales del ejercicio de la función jurisdiccional y con ello de la potestad necesaria para garantizar la supremacía de la Constitución (art. 9.1 CE), en tanto que supremo intérprete y garante último de la misma (art. 1.1 LOTC)» (FJ 9). También y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia 215/2016, de 15 de diciembre de 2016, del Pleno del Tribunal Constitucional, ponente: González-Trevijano Sánchez, que desestima el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Generalidad de Cataluña.

en marcha la maquinaria recaudadora voluntariamente o por vía de apremio, hasta llegar, en su caso, al cobro correspondiente. En cambio, en el caso de que la ejecución se dirija contra la Hacienda Pública la situación puede devenir crítica si existe una negativa a cumplir lo acordado judicialmente.

Por esa razón me parece de interés analizar las particularidades que presenta la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas contra la Hacienda Pública. Para ello me propongo, por una parte, contraponer el derecho fundamental de los contribuyentes a que se ejecuten las sentencias contra la Hacienda Pública frente a las argucias de la inembargabilidad de los bienes públicos o frente al uso de los poderes legislativos para neutralizar la efectividad de una sentencia; y, por otra parte, pretendo examinar los mecanismos para ejecutar las sentencias contra la Hacienda Pública que, en todo caso, exigen una cierta habilidad de los tribunales para usar apropiadamente, dentro de un procedimiento de ejecución judicial muy sencillo, aumentando el interés legal del dinero, imponiendo las multas coercitivas, anulando las medidas contrarias a la ejecución y, en su caso, amenazando con el delito de desobediencia a los tribunales.

2. La ejecución de sentencias frente a la Hacienda Pública y el derecho a la tutela judicial efectiva de los contribuyentes

La ejecución de las sentencias frente a la Hacienda Pública tiene un fundamento claro: el derecho a un juicio justo y el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Así lo han consagrado en Europa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional español.

La consecuencia de este reconocimiento supone que no cabe limitar este derecho de una manera injustificada o desproporcionada por ejemplo invocando razones de orden público, por ejemplo la inembargabilidad de todos los bienes de la Hacienda Pública o mediante la adopción de leyes ad hoc que impidan la ejecución de una sentencia.

2.1 El derecho a un juicio justo y a una tutela judicial efectiva como fundamento de la ejecución de las sentencias contra la Hacienda Pública en Europa

El Tribunal de Estrasburgo ha reconocido la importancia del derecho a la ejecución de las decisiones judiciales de una manera especial en el ámbito contencioso-administrativo lo que supone juzgar y ejecutar lo juzgado.

Por una parte, en la *sentencia Scordino c. Italia* (2006), referida a un procedimiento de expropiación afectado por la aprobación de varias leyes y por la dilación en la adopción de la resolución judicial, el Tribunal Europeo señaló: «el derecho de acceder a un tribunal tal como lo garantiza el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado parte permitiese que una decisión judicial definitiva y obligatoria quedase inoperante en detrimento de una de las partes. La ejecución de una sentencia, sea cual sea a jurisdicción de la que proceda, debe considerarse como parte integrante del 'proceso' en el sentido del artículo 6» (§ 196)⁴.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha subrayado que el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales en el ámbito del contencioso-administrativo resulta aún más importante.

Así, por ejemplo, lo ha enfatizado la *sentencia Sharxhi y otros c. Albania* (2018) y, además, el Tribunal de Estrasburgo insiste en que «a una persona que haya obtenido una decisión judicial contra el Estado al final de los procedimientos legales no puede exigírsele que inicie un nuevo procedimiento judicial para aplicarla» (§§ 92 y 93). En este caso los tribunales administrativos habían paralizado la demolición de un edificio que, sin embargo, finalmente fue demolido por las autoridades albanesas⁵.

4 TEDH (Gran Sala), sentencia de 29 de marzo de 2006, *Scordino c. Italia* (no 1), recurso nº 36813/97 (justiprecio de una expropiación, leyes retroactivas y dilaciones indebidas de la justicia).

5 TEDH, sentencia de 11 de enero de 2018, *Sharxhi y otros c. Albania*, recurso nº 10613/16 (demolición de un edificio a pesar de la suspensión por decisión judicial firme).

También en el ámbito contencioso-administrativo el Tribunal Europeo ha recordado, en su *sentencia Bursa Barosu Başkanlığı y otros c. Turquía* (2018), que la ejecución debe ser completa, perfecta y no parcial de modo que una vez que se ha adoptado una decisión interna definitiva por las jurisdicciones nacionales debe ser aplicada con una claridad y una coherencia razonables por las autoridades públicas, con el fin de evitar en lo posible la inseguridad jurídica y la incertidumbre en quienes se ven afectados por su aplicación; así pues, a juicio del Tribunal de Estrasburgo un sistema judicial caracterizado por la posibilidad de cuestionamientos perpetuos y por anulaciones repetidas de decisiones judiciales definitivas, vengan tanto de jueces como del ejecutivo, es contrario al artículo 6.1 del Convenio (§§ 133 y 134)⁶.

En la *sentencia Bourdov c. Rusia* (no 2) (2009), el Tribunal Europeo insiste en que sea cual sea la complejidad de sus procedimientos de ejecución o de su sistema presupuestario, un Estado está obligado por el Convenio a garantizar a todos el derecho a que sus decisiones judiciales obligatorias y ejecutivas que se dicten en su favor sean ejecutadas en un plazo razonable. De modo que una autoridad del Estado no puede, so pretexto de falta de fondos o de otros recursos, por ejemplo en materia de alojamiento, dejar de satisfacer una deuda que derive de una decisión judicial; corresponde a cada Estado parte organizar su sistema judicial de tal modo que sus autoridades competentes puedan cumplir sus obligaciones en la materia (§ 70)⁷.

En fin, el Tribunal Europeo, no sin división entre sus jueces, ha reconocido en la *sentencia Arnaboldi c. Italia* (2019) respecto del pago de una deuda, declarada en sentencia judicial, de una empresa insolvente, por parte del Estado: no puede aceptarse que Italia pueda rechazar cumplir una decisión definitiva pronunciada por un tribunal contra una empresa delegada que ha sido declarada insolvente en la medida en que se refiere a una deuda que corresponde en definitiva de la responsabilidad de la administración delegante (§ 52)⁸.

6 TEDH, sentencia de 19 de junio de 2019, *Bursa Barosu Başkanlığı y otros c. Turquía*, recurso nº 25680/05 (inejecución prologada de decisiones judiciales de anulación de actos administrativos que había autorizado la construcción de una fábrica de almidón).

7 TEDH, sentencia de 15 de enero de 2009, *Bourdov c. Rusia* (no 2), recurso nº 33509/04 (retraso en el abono de una indemnización del Estado).

8 TEDH, sentencia de 14 de marzo de 2019, *Arnaboldi c. Italia*, recurso nº

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en numerosas ocasiones «que según reiterada jurisprudencia, las consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación en el tiempo de los efectos de esa sentencia [...] Si ello no fuera así, las violaciones más graves recibirían el trato más favorable, en la medida en que son éstas las que pueden entrañar las consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros. Además, limitar los efectos de una sentencia en el tiempo basándose únicamente en consideraciones de este tipo redundaría en un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional de los derechos que la normativa fiscal de la Unión confiere a los contribuyentes»⁹.

En fin, el Tribunal Constitucional español ha interpretado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución poniéndolo en relación con la feliz descripción constitucional de las funciones judiciales del artículo 117.3: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, **juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado**, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...»¹⁰.

2.2 El obstáculo de la inembargabilidad de los bienes públicos

El primer gran obstáculo a la ejecución de las sentencias contra la Hacienda Pública es la inembargabilidad de los bienes públicos. Sin embargo, en España, apoyándose en la jurisprudencia europea, el Tribunal Constitucional ha limitado tal privilegio de las Administraciones reconocido mediante la legislación específica.

En la sentencia 113/1989 el Tribunal Constitucional explica: «la ley, por las más variadas razones de

43422/07 (responsabilidad del Estado en el pago de una deuda declarada por sentencia de una empresa insolvente que ejercía competencias delegadas).

9 TJUE, sentencia de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora SL / Generalitat de Catalunya*, C-82/12, EU:C:2014:108, apartados 48 y 49 (legislación sobre impuestos en materia de hidrocarburos, 'céntimo sanitario').

10 Esta feliz expresión del alcance de la función de los jueces tiene su origen en el artículo 245 de la Constitución de Cádiz, adoptada el 19 de marzo de 1812, aplicada fugazmente en España y en América, conforme al cual: «Los Tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado».

interés público o social, excluye determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, declarándolos inembargables y prohibiendo, en su consecuencia, que el ejecutante proyecte su acción sobre los mismos, que podrían ser objeto de la actividad ejecutiva de no mediar la prohibición». Aun cuando considera que las declaraciones legales de inembargabilidad son bastante numerosas en el Derecho español vigente deben estar justificadas y ser proporcionadas¹¹.

En relación con la inembargabilidad de certificaciones de contratos administrativos, la sentencia 16/1993 desestima la cuestión de inconstitucionalidad. A tal efecto, el Tribunal Constitucional alude a la necesidad de aplicar los arts. 14 y 24.1 de la Constitución, a fin de apreciar si tales previsiones se atemperan a la interdicción constitucional de la discriminación y el derecho de todos, también, a obtener una efectiva tutela judicial, derecho, este último, que garantiza, la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Por tanto, «no serán conciliables con la Constitución las reglas especiales de inembargabilidad que carezcan de un fundamento o fin racional o que, aun teniéndolo, incurran en falta manifiesta de proporcionalidad, pues tanto en una como en otra hipótesis los límites adicionales a la embargabilidad general ex art. 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se presentarían como injustificadas singularizaciones privilegiadas en favor de determinado tipo de deudores» (FJ 2)¹².

En cambio, en la sentencia 166/1998, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la inembargabilidad genérica de todos los bienes de la Hacienda local porque el régimen general de pago previsto en Ley de las Haciendas Locales no garantiza, por sí sólo, que la Entidad local deudora cumpla con el mandato judicial, pudiendo posponer o diferir la ejecución de la Sentencia y quedando así insatisfecho el derecho de crédito del particular acreedor. A juicio del Tribunal Constitucional esta regulación no puede considerarse razonable desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que el art. 24.1 C.E. reconoce y garantiza porque

11 TC (Pleno), sentencia 113/1989, de 22 de junio, ponente: Díez Eimil (cuestión de inconstitucionalidad sobre la inembargabilidad de las prestaciones de la Seguridad Social).

12 TC (Pleno), sentencia 169/1993, de 27 de mayo, ponente: López Guerra (cuestión de inconstitucionalidad sobre inembargabilidad de certificaciones de contratos administrativos).

no está justificada en atención al principio de eficacia de la Administración Pública ni con base en el de la continuidad en la prestación de los servicios públicos. Ni tampoco puede considerarse proporcionada en atención a la generalidad con que se ha configurado este obstáculo o limitación al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, excediendo así notoriamente las finalidades que la justifican (FJ 12)¹³.

Esto significa, en definitiva, que la inembargabilidad no sólo los bienes demaniales y comunales sino también de los bienes patrimoniales pertenecientes a las Entidades locales que no se hallan materialmente afectados a un uso o servicio público, no resulta conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 C.E. garantiza a todos, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (FJ 15).

Por eso y como ha resumido el Tribunal Constitucional en su sentencia 211/1998, relativa a un embargo judicial decretado frente a un ayuntamiento, «de ningún modo podrán ser señalados para su traba bienes de dominio público, comunales, los que integran la Hacienda del Ente local y los bienes patrimoniales materialmente afectados al sostenimiento de un servicio o uso público» (FJ 4)¹⁴.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo español que lo subraya así: «el privilegio de la inembargabilidad solo alcanza a los bienes que estén destinados a la realización de actos iure imperii, pero no a aquellos destinados a la realización de actividades iure gestionis, porque una interpretación de las normas que condujera a mantener la imposibilidad absoluta de ejecución de las Administraciones públicas debía considerarse vulneradora del art. 24.1 de la Constitución»¹⁵.

13 TC (Pleno), sentencia 166/1998, de 15 de julio, ponente: González Campos (cuestión de inconstitucionalidad de la inembargabilidad de la hacienda local).

14 TC (Pleno) sentencia 211/1998, de 27 de octubre, ponente: Gimeno Sendra (amparo frente un auto despachando ejecución frente a un ayuntamiento).

15 TS (Sala 3ª, Sección 2ª), sentencia de 29 de enero de 1999, recurso nº 7747/1998, ES:TS:1999:8654, ponente: Sala Sánchez (embargo por la Diputación de Barcelona de cuentas organismo autónomo de la Generalidad de Cataluña).

2.3 El uso de los poderes legislativos para neutralizar una decisión judicial

El derecho fundamental a la ejecución de decisiones judiciales se impone también contra los intentos indisimulados de evitarlo mediante el ejercicio de los poderes legislativos. Así lo hace el Tribunal Constitucional invocando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La sentencia 73/2000 resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre una ley autonómica de espacios naturales que afectaba a la ejecución de una sentencia firme¹⁶. El planteamiento del Tribunal Constitucional es claro, a saber, si el art. 24.1 CE, el derecho a la tutela judicial efectiva, se ve afectado en aquellos supuestos en los que el efecto directo de una Ley o del régimen jurídico de una materia en ella establecido es, precisamente, el de impedir que un determinado fallo judicial se cumpla en la medida en que podría quedar afectado el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que la Constitución reconoce y garantiza, por entrañar un efecto obstativo para el cumplimiento del fallo.

En sus razonamientos el Tribunal Constitucional recuerda la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva que impide considerar las decisiones judiciales como «meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna», al mismo tiempo que «el cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional constituye una “exigencia objetiva del sistema jurídico” y “una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho” [...] pues implica [...] “la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos judiciales, no sólo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado”».

El Tribunal Constitucional utiliza la misma argumentación que para el caso de la inembargabilidad de ciertos derechos o bienes de las Administraciones, de manera que enfrentado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión del derecho a la ejecución de las

16 TC (Pleno), sentencia 73/2000, de 14 de marzo, ponente: González Campos (cuestión de inconstitucionalidad de la Ley navarra de espacios naturales que afecta a la ejecución de una sentencia).

resoluciones judiciales firmes, «cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución».

Esta argumentación la sostiene el Tribunal Constitucional español acudiendo, en virtud del artículo 10.2 de la Constitución, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, concluye el Tribunal Constitucional, «aun no siendo en sí misma arbitraria ni atentando a la igualdad, no tiene cabida en nuestra Constitución aquella Ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme. Si se quiere, dicho en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar» (FJ 11).

Prácticamente en los mismos términos, la sentencia 50/2015 del Tribunal Constitucional español insiste: «la norma impugnada, en la medida en que reproduce casi miméticamente una regulación reglamentaria previamente declarada nula, vulnera el art. 24.1 CE. Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que una de las proyecciones del derecho reconocido en el art. 24.1 CE es el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la efectividad otorgada por el Ordenamiento, lo que implica, de un lado, el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos y, de otro, el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas» (FJ 8)¹⁷.

El Tribunal Europeo había señalado en las tres sentencias citadas por el Tribunal Constitucional español que el

17 TC (Pleno), sentencia 50/2015, de 5 de marzo, ponente: Ortega Álvarez (inconstitucionalidad de la Ley de Castilla y León 5/2010 sobre Declaración del Parque Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina).

legislador no puede interferir en la resolución de los litigios por los tribunales.

En la *sentencia Refinerías Griegas Stran y Stratis Andreadis c. Grecia* (1994), el Tribunal de Estrasburgo declara la violación por parte de Grecia del artículo 6.1 del Convenio en la medida en que «el principio del Estado de Derecho y la noción de juicio justo proclamada en el artículo 6 impiden cualquier interferencia del legislador en la Administración de Justicia con el fin de influir en la resolución judicial del litigio» (§ 49)¹⁸.

La *sentencia National & Provincial Building Society y otras c. Reino Unido* (1997) advierte de los riesgos inherentes al empleo de una legislación retroactiva que tenga por efecto influir en el desenlace de un litigio en el que el Estado sea parte, especialmente cuando el efecto es que el litigio no pueda ganarse por lo que el principio del Estado de Derecho y la noción de un juicio justo exigen tratar con la máxima circunspección las razones dadas para justificar tales medidas (§ 112)¹⁹. Sin embargo, en este caso el examen de la legislación inglesa no reveló que fuese contraria al artículo 6.1 del Convenio europeo.

En fin, en su *sentencia Papageorgiu c. Grecia* (1997) el Tribunal Europeo señala: «el principio del Estado de Derecho y la noción del juicio justo consagrados por el artículo 6 se oponen a la injerencia del poder legislativo griego en la administración de justicia con el fin de influir en el desenlace judicial del litigio» (§ 37)²⁰.

El Tribunal Europeo sigue manteniendo esta jurisprudencia en la medida en que, como subraya en la *sentencia Dimopoulos c. Turquía* (2019), «la intervención de una ley retroactiva durante un procedimiento judicial puede suponer un atentado al carácter equitativo de un proceso y especialmente puede afectar a la igualdad de armas al ejercer ante los tribunales una influencia sobre el resultado del litigio» (§ 38)²¹.

18 TEDH, sentencia de 9 de diciembre de 1994, *Refinerías Griegas Stran y Stratis Andreadis c. Grecia*, recurso nº 13427/87 (revocación mediante ley de contratos celebrados por la Junta Militar para construir una refinería que estaban siendo enjuiciados por los tribunales).

19 TEDH, sentencia de 23 de octubre de 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society c. Reino Unido*, recurso nº 117/1996/736/933-935 (legislación fiscal para un período transitorio).

20 TEDH, sentencia de 22 de octubre de 1997, *Papageorgiu c. Grecia*, recurso nº 97/1996/716/913 (legislación ad hoc para resolver cuestiones sobre cotizaciones sociales resueltas previamente por decisiones judiciales).

21 TEDH, sentencia de 2 de abril de 2019, *Dimopoulos c. Turquía*, recurso

3. Los procedimientos y el arte de ejecutar las sentencias contra la Hacienda Pública

El ejercicio del poder requiere de unas habilidades, de un arte, que pocas veces es explicado en relación con el poder que ejercen los jueces no solo de juzgar sino también de ejecutar lo juzgado. Se basa en numerosos factores como la elaboración de la sentencia que se va a ejecutar, la credibilidad del tribunal de ejecución y, desde luego, en la habilidad del juez para elegir los mecanismos apropiados en el momento oportuno.

De la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se deriva, tal como hemos visto en la *sentencia Sharxhi y otros c. Albania* (2018), que «a una persona que haya obtenido una decisión judicial contra el Estado al final de los procedimientos legales no puede exigírsele que inicie un nuevo procedimiento judicial para aplicarla» (§§ 92 y 93).

Asimismo, en España el tribunal contencioso-administrativo encargado de la ejecución de la sentencia es el que ha conocido en instancia. Por tanto, no hay duda de la necesidad de un juez proactivo y de que la adopción de medidas de ejecución sean gradualmente proporcionadas.

Así se puede observar en cuatro aspectos de la ejecución de sentencias contra la Hacienda Pública: las vistas, el incremento del interés legal, las multas coercitivas y la anulación de actos contrarios a la sentencia.

3.1 Los modos en el procedimiento de ejecución judicial: las vistas

El procedimiento de ejecución judicial resulta en el contencioso-administrativo español de una sencillez extrema y en el mismo se confiere al tribunal de ejecución un amplio margen de actuación.

La sencillez viene determinada por su caracterización como incidente que se inicia con escrito de la parte que insta la ejecución, la audiencia de las demás partes y la resolución por el tribunal de ejecución.

El margen de actuación del tribunal de ejecución es amplio siempre y cuando su objetivo, como es obvio, sea «decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución».

Las vistas constituyen una vía de gran interés para que el juez conozca mejor las posibilidades de ejecución de una sentencia y es una oportunidad para acercar las posturas de ejecutante y Administración ejecutada en los casos de que la ejecución presente problemas.

En las vistas sobre la ejecución es muy aconsejable que participen los funcionarios o incluso los responsables políticos de la ejecución porque facilitan al juez el conocimiento de los obstáculos a la ejecución y le permiten hacer propuestas y acercar posturas.

Las vistas son un momento apropiado para mostrar la proactividad del juez y para proponer medidas realistas, graduales y proporcionadas de ejecución.

Es preciso advertir que en la legislación española se distingue entre imposibilidad de ejecución de una sentencia (art. 105 LJCA) y supuestos de 'trastorno grave a su Hacienda' (art. 106.4 LJCA) que tienen una tramitación y unas consecuencias distintas. En el primer caso la imposibilidad se traduce en una indemnización, mientras que en el segundo caso corresponde al juez, oídas las partes, resolver sobre el modo de ejecutar una sentencia del modo menos gravoso para la Hacienda²².

3.2 Los medios de ejecución: el incremento del interés legal y las multas coercitivas

Las condenas a cantidad líquida implican que esta devengue «el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia».

Al mismo tiempo y como un instrumento de ejecución forzosa se prevé en el artículo 106.2 LJCA: «la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento».

nº 37766/05 (legislación sobre sitios de interés natural impidiendo la prescripción adquisitiva).

22 Requero Ibáñez, José Luis, "Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", Cuadernos de Derecho Local QDL, 8, Madrid, junio 2005, pp. 33-49.

El artículo 112 LJCA se refiere a un mecanismo efectivo de ejecución forzosa en manos del juez: las multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos.

Debe tenerse en cuenta, como ha señalado el magistrado De Diego Díez, la presión psicológica que supone dirigir la medida de ejecución forzosa no contra la Administración sino contra la autoridad o el empleado público²³.

En este sentido, es significativa la reforma de 2015 de la legislación del Tribunal Constitucional español, con el fin de hacer frente al proceso de independencia de Cataluña, a la que antes se hizo referencia y que introduce este nuevo artículo 92.4 LOTC:

En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto.

Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes:

a. Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado.

b. Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal.

c. La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones.

d. Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

Esta nueva regulación del Tribunal Constitucional establece como supletoria la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Pero básicamente adopta el mismo esquema de multas coercitivas, intento de ejecución sustitutoria y remisión a la jurisdicción penal por desobediencia a la autoridad judicial.

Ahora bien, existe una vía de gran interés que no se recoge en el ámbito contencioso-administrativo que es la de suspender temporalmente de sus funciones a las autoridades y empleados públicos «durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal».

Es precisamente este procedimiento judicial el que más controversia suscitó en el Tribunal Constitucional pero que, aparte de haber sido declarado conforme a la Constitución, sería, *mutatis mutandis*, perfectamente válido entre las medidas innominadas de que puede valerse un tribunal contencioso-administrativo.

3.3 La anulación de los actos contrarios a la ejecución de la sentencia y el delito de desobediencia a los tribunales

La anulación de aquellos actos y disposiciones contrarios a la ejecución de una decisión judicial es un mecanismo apropiado para proteger el derecho de la tutela judicial efectiva. Resulta claro que si la disposición es una norma con rango de ley su anulación corresponde al Tribunal Constitucional y si es una norma reglamentario corresponderá a los tribunales contencioso-administrativos.

23 De Diego Díez, Luis Alfredo, "Multas coercitivas a autoridades y funcionarios hostiles al cumplimiento de las sentencias", Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 49-50, 2017, Zaragoza, pp. 290-317.

En este sentido, el artículo 103.4 LJCA prevé: «Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento». Encomienda al tribunal que conozca de la ejecución declarar, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Bien utilizado este procedimiento, en manos de un tribunal contencioso-administrativo, se convierte en una poderosa vía de atajar cualquier intento de la Administración de no ejecutar una resolución judicial.

En cuanto a la eventualidad de incurrir en un delito de desobediencia a los tribunales, la vía penal se constituye en la ultima ratio del sistema jurídico. Ahora bien, debe advertirse que su efecto disuasorio se limita únicamente a los supuestos ordinarios porque en supuestos excepcionales, como ha revelado el ataque frontal del independentismo catalán al Estado de Derecho, su eficacia es muy limitada. Pero es que, además, las consecuencias prácticas son una inhabilitación por un tiempo realmente limitado²⁴.

3.4 La extensión de los efectos de una sentencia

Un modo especial de ejecución de las sentencias contencioso-administrativas pretende adaptarse a las necesidades de una sociedad masificada de tal manera que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa permite extender los efectos de una sentencia a numerosos afectados.

²⁴ La celebración del primer referéndum ilegal en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 le acarrió al entonces presidente del Gobierno autonómico, Artur Mas, una condena de 13 meses de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos ya sean de ámbito local, autonómico o estatal, así como el ejercicio de funciones de gobierno tanto en el ámbito autonómico como en el del Estado; la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2019, recurso nº 1018/2017, ES:TS:2019:91, ponente: Del Moral García, que rebajó la condena en instancia de dos años de inhabilitación, señala: «La condena no se apoya en la convocatoria una consulta ilegal, sino en el desobedecer un mandato del Tribunal Constitucional. Es esto lo delictivo, y lo es con independencia de que el asunto al que se refiere el mandato no tenga por sí mismo -que no la tiene en principio- relevancia penal».

Los ámbitos a los que se reserva la extensión de efectos es «en materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado». Debe tratarse de una sentencia firme y debe hacerse en el plazo máximo de un año desde que adquirió firmeza. Los presupuestos de la extensión de efectos es la competencia del tribunal sentenciador y que «los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo».

No es necesario insistir en que los autos que acuerdan la extensión de efectos de una sentencia pueden ser objeto de ejecución forzosa, pudiendo acudir a todos los procedimientos antes señalados para la efectividad de lo acordado judicialmente.

4. Conclusión

La ejecución de las sentencias está vinculada al derecho fundamental a un juicio justo y al derecho a la tutela judicial efectiva pero también depende, en los pocos casos patológicos que dan, de las habilidades del tribunal de ejecución en el uso de todos los procedimientos para llevar a cabo la ejecución forzosa.

La ejecución forzosa de las decisiones judiciales es una excepción necesaria a la regla general del cumplimiento voluntario, como, por lo demás, ocurre con toda ejecución forzosa, por ejemplo de la propia Administración tributaria (procedimiento de apremio como alternativa al pago voluntario, y las distintas fases del apremio: el embargo, la subasta de bienes y el cobro del precio).

La Hacienda Pública debe dar ejemplo también en el acatamiento y en la ejecución de las sentencias porque, de algún modo, en esta cuestión radica la credibilidad del sistema, aquí se observa la preeminencia de la ley, de la *rule of law*, del Estado de Derecho, por decirlo con los términos que usa habitualmente el Tribunal de Estrasburgo.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha amparado la ejecución de las decisiones judiciales bajo el mismo concepto del Estado de Derecho y del juicio justo. Por esa razón, la jurisprudencia advierte

contra la vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los supuestos en que la legislación en general y leyes *ad hoc* interfieren en el resultado ordinario de una decisión judicial.

Basándose expresamente en esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional español ha considerado que las numerosas previsiones de inembargabilidad de los bienes públicos pueden devenir inconstitucionales si su alcance no está justificado y no es proporcionado. Por ejemplo, la inembargabilidad de todos los bienes de las Administraciones, incluidos los bienes patrimoniales no afectos a un servicio público, es contraria a la Constitución. Del mismo modo, una ley adoptada con el fin de impedir la ejecución de una sentencia sería, en principio, contraria a la Constitución.

La ejecución voluntaria de las decisiones judiciales por las Administraciones y, en particular, por la Hacienda Pública es la regla general. No obstante, en los supuestos excepcionales en que es preciso despachar ejecución forzosa contra la Hacienda Pública, los tribunales contencioso-administrativos cuentan con procedimientos previstos expresamente para facilitar este resultado. En todos los casos, una actitud proactiva del tribunal y un uso prudente de las vistas puede facilitar la ejecución forzosa. En supuestos excepcionales el incremento en dos puntos del tipo de interés legal, la aplicación de las multas coercitivas y la amenaza a las autoridades y funcionarios de incurrir en un delito de desobediencia son mecanismos apropiados para la ejecución forzosa de las decisiones judiciales.

Criterios y jurisprudencia



Potestad

Consultiva

I. Potestad Consultiva

1.1 Los productos de la auditoría interna en materia de presuntas responsabilidades son confidenciales

Independientemente del tipo de producto que emita una auditoría interna, si se refiere a eventuales responsabilidades, procede su resguardo, debido a la confidencialidad de la información, con excepción de que el solicitante sea una comisión investigadora de la Asamblea Legislativa conforme a lo indicado en la Ley General de Control Interno y la Constitución Política. La información referente a los estudios de auditoría debe documentarse de manera separada a la correspondiente a una investigación, aún y cuando la investigación se origine en el propio estudio de auditoría. Esto quiere decir que incluso los papeles de trabajo de un informe de auditoría no deben contener ningún elemento que refiera a la eventual responsabilidad de alguna persona, esto de conformidad con la normativa técnica en la materia.

(Oficio n° 08335 (DFOE-AE-0261) del 13 de junio de 2019, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.2 ¿Los ingresos que recibe un ente público no estatal por concepto de patrocinios forman parte de la Hacienda Pública?

La constitución de la Hacienda Pública se define principalmente por la naturaleza pública de los fondos que la integran, aspecto que se determina según su titularidad o bien, de acuerdo al origen de esos fondos. Los recursos que un ente público no estatal reciba por parte de sujetos privados en calidad de patrocinio no forman parte de la Hacienda Pública; sin embargo, es necesario que sobre esos ingresos se lleve un control que permita verificar que responde a la naturaleza y condiciones propias de la figura del patrocinio y que sea utilizado para la finalidad que justificó su giro.

(Oficio n° 07649 (DFOE-EC-0394) del 03 de junio de 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.3 CGR aclara rol del comité de auditoría en las entidades del sistema financiero

El comité de auditoría interna es una figura técnica de apoyo para los órganos superiores de una entidad. Su constitución es obligatoria para las instituciones bajo el ámbito del "Reglamento sobre Gobierno Corporativo" y representan un mecanismo para el cumplimiento efectivo de las responsabilidades de los órganos de dirección. Los planes de trabajo de las auditorías internas deben estar vinculados con los planes y políticas estratégicas de la entidad; aspecto que al ser analizado y aprobado por medio de los comités de auditoría (al ser una de sus funciones asignadas por el reglamento), en su función de apoyo para el órgano de dirección, coadyuva a la efectiva coordinación entre la auditoría interna y ese órgano, sin que la aprobación que debe realizar ese comité sea vinculante, y sin detrimento de la independencia de cada uno según la normativa que rige el control interno.

(Oficio n° 06773 (DFOE-EC-0374) del 17 de mayo de 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.4 ¿Se puede utilizar recursos otorgados por la Ley n° 9329 a las municipalidades en servidumbres de paso?

La Ley n° 9329 confiere a las municipalidades del país la atención plena y exclusiva de la red vial cantonal. Asimismo, un camino o calle de la red vial cantonal implica, en primer lugar, que es público y está bajo la administración de un gobierno local y, en segundo lugar que debe constar en los registros oficiales del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Bajo esta idea, no se pueden utilizar los recursos de la Ley n° 9329 para el mantenimiento u otros de vías de entrada o salida de fundos o propiedades privadas (servidumbres).

(Oficio n° 06534 (DFOE-DL-0626) del 14 de mayo de 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.5 CGR aclara número máximo de órganos colegiados que una persona puede integrar

Con la entrada en vigencia de la ley n° 9635 (Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas) se modificó el texto del artículo 43 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en cuanto al número máximo de órganos colegiados que puede integrar una persona, al establecer que (...) En el caso de la participación en sociedades o subsidiarias, únicamente se autoriza integrar un máximo de tres juntas y dos comités (...). Al armonizarse esta normativa con el párrafo quinto del artículo 17 de la Ley Contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública –que se mantiene vigente- se realizó un replanteamiento en cuanto al número máximo de órganos que una misma persona puede integrar, fijándose en dos comités y cuatro juntas directivas u órganos colegiados, aclarándose que, si bien tratándose de juntas directivas u órganos colegiados el número máximo es de cuatro, en el caso de sociedades o subsidiarias no podrá integrarse más de tres. Concretamente para el caso de los comités, se puntualizó que el límite debe ser entendido en términos generales, por lo que aplica indistintamente si los comités son todos de sociedades o subsidiarias o bien de una entidad pública madre.

(Oficio n° 9758-2019 (DJ-0822) del 9 de julio de 2019. División Jurídica. Contraloría General de la República).

1.6 CGR resuelve consulta sobre posibilidad de realizar en tiempo laboral actividades como cumpleaños o despedidas de funcionarios

La CGR atendió consulta acerca de si es posible en una institución pública, en tiempo laboral, realizar actividades como cumpleaños o despedidas de funcionarios. Al respecto, se señaló que la administración debe dar cumplimiento a sus fines públicos, lo cual implica la posibilidad de realizar actividades relacionadas con el desarrollo de su personal; por lo que es posible llevar a cabo en el horario laboral actividades directamente relacionadas con los fines de cada administración y también aquellas vinculadas con la sana promoción y desarrollo del personal, las cuales deberán ser debidamente motivadas por el órgano competente y en ningún caso pueden implicar el cierre parcial o total de la dependencia pública.

(Oficio n° 12519-2019 (DJ-1080) del 27 de agosto de 2019. División Jurídica. Contraloría General de la República).

1.7 Criterio sobre la aprobación de las políticas y procedimientos de la auditoría interna

De conformidad con el numeral 201.01 de las Normas Generales de Auditoría para el Sector Público (R-DC-64-2014), la organización de auditoría debe establecer e implementar políticas y procedimientos para el manejo de la Auditoría Interna, lo cual no obliga a que se requiera la aprobación del jerarca institucional. No obstante, es importante indicar que puede ser que en otras normas específicas, sí exista la función de aprobación sobre instrumentos particulares, por parte de los jefes institucionales.

(Oficio n° 12794-2019 (DFOE-DL-1544) del 29 de agosto de 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.8 No es posible reclasificar la plaza de Supervisor de Auditoría a Subauditor

La CGR indicó que el nombramiento del auditor y subauditor interno en las administraciones públicas no puede ser realizado mediante el ascenso directo o reclasificación del puesto, sino mediante la realización del concurso público, con el fin de comprobar la idoneidad de cada participante y asegurar la elección de un candidato idóneo.

(Oficio n° 11142-2019. (DFOE-PG-0360) del 29 de julio de 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.9 Criterio relacionado con el pago de los salarios a los funcionarios administrativos municipales

El Código Municipal establece como una competencia de cada gobierno local, la fijación de las tasas y precios por los servicios municipales, pero para ello deben considerar los gastos de operación asociados a la prestación del servicio, y determinar si corresponde o no cargar los gastos administrativos en cada uno de ellos. De acuerdo a lo anterior, es factible cancelar los salarios de los funcionarios que ejercen funciones administrativas de los servicios, mediante un aporte de los costos efectivos del servicio, en el tanto coadyuven a la prestación del mismo. Determinarlo correspondería a cada gobierno local, estableciendo estructuras de costos para cada servicio municipal, de conformidad con la estructura programática emitida por la CGR, mediante la cual se registra la información presupuestaria en el SIPP.

(Oficio n° 12720-2019. (DFOE-DL-1535) del 27 de agosto de 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.10 Auditoría Interna puede auditar procedimiento de cierre de subsidiaria de entidad pública

La determinación y ejecución del cierre de una empresa subsidiaria por parte de la casa matriz de un grupo económico es una decisión exclusiva de la Administración. Por otra parte, la Auditoría Interna, según sus competencias normativamente dispuestas, está legitimada para auditar oportunamente dicho procedimiento de cierre, con base en el propio orden jurídico y técnico; eventualmente advertir, recomendar y presentar ante el Jeraarca relaciones de hecho que surjan en la ejecución del proceso asumido por la entidad pública, con el fin de procurar la legalidad, efectividad, eficiencia y economicidad de las acciones que ejecuta la Administración.

(Oficio n° 11834-2019 (DFOE-IFR-0369) del 12 de agosto de 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.11 Posibilidad legal de la Administración Pública para defender con recursos públicos a servidores denunciados penalmente

La Administración Pública podrá defender con recursos públicos a los servidores que sean denunciados penalmente, únicamente cuando exista una norma habilitante que la autorice para otorgar dicha defensa y siempre que de previo se cumpla con los requisitos establecidos. Además, sólo en el supuesto de que se interponga una acción civil resarcitoria en contra de la Administración por responsabilidad solidaria, la defensa de la institución podrá realizarse con su propio recurso humano o mediante la contratación de un abogado externo, siguiendo los procedimientos respectivos. Asimismo, sobre la utilización de la excepción del artículo 39 inciso f) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, esta podrá utilizarse para atender de manera pronta e impostergable una gestión judicial; es decir, los asuntos que pueden ser atendidos con dicha excepción, deben referirse a casos eminentemente judiciales, con lo cual no es válido aplicar este supuesto a aquellos asuntos jurídicos que tramita la Administración como parte de su labor sustantiva.

(Oficio n° 13432-2019 (DJ-1157) del 10 de setiembre del 2019. División Jurídica. Contraloría General de la República).

1.12 Alcalde y Vicealcalde no pueden renunciar a la prohibición

El Alcalde Municipal y/o el Vicealcalde se encuentran sujetos al régimen de prohibición establecido en el ordenamiento jurídico (artículos 14 y 15 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y 20 del Código Municipal), por lo cual no les es jurídicamente posible renunciar a él. Excepcionalmente, podría suspenderse cuando el funcionario afectado por la prohibición, solicita a la Administración un permiso sin goce de salario para ocupar otro cargo dentro del sector público que no esté afectado por la prohibición, supuesto en el que dejaría de ostentar -aunque sea temporalmente- el requisito funcional, por lo que no se encontraría inmerso dentro del régimen de prohibición y consecuentemente tampoco tendría derecho a recibir indemnización alguna; lo anterior sin perjuicio de las incompatibilidades éticas que pudieran subsistir en cada caso particular y que pudieran ocasionar algún conflicto de interés relacionado con el cargo que anteriormente ocupaba, respecto del nuevo puesto en el que se desempeñaría.

(Oficio n° 15223-2019 (DJ-1281) del 10 de octubre del 2019. División Jurídica. Contraloría General de la República).

1.13 Cargos de Intendente y Viceintendente Distrital no están sujetos a prohibición

Los puestos de Intendente y Viceintendente Distrital no constituyen cargos expresamente contemplados en el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, por lo que no se encuentran sujetos a la prohibición, en virtud de la naturaleza de esa restricción y de la reserva de ley necesaria para definir los cargos sujetos a tal limitación. No obstante lo anterior, el correcto ejercicio de la función pública y el aseguramiento de los principios de objetividad, imparcialidad e integridad no se logra únicamente con la sujeción de quien ocupa un determinado cargo al régimen de prohibición, ya que respecto de los servidores públicos en general, sujetos o no a dicha restricción, se impone la obligación de no realizar actividades que al generar conflictos de intereses actuales o potenciales, puedan configurar una infracción al deber de probidad establecido en el artículo 3 de la ley citada.

(Oficio n° 17497-2019 (DJ-1478) del 11 de noviembre del 2019. División Jurídica. Contraloría General de la República).

1.14 Alcance de prohibición de ingreso y reingreso a cargos de la Hacienda Pública

La CGR señaló que la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública prevista en el artículo 72 de su Ley Orgánica, alcanza el ejercicio de cualquier cargo cuyas funciones se vinculen con las potestades de percibir, administrar, custodiar, disponer, conservar, manejar, gastar o invertir fondos públicos; independientemente de que el cargo de Hacienda Pública se desempeñe como producto de una relación de empleo público o de derecho laboral privado, o de la forma en que se contrate a la persona.

(Oficio n° 16311-2019 (DJ-1378) del 24 de octubre del 2019. División Jurídica. Contraloría General de la República).

1.15 Municipalidad puede invertir fondos públicos en propiedades privadas si existen situaciones de riesgo para vecinos del cantón

La responsabilidad dispuesta en la Ley Nacional de Emergencia y Prevención de Riesgo (LNEPR) obliga al gobierno local a presupuestar recursos para gestiones de prevención y control del riesgo, por lo que debe actuar ante estos en función de la protección de la vida, solidaridad y responsabilidad

estatal, sin importar si los riesgos fueron de origen natural o antrópico. Además, ante una eventualidad y una vez declarado el estado de emergencia, las intervenciones en propiedad privada pueden llevarse a cabo según la LNEPR.

(Oficio n° 15906-2019 (DFOE-DL-1846) del 18 de octubre del 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.16 ¿A los miembros de juntas directivas de organizaciones municipales que no reciben dietas se les debe exigir caución?

Corresponde a cada Administración determinar cuáles cargos deben rendir caución, considerando el grado de responsabilidad. Asimismo, no existe ninguna excepción que permita a la Administración cubrir el costo de la caución, que debe ser rendida por los encargados de recaudar, custodiar o administrar fondos y valores públicos, para garantizar el resarcimiento de eventuales daños y perjuicios sobre el patrimonio institucional. No existe una excepción en la normativa que permita que sea la Administración quien cubra el costo de la caución.

(Oficio n° 14560-2019 (DFOE-DL-1693) del 26 de setiembre del 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.17 ¿El personal de la Auditoría Interna puede integrar Comités institucionales para la gestión del riesgo?

Las funciones de las comisiones, comités, equipos o brigadas para la atención de emergencias o desastres se enmarcan en la organización y planificación de acciones de preparación y atención de emergencias o desastres y de actividades ordinarias y extraordinarias. El personal de la Auditoría Interna podrá formar parte de estas agrupaciones, siempre y cuando las funciones asignadas no constituyan actividades propias de la administración activa y por ende, no comprometan su imparcialidad y objetividad.

(Oficio n° 14671-2019 (DFOE-SOC-0989) del 30 de setiembre del 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.18 Fundaciones no deben enviar informes contables a la CGR (Reconsideración)

Al realizar un análisis interpretativo y considerar nueva normativa emitida, la CGR concluye que las fundaciones estrictamente privadas no deben enviar cada mes de enero sus informes contables a la CGR. Lo que les corresponde es presentar aquéllos previstos en el artículo 15 de la Ley de Fundaciones (No. 5338) únicamente ante el Poder Ejecutivo, a través de su respectivo representante; esto, en observancia del artículo 6.d) del Decreto Ejecutivo No. 36.363-JP, que reglamentó las funciones del representante del Poder Ejecutivo en las fundaciones. En este sentido, se modifica el criterio emitido en el oficio n° 6977 del 13 de julio del 2010.

(Oficio n° 17051-2019 (DFOE-SOC-1115/DFOE-0174) del 05 de noviembre del 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

Criterios

Contratación Administrativa

II. Criterios Contratación Administrativa

2.1 CGR tiene competencia para conocer recursos de apelación contra el acto final de contratos de convenio marco

Un convenio marco se refiere a la habilitación de acuerdos entre instituciones públicas para tramitar precisamente la adquisición de bienes y servicios de uso común y continuo durante un plazo de hasta cuatro años. Ahora bien, dado que este tipo de procedimientos de selección son de cuantía inestimable, deben tramitarse mediante licitación pública, por lo que el régimen recursivo aplicable para conocer de la impugnación del acto final le corresponde a la CGR.

(Resolución n° 8131-2019 (DCA-2095 R-DCA-0548-2019) del 11 de junio del 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.2 Alcances de la CGR respecto de la autorización para aplicar sistemas alternativos precalificados para la adquisición de bienes y servicios

Para la utilización de sistemas de precalificación alternativos a los procesos ordinarios se requiere al menos verificar lo siguiente: la existencia de un supuesto que justifique la excepción, la forma de precalificación y selección, el régimen recursivo que procede y las garantías que existen en el procedimiento, de frente a los principios que rigen la materia de contratación administrativa. Asimismo, no le corresponde a la CGR sustituir a la Administración en la definición de plazos de entrega, sanciones pecuniarias, mecanismos de fiscalización, medios de pago, modelos de garantía, entre otros aspectos; en la medida que su definición es una prerrogativa de la Administración, que se ejerce de ordinario sin la autorización de la Contraloría General.

(Oficio n° 07697-2019 (DCA-2000) del 03 de junio del 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.3 Contrato de servicios para el balneario de Puntarenas no requiere refrendo contralor

La competencia del órgano contralor para otorgar refrendo a contratos derivados de licitaciones públicas, lo es exclusivamente para contratos de obra pública (según su cuantía), contratos de concesión de gestión de servicios públicos y contratos de constitución de fideicomisos. Ahora bien, la prestación de un servicio complementario como lo es la administración del Balneario de Puntarenas (inmueble perteneciente a la Municipalidad), en el cual se incluyen actividades adicionales tales como recreación y alimentación para turistas nacionales e internacionales; se configura como contrato de concesión de instalaciones públicas en presencia de contrato de servicios y, si bien es producto de una licitación pública, no se ubica dentro de los supuestos señalados anteriormente, razón por la cual a esta Contraloría General no le corresponde otorgar el refrendo solicitado. Por ende, la Administración deberá realizar el trámite de refrendo interno.

(Oficio n° 10411-2019 (DCA-2576) del 19 de julio de 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.4 Remates deben tramitarse por medio del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP)

Los procedimientos de remates así como sus respectivas rebajas deben ser tramitados mediante el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP); para lo cual se deberán incorporar todos los documentos pertinentes, de conformidad con la normativa correspondiente. Asimismo, en caso de utilizarse otros medios de circulación nacional, será como complemento de la publicidad debida en la plataforma de compras electrónicas.

(Oficio n° 11547-2019 (DCA-2812) del 06 de agosto de 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.5 Inclusión de criterios sustentables en pliegos cartelarios deben justificarse

Al incluir criterios sustentables en los carteles de compras, la Administración debe cumplir con las disposiciones normativas aplicables y, sobre todo, conceder un valor agregado al objeto contractual. Además, tales criterios deben ser posibles de cumplir y por tanto, deben estar justificados en un estudio de mercado que determine su viabilidad, en aras de que no se conviertan en un mecanismo indirecto para limitar la participación.

(Resolución n° 9166-2019 (DCA-2301 R-DCA-0610-2019) del 27 de junio de 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.6 Administración tiene facultad de declarar desierto un concurso

La Administración, con ocasión de un procedimiento concursal promovido, cuenta con la posibilidad de dictar distintos actos finales (adjudicar, declarar desierto o infructuoso). Así las cosas, la Administración ostenta la posibilidad de declarar desierto un procedimiento, con base en razones de interés público; lo anterior sustentado en acto motivado, aún en el escenario de contar con ofertas elegibles y recomendados inicialmente para adjudicación. En caso de que se impugne ese acto, el apelante debe dirigir sus alegatos a demostrar que esas razones que invoca la Administración son inexistentes o no vinculadas al caso.

(Resolución n° 9968 (DCA-2479 R-DCA-0671-2019) del 11 de julio de 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.7 CTP es el órgano competente para regular y controlar las concesiones de servicio público de transporte colectivo remunerado de personas

El Consejo de Transporte Público (CTP) del Ministerio de Obras Públicas y Transportes es el órgano competente para regular y controlar lo referente al transporte remunerado de personas en sus distintas modalidades. Así, contra las resoluciones de dicho Consejo cabrá recurso de revocatoria ante el órgano que dictó el acto, con apelación en subsidio ante el Tribunal Administrativo del Transporte. En razón de lo anterior, para tales actos existe un régimen recursivo especial sin que se establezca participación de la CGR.

(Resolución n° 9866 (DCA-2452 R-DCA-0665-2019) del 10 de julio de 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.8 Rubro de impuestos debe indicarse dentro del precio cotizado si el cartel lo solicita

Si el pliego cartelario lo requiere, el oferente deberá indicar los impuestos que afectan su oferta, lo anterior a fin de garantizar que los precios cotizados sean ciertos y definitivos. Este requerimiento es necesario para efectos de la comparación de ofertas, en el tanto se pretende evitar que los oferentes puedan ser susceptibles de obtener una ventaja indebida de frente a los demás oferentes que someten su propuesta a concurso.

(Resolución n° 11101-2019 (DCA-2683 R-DCA-0729-2019) del 26 de julio de 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.9 Oferente no está obligado a presentar diseño arquitectónico en etapa de selección de contratista bajo modalidad llave en mano

La modalidad de contratación llave en mano tiene como objeto las siguientes actividades: el diseño, construcción, equipamiento, implementación y mantenimiento. Considerando lo anterior, el diseño o anteproyecto arquitectónico no es una obligación del oferente en la fase de selección del contratista en el caso estudiado, por cuanto la modalidad de la contratación lo considera un entregable. En vista de lo anterior, el mencionado documento dispone requerimientos que deben ser considerados por el adjudicatario al momento de realizar el proyecto final y, por lo tanto es durante esa fase de ejecución del contrato que este requisito deberá ser revisado por la Administración, no siendo un requisito de admisibilidad.

(Resolución n° 12731-2019 (DCA-3115 R-DCA-0843-2019) del 29 de agosto de 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.10 Incumplimientos intrascendentes no implican exclusión de la oferta

De acuerdo con lo establecido en la normativa, cualquier error u omisión en la oferta es subsanable, siempre y cuando la corrección no implique una variación de los elementos esenciales y no otorgue una ventaja indebida al oferente. De esta manera, cuando se excluya o se imputen elementos que no fueron prevenidos a los oferentes en etapa de análisis de ofertas, bien pueden ser traídos en la etapa de impugnación con el recurso, a fin de que sean considerados; aun cuando

la Administración no lo haya requerido. No obstante, dicha situación resulta distinta cuando se trate de un vicio sobre el cual la Administración ya había procedido a solicitar la subsanación durante la tramitación del procedimiento, ya que ello representa dilaciones innecesarias al procedimiento de compra y a la satisfacción oportuna de la necesidad pública.

(Resolución n° 12770-2019 (DCA-3124 R-DCA-0846-2019) del 29 de agosto de 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.11 Límites en obra pública

Con el objetivo de determinar si la CGR ostenta la competencia para conocer un recurso de apelación, este órgano contralor analizó si el objeto de la contratación específica constituía obra pública o adquisición de bienes y servicios. En dicha determinación se estudiaron tres aspectos: en primer lugar, que el tanque de acero vitrificado a importar debía instalarse, pasando a definirse como inmueble por incorporación, y por ello obra pública; en segundo lugar, que el valor de la obra debe sopesar con el suministro de bienes, conforme al artículo 3 del Reglamento de Refrendo, siendo que en el caso prevaleció la obra pública; y, por último, que la modalidad contractual es llave en mano, con lo cual los servicios profesionales se entienden como parte de la obra pública.

(Resolución n° 12888-2019 (DCA-3156 R-DCA-0857-2019) del 2 de setiembre de 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.12 CGR dispensa del trámite de refrendo por razones de interés público

El órgano contralor eximió al contrato suscrito entre el Ministerio de Justicia y Paz y la empresa constructora Van der Laet y Jiménez S.A. del trámite de refrendo, por acreditarse razones de interés público para que el proyecto de construcción de espacios de alojamiento penitenciario en el Centro de Atención Institucional Jorge Arturo Montero Castro pueda iniciar las obras cuanto antes, en el tanto con su ejecución se estaría mejorando las condiciones en que se encuentran los privados de libertad. Inclusive, se cumple con un mandato de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que le ha ordenado a la Administración tomar medidas para mejorar las condiciones de dichas personas y por ende, respetar sus derechos fundamentales, siendo este proyecto justamente parte de esos esfuerzos.

(Oficio n° 17053-2019 (DCA-4109) del 04 de noviembre del 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.13 Actos preparatorios no son impugnables ante el órgano contralor

La CGR, en reiteradas ocasiones, ha señalado que un acto preparatorio o de mero trámite no resulta susceptible de ser impugnado, ya que es previo a la emisión del acto final del procedimiento y no produce ningún efecto externo. Así, el recurso de apelación analizado procede en contra del acto final del procedimiento; momento cuando la CGR puede revisar la legalidad de los actos preparatorios.

(Resolución n° 14218-2019 (DCA-3477 R-DCA-0944-2019) del 23 de setiembre del 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.14 Contratación de servicios de notariado público no permite la participación en consorcio

La contratación de los servicios de notariado debe necesaria e indispensablemente ser personalísima, por ende, es improcedente la contratación de personas jurídicas o consorcios para la prestación de esos servicios notariales. Lo anterior encuentra asidero en que la delegación del ejercicio de esa función notarial que realiza el Estado, se da en carácter personalísimo a un profesional que cumple con todos los requisitos para ser y ejercer como notario público, por esa razón la contratación también debe ser personal.

(Resolución n° 14763-2019 (DCA-3596 R-DCA-0974-2019) del 1 de octubre del 2019. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

Jurisprudencia
Relevante

III. Jurisprudencia

3.1 Tribunal Supremo de Elecciones es competente para ejecutar las sanciones de suspensión de los alcaldes municipales

En criterio del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, corresponde al TSE definir tanto la cancelación definitiva de las credenciales de los funcionarios electos popularmente, como la suspensión temporal en el ejercicio del cargo. Se parte de la base de que así como el TSE es la autoridad que confiere la credencial de los funcionarios electos popularmente para que ejerzan el cargo de manera formal, es a su vez la encargada de disponer el cese del mismo. Se argumenta que la cancelación de la credencial constituye una cesación definitiva de sus efectos, lo que implica que el funcionario debe abandonar su puesto con imposibilidad de ejercer sus competencias; por su parte, la suspensión implica una cesación temporal en el ejercicio del cargo. Desde ese punto de vista, existe una identidad entre la cancelación de credenciales y la suspensión en el ejercicio del cargo que se produce como consecuencia de las recomendaciones que emite la CGR en los procedimientos administrativos que se llevan a cabo, ya que las mismas provienen de un ejercicio sancionatorio asociado al incumplimiento de deberes, con la diferencia de que una implica la cesación definitiva, y la otra es temporal.

(Resoluciones n° 000065-F-TC-2019 de las 09:45 horas del 16 de mayo de 2019 y 000044-F-TC-2019 de las 13:40 horas del 26 de marzo de 2019. Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda).

3.2 No se requiere anular una decisión administrativa irregular de previo a establecer la responsabilidad disciplinaria del funcionario involucrado

El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda resolvió que la determinación de la responsabilidad del funcionario público no depende de que antes se defina la nulidad de sus actuaciones ante los Tribunales de Justicia, pues el procedimiento dirigido a valorar la responsabilidad del servidor no tiene como objeto analizar la legalidad o ilegalidad de una decisión, sino a ponderar las circunstancias en que el funcionario llevó a cabo actos irregulares. Así confirma lo ya señalado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante las resoluciones

n.°0000003-F-TC-2018 de las 09:00 horas del 18 de enero de 2018; 000079-F-TC-2017 de las 09:15 horas del 15 de junio de 2017 y 000114-F-TC-2016 de las 11:10 horas del 22 de setiembre de 2016; entre otras.

(Resolución n° 000058-F-TC-2019, de las 15:36 horas del 07 de abril del 2019. Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda).

3.3 Tribunal de Casación emite nuevo criterio sobre la contabilización del plazo de caducidad

El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo declaró con lugar un recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal Contencioso Administrativo que había acogido una defensa de caducidad planteada por la CGR. A criterio del Tribunal, de la interpretación de los artículos 52 del Reglamento de organización y servicio de las potestades disciplinaria y anulatoria en Hacienda Pública y 68 de la Ley Orgánica de la CGR, las recomendaciones de sanción emitidas por la CGR son eficaces al momento de la notificación al investigado del acto firme. No obstante, cuando el jerarca del servidor interponga un recurso de revisión, la sanción es eficaz hasta que la CGR notifique esta resolución; siendo a partir de ese momento que comenzará a computarse el plazo de caducidad del artículo 39.1 del Código Procesal Contencioso Administrativo, criterio distinto a la tesis que había sostenido ese mismo Tribunal, mediante resoluciones n.° 00065-F-TC-2015 de las 10:23 horas del 10 de junio de 2015; n.° 00073-F-TC-2015 de las 14:40 horas del 16 de julio de 2015 y n.° 122 de las 8:55 horas del 12 de noviembre de 2015, en cuanto a la contabilización del plazo anual a partir de la notificación del acto final del procedimiento administrativo.

(Resolución n° 00040-F-TC-2019 de las 13:15 horas del 20 de febrero de 2019. Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda).

3.4 Para establecer responsabilidades no necesariamente se requiere demostrar daños patrimoniales

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar el recurso de casación promovido por una persona sancionada que interpuso un proceso contencioso administrativo en contra de la CGR, con el fin de anular actos administrativos, emitidos en un procedimiento administrativo sancionador y por los cuales la CGR le impuso una sanción de despido y dos años de inhabilitación. Al respecto la

Sala consideró que atentar contra la Hacienda Pública no refiere sólo a la sustracción o el uso indebido de los fondos públicos, sino además cuando los servidores realizan conductas contrarias al sistema de fiscalización y de control interno, por ello, no es necesario que los actos de corrupción produzcan perjuicios patrimoniales al Estado para establecer responsabilidad.

(Resolución n° 000763-F-S1-2018 de las 10:45 horas del 22 de agosto de 2018, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

3.5 Municipalidades pueden decidir si aplican o no salario escolar y la forma de hacerlo

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia resolvió, en un caso en el que estaba en discusión la aplicación del salario escolar en la Municipalidad de Mora, que por la autonomía de la que gozan los entes municipales, no les son de aplicación obligatoria las normas dirigidas al Gobierno Central que crearon el salario escolar. Así, dado que el Código Municipal no incluyó el salario escolar, cada Municipalidad puede decidir si lo aplica o no y la manera de hacerlo (previa aprobación de la Contraloría General de la República).

(Sentencia 1249-2019 de las 9:50 horas del 17 de julio de 2019, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia).

3.6 Decreto Ejecutivo que dispone al ICE rendir cuentas no contraviene la Ley de Fortalecimiento y Modernización del Sector Telecomunicaciones

El Tribunal Contencioso señaló que la rendición de cuentas, por definición, refiere a la presentación de informes que permitan determinar cómo se ha desarrollado la institución en la gestión encomendada, que al implicar el manejo de fondos públicos, conlleva la presentación de balances o estados financieros que permitan determinar si cumplió o no los objetivos previstos en los diferentes planes nacionales definidos por la Administración Central: Plan Nacional de Desarrollo, planes sectoriales en materia de energía y telecomunicaciones, y otros afines. Entre más completa e integrada sea la información que se requiera al ente fiscalizado, habrá mayor garantía de transparencia y control, máxime cuando se trata de entidades como el ICE y empresas públicas como RACSA y CNFL, que prestan servicios de significancia y relevancia en el país, sea la generación y distribución de energía eléctrica y las telecomunicaciones,

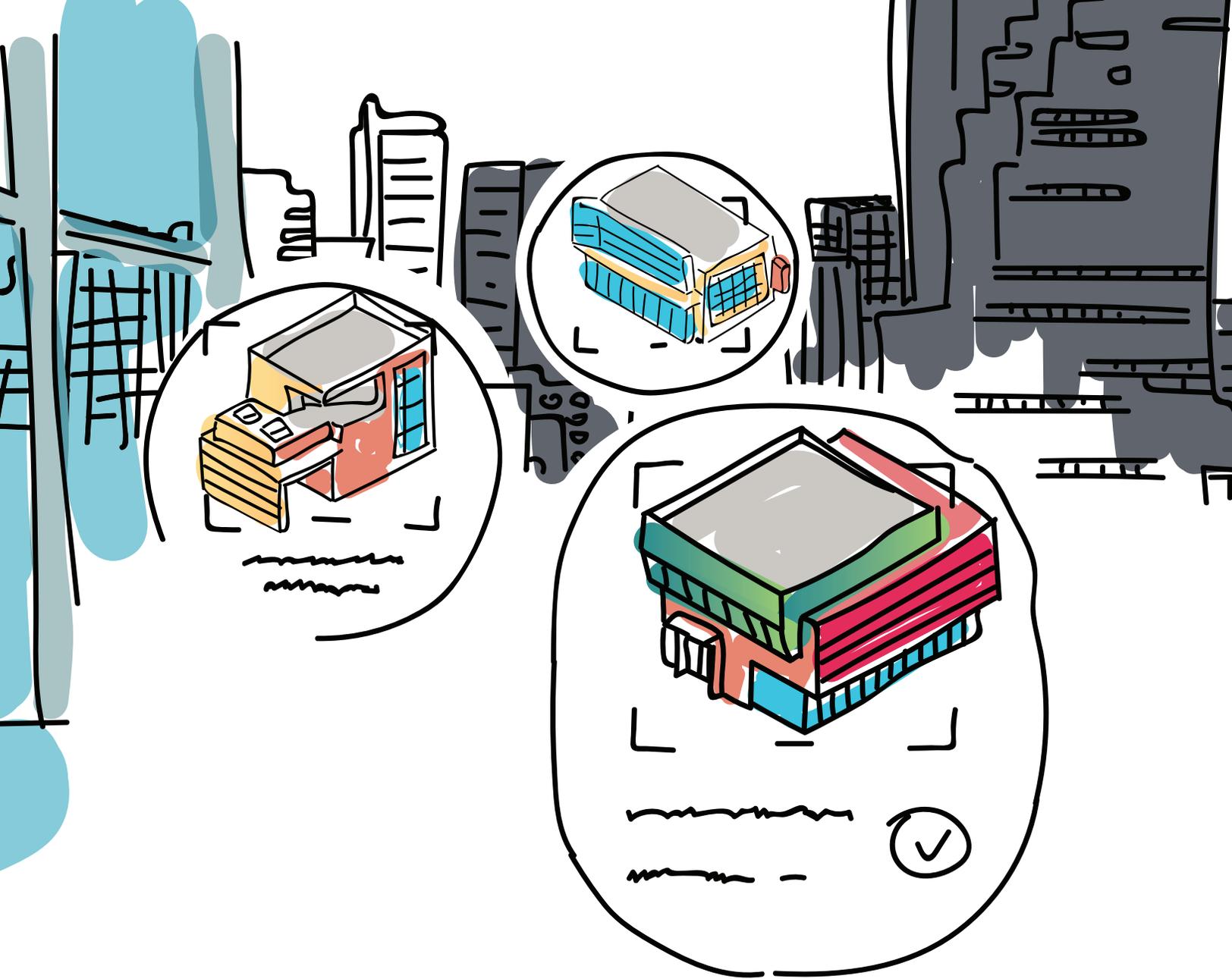
ésta última en el ámbito de las reglas de la competencia, actuando como un sujeto privado más.

(Resolución n° No. 132-2019-VI de las 09:10 horas del 23 de octubre del 2019. Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección VI. (No. 132-2019-VI)).

3.7 Tribunal de Apelación de Trabajo confirma sentencia que dispone aplicación de la Ley Orgánica de la CGR y no del Código de Trabajo en procedimientos seguidos por la CGR

El Tribunal de Apelación de Trabajo confirmó una sentencia emitida por la jurisdicción laboral, en donde se estableció que en aquellos procedimientos seguidos por la CGR, la prescripción de la potestad disciplinaria se rige por la Ley Orgánica de la CGR y no por el Código de Trabajo. Asimismo, indicó que no cabe analizar argumentos de la parte actora que fueron alegados extemporáneamente, ya que la sentencia recurrida no se refirió a ellos y las partes demandadas quedarían en indefensión. Finalmente señala que al tratarse de un procedimiento administrativo tramitado por la CGR no resulta aplicable la consulta a la Junta de Relaciones Laborales del INDER.

(Resolución n° 000310-2019 de las 13:55 horas del 16 de octubre del 2019. Tribunal de Apelación de Trabajo del Segundo Circuito Judicial).



Revista de Derecho de la
Hacienda Pública

Vol XIV. 2020