



[Ver aviso legal al final del documento](#)

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: FUNCIONARIO DE HECHO EN LA NORMATIVA LA JURISPRUDENCIA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

SUMARIO:

1) NORMATIVA APLICABLE

- a) Ley General de la Administración Pública
- b) Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública
- c) Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

2) PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

- a) La teoría del funcionario de facto
- b) Presupuestos y Principios del Funcionario de Hecho
- c) Responsabilidad derivada de la Separación de un Funcionario de Hecho

3) JURISPRUDENCIA

- a) Actuaciones Válidas de un Funcionario de Hecho
- b) Requisitos de los Funcionarios de Hecho
- c) Requisitos de los Actos Emanados de los Funcionarios de Hecho



DESARROLLO

1) NORMATIVA APLICABLE

a) Ley General de la Administración Pública¹

CAPÍTULO SEGUNDO Del Funcionario de Hecho

Artículo 115.- Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aún fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias:

- a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; y
- b) Que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho.

Artículo 116.-

1. Los actos del funcionario de hecho serán válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél.
2. La Administración quedará obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos.

Artículo 117.- No habrá relación de servicio entre el funcionario de hecho y la Administración, pero si el primero ha actuado de buena fe no estará obligado a devolver lo percibido de la administración en concepto de retribución y, si nada ha recibido, podrá recuperar los costos de su conducta en la medida en que haya habido enriquecimiento sin causa, de la Administración, según las reglas del derecho común.

Artículo 118.-

1. El funcionario de hecho será responsable ante la Administración y ante los administrados por los daños que cause su conducta.
2. La Administración será responsable ante los administrados por la conducta del funcionario de hecho.

Artículo 119.- La responsabilidad penal del funcionario de hecho que fuere usurpador se regulará por el Código Penal.



b) Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública²

Artículo 2º-Servidor público. Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión.

c) Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública³

Artículo 1º-Definiciones. Para la aplicación del presente Reglamento, los términos siguientes tienen el significado que a continuación se indican:

19) Funcionario de Hecho: Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz aún fuera de situaciones de urgencia o de cambio ilegítimo de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias:

- a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa



ni jurisdiccionalmente; y

b) Que la conducta se desarrolle en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho.

Artículo 2º-Ámbito de Aplicación. Este Reglamento se aplicará:

b) A los funcionarios de hecho.

2) PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

a) La teoría del funcionario de facto

"Una derogación a las reglas de la competencia se produce con la teoría del funcionario de hecho.

El funcionario de hecho es un funcionario incompetente, normalmente un individuo no investido o irregularmente investido, cuyos actos son declarados válidos.

Elaborada por la doctrina francesa, esta teoría es recogida por el Consejo de Estado para fundar la validez de actos administrativos adoptados por un órgano incompetente, incompetencia en grado absoluto o con problemas de investidura. La teoría se aplica en dos supuestos: bajo el fundamento de la "apariencia" y en período de circunstancias excepcionales.

En período de circunstancias excepcionales la aplicación de la teoría se funda en la necesidad del propio funcionamiento de los servicios públicos. Los actos realizados por personas incompetentes dirigidos a asegurar la continuidad en la prestación del servicio son entonces considerados válidos (C. E. ASS. 7 janv. 1944, *Lecocq* y C.E. Sect 5 mars 1948, *Marion*).

No obstante, la teoría admite también aplicación en períodos normales bajo la fórmula de "apariencia" y es esta forma que recoge nuestro ordenamiento. El funcionario de hecho presenta toda la



aparición de un agente regular, ante lo cual se considera que el público ha podido razonablemente ignorar las irregularidades de la investidura, por lo que sus actos deben ser mantenidos.

Dispone el artículo 115 de la Ley General de la Administración Pública:

"Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aun fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias:

- a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; y
- b) Que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho".

El funcionario que presenta un problema de competencia puede actuar en situaciones de normalidad en tanto no sea declarado el vicio de competencia que le afecta y sobre todo desarrolle su actuación en forma pública, continua y normalmente conforme con el ordenamiento. La actuación del funcionario de hecho debe fundarse en el interés general. Una actuación que provoca a pariencia de regularidad o continuidad en el funcionamiento de la Administración y de legitimidad. Es así como debe percibirse dicha actuación por parte del administrado.

Ahora bien, la norma se refiere al servidor público. El interés de CONASSIF no es obtener una respuesta en relación con algún miembro que presente problemas de investidura, sino que el Consejo en tanto órgano pueda actuar ante un problema de integración. Al no estarse ante el supuesto de actuación de un servidor sino del órgano colegiado, podría cuestionarse la aplicación de la referida teoría. Es de advertir, sin embargo, que la Sala Constitucional al aplicar dicha figura lo ha hecho respecto de órganos colegiados, precisamente de órganos de naturaleza jurisdiccional, no administrativa:

"Desde que los funcionarios de hecho actúan sin nombramiento o designación efectuados por el Estado, o sin estar vigentes dichos nombramientos o designaciones, es dable pensar que los actos que emitan o realicen, carecen de validez. Pero la doctrina mayoritaria reconoce validez a esos actos, en tanto se cumplan determinados requisitos o condiciones. Tal posición obedece a la lógica necesidad de preservar el interés general, principal objetivo que



debe atender el orden jurídico. Los requisitos esenciales que deben tener los actos emanados por los funcionarios de hecho, para que se les pueda reconocer su validez son:

a) Que exteriormente se presenten como si emanaran de funcionarios de jures, es decir, deben producir, respecto de terceros, al público, los efectos jurídicos propios de los actos que emanan de agentes verdaderamente regulares.

b) Es necesario que los terceros afectados por tales actos hayan podido creer razonablemente y de buena fe que el autor del mismo estaba a derecho en cuanto a su función. Esto se debe dilucidar en el caso concreto y en el que nos ocupa, nadie dudó ni cuestionó la investidura de los jueces superiores de Heredia.

c) El reconocimiento de la validez de estos actos en favor de los terceros, debe ser de "interés público", en busca de la seguridad jurídica y a la certidumbre del derecho. La anulación de todos los actos y sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Heredia desde 1986 causaría muy serias lesiones a los derechos adquiridos y a las situaciones consolidadas derivadas de sus fallos, afectando a las partes y a terceros por igual y lesionaría principios de capital importancia, como la seguridad jurídica.

d) También es necesario que lo actuado por el funcionario de hecho se haya realizado dentro de los límites de la competencia de la autoridad oficial que dicho funcionario pretende tener...", Sala Constitucional, resolución N° 6701-93 de las 15:06 hrs. del 21 de diciembre de 1993.

Se ha considerado que dicha figura es susceptible de cubrir situaciones que se presentan con los órganos colegiados:

"Consideración aparte merece el caso de los órganos colegiados, que presentan algunas características. Ha de distinguirse dos hipótesis: vicios atinentes a la constitución del colegio como órgano y vicios atinentes a los componentes del órgano. En la primera hipótesis se aplican las reglas atinentes a los órganos individuales, dado que la existencia de varios miembros no entra en consideración. Ocurren frecuentemente casos de este tipo, por ejemplo: desintegración transitoria del órgano por vacancia definitiva de uno de los miembros, cuando no hay suplentes, sin que deje de funcionar el colegio; inobservancia de trámites y audiencias necesarias para el nombramiento o elección de los integrantes del mismo, defectuosa reacción legal de órgano por la índole de la norma creadora, falta de quórum estructural para



sesionar (número insuficiente de miembros del colegio al efecto), etc: en la hipótesis de que los vicios toquen exclusivamente a uno o varios componentes del colegio; se discute si la aplicación de la doctrina es subsidiaria o principal; frente al llamado principio de la prueba de la resistencia...". E, ORTIZ ORTIZ, Tesis de Derecho Administrativo, II, Editorial Stradtman, 2002, p. 176.

Para el sistema financiero y el desarrollo normal de la economía costarricense es importante que se mantenga la continuidad en el funcionamiento de un órgano como el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. Por lo que de presentarse problemas de integración transitoria, estima la Procuraduría procedente la aplicación de la teoría del funcionario de hecho, a efecto de que ante una situación apremiante se pueda satisfacer el interés general y, sobre todo mantener la estabilidad del sistema financiero, mediante la adopción del acto previsto por el ordenamiento.

Cabe recordar que el artículo 116 de la Ley General de Administración Pública dispone la preservación de los actos dictados por el funcionario de hecho, aún cuando perjudiquen al administrado y éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura. Por lo que el conocimiento de la falta de integración no sería un motivo para desconocer el acto emitido. Conforme dicho artículo, los actos dictados inciden, favorable o negativamente, al CONASSIF como órgano frente a terceros.

Sobre la validez de los actos adoptados por un servidor irregularmente nombrado la Sala Constitucional ha indicado:

"III.- Sobre el fondo (artículo 32 del Estatuto de Servicio Judicial).- La consulta pide que se examine, también, la constitucionalidad del artículo 32 del Estatuto de Servicio Judicial, que dispone textualmente: "Artículo 32.- Será nulo cualquier nombramiento que se haga en contra de esta ley; pero si el empleado o funcionario hubiese desempeñado el cargo o función, sus actuaciones que se ajusten a la ley serán válidas." No encuentra la Sala que sobre esta norma exista cuestionamiento de constitucionalidad alguno. Es de principio que todo acto administrativo debe conformarse con el ordenamiento jurídico (principio de legalidad) y los nombramiento del personal del Poder Judicial no están exentos de tal requisito, de tal manera que aun cuando la norma no existiera, el necesario control de legalidad y sus efectos, tendrían las mismas consecuencias sobre los actos de nombramiento que sean irregulares. Y es normal, también, que en relación a un nombramiento nulo, sobre las actuaciones y funciones



que pudiera haber desempeñado quien ostentó el cargo, se den los efectos del funcionario de hecho, que es lo que dispone el artículo en su parte segunda. De manera que en cuanto a este extremo, debe evacuarse la consulta en el sentido de que ese artículo no es inconstitucional", resolución N° 1561-99 de 16:30 hrs. de 3 de marzo de 1999.

Las reglas sobre responsabilidad son establecidas por los artículos 118 y 119 de la referida Ley General:

"Artículo 118.-

1. El funcionario de hecho será responsable ante la Administración y ante los administrados por los daños que cause su conducta.

2. La Administración será responsable ante los administrados por la conducta del funcionario de hecho.

Artículo 119.- La responsabilidad penal del funcionario de hecho que fuere usurpador se regulará por el Código Penal".

El funcionario es responsable ante la Administración y ante los terceros, pero la Administración asume responsabilidad por la actuación del funcionario, debiendo entenderse (puesto que se trata de responsabilidad) que responde por los daños que esa actuación provoque.

Se parte, en todo caso, en que la actuación que se realiza se funda en el interés general y es necesaria para mantener el orden público económico, lo que supone la estabilidad del sistema financiero."⁴

b) Presupuestos y Principios del Funcionario de Hecho

"II.- Sobre lo consultado.

Lo que se denomina en doctrina como "funcionario de hecho" o de "facto", se constituye en un caso de ejercicio irregular subjetivo de la función administrativa, en el sentido de que un individuo se presenta como servidor público regular, pero su investidura es inválida o ineficaz; en razón de lo cual, esa figura ha sido definida como "... la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario" (SAYAGUES LASO (Enrique), *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Martín Bianchi, Montevideo, I Edición, 1953, pág. 300).



La Sala Constitucional, por su parte, se ha referido al funcionario de hecho, señalando las condiciones y presupuestos necesarios para que opere dicha figura, y para que sus actos produzcan efectos tutelables por el ordenamiento. Al respecto, indicó lo siguiente:

"Desde que los funcionarios de hecho actúan sin nombramiento o designación efectuados por el Estado, o sin estar vigentes dichos nombramientos o designaciones, es dable pensar que los actos que emitan o realicen, carecen de validez. Pero la doctrina mayoritaria reconoce validez a esos actos, en tanto se cumplan determinados requisitos o condiciones. Tal posición obedece a la lógica necesidad de preservar el interés general, principal objetivo que debe atender el orden jurídico. Los requisitos esenciales que deben tener los actos emanados por los funcionarios de hecho, para que se les pueda reconocer su validez son:

a) Que exteriormente se presenten como si emanaran de funcionarios de jures, es decir, deben producir, respecto de terceros, al público, los efectos jurídicos propios de los actos que emanan de agentes verdaderamente regulares.

b) Es necesario que los terceros afectados por tales actos hayan podido creer razonablemente y de buena fe que el autor del mismo estaba a derecho en cuanto a su función. Esto se debe dilucidar en el caso concreto y en el que nos ocupa, nadie dudó ni cuestionó la investidura de los jueces superiores de Heredia.

c) El reconocimiento de la validez de estos actos en favor de los terceros, debe ser de "interés público", en busca de la seguridad jurídica y a la certidumbre del derecho. La anulación de todos los actos y sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Heredia desde 1998 causaría muy serias lesiones a los derechos adquiridos y a las situaciones consolidadas derivadas de sus fallos, afectando a las partes y a terceros por igual y lesionaría principios de capital importancia, como la seguridad jurídica.

d) También es necesario que lo actuado por el funcionario de hecho se haya realizado dentro de los límites de la competencia de la autoridad oficial que dicho funcionario pretende tener...". (Resolución N. 6701-93 de las 15:06 hrs. del 21 de diciembre de 1993).



Aún y cuando la sentencia transcrita se refiere a funcionarios judiciales, este Órgano Asesor ha estimado en diversas oportunidades que los principios que señala en orden a la validez de sus actos, resultan aplicables a los funcionarios administrativos y, por ende, respecto de la validez y eficacia de los actos emanados de quien pueda ser considerado funcionario de hecho (*Entre otros, véanse los pronunciamientos C-033-2001 de 15 de febrero del 2001 y OJ-058-2002 de 25 de abril del 2002*).

Según puede inferirse de lo dicho hasta este momento, y como bien lo señala BIELSA, 1 la noción de funcionario de hecho se contrapone a la de funcionario de derecho, 2 y la importancia que esa determinación conceptual tiene -según indica el autor- es doble: primero, en lo que respecta a la validez de los actos que emanan del funcionario; en segundo lugar, en lo que respecta a los derechos de la persona que ha ejercido la función y la responsabilidad.

En el presente estudio poco importa adentrarse en el ámbito de la validez o legitimidad de los actos practicados por el funcionario de hecho, la cual, en todo caso, ha sido plenamente reconocida en nuestro medio-; interesa más centrar nuestro análisis en aquella faceta referida a los efectos jurídicos que dimanen de la relación existente entre el funcionario de hecho y la Administración Pública.

Para BIELSA los funcionarios públicos "de iure" derivan de la relación de empleo con la Administración, al menos, dos tipos de derechos: unos derivados del nombramiento y otros creados por la prestación del servicio. Entre los primeros enuncia el derecho a la estabilidad en el empleo, el derecho al ascenso y el estatuto disciplinario, mientras que los segundos comprenden esencialmente -según él- los derechos pecuniarios: el sueldo, el viático, la indemnización y la jubilación.

Sin embargo, en el caso de los funcionarios "de facto", tanto la doctrina administrativa como los diversos ordenamientos jurídicos existentes, se limitan a reconocerles lo que BIELSA denomina "legitimidad de la retribución pecuniaria", la cual deriva no de la aplicación rigurosa o lógica de los principios propios del estatuto de los funcionarios, ni de los de la doctrina contractual, sino del "enriquecimiento sin causa", que para la Administración Pública implicaría eximirse de la obligación de pagar cualquier remuneración; es decir, son consideraciones de moralidad administrativa las que imponen esa solución. 3



La anterior postura -de por sí predominante en la doctrina del Derecho Administrativo- se ilustra con la siguiente transcripción:

"En principio, el funcionario de hecho no tiene ningún derecho personal. Los que se le acuerdan se fundamentan en el interés público o en el interés de terceros. En mérito a este fundamento, el funcionario de facto no tendría derecho para exigir el pago de los sueldos y las accesorias asignados a su función por el tiempo de su ejercicio, ya que el título irregular no crea derechos en su beneficio particular. En este supuesto, el interés público y el de los terceros, que han servido de base para determinar la validez de sus actos, ya no intervienen. Pero puede ocurrir que como consecuencia del ejercicio de su cargo por un funcionario de facto se haya enriquecido el patrimonio administrativo como resultado de esta gestión. En este supuesto, el funcionario de facto tendrá derecho a reclamar que se le paguen los derechos pecuniarios que le corresponden. Pero no podrá invocar su título irregular sino el principio el enriquecimiento sin causa. En tal virtud obtendrá una adecuada indemnización. Ello porque es evidente que los patrimonios administrativos no deben enriquecerse sin causa a costa de otros." (DIEZ, op.cit. págs. 560 y 561).

Coincide plenamente con esta postura doctrinal MARIENHOFF, quien estima que por tesis de principio, el funcionario de "facto" carece de derechos; es más, para él este funcionario no puede reclamar el sueldo asignado al cargo o empleo respectivo, porque aquél es inherente al funcionario de "jure" y sólo se concibe respecto a éste. No obstante, reconoce como acertado el criterio de la doctrina que admite que el funcionario de hecho pueda reclamar una indemnización del Estado por los beneficios que éste recibió como consecuencia de su actuación.

Expresa al respecto el citado autor que *"Sería inmoral que el Estado se beneficie, sin retribución alguna, con la actividad eficiente del funcionario de "facto". Los principios sobre enriquecimiento sin causa justificarían la acción de resarcimiento que promoviese el funcionario de "hecho" (MARIENHOFF, op. cit. pág. 170).*

Por su parte, el connotado jurista nacional Eduardo ORTIZ ORTIZ, 6 refiriéndose a la posición activa del funcionario de hecho frente a la Administración, señala lo siguiente:

"Dada la falta de investidura -una vez anulada o constatada su inexistencia- surge el problema creado por el ejercicio del



cargo en beneficio del ente y del público, sin base en una relación orgánica de servicio. Como no hay relación de servicio el funcionario no puede reclamar los salarios no devengados ni en general ningún otro derecho no satisfecho, de contenido económico o puramente administrativo. Ocurre, en realidad, que tales derechos quedan eliminados retroactivamente con la anulación de la investidura o la comprobación de su ausencia. Ello no obstante la doctrina es favorable a dos tipos de pretensiones económicas del funcionario de hecho frente al ente público afectado:

- o El funcionario de hecho no está obligado a devolver lo percibido, siempre que haya actuado de buena fe. Se trata de una protección a la buena fe.
- o El funcionario de hecho puede recuperar los costos de la prestación, incluyendo la retribución del tiempo laborable consumido en favor del ente público, cuando haya habido efectivo enriquecimiento de éste, a costa de aquél. Es una aplicación justa y admisible del principio de enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones. En cuanto tal, se rige por las reglas comunes del Derecho Privado."

Si bien en otros países puede que no exista un régimen positivo y orgánico que regule lo relacionado con los funcionarios de "facto", porque no se concibe que la legislación regule orgánicamente una figura o situación excluida del régimen ordinario de la función o empleo públicos, y por ello, los derechos, obligaciones y responsabilidades de los mismos surgen de las conclusiones de la doctrina científica y de la jurisprudencia, lo cierto es que en nuestro país, en el Libro Primero, Título Quinto, Capítulo Segundo de la Ley General de la Administración Pública -Nº 6227 de 2 de mayo de 1978 y sus reformas-, se incorpora por primera vez, y expresamente, dicha figura en nuestra legislación nacional.

En efecto, la Ley General de la Administración Pública, en los artículos 115 y siguientes, recoge los principios expuestos sobre la figura del funcionario de hecho. Tales normas, en lo que interesa, disponen:

"CAPITULO SEGUNDO

Del Funcionario de Hecho

Artículo 115.- Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una



investidura inválida o ineficaz, aun fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias:

a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; y

b) Que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho.

Artículo 116.-

1. Los actos del funcionario de hecho serán válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél.

2. La Administración quedará obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos.

Artículo 117.- *No habrá relación de servicio entre el funcionario de hecho y la Administración, pero si el primero ha actuado de buena fe no estará obligado a devolver lo percibido de la administración en concepto de retribución y, si nada ha recibido, podrá recuperar los costos de su conducta en la medida en que haya habido enriquecimiento sin causa, de la Administración, según las reglas del derecho común." (Lo destacado es nuestro).*

Debemos centrar nuestra atención en el artículo 117 transcrito. De dicha norma se logran extraer sin mayor esfuerzo interpretativo, al menos tres principios básicos que regulan la materia de interés:

- o En primer lugar, que no existe relación jurídica de empleo o de servicio entre el funcionario de hecho y la Administración; y como ese funcionario no está en el servicio público, el régimen de la función pública 4 no le es aplicable.
- o En segundo término, en el tanto haya actuado de buena fe, los dineros que perciba de parte de la Administración, por concepto de retribución, no está obligado a devolverlos.
- o Por último, si nada ha recibido, una vez que haya dejado el ejercicio de las respectivas funciones, podría cobrar a título de resarcimiento, al menos los costos de sus servicios; esto siempre y cuando se hubiese producido, a



costa suya, un efectivo enriquecimiento en favor de la Administración. Cobro que en todo caso deberá hacer conforme a las reglas del derecho privado. "⁵

c) Responsabilidad derivada de la Separación de un Funcionario de Hecho

"La posibilidad de que la separación de un funcionario de hecho genere algún reconocimiento pecuniario a su favor, ha sido tema de discusión en doctrina.

Gabino Fraga se ha pronunciado en contra de esa posibilidad en los siguientes términos:

"Por lo que hace a la cuestión de si el usurpador o los funcionarios de hecho devengan los sueldos inherentes al cargo que desempeñan, la respuesta que se impone es la negativa, sobre todo tratándose del usurpador; y por lo que hace a los funcionarios de hecho, procede tener en cuenta que, no debiendo entrar en juego el interés de terceros, ni radicando el problema de la remuneración en el funcionamiento regular y continuo de servicios públicos, sólo queda en pie una investidura irregular que ante el Estado no pueden invocar en provecho propio los individuos que detentan un cargo público." (FRAGA (Gabino), Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A., Méjico, duodécima edición, 1968, pág 169).

Sayagués Laso, por su parte, menciona las distintas variables que podrían concurrir a efecto de reconocer salarialmente o no los servicios prestados por el funcionario de hecho. Al respecto ha dicho:

"En el aspecto patrimonial hay que examinar principalmente los derechos que pueda tener el funcionario en cuanto al sueldo asignado al cargo que ha ejercido. Sobre este particular las opiniones difieren. Sostiénesse que nada puede reclamar el funcionario de hecho, ya que el sueldo se debe sólo respecto de quienes han ingresado regularmente a la función pública, salvo en cuanto pudiera tener aplicación el principio del enriquecimiento sin causa; que la relación debe relacionarse con la buena o mala fe del funcionario, para admitir la remuneración o negarla; que es necesario discriminar si se trata de funcionario sin título o con



título inválido que posteriormente es anulado; etc."(op cit, pág 305)

En nuestro medio, la Ley General de la Administración Pública en su artículo 117, haciendo uso de algunos de los criterios citados anteriormente, solucionó el problema de la siguiente forma:

"No habrá relación de servicio entre el funcionario de hecho y la Administración, pero si el primero ha actuado de buena fe no estará obligado a devolver lo percibido de la Administración en concepto de retribución y, si nada ha recibido, podrá recuperar los costos de su conducta en la medida en que haya habido enriquecimiento sin causa, de la Administración, según las reglas del derecho común"

La norma transcrita deja claro que entre el funcionario de hecho y la Administración no existe relación de servicio, de ahí que en ningún momento se mencione en ella la posibilidad de reconocer "salarios", pues éstos, técnicamente hablando, sólo podrían derivarse de una relación laboral o de servicio que -reiteramos- no existe en este caso. Asimismo, introduce la variable de la buena fe, de manera tal que quien percibió algún tipo de retribución y actuó apegado a ese principio, no se encuentra en la obligación de devolver lo percibido. Por último, señala que si el funcionario de hecho no percibió retribución, pero actuó de buena fe -lo que implicó un enriquecimiento sin causa para la Administración- tiene derecho a recuperar "los costos de su conducta". "6

3) JURISPRUDENCIA

a) Actuaciones Válidas de un Funcionario de Hecho

"III-. Por otra parte, no quebranta el principio de juez natural el hecho de que la juez, no estuviera juramentada, porque conforme lo ha resuelto esta Sala con anterioridad, en estos casos, las actuaciones y resoluciones dictadas por un funcionario de hecho, son válidas de conformidad con lo establecido en los artículos 115 y 116 de la Ley General de la Administración Pública, en los términos que se señalaron en la sentencia 2765-92, que dice:

"...Si bien es cierto que la Constitución Política contiene la garantía de juez natural en el artículo 39 y ella incide en el debido proceso, la alegación planteada por la defensa, como base del reproche formulado en primer término, sea el hecho de que Cruz



Ramírez fue juzgado por persona sin jurisdicción, ni competencia, no produce el quebranto procesal que se alega, pues la falta no incide en la señalada garantía, si se toman en consideración -como en forma reiterada esta Sala lo ha aceptado- que en relación con los jueces también funciona la teoría de funcionario de hecho, aceptada normativamente en la Ley General de la Administración Pública (arts. 115 ss), mediante la cual se estima que actúa válidamente, el funcionario al que falta uno o varios de los requisitos exigidos por la ley para tenerlo como plenamente investido par el ejercicio del cargo, pero que lo desempeña en forma pública, pacífica, continua y normalmente ajustada a derecho. De ello se ha concluido que la falta de juramentación, por sí sola, no conlleva la nulidad de las actuaciones en que ha participado el juez, si con anterioridad fue debidamente nombrado o designado por quien tiene facultad legal para hacerlo. En síntesis, la garantía de juez natural sí está establecida constitucionalmente y en tal razón su quebranto repercute en el debido proceso, pero el reproche formulado no la lesiona. (en el mismo sentido ver sentencia 343-94)

Conforme a lo indicado en el considerando primero de esta sentencia, corresponde a la Sala consultante, determinar, si las omisiones reclamadas, son capaces de ocasionar un perjuicio real y concreto a los intereses de la defensa."⁷

b) Requisitos de los Funcionarios de Hecho

"Doctrinariamente se establece que para que se pueda reconocer a un funcionario de hecho, deben concurrir, en forma simultánea, varios requisitos, entre ellos: a) Preexistencia de funciones "de jure", es decir establecidas normativamente. Sólo el Estado, a través de sus instrumentos jurídicos (leyes formales o materiales), pueden crear cargos, empleos o funciones públicas. De manera que el cargo, empleo o función deben hallarse establecidos en una norma. En el caso que nos ocupa, es la misma Constitución Política la que determina que la administración de justicia corresponde al Poder Judicial, a través de sus diversas instancias y no cabe duda de que las funciones están establecidas normativamente.

b) Para tener a una persona como funcionario de hecho, éste debe estar efectivamente en posesión de cargo. Debe estar revestido con la apariencia exterior de ser el ocupante legítimo del cargo. A través de todos estos años, las distintas personas que han sido nombradas como jueces superiores en Heredia, ejercieron efectivamente sus respectivos cargos y fueron nombrados siguiendo el procedimiento establecido al efecto.



c) Se debe detentar el cargo bajo la apariencia de legitimidad y el ejercicio de la función debe ser público, pacífico, efectuado de manera normal (en los locales oficiales, utilizando registros y sellos oficiales, etc.). Se debe determinar si los habitantes han considerado al titular del cargo como funcionario regular y si las demás autoridades públicas lo ha tratado como tal. El Tribunal como tal y las personas que durante todos estos años, ha funcionado con toda la apariencia de legitimidad, la que fue reconocida incluso por la Asamblea Legislativa, al dotarlo de contenido presupuestario y por la Corte Plena, al delimitar su jurisdicción y hacer los respectivos nombramientos.”⁸

c) Requisitos de los Actos Emanados de los Funcionarios de Hecho

“IV.- Desde que los funcionarios de hecho actúan sin nombramiento o designación efectuados por el Estado, o sin estar vigentes dichos nombramientos o designación, es dable pensar que los actos que emitan o realicen carecen de validez. Pero la doctrina mayoritaria reconoce validez a esos actos, en tanto se cumplan determinados requisitos o condiciones. Tal posición obedece a la lógica necesidad de preservar el interés general, principal objetivo que debe atender el orden jurídico. Los requisitos esenciales que deben tener los actos emanados por los funcionarios de hecho, para que se les pueda reconocer su validez son: a) Que exteriormente se presenten como si emanaran de funcionarios de jure, es decir, deben producir, respecto a terceros, al público, los efectos jurídicos propios de los actos que emanan de agentes verdaderamente regulares.

b) Es necesario que los terceros afectados por tales actos hayan podido creer razonablemente y de buena fe que el autor del mismo estaba a derecho en cuanto a su función. Esto se debe dilucidar en el caso concreto y en el que nos ocupa, nadie dudó ni cuestionó la investidura de los jueces superiores de Heredia.

c) El reconocimiento de la validez de esos actos en favor de los terceros, debe ser de "interés público", en busca de la seguridad jurídica y a la certidumbre del derecho. La anulación de todos los actos y sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Heredia desde mil novecientos noventa y seis causaría muy serias lesiones al los derechos adquiridos y a las situaciones consolidadas derivadas de sus fallos, afectando a las partes y a terceros por igual y lesionaría principios de capital importancia, como la seguridad jurídica.

d) También es necesario que lo actuado por el funcionario de hecho se haya realizado dentro de los límites de la competencia de la



autoridad oficial que dicho funcionario pretende tener. El Tribunal Superior de Heredia desarrolló sus funciones dentro de los límites que le corresponden, acatando las competencias que la misma Corte Plena, en forma legítima, le impuso. " ⁹

FUENTES CITADAS

- ¹ Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 de 5 de febrero de 1978. Arts. 115 al 119.
- ² Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N° 8422 de 6 de octubre de 2004. Art. 2.
- ³ Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Decreto Ejecutivo N° 32333 de 12 de abril de 2005. Arts. 1 inc. 19) y 2 inc. b).
- ⁴ Procuraduría General de la República, Dictamen N° C-221-2005 de 17 de junio de 2005
- ⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen N° C-263-2003 de 4 de setiembre del 2003
- ⁶ Procuraduría General de la República, Dictamen N° C- 111- 97 San José, 25 de junio de 1997.
- ⁷ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2000-11509 de las catorce horas con treinta y tres minutos del veintiuno de diciembre del dos mil.-
- ⁸ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°6701-93 de las quince horas seis minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y tres.
- ⁹ Ibídem.



AVISO LEGAL

El Centro de Información Jurídica en Línea es un centro de carácter académico con fines didácticos, dentro del marco normativo de los usos honrados realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683, reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos, acuerdos municipales, reglamentos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683. Elabora compendios de obras literarias o de artículos de revistas científicas o técnicos con fines didácticos dentro de los límites estipulados en el artículo 58 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual número 8039.