

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

**TEMA: EL RECURSO DE REVOCATORIA SEGÚN EL ARTÍCULO 352 DE LA LEY
GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

RESUMEN: La presente recopilación de doctrina, normativa y jurisprudencia desarrolla el tema del artículo 352 de la Ley General de la Administración Pública, abarcándose aspectos sobre su admisión, las facultades con las que cuenta el Órgano Director según la ley citadas, el plazo con el que cuenta para resolver dicho recurso, además de su procedencia.

Índice de contenido

1 DOCTRINA.....	2
a) Recurso de apelación o Recurso de Revocatoria: son excluyentes.....	2
b) Sobre la interpretación del Artículo 352.....	3
2 NORMATIVA.....	4
a) Ley General de la Administración Pública.....	4
3 JURISPRUDENCIA.....	4
a) Sobre la admisión de los recursos y el agotamiento de la vía administrativa.....	4
b) Sobre las facultades del órgano director según la Ley General de Administración Pública....	41
Sobre el órgano director del procedimiento:.....	42
Sobre las normas de la ley general de la administración pública que regulan las facultades y potestades del órgano director del.....	45
Presupuestos para que el concejo municipal proceda a nombrar un órgano director del procedimiento:.....	53
Sobre los integrantes del órgano director del procedimiento:.....	59
Número de integrantes del órgano director del procedimiento:.....	59
Sobre la posibilidad de que los integrantes del órgano director del procedimiento no sean funcionarios públicos:.....	60
Sobre la vinculatoriedad para el superior de lo resuelto por el organo director del procedimiento:.....	65
c) Sobre el principio de Justicia pronta y cumplida y los plazos en el recurso de revocatoria.....	69
d) Aplicación del recurso de revocatoria en caso de despido Justificado.....	76
e) Cómputo del plazo para impugnar acto administrativo que omitió incluir puesto para estudio de reasignación	88
f) Improcedencia del Recurso de Revocatoria en contra resoluciones de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo	99

1 DOCTRINA

a) Recurso de apelación o Recurso de Revocatoria: son excluyentes

[SOLERA VÍQUEZ]¹

“La Ley General de la Administración Pública dispone que los recursos ordinarios son de revocatoria ante el órgano que dictó el acto y de apelación en subsidio ante el superior, cuando el inferior no rectifique su propia posición.

Esa situación genera una confusión muy común y es que al dictarse una adjudicación, el que no resultó favorecido decide apelar y siguiendo esa misma mecánica indicada anteriormente, pide a la Administración la revocatoria del acto y pide además que en caso de que no se le de la razón, se eleve en apelación ante la Contraloría General. En esos casos, es muy probable que cuando la Administración decida resolver, ya habrá pasado el plazo para apelar ante la Contraloría General y será entonces muy tarde para plantearlo. Es por eso que se debe tener presente que en esta materia el recurso contra el acto de adjudicación es único: o es revocatoria ante la propia Administración o es apelación ante la Contraloría y cuál proceda dependerá del monto de la adjudicación. Si bien la mayoría de los actos administrativos tienen revocatoria ante el órgano que dictó el acto y revocatoria ante el superior de éste, en este caso no, pues lo que resuelva la Contraloría General no tiene más recurso y abre la vía para que el disconforme vaya a los Tribunales. En ocasiones ha ocurrido que una empresa presenta ambos recursos, es decir, al mismo tiempo pide revocatoria ante la propia Administración y apelación ante la Contraloría General. En esos casos debe entenderse que es el Órgano Contralor el que tiene prevalencia, de modo que apenas se reciba el auto de parte de la Contraloría General pidiendo el Expediente de Apelación, la Administración debería suspender el conocimiento del recurso presentado ante ella e informarlo así a la Contraloría General. Si la Contraloría General rechaza de plano el recurso, por manifiestamente improcedente o lo resuelve por el fondo, la Administración solamente tendrá que archivar la gestión suspendida, pues no puede pronunciarse sobre lo ya resuelto; hay cosa juzgada. Si la Contraloría General se declara incompetente en razón del monto o cuantía, entonces la Administración puede entrar

a conocer el recurso anteriormente suspendido.

También ocurre un caso parecido cuando la empresa presenta "revocatoria ante la Administración con apelación en subsidio ante la Contraloría General". En ese caso se trata no de dos sino de tan solo un recurso. Si la Administración resuelve la revocatoria rechazándola, puede trasladar el expediente a la Contraloría General, pero si los plazos para apelar ya están transcurridos, es casi seguro que el Órgano Contralor declarará el recurso extemporáneo, pues como se dijo, los recursos son excluyentes entre sí."

b) Sobre la interpretación del Artículo 352

[QUIRÓS CORONADO]²

"Expediente Legislativo No. A23E5452, Acta No. 108 Folios del 436 al 445. "EL SECRETARIO: Artículo 356. (Lo lee...:

1. El órgano director deberá resolver el recurso de revocatoria dentro de los ocho días posteriores a su presentación, pero podrá reservar su resolución para el acto final, en cuyo caso deberá comunicarlo así a las partes.

2. El recurso de apelación deberá resolverse dentro de los ocho días posteriores al recibo del expediente por el órgano ad quem.)

LIC. ORTIZ ORTIZ: En otras palabras, aquí dijimos que se resolverá sobre su admisibilidad no en el sentido, creo yo está sujeto a interpretación, de que habrá que dictar una resolución expresa sobre ese aspecto, sino en el sentido de que podrá entrar, de que será el órgano encargado de admitir el recurso, en el sentido de que eventualmente podrá rechazarlo. No será la autoridad inferior como es en lo judicial, o como es actualmente en lo administrativo... que el órgano que recibe el recurso lo admite o lo rechaza. Aquí el órgano que recibe el recurso lo manda al superior, es el superior el que lo admite o lo rechaza y lo admite o lo resuelve en cuanto al fondo. No sé si al expresarlo así estamos dando a entender que tendrá que pronunciarse expresamente sobre la admisibilidad.

EL PRESIDENTE: No.

LIC. ORTIZ ORTIZ: Queda claro que el hecho de que lo resuelva en cuanto al fondo significa que está admitido. En el inciso 2 pongamos punto en expediente.

EL PRESIDENTE: Aprobado el artículo 356.

LIC. ORTIZ ORTIZ: En cuanto al inciso 2 del artículo 356, en la jerga judicial cuando en las apelaciones, uno dice: El órgano ad quo y el ad quen. el órgano ad quo es el apelado y el órgano ad- quen es el que decide el recurso. ¿Qué les parece el término de los ocho días? ¿Está bien?"

2 NORMATIVA

a) *Ley General de la Administración Pública*

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]³

Artículo 352.-

1. El órgano director deberá resolver el recurso de revocatoria dentro de los ocho días posteriores a su presentación, pero podrá reservar su resolución para el acto final, en cuyo caso deberá comunicarlo así a las partes.

2. El recurso de apelación deberá resolverse dentro de los ocho días posteriores al recibo del expediente.

3 JURISPRUDENCIA

a) *Sobre la admisión de los recursos y el agotamiento de la vía administrativa.*

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]

C-334-2005

San José, 26 de setiembre del 2005.

Señor

MBA. Neibel Rodríguez Araya

Gerente General

Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA)

S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Procuradora General de la República, nos referimos a su oficio número G-2003-1386 del 23 de setiembre del 2003, por medio del cual nos pregunta:

“1° La actividad asesora y consultiva de la Dirección Jurídica, sus áreas especializadas y los profesionales derecho (sic) en general, son o no parte de la administración activa; sus actuaciones se encuentran sujetas al cumplimiento de la doble instancia; pueden o no inhibirse de dictaminar o elaborar borrador de proyectos de resolución para las otras instancias.

2° Les comprenden o no a los Abogados o Unidades legales del AyA, las limitaciones, excusas o inhibiciones para dictaminar asuntos que deban resolver en diversas instancias.

3° Es procedente la admisión de los recursos en cascada; cuando quien resolvió la primera (sic) oportunidad fue un Director General o Regional, pero al no tener facultades legales para agostar la vía administrativa, de recurrirse la Gerencia o subgerencia (sic) debe resolver, y contra dicho acto proceden los recursos de revocatoria y subsidiariamente el de apelación ante la Junta Directiva.”

Detalla en su misiva que frecuentemente se les presentan reclamos

administrativos o impugnaciones contra los actos dictados por los Directores Generales, Subgerente, Gerente y Presidente Ejecutivo, tras lo cual el asunto es remitido a la Unidad Técnica en la materia y a la Asesoría Jurídica, quien finalmente elabora el correspondiente proyecto de resolución para ser analizado por el órgano decisor. Continúa explicando que el administrado inconforme, presenta el respectivo recurso de revocatoria con apelación, con la particularidad de que en el evento de que el acto emane del Director General o Regional, al no agotar éstos la vía administrativa, el recurso de apelación es conocido por la Gerencia o Subgerencia como superior jerárquico, y contra lo resuelto por éstos proceden recursos de revocatoria y subsidiariamente el de apelación ante la Junta Directiva; "recursos en cascada" que proceden en razón de que conforme a la ley, es la Junta quien funge como máximo jerarca y quien agota la vía administrativa. Dicha situación genera la problemática de que los profesionales en derecho que actuaron en el proceso, estiman que para cumplir con el debido proceso, cuando han dictaminado o elaborado el proyecto de resolución, se encuentran inhibidos de conocer el recurso de apelación, provocándose con ello una saturación de asuntos legales ante la Junta e imposibilidad material para que ésta los resuelva en tiempo, debido a que solo el Asesor Legal y un letrado adscrito a dicho órgano colegiado son los que se abocan al estudio de cada caso, así como a la elaboración de los respectivos proyectos.

En cumplimiento de lo establecido en el numeral 4° de nuestra Ley Orgánica -N° 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas-, la presente consulta se acompaña de la opinión del asesor legal (memorando N° DJ-03-799 del 17 de setiembre del 2003); según el cual, para dilucidar la situación, es necesario partir de la naturaleza del órgano resolutor, siendo que para efectos del AyA, en primera instancia se ubican los Directores, el Gerente o Subgerente, el Presidente Ejecutivo y en segunda instancia la Junta Directiva. En tal contexto y en lo que respecta al presunto impedimento que pesa sobre los abogados para conocer en segunda instancia de los casos que vieron en la primera, se afirma que la actividad de los abogados es meramente asesora y por ello, éstos no pueden inhibirse de conocer un asunto en el que hayan previamente intervenido, indistintamente de la instancia de la que se trate, salvo cuando su actuación haya sido en calidad de órganos directores de un procedimiento administrativo y el caso se encuentre en segunda instancia, no pudiendo extenderse esa inhibitoria o impedimento al resto de los profesionales en derecho que laboren en la Dirección Jurídica o sus unidades

especializadas. Respecto a los denominados "recursos en cascada", se concluye que éstos resultan procedentes cuando el administrado, frente a una decisión de un Director General o Regional, impugne la decisión, el recurso de apelación lo conocerá según la materia el Gerente o el Subgerente. Así mismo precisa que el administrado dispone del recurso de revocatoria contra lo determinado por el jerarca gerencial, y subsidiariamente del de apelación para ante la Junta Directiva, precisando que denegar esos recursos en alzada, implicaría negar el "derecho al debido proceso y doble instancia" que el derecho administrativo otorga al administrado.

De previo a referirnos sobre el particular, ofrecemos disculpas por el atraso en la emisión del criterio solicitado, todo justificado por el volumen de trabajo que tramita este Despacho.

Como las interrogantes formuladas abarcan tópicos jurídicos variados, con escasa relación o aproximación entre ellos, desde ya advertimos que de seguido haremos diversas consideraciones jurídicas con base en nuestra jurisprudencia administrativa y judicial, todo con el afán de brindar criterios orientadores al órgano consultante; para cual, trataremos de seguir, en alguna medida, el orden en que fueron formuladas sus inquietudes al respecto.

I.-Dictámenes e informes como actos preparatorios y su impugnabilidad administrativa.

En cuanto a la función consultiva, que es la que interesa para efectos del presente estudio, debemos indicar que ha sido vasto su desarrollo dentro de la doctrina del Derecho Administrativo. Por ejemplo se ha señalado lo siguiente:

"Los órganos activos necesitan, en muchas ocasiones, para llegar a una adecuada formación de la voluntad administrativa, el asesoramiento de otros órganos, especialmente capacitados para ello, por su estructura y por la preparación de sus elementos personales. Tales órganos son denominados consultivos, y su labor la realizan mediante la emisión de dictámenes o informes, verbalmente o por escrito, de carácter jurídico o técnico."

(Entrena Cuesta, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos S.A., 1988, pág 147).

Normalmente, la actividad de los órganos consultivos -incluidas dentro de este concepto las asesorías jurídicas o legales- se desarrolla de manera previa a la decisión de la Administración activa, pues si la decisión ya ha sido tomada sería inútil que el órgano consultivo emita su parecer. A la vez, tal actividad no se ejerce de oficio sino que debe ser promovida por los órganos activos, y es de naturaleza interna, de suerte que en la formación del criterio técnico-jurídico no intervienen los interesados en el asunto que pende en el reparto administrativo correspondiente (Dictámenes N°s C-231-99 de 19 de noviembre de 1999 y C-257-2001 de 27 de setiembre de 2001).

Según hemos explicado, por ejercer funciones distintas se distingue entre los órganos de administración activa, los consultivos y los contralores. Al respecto se ha señalado:

"Ahora bien, en lo que aquí interesa, la función administrativa, constituye

'... la actividad concreta, dirigida, a través de una acción positiva, a la realización de los fines concretos de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad. Función, por lo tanto, dirigida a la integración de la actividad individual allí donde ésta se revele como insuficiente para los objetivos que sean de interés colectivo; y a la prestación de bienes o de servicios necesarios para asegurar la conservación, el bienestar y el progreso de la colectividad...' (ALESSI, Renato), Instituciones de Derecho Administrativo, BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1970, Tomo Primero, pág. 7).

Sin embargo, no toda la actividad de la Administración Pública es de igual naturaleza ni se expresa o traduce en igual forma. Ello ha dado lugar a clasificarla atendiendo diversos criterios. De acuerdo con la naturaleza de sus funciones, los órganos administrativos se clasifican en activos, consultivos y de control, según tengan como función primordial el desarrollo de una administración activa, de una actividad consultiva o de una actividad de control sobre otros órganos o sujetos públicos.

Desde esa perspectiva, se entiende por administración activa el conjunto de órganos de la función administrativa que deciden y ejecutan. En este sentido se pronuncia Marienhoff:

"Administración «activa» es la que decide y ejecuta; aquélla cuya actividad es acción y obra.

(...)

Diríase que ésta es la Administración propiamente dicha. Por eso, en cuanto a su funcionamiento, este tipo de administración es permanente. Sus decisiones constituyen típicos actos administrativos" (MARIENHOFF (Miguel), Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, segunda edición, 1977, Tomo primero, págs. 85-86).

En la misma línea de pensamiento se expresa Manuel María Díez:

"Los órganos que ejercen la administración activa son los que actúan, los que forman la voluntad que luego se imputará a la administración central o cualquier ente público del que forman parte" (DIEZ, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, tercera edición, 1983, Tomo primero, pag. 36).

De lo expuesto se deriva que la administración activa realiza dos funciones primordiales, distintas pero conexas entre sí: decide y ejecuta. La actividad de la administración activa es decisoria o deliberante cuando determina la voluntad de la administración a través de actos administrativos. Y es ejecutiva cuando realiza o lleva a la práctica esa voluntad.

Pero además de los órganos activos, atendiendo la naturaleza de sus funciones, en la Administración Pública se distinguen los órganos consultivos los cuales desarrollan una función de asesoría a los órganos activos, preparando la acción de éstos, facilitándoles elementos de juicio que sirvan de base para la correcta formación de la voluntad del órgano llamado a actuar. Como bien apunta Marienhoff, la administración consultiva:

"Es una actividad «preparatoria» de la manifestación «activa» de la Administración. Consiste en una función de colaboración..." (MARIENHOFF (Miguel), Op.cit., pag.94).

Finalmente, tenemos a los órganos contralores, los que verifican la legitimidad e incluso oportunidad y conveniencia de los actos administrativos.

En ese sentido se pronuncia Alessi,

"La función fiscalizadora tiende a asegurar que los órganos activos obren con sujeción a las leyes y según la efectiva conveniencia en relación con el concreto interés público" (ALESSI, Renato), Op.Cit., P. 131)." (Dictamen C-028 de 19 de febrero de 1998)

Es claro entonces de conformidad con lo expuesto, y relacionado con el tema de interés, que los órganos consultivos coadyuvan en la preparación de una decisión de la administración activa, pero no expresan la voluntad de la Administración activa, por lo que sus dictámenes o informes no son actos administrativos definitivos que pongan fin al procedimiento administrativo como manifestación final de la acción administrativa.

Precisamente, sobre la naturaleza jurídica de los dictámenes hemos indicado:

"Para la doctrina italiana los actos administrativos que no constituyen negocio jurídico, son denominados como meros actos administrativos, en el tanto se emiten como declaraciones de juicio o declaraciones de conocimiento, cuyos efectos, generalmente se dan al interno de la administración. Dentro de los actos - como declaraciones de juicio - pueden ubicarse, las opiniones, los dictámenes y los pareceres.

Para el tratadista Gustavo Penagos (El Acto Administrativo. Tomo I, 5 Edición, Ediciones Librería del Profesional; pág. 142), tanto los dictámenes como las opiniones se configuran como el acto típico de la administración consultiva, con el carácter de actos preparatorios de la decisión del órgano activo y que se manifiesta en la expresión de una opinión calificada por parte de un órgano de asesoramiento de la administración activa. Dice al respecto el autor:

"Es el parecer, acto típico, de la administración consultiva. Son órganos de asesoramiento de los órganos activos. La necesidad de la asistencia técnica profesional de la actividad estatal de dirección es una resultante de la complejidad creciente del ejercicio de la función administrativa. Consiste pues en una mera actividad preparatoria de la decisión del órgano activo o

decisorio. Se manifiesta en la formulación de una opinión calificada por su tecnicismo sobre la futura voluntad de la administración, tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco. En principio esta opinión calificada integra un procedimiento preparando el acto principal. En principio estos meros actos son juicios que no obligan al órgano decisorio, sobre cuestiones determinadas. Este puede apartarse de ellas, aunque cuando se aparten del dictamen es generalmente exigido que se fundamente la decisión; si el órgano es colegiado, que se obtenga la resolución por una mayoría especial. (...) " (Dictamen C-136-2001 de 8 de mayo de 2001)

En razón de lo anterior, la labor consultiva se desarrolla a través de la emisión de actos preparatorios.

Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la naturaleza preparatoria de los dictámenes y pronunciamientos de este Órgano Asesor. Así ha señalado:

"El recurrente impugna un dictamen jurídico de la Procuraduría General de la República, en asunto de su interés. Pero lo cierto es, como dice el Procurador General Adjunto en el informe rendido a la Sala, que se trata de un dictamen vertido en ejercicio de la función consultiva de aquel órgano, materia que por carecer por sí sola de efectos inmediatos de cara a los administrados, no es idónea para ser combatida por la vía del recurso de amparo." (Resolución 2000-00860 de 26 de enero de 2000)

Esa línea jurisprudencial se ha retomado en nuestros dictámenes y pronunciamientos. Al respecto se ha indicado:

"Conviene reiterar aquí, para los efectos de nuestro análisis, que nuestro dictamen es un acto preparatorio, sin efectos propios, y que sirve para la adopción del acto final, según se señaló. De ahí que no cabe la impugnación independiente de un dictamen (artículo 163.2 de la Ley General de la Administración Pública), y que la Sala Constitucional haya resuelto: (...) " (Voto 2000-0860 de 15:18 hrs. del 26 de enero de 2000. En el mismo sentido, véase Voto 2001-10627 de las 9:46 hrs. del 19 de octubre de 2001). (Pronunciamiento OJ-093-2003 de 18 de junio de 2003)

En ese mismo pronunciamiento se concluye, en lo que interesa:

"La impugnación del citado Dictamen, lo que hace a su revisión, sólo es posible en el momento en que se impugne (n) el (los) acto (s) administrativo (s) que le dé (n) cumplimiento."

Ello nos permite señalar que a los dictámenes e informes les es aplicable lo dispuesto en el artículo 163.2 de la Ley General de la Administración Pública, en el que se establece que "Los vicios propios de los actos preparatorios se impugnarán conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sea, a su vez, actos con efecto propio."

Por lo tanto, en línea de principio, un dictamen constituye un acto preparatorio con relación al acto administrativo final. De este modo, de conformidad con el artículo 163.2 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), y atendiendo a su propia naturaleza, los posibles vicios que contenga el dictamen, se impugnarán conjuntamente con el acto final.

Ahora bien, según refiere en forma unánime la doctrina, en un procedimiento sustancialmente escrito como el administrativo, los dictámenes e informes tienen por fin facilitar ciertos elementos de opinión o juicio, emitidos por órganos especialmente cualificados en materias determinadas, para la formación de la voluntad administrativa que emanará del órgano decisor. Indudablemente el informe o el dictamen forman parte de los actos previos o preparatorios a la emisión de aquella voluntad, y por ende, se integra como una etapa de carácter consultivo-deliberativo en el procedimiento administrativo de su conformación.

Como en la generalidad de los casos -según explicamos-, los actos consultivos o informes son meramente preparatorios de la voluntad administrativa, y por ende, no constituyen un acto administrativo en sentido estricto, en tanto no producen un efecto jurídico propio, directo e inmediato, sino que posiblemente tendrán un efecto jurídico a través del acto administrativo que se dicte posteriormente con base en ellos, en principio, no son impugnables directamente por recursos administrativos ni judiciales, aunque adolezcan de algún vicio. Pero nada obsta que se puedan impugnar conjuntamente con el acto administrativo que se fundamentó en aquél (artículo 163.2 de la citada Ley General) .

II.-El principio constitucional de la doble instancia en el procedimiento administrativo.

Por otro lado, en cuanto a la supuesta sujeción de la actividad consultiva al principio de doble instancia, cabe advertir que tal preocupación no encuentra sustento en nuestro Ordenamiento Jurídico, por las razones que de seguido exponemos.

En primer lugar, es oportuno recordar que según lo ha establecido la propia Sala Constitucional, salvo en el caso de las sentencias dictadas dentro de un proceso penal -artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- y de las resoluciones que causen un gravamen irreparable, en los demás procesos -incluidos los administrativos- no existe un derecho fundamental a la doble instancia (Al respecto, pueden consultarse las sentencias N°s 719-90, 282-1990, 00300-1990, 1129-1990, 1846-1990, 06369-1993, 01054-1994, 01058-1994, 02365-1994, 00852-1995, 6662-1995, 05927-1996, 00243-1996, 05871-1996, 06271-1996, 7041-1996, 00209-1997, 8337-1997, 3333-1998, 2000-08749, 2001-00149, 2001-01545, 2005-08940, 2005-05347, 2005-04887, entre otras muchas, todas de la Sala Constitucional. Así como las N°s 65 de las 15:00 horas del 10 de junio de 1998 y 698 de las 16:00 horas del 20 de setiembre de 2000, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

Y en segundo término, en la medida de que aquél acto preparatorio puede ser impugnado conjuntamente con el acto final que se fundamentó en él (artículo 163.2 de la citada Ley General), y que incluso, la decisión administrativa al respecto puede ser revisada en la sede jurisdiccional especializada de lo contencioso administrativo, conforme a lo dispuesto por el artículo 49 constitucional, es claro que los administrados si tendrían, de algún modo, la posibilidad de recurrir conjuntamente aquél acto. El clamor de doctrinal en este sentido, es evitar ámbitos de inmunidad administrativa, en la que ciertos actos no puedan ser revisados o impugnados, al menos, judicialmente.

III.-El deber de imparcialidad del régimen funcional y las reglas procesales de la abstención y recusación.

Dentro del difuso régimen de incompatibilidades de la función pública costarricense, encontramos el deber de imparcialidad que tiene directa conexión -según la doctrina - con la finalidad institucional de las Administraciones Públicas de prestar servicio

a los intereses generales con objetividad; lo que implica, en primer término, la neutralidad o independencia política o bien eficacia indiferente de la actuación administrativa, como también se le denomina, según la cual todo servidor público está obligado a ejercer sus funciones observando la más estricta neutralidad ideológica, sin acepción de personas o grupos; es decir, sin favoritismos ni discriminaciones (Entre otras muchas, remito a las resoluciones N°s 932-95 de las 15:33 horas del 18 de julio de 1995, 2883-96 de 17:00 horas de 13 de junio de 1996 y 11524-2000 de 21 de diciembre del 2000, 1749 -2001 de las 14:33 horas del 7 de marzo del 2001, de la Sala Constitucional. Así como a los dictámenes C-079-2000 de 24 de abril del 2000, C-062-2002 de 26 de febrero del 2002, C-127-2002 de 24 de mayo de 2002, C-054-2005 de 8 de febrero de 2005 y C-316-2005 de 5 de setiembre de 2005; así como los pronunciamientos O.J.-

105-2002 de 22 de julio del 2002 y O.J.-

109-2002 de 5 de agosto de 2002 , entre otros muchos).

Pero aquella imparcialidad no se agota en el deber de neutralidad política aludido, sino que además se manifiesta en las relaciones del funcionario, en el desempeño del cargo, con la sociedad; lo cual supone que, como derivación del principio de igualdad jurídica y no discriminación de los administrados (artículos 4, 8, y 10 de la Ley General de la Administración Pública y 33 constitucional), todo servidor público debe abstenerse de toda actuación que suponga favorecer ilegítima o ilegalmente a sí mismo o a terceras personas, organizaciones sociales o grupos privados.

Ahora bien, a sabiendas de que la Administración reúne en la casi generalidad de los procedimientos administrativos la doble condición de juez y parte, la Ley General de la Administración Pública separa formalmente las funciones de instrucción y resolución del mismo (artículos 227, 230.2, 248, 314, 315.2, 319 y otros LGAP, así como los dictámenes C-323-2003 de 9 de octubre de 2003, C-167-2005 de 6 de mayo de 2005 y C-258-2005 de 18 de julio de 2005), posibilitando la delegación de la instrucción en un órgano director, que en todo caso representa a la Administración (artículo 282.3 LGAP), y cuya designación se rodea de especiales garantías, todo en aras de reforzar aquella neutralidad. Y desde esa perspectiva, la citada ley garantiza además aquella imparcialidad exigible a los agentes públicos que actúan en su nombre, a través de las técnicas de abstención o excusación y recusación.

Así, nuestro derecho administrativo, conforme a la orientación de los principios que rigen la materia en el procedimiento judicial, impone la obligación de abstención o excusa y la posibilidad de recusación del funcionario que, en el curso del procedimiento administrativo y al decidirlo, tenga interés personal con el asunto que haya de conocer (*nemo iudex in causa sua*) o bien una relación de parentesco, de amistad íntima o enemistad manifiesta e incluso de servicio o subordinación, con alguno de los interesados o que haya intervenido con anterioridad en el mismo asunto como perito o testigo, o si como funcionarios -auxiliares o asesores- hubieren manifestado previamente opinión, de manera que pudieran prejuzgar sobre la resolución del asunto (imparcialidad objetiva), ya sea porque puedan comprometer la imparcialidad o independencia funcional o bien porque puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes e incluso perjudicar los intereses generales. Todo en aras de asegurar que la Administración tome sus decisiones únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que lo motiva; esto es: "(...) la consecución de una justicia objetiva, imparcial, independiente y cristalina, propia de regímenes democráticos y de derecho" (Resolución N° 7531-97 de las 15:45 horas del 12 de noviembre de 1997, Sala Constitucional. En sentido similar las N°s 04727-98 y 2002-01223 de la misma Sala. Así como los Pronunciamientos O.J.-260-2003 de 12 de diciembre de 2003 y O.J.-131-2004 de 22 de octubre de 2004).

Por ello, recientemente hemos insistido en que la abstención tiende a garantizar la prevalencia del interés público. Al respecto, se indicó:

"(...) El deber de abstención existe y se impone en la medida en que exista un conflicto de intereses que afecte, en mayor o menor medida, la imparcialidad, la objetividad, la independencia de criterio del funcionario que debe decidir; por ende, comprende también los casos de conflicto u oposición de intereses: ese deber puede derivar de la existencia de una incompatibilidad de situaciones derivadas de la oposición o identidad de intereses. Incompatibilidad que determina la prohibición de participar en la deliberación y decisión de los asuntos en que se manifieste el conflicto o identidad de intereses. Es en ese sentido que se afirma que el deber de abstención se impone aún en ausencia de una expresa disposición escrita.

La independencia del funcionario a la hora de discutir y decidir respecto de un asunto es esencial y esa independencia es lo que funda todo el régimen de abstenciones, recusaciones e impedimentos. Normalmente, se le prohíbe al funcionario participar en actividades o tener intereses que puedan comprometer esa independencia (...) No obstante, la prohibición se manifiesta en el deber de abstención, referido exclusivamente a los asuntos en que tiene interés directo e inmediato el funcionario con poder de decisión.

Es de advertir que el deber de abstenerse se impone en el tanto exista un interés particular y con independencia de que efectivamente se derive un beneficio o perjuicio concreto y directo. Lo que importa es que el interés particular no sólo no prevalezca sobre el interés general, sino también que ese interés particular no influya ni vicie la voluntad del decisor. Recuérdese, al respecto, que el acto administrativo debe constituir una manifestación de voluntad libre y consciente, "dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento" (artículo 130.-1 de la Ley General de la Administración Pública). Y la concreción de ese fin puede verse entrabada o imposibilitada por la existencia de circunstancias que afecten la imparcialidad del funcionario que emite el acto administrativo. (Dictamen C-245-2005 de 4 de julio de 2005).

Por consiguiente, el incumplimiento de este deber u obligación de abstención es causal de responsabilidad personal de la autoridad o funcionario incurso en cualquiera de las situaciones o supuestos previstos en la ley (artículo 237.1, en relación con los numerales 199 y 211 de la LGAP), y su intervención en el procedimiento implica la invalidez de las actuaciones consiguientes (artículo 237.1 y .2 *Ibidem*), dependiendo el grado de nulidad de la específica regla de imparcialidad infringida.

En lo atinente al procedimiento administrativo en vía de recurso, de impugnación administrativa o de segundo grado, como también se le conoce, de cierto modo distinto e independiente del que fue seguido para elaborar el acto recurrido, pero que al igual que éste tiene un innegable carácter administrativo, debemos señalar que está sujeto irremediablemente aquél principio de imparcialidad, y por ende, a aquellas normas que lo garantizan, pues los diversos recursos administrativos se plantean ante y se resuelven por la propia Administración. Por ello, en tratándose de recursos administrativos, existe también el deber de abstenerse o

bien la posibilidad de recusar al funcionario que hubiera resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna o incluso aquellos que intervinieron como auxiliares o asesores y que hubieren manifestado previamente opinión, de manera que pudieran prejuzgar sobre la resolución del asunto (artículo 230.2 de la citada Ley General).

Así las cosas, y dado que la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados se encuentra ayuna de regulación sobre la materia, con base en lo dispuesto por los artículos 1°, 2.1, 229, 364, 365 y 366 de la LGAP, estimamos que devienen de obligatoria observancia, en esa institución, las disposiciones normativas comentadas sobre abstenciones, recusaciones, impedimentos y excusas, así como sus principios generales y sus procedimientos especiales, contenidos en ese mismo cuerpo normativo; esto por integración normativa y aplicación supletoria.

No obstante, más allá de las regulaciones normativas comentadas, consideramos que las Administraciones Públicas están obligadas a asegurar, mediante adecuadas técnicas orgánicas y funcionales, la mayor imparcialidad posible, proscribiendo así cualquier tipo de discriminación o indefensión ilegítima de los administrados. Por ello, el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA) deberá procurar que su estructura organizacional y de gestión le permitan asegurar la imparcialidad de sus funcionarios, y en última instancia, de sus decisiones administrativas frente a los administrados.

IV.-Impugnación de los actos administrativos.

En otras oportunidades hemos indicado que producido un acto administrativo a través del procedimiento correspondiente, el ordenamiento jurídico reconoce a sus destinatarios la posibilidad de impugnarlo si lo encuentra lesivo a sus derechos subjetivos e intereses legítimos, bien ante la propia Administración (vía gubernativa) o ante la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo.

Los recursos administrativos "son actos del administrado mediante

los cuales éste pide a la propia administración la revocación o reforma de un acto suyo o de una disposición de carácter general de rango inferior a la Ley en base a un título jurídico específico", y se constituyen en un presupuesto necesario para la posterior impugnación en vía jurisdiccional, pues deben haberse agotado todas las instancias administrativas para poder acceder a la vía judicial.

Tanto por la Doctrina como por el legislador -en nuestro caso-, han clasificado los recursos administrativos en dos categorías principales según su carácter excepcional, a saber, los recursos ordinarios y el recurso extraordinario de revisión.

Con respecto a las clases de recursos administrativos y su regulación positiva de nuestra Ley General de la Administración Pública, este Órgano Superior Consultivo ha manifestado lo siguiente:

"a) Los recursos ordinarios

Los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública regulan lo relativo a los recursos ordinarios admisibles en el procedimiento administrativo, estableciendo dos tipos: revocatoria o reposición y apelación.

Dentro del procedimiento ordinario, estos recursos sólo pueden ser interpuestos contra el acto que lo inicia, el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba, y contra el acto final (artículo 345). A su vez, su interposición debe darse ante el órgano director del proceso y dentro de tercero día tratándose del acto final, o bien, dentro de veinticuatro horas en los demás casos, a partir de la última comunicación del acto (artículos 346 y 349); además, no requieren de una redacción ni una pretensión especiales, siendo suficiente para su formulación que de su texto se infiera la petición del recurrente (artículo 348).

El primero de los recursos mencionados, es decidido por el mismo órgano que dictó el acto, quien puede revocar su decisión o bien confirmarla desestimando el recurso. En estos casos, y salvando la excepción el artículo 352, el órgano director del procedimiento debe resolver el recurso dentro de los ocho días posteriores a su

presentación.

Por otra parte, conviene hacer notar que dentro de este procedimiento, cuando se trate del acto final emanado del jerarca -para el caso concreto el Ministro-, rige también lo indicado en el numeral 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuyo texto reza:

"1. Será requisito para admitir la acción contencioso administrativa el agotamiento de la vía administrativa.

2. Este trámite se entenderá cumplido:

a) Cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de todos los recursos administrativos que tuviere el negocio; y

b) Cuando la ley lo disponga expresamente.

3. En todo caso, cuando lo impugnado emanare directamente de la jerarquía superior de la respectiva entidad administrativa y careciere de ulterior recurso administrativo, deberá formularse recurso de reposición o reconsideración ante el mismo órgano que ha dictado el acto o la disposición, en el plazo de dos meses, a contar de la fecha en que se notifique o publique el acto, con los requisitos a que se refiere el artículo 38." (...) Lo anterior es posible, claro está, salvo los casos del artículo 32 de la citada Ley, que exceptúa del recurso de reposición "a) los actos presuntos, en virtud de silencio administrativo regulado en el artículo 19; b) los actos no manifestados por escrito; c) y las disposiciones de carácter general en los supuestos previstos en los dos primeros párrafos del artículo 20."

Entonces, procede interponer el recurso de revocatoria cuando el acto no es dictado por el jerarca y se desea que el inferior revise lo ya actuado. Cuando el acto proviene del jerarca, conociendo del asunto en única instancia, se debe plantear recurso de reposición en los términos del párrafo tercero del artículo 31 de la Ley Reguladora, supra transcrito.

Por su parte, el recurso de apelación tiene su fundamento en la jerarquía administrativa, de manera que sea el superior del órgano que dictó el acto quien revise la actuación de este. El superior podrá desestimar el recurso y confirmar el acto impugnado, o bien, modificar o anular el acto.

En caso de que el recurrente haya interpuesto ambos recursos -lo cual es potestativo para él-, la apelación se tramitará una vez rechazada la revocatoria, pudiendo resolver incluso en contra del recurrente en los casos de nulidad absoluta. De existir algún vicio de forma que pudiese causar nulidad, se ordenará retrotraer el expediente al momento de la comisión del vicio, a menos que pueda ser saneado o ratificado. Este recurso debe ser resuelto dentro del plazo de ocho días posteriores a la recepción del expediente remitido por el órgano inferior (artículos 351 y 352 LGAP).

En virtud de lo expuesto, la resolución que conoce de los recursos ordinarios de reposición o de apelación, según sea el caso, es la que agota la vía administrativa (art. 31 antes transcrito).

b) El recurso extraordinario de revisión

El recurso que ahora nos ocupa tiene por objeto la impugnación de aquellos actos administrativos finales firmes que presentaren razonables dudas de su validez, según los supuestos señalados taxativamente en el artículo 353 de la Ley General de la Administración Pública:

"a. Cuando al dictarlos se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho que aparezca de los propios documentos incorporados al expediente; b.- Cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente; c.- Cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior del acto, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de falsedad; d.- Cuando el acto se hubiere dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia firme". Así las cosas, como consecuencia del carácter extraordinario de este recurso, sólo en los casos establecidos

legalmente es admisible, excluyendo con ello la posibilidad de presentación del recurso por supuestos ajenos a los indicados.

Al referirse a este recurso, la más reconocida doctrina del Derecho Administrativo ha dicho:

"Configurado con carácter extraordinario, en la medida en que sólo procede en los concretos supuestos previstos por la Ley y en base a motivos igualmente tasados por ella [...], constituye, en principio, más que un recurso propiamente dicho, un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acaecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados." (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, op cit. pág 530).

Los supuestos regulados en la Ley General de la Administración Pública coinciden con los estipulados por la legislación española como motivos de admisión de un recurso de esta naturaleza. Estos motivos han sido objeto de comentario por parte del tratadista Jesús González Pérez (Los Recursos Administrativos y Económico-Administrativo, Civitas, Madrid, 1975, pp. 299-306), quien desarrolla claramente los requisitos de cada motivo.

Al tratar el primero de los motivos, el autor señala que el error de hecho, debe ser, no en los supuestos normativos aplicables sino en los supuestos de hecho; a su vez, no basta que se dé el error sino que el mismo debe ser evidente y posible de demostrar sin mayor esfuerzo.

Por último, debe proceder de los documentos incorporados al expediente, no de elementos extraños a este ni de declaraciones jurisdiccionales.

En el segundo de los motivos, los documentos a los que este se refiere, deben tener tal importancia en la decisión del asunto, que de suponerse su incorporación al expediente, el resultado fuese necesariamente distinto. Asimismo se requiere que la parte no conociese de ellos ni pudiese aportarlos al proceso al momento de su tramitación.

En cuanto a la tercera causal, los documentos o testimonios declarados falsos, han de haber sido tomados en cuenta para fijar los supuestos de hecho de la motivación del acto, con lo que conllevaron a tener por probados ciertos hechos que en realidad provocaron una resolución distinta. A su vez la sentencia que declara la falsedad de tales documentos debe estar firme y ser

posterior al procedimiento, o bien en caso de ser anterior que el recurrente compruebe que la ignoraba. Finalmente en el último de los supuestos, se precisa también la firmeza de la sentencia que condena el delito.

c) El reclamo de queja

El último de los supuestos que se puede establecer, pero que no constituye un recurso, es el reclamo de queja, regulado por los artículos 358 a 360 de la Ley General. De esta forma, "en todo momento podrá reclamarse queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de plazos preceptivamente señalados u omisión de trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto" (artículo 358)". (Pronunciamiento C-274-98 de 16 de diciembre de 1998, y en igual sentido el C-320-2003 op. cit.).

V.-Aplicación supletoria de la Ley General de la Administración Pública.

La Ley General de la Administración Pública (LGAP) regula todo lo concerniente a la actividad de la Administración Pública costarricense, su estructura y organización en sus relaciones con los administrados, y entre los distintos órganos y entes que la conforman.

Los principios generales y las normas reguladoras del procedimiento administrativo se establecen en esa Ley con el fin de "asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico" (Art. 214 LGAP).

Ahora bien, bajo tales premisas, el artículo 229 de la comentada Ley General dispone que la normativa de su Libro Segundo -Del Procedimiento Administrativo- "regirá los procedimientos de toda la Administración, salvo disposición que se le oponga"; es decir, la propia Ley General de la Administración Pública dispone la obligatoriedad de cumplir los principios y procedimientos en ella establecidos para todos los casos, salvo cuando alguna ley especial regule expresamente la materia. A lo anterior se añade el

hecho de que con la promulgación de esta Ley, fueron derogadas todas las disposiciones anteriores que establecían o regulaban procedimientos administrativos de carácter general o aquellas otras cuya especialidad no resultase de la índole de la materia que rijan (art. 367.1 *Ibidem*).

Es así como el procedimiento administrativo normado en dicho Libro Segundo, que entre otros aspectos regula la materia recursiva, no resulta como tal de aplicación generalizada en la Administración Pública - como sí acontece con el Libro Primero por expresa disposición del numeral 365 de este cuerpo normativo -, en razón de que el ordinal 367 inciso h) de dicho cuerpo legal, exceptúa de su aplicación a las materias y procedimientos elencados en dicha norma; que son entre otras, aquellas disposiciones que el Poder Ejecutivo determine mediante decreto, cuando existan motivos igualmente justificados a los dispuestos en ese numeral, y se encuentren regulados por ley.

Los decretos en cuestión son los N° 8979 - P del 28 de agosto de 1978 y N° 9469 - P del 18 de diciembre de 1978, bajo cuyos alcances se exceptuó de la aplicación directa del Libro Segundo de la LGAP, a la ley N° 2726 del 14 de abril de 1961 (Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados). Por ello, en tratándose de materia de procedimiento administrativo, prevalecerán las disposiciones de la indicada ley constitutiva frente a las de la LGAP, sin perjuicio de los principios contemplados en ésta, los cuales pueden servir como parámetros de interpretación, sobre todo los que tengan raigambre o rango constitucional . En otras palabras, tales exclusiones no son absolutas, ya que el procedimiento administrativo y sus principios, regulados de forma detallada y exhaustiva en la LGAP, por ser considerado una garantía fundamental del debido proceso, devienen supletoriamente aplicables en forma complementaria a procedimientos regulados en leyes especiales.

En tal orden de ideas, importa resaltar los principios contemplados en materia recursiva dentro del Libro Primero de la LGAP; cuales son los contenidos dentro de los ordinales 106 y 126, a cuyo tenor:

"Artículo 106.-

De no excluirse expresamente, habrá recurso jerárquico contra todo acto del inferior en los términos de esta ley."

"Artículo 126.-

Pondrán fin a la vía administrativa los actos emanados de los siguientes órganos y autoridades, cuando resuelvan definitivamente los recursos de reposición o de apelación previstos en el Libro Segundo de esta Ley, interpuestos contra el acto final: (...)

b. Los de los respectivos jefes de las entidades descentralizadas, cuando correspondan a la competencia exclusiva o a la especialidad administrativa de las mismas, salvo que se otorgue por ley algún recurso administrativo contra ellos; (...)

Como puede extraerse de la lectura de esta última norma, en ella se hace referencia expresa a los recursos previstos en el Libro Segundo de la Ley, que según lo precedentemente expuesto no resulta de aplicación directa en el caso de citada ley N° 2726. No obstante, el numeral 106 sí resulta de obligada observancia, en la medida que se analice en relación con las competencias y la estructura organizativa del AyA, teniendo en todo caso presente que no podrá ser interpretado de forma tal que se vulnere el derecho fundamental de acceso a la justicia judicial, cuyo presupuesto de admisibilidad característico es el agotamiento previo de la vía administrativa.

Ahora bien, en el Libro Segundo se encuentran los artículos 344 - que atañe a los recursos en el procedimiento sumario -, y el 350 - que concierne propiamente a los recursos procedentes dentro del procedimiento ordinario -, interesando ahora específicamente éste último, que a la letra dispone:

"Artículo 350.-

1. En el procedimiento administrativo habrá en todos los casos una única instancia de alzada, cualquiera que fuere la procedencia del acto recurrido.

2. El órgano de alzada será siempre el llamado a agotar la vía administrativa, de conformidad con el artículo 126. "

No debemos olvidar, que si bien acorde con lo expuesto, estos numerales ceden frente a las disposiciones expresas de la Ley

Constitutiva de la institución consultante, a nivel del principio inmerso en este ordinal y en atención a los principios de celeridad, eficiencia y justicia pronta y cumplida, deben favorecerse las interpretaciones que no lleven a crear una cadena interminable de recursos jerárquicos - recursos en cascada o escalera de recursos -, sino que por el contrario, debe tenderse a buscar la interpretación que favorezca la existencia de una única instancia de alzada, cualquiera que fuere la procedencia del acto recurrido, o al menos, la menor cantidad de recursos posibles (En tal sentido, ver dictamen de este órgano superior consultivo, C-215-98 del 16 de octubre de 1998). En suma, si bien el artículo 106 in fine establece que salvo disposición en contrario - entiéndase de orden legal -, procede el recurso jerárquico contra todo acto del inferior, es claro que la interpretación que se haga en esta materia no puede crear una fase recursiva que obligue al administrado a acudir a una serie de instancias, como una carrera de obstáculos, para finalmente tener por agotada la vía administrativa, como requisito previo de admisibilidad de la etapa judicial; de existir ésta debe ser por expresa disposición legal, no infra legal (reglamentaria).

Aunado a ello, cabe recordar que según lo ha interpretado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el procedimiento administrativo no siempre es necesaria la segunda instancia, pues en esencia ésta se concibe como tal, solo cuando ante la emisión de un acto final, el administrado pueda sufrir un grave daño en sus derechos o intereses legítimos, según dijimos en el aparte II de este dictamen.

Una vez explicado lo anterior, deviene necesario referirnos a la naturaleza jurídica del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA); precisar al menos su estructura administrativa básica, para luego establecer los recursos administrativos que prevé su Ley de Creación, sin que con ello pretendamos agotar, ni mucho menos hacer un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los procedimientos recursivos existentes en dicha institución, lo cual desbordaría sobradamente los alcances de nuestra competencia consultiva.

II.-Naturaleza jurídica del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA) y los órganos que componen su estructura orgánica básica.

El Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA), es un ente autárquico descentralizado, según se desprende de los términos bajo los cuales fue creado mediante la ley N° 2726 del 14 de abril de 1961, en cuyo artículo 1° se le dio el carácter de una institución autónoma del Estado, con personería jurídica propia (artículo 25), destinada a dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el planeamiento, financiamiento y desarrollo y de resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional (dictámenes C-062-1993 y C-150-95). Posee por ende la naturaleza de lo que en doctrina se conoce como ente autárquico institucional o por servicios, cuyo elemento característico es el fin que debe satisfacer sin limitación territorial alguna.

Como tal, y por principio constitucional (artículo 188 de la Constitución Política), goza de autonomía administrativa, que no es más que la facultad de realizar por sí mismo las competencias y atribuciones dispuestas por ley (artículos 2, 3 y 5 de su ley constitutiva), sin estar sujeto a ningún otro ente para ello ni vínculo jerárquico alguno, pudiendo incluso disponer de sus recursos (humanos, materiales y financieros) de la forma que estima conveniente para el logro del fin legalmente encomendado. Tal independencia administrativa comporta como es sabido, la potestad de auto - organizarse (artículo 103 inciso 1) LGAP), mediante reglamentos autónomos de organización dictados por los máximos superiores jerárquicos, por virtud de los cuales incluso pueden crearse órganos internos o servicios sin que por ello gocen de potestades de imperio (artículo 59 inciso 2) LGAP), en razón de que éstas solo pueden ser conferidas expresamente por ley (artículo 121, inciso 20 constitucional).

Cabe eso sí precisar, que la citada potestad reglamentaria como toda competencia que la conlleva, se encuentra limitada no sólo por las normas legales que regulan el ente u organismo cuyo servicio se reglamenta, sino por el resto de las leyes y otras fuentes normativas superiores, es decir, se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico en su conjunto y por ello debe respetar el dominio o especialidad técnica reconocida legalmente en favor de otras instituciones (principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 6 LGAP). De manera que, ante la incompatibilidad entre la Ley y un reglamento autónomo de servicio (norma infra legal), el operador jurídico debe necesariamente optar por la aplicación de la primera fuente normativa, que por ser de rango superior, prevalece sobre la segunda de inferior categoría (Sobre

la preponderancia a la aplicación de leyes, Véanse las resoluciones N° 243-93, N° 7335-94, N° 5227-94, N° 031-95, N° 2623-95, N° 2382-96, N° 2381-96, N° 312-98, N° 1607-98, N° 998-98 y N° 1998-076, todas de la Sala Constitucional).

En cuanto a los órganos que componen su estructura básica, la ley de comentario establece cinco a saber: la Junta Directiva (artículo 6); la Presidencia Ejecutiva (artículo 7); la Gerencia (artículo 12); la Auditoría (artículo 13) y la Subgerencia (artículo 25), respecto a los cuales las competencias y atribuciones expresamente dispuestas por ley son:

“ARTICULO 11.-

Corresponde a la Junta Directiva:

- a) Dirigir la política de la Institución, fiscalizar sus operaciones y acordar las inversiones de los recursos de la misma;
- b) Acordar el Presupuesto Ordinario Anual y los Extraordinarios para someterlos a la aprobación de la Contraloría General de la República;
- c) Aprobar la Memoria Anual y los Balances Generales del Instituto;
- d) Adjudicar las licitaciones públicas que se realicen conforme a la Ley de la Administración Financiera de la República;
- e) Transigir judicial o extrajudicialmente en asuntos que no excedan de ₡ 200,000.00, por acuerdo que tenga el voto favorable de no menos de cuatro de sus miembros; no estarán afectos a esta limitación los compromisos arbitrales; (Así reformado por el artículo 1° de la Ley N° 3668 de 16 de marzo de 1966).
- f) Autorizar la adquisición, hipoteca, gravámenes y enajenación de bienes, hasta por la suma de ₡ 200,000.00, para lo cual será necesario el voto favorable de no menos de cuatro de sus miembros. Si la operación excede de ₡ 200,000.00, requerirá autorización legislativa.

Lo anterior no rige, en cuanto a limitaciones se refiere, en los casos de expropiación o licitación. (Así reformado por el artículo 1° de la Ley N° 3668 de 16 de marzo de 1966).

g) DEROGADO por el inciso o) del artículo 64 de la Ley N° 7495 de 3 de mayo de 1995).

h) Determinar, previos los estudios del caso, las tarifas de abastecimiento de agua potable y disposición de aguas residuales y pluviales;

i) Dictar, reformar e interpretar los reglamentos internos necesarios para el mejor desarrollo de los fines del Instituto;

j) Nombrar y remover al Gerente, al Subgerente y al Auditor, para lo cual necesita por lo menos cuatro votos de la totalidad de sus miembros.

Estos funcionarios no podrán estar ligados entre sí, o con los directores, por parentesco de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive; (TACITAMENTE REFORMADO por las leyes números 4646 de 20 de octubre de 1970, artículos 6° y 7° y 5507 de 19 de abril de 1974, artículo 6°).

k) Asignar, dentro de los preceptos legales, las atribuciones y deberes de los funcionarios anteriormente citados;

l) Conocer en alzada de las apelaciones interpuestas contra resoluciones del Gerente, del Subgerente y del Auditor, así como concederles licencias y designar a sus sustitutos interinos. (Así reformado por el Transitorio II de la Ley N° 5915 de 12 de julio de 1976). (Lo destacado y subrayado es nuestro)

ARTICULO 12.-

El Gerente será responsable ante la Junta Directiva del eficiente y correcto funcionamiento administrativo del Instituto y tendrá las siguientes atribuciones:

a) Formular el plan de organización interna y funcional del Instituto, lo mismo que los programas de trabajo, para presentarlos a la consideración de la Junta, y dirigir la ejecución de los mismos;

b) Acordar la creación de nuevas plazas y designar el personal y su remoción, el cual se regirá por un escalafón, que deberá ser aprobado por la Junta Directiva;

c) Tratándose del nombramiento o remoción de los jefes de los departamentos generales del Instituto, según la organización que se apruebe, el Gerente someterá sus actuaciones a la consideración de la Junta Directiva ;

d) Formular los presupuestos anuales de sueldos y gastos de

funcionamiento, los cuales necesitarán la aprobación de la Junta Directiva; y

e) Autorizar, conjuntamente con el Presidente de la Directiva, los valores mobiliarios que emita el Instituto, lo mismo que la Memoria Anual y los otros documentos que determinen las leyes, los reglamentos del Instituto y los acuerdos de la Junta Directiva. (Así reformado por el Transitorio II de la Ley N° 5915 de 12 de julio de 1976).

ARTICULO 13.-

Además de las que fije la Junta Directiva, el Auditor tendrá las siguientes atribuciones:

a) Fiscalizar, en cuanto tenga relación con su cargo y sin menoscabo de la eficiencia y técnica provisión de los servicios a cargo de la Institución que se crea por esta ley, todos los actos, operaciones y actividades de ésta, verificando la contabilidad y los inventarios; realizar arqueos y otras comprobaciones y estados de cuenta; comprobarlos con los libros o documentos correspondientes y certificarlos o refrendarlos cuando los encontrare correctos. Realizará los arqueos y demás verificaciones que considere convenientes por lo menos dos veces al año, a intervalos regulares y sin previo aviso; y

b) Comunicar al Gerente las irregularidades o infracciones que observare en las operaciones y funcionamiento del Instituto, y, en caso de que dicho funcionario no dictare en un plazo prudencial las medidas que fueren indicadas, exponer la situación a la Junta Directiva, proponiendo tales medidas. (Así reformado por el Transitorio II de la Ley N° 5915 de 12 de julio de 1976). " - los destacados no son del original.

Así las cosas, es claro hasta aquí que el máximo jerarca del AyA, lo es la Junta Directiva, a quien entre otras cosas le compete conocer en alzada de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones del Auditor, así como contra las del Gerente y del Subgerente, sobre quienes recae indistintamente la representación judicial y extrajudicial, con facultades de apoderados generalísimos (artículo 25).

Aunado a ello y conteste con la potestad de auto organizarse del AyA, el ordinal 16 de la ley de repetida cita establece que las

funciones específicas de la Junta Directiva, al igual que la de los demás funcionarios de la institución serán determinados por el respectivo reglamento, encontrándonos como tales dentro de la normativa localizada y que incide en las relaciones de la "Administración activa" con los administrados (internos y externos), las siguientes de interés:

· "La Junta Directiva será el órgano de mayor jerarquía institucional y tendrá las potestades que atribuye el artículo 11 de la ley Constitutiva del Instituto número 2726, del 13 de abril de 1961 y sus reformas" (artículo 2° del Reglamento Interno de la Junta Directiva, N° 0 del 20 - 05 - 96, publicado en la Gaceta N° 95 del 20 - 05 - 96 y vigente desde el 30 - 05 - 96).

· En el Reglamento de Cobro Administrativo y Judicial, N° 17 del 29 de marzo del 2005, adoptado por la Junta Directiva en el artículo 1° de la sesión extraordinaria N° 2005-17 de esa misma fecha; se establece que: a) en caso de que el monto de la obligación supere la suma de ₡1.000.000,00, el Gerente General puede autorizar los correspondientes arreglos de pago, en tanto que si es menor lo será el encargado de la Asesoría Legal de Cobros Especiales (artículo 10); b) Recibida la Carta de Cobro Judicial, el administrado puede presentar el recurso de revocatoria y apelación o el reclamo o inconformidad del cobro ante el Jefe Cantonal o Director Regional, cuyas resoluciones tendrán recurso de apelación ante la Gerencia y la Junta Directiva para que se agote la vía administrativa (artículo 12); c) los arreglos especiales de pago deben ser suscritos y aprobados por los Directores de Región o los Jefes Comerciales; y las jefaturas debidamente autorizadas por el Director de Región, quienes en última instancia decidirían sobre la conveniencia de estos; d) la Gerencia General puede autorizar la suspensión del juicio por cobro judicial (artículo 18); e) la formalización y aprobación de los arreglos extrajudiciales compete a la Gerencia General (artículo 20).

· Con relación a las relaciones de servicio, en el Reglamento Autónomo adoptado por acuerdo de Junta Directiva N° 465 del 20 de julio del 2004 (aprobado en la sesión N° 2004-055 del 20 de julio del 2004, artículo 3 inciso c) y publicado en La Gaceta N° 162 del 19 de agosto del 2004, con rige desde el 18 de setiembre de dicho año) en lo sustancial se indica que: a) la Institución está regida por una Junta, con las atribuciones que le otorga el artículo 11 de la Ley Constitutiva; b) la Gerencia General está integrada por el Gerente y el Subgerente, ambos con facultades de apoderados generalísimos sin límite de suma de la Institución, los cuales son responsables ante la Junta Directiva del correcto funcionamiento administrativo y operativo del

Instituto (artículo 11); c) las modificaciones al contrato laboral serán autorizadas por la Gerencia General, la Dirección de Recursos Humanos o la Jefatura Regional, según la naturaleza del acto (artículo 13); d) la Administración Superior (Presidencia Ejecutiva, la Gerencia y Subgerencia según artículo 8), es quien define los horarios de trabajo, otorga los permisos con goce de salario hasta por 26 días hábiles, así como los sin goce de éste (artículos 34, 35, 88 y 90); e) los permisos con goce de salario por cinco días hábiles los brinda la Dirección de Recursos Humanos o la Jefatura Regional (artículo 89); g) los Jefes de Departamento, con el visto bueno del Director de Área o de la Jefatura Regional, pueden otorgar discrecionalmente a sus funcionarios permiso con o sin goce de salario hasta por un máximo de dos días hábiles, cuando existan motivos que a su juicio lo justifiquen (artículo 93); h) corresponde a la Gerencia General ordenar y resolver sobre el régimen disciplinario de la Institución (artículo 100), procediendo contra lo resuelto el recurso de revocatoria ante ella y el de apelación ante la Junta Directiva, según lo dispuesto en los ordinales 342 y siguientes de la LGAP (artículos 103 y 131); i) compete a la Junta Directiva la aprobación de las reasignaciones de puesto (artículo 143).

Conforme a lo expuesto, la materia recursiva al seno del AyA, es en algún grado confusa por la forma dispersa en que ha sido regulada, especialmente en normas infralegales; lo cual justifica la presente consulta, pues muchas veces la dificultad para discernir lo que debe resolverse en un caso concreto, no proviene de la falta de disposición normativa aplicable, sino de la eventual obscuridad de que puede adolecer la que corresponde aplicar en la especie.

Ahora bien, según referencia expresa del numeral 11, inciso 1) de la citada Ley ley N° 2726, le compete a la Junta Directiva del AyA: "Conocer en alzada de las apelaciones interpuestas contra resoluciones del Gerente, del Subgerente y del Auditor"; lo cual concuerda plenamente con lo dispuesto por el ordinal 350.1 y.2 de la Ley General.

A nuestro entender, este constituye un proceso recursivo especial jerárquico, pues se trata de un recurso vertical ordinario en el orden de la línea jerárquica, como medio jurídico que permite impugnar ante el superior jerárquico -entiéndase en este caso la Junta Directiva del AyA- los actos administrativos definitivos o finales -no interlocutorios o de mero trámite, ni actos

preparatorios-, emanados de órganos subordinados -Gerencia, SubGerencia y de la Auditoría-. Puede afirmarse entonces, que es aplicación del principio de doble instancia. Dicho recurso debe interponerse directamente, aún sin previa reconsideración, ante la misma autoridad que dictó el acto impugnado y se elevará de inmediato y de oficio a la Junta Directiva. En aplicación del principio de informalismo, no requiere una redacción o pretensión especial, bastará que de su contenido o texto se infiera la petición de revisión (artículos 224 en relación con el 348 LGAP). El plazo para interponerlo, a falta de indicación expresa al respecto, será el mismo que prevé la Ley General para el recurso jerárquico de apelación, es decir, tres días contados a partir de la última comunicación del acto impugnado (artículos 344.4 y 346.1 de LGAP) y deberá resolverse dentro de los ocho días posteriores al recibo del expediente (artículo 352.1 *Ibidem*). Incluso, puede ser resuelto en perjuicio del recurrente (*reformatio in pejus*), cuando se trata de una nulidad absoluta (artículo 351, párrafo segundo *Ibidem*). Y como el órgano de alzada es el mismo llamado a agotar la vía administrativa, deberá requerir el dictamen al órgano jurídico permanente, previa resolución del recurso (artículo 356 *Ibidem*); dictamen que será obligatorio pero no vinculante, pues la Junta Directiva podrá apartarse de aquél fundamentando debidamente el acto.

Distinto sería el caso de los procedimientos administrativos en vía de recurso, previstos actualmente por normas infralegales a lo interno del AyA, sustanciados ante autoridades administrativas inferiores, subordinadas a la Gerencia o Subgerencia, de los que emanen actos que podrían ser impugnados, y en los que se impondrían las regulaciones contenidas en la Ley General de la Administración Pública, en materia de recursos.

Conviene recordar entonces que de conformidad con el artículo 308 de la citada Ley General, constituyen materia del procedimiento ordinario los casos en que el acto final pueda causar perjuicios graves al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos e intereses legítimos; si hay contradicción o concurso de intereses frente a la Administración dentro del expediente, o bien los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad. Evidentemente, en ausencia o insuficiencia de procedimiento administrativo especial, se debe aplicar el

procedimiento previsto en la citada Ley General; incluido por su puesto, lo que podríamos denominar el procedimiento de recurso o de impugnación contenido en el Título Octavo de su Libro Segundo.

No obstante lo dicho, partiendo del criterio o principio orientador plasmado en el numeral 350 de la LGAP, y aquél otro de la doble instancia, referentes a que sólo existirá una única instancia de alzada, cualquiera que sea la procedencia u origen del acto administrativo impugnado, y que pareciera ser la norma que impuso el artículo 11, inciso 1) de la citada Ley ley N° 2726, consideramos que la normativa infralegal vigente a lo interno del AyA, está en abierta contradicción con aquellos principios que tienden a facilitarle al administrado el acceso a la tutela judicial efectiva (artículo 41 constitucional), pues en algunos casos están obligándolo a transitar una compleja cadena recursiva que le desfavorece.

Con la finalidad de procurar un ajuste del régimen recursivo, debiera entonces eliminarse toda escalera recursiva, previendo, a manera de ejemplo, en forma potestativa el recurso de revocatoria ante el órgano o autoridad que dictó el acto y el de apelación ante la Junta Directiva.

Independientemente de cual sea el procedimiento aplicable, debemos ser claros en señalar que a través de la interposición de un recurso administrativo, el administrado abre una determinada instancia que permite a la Administración considerar y resolver todo lo atinente a la cuestión que se plantea. Recuérdese que la impugnación jurídica como manifestación de control administrativo correctivo, tiene por finalidad la protección y defensa de la legalidad administrativa y de los derechos subjetivos de los administrados.

Será entonces resorte exclusivo de la Administración activa el determinar el procedimiento impugnatorio que debe aplicarse en cada caso, siempre y cuando garantice que no obligará al administrado a formular una serie inagotable e innecesaria de instancias por medio de los recursos administrativos; situación que de por sí lo que promueve es un desorden estructural administrativo en materia de agotamiento de la vía administrativa.

Recuérdese que el fenómeno de la denominada escalera, cascada o cadena de recursos, surge como consecuencia de una interpretación jurisprudencial efectuada por la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, de los artículos 156, 161 y 162 del Código Municipal. Por lo que necesariamente, no tiene por qué ser reproducible en otros ámbitos administrativos.

Conclusiones:

Por lo expuesto, y atendiendo las interrogantes vertidas en su consulta, esta Procuraduría General concluye:

Ø La actividad asesora y consultiva de la Dirección Jurídica de AyA, sus áreas especializadas y los profesionales en derecho en general, por su misma naturaleza asesora o consultiva, no forma parte de la denominada administración activa, pues desde el punto de vista funcional, ésta comprende la función decisoria, ejecutiva, resolutoria, directiva u operativa de la Administración; y desde la perspectiva orgánica, abarca solo al conjunto de órganos y entes de la función administrativa, que deciden y ejecutan, incluyendo al jerarca como última instancia.

Ø Las actuaciones de la Dirección Jurídica de AyA, así como la de sus áreas especializadas y la de los profesionales en derecho en general, no se encuentran sujetas al cumplimiento de la doble instancia, debido a que no son órganos de los cuales emanan actos finales, sino los que mediante una función consultiva o de asesoría, proporcionan a los integrantes de la administración activa, los elementos de juicio técnicos - jurídicos requeridos para orientar y sustentar la formación de la voluntad de aquél llamado a decidir o resolver. Aunque de conformidad con el artículo 163.2 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), y atendiendo a su propia naturaleza, los posibles vicios que contenga un dictamen o informe suyo, podrían impugnarse conjuntamente con el acto final que se funde en él.

Ø Como los motivos de abstención y recusación se aplican por igual tanto al denominado órgano director del procedimiento, como a la autoridad competente para conocer en alzada, y a las demás autoridades o funcionarios que intervengan auxiliándolos o asesorándolos en los procedimientos administrativos y en su fase recursiva, es claro que los abogados o unidades legales de la institución consultante solo podrán inhibirse, abstenerse o excusarse de conformar un órgano director o dictaminar o elaborar un proyecto de resolución cuando incurran en alguna de las causales de abstención; o bien podrían ser recusados.

Ø Como la existencia de los llamados recursos en cascada o escalerilla de recursos depende de una norma de rango legal que

así lo establezca, es evidente que ante la ausencia de ésta dentro de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, y en consideración a la competencia atribuida a la Junta Directiva para conocer de los recursos de alzada, así como al principio general contenido en la LGAP, en cuanto a que en los procedimientos administrativos y salvo disposición expresa en contrario, procede en todos los casos una única instancia de alzada, en el AyA deviene improcedente admitir dicha modalidad recursiva.

Sin otro particular,

Doctrinariamente se señala: "...la administración consultiva no emite su parecer en forma espontánea, vale decir, no actúa de oficio, sino siempre a pedido del órgano de la administración activa." (Diez, Manuel María; Derecho Administrativo, pág. 167).

Dictamen C-364-2003 de 19 e noviembre de 2003.

DROMI, Roberto. "El Procedimiento Administrativo". Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996. págs. 143 y 144.

SANCHEZ MORON, Miguel. "Derecho de la Función Pública". Segunda Edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pág. 250 y 251.

Véase GONZALEZ PEREZ, Jesús. "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, págs. 165 y 166.

Artículos el 231 al 235, y 238.1 de la Ley General de la Administración Pública.

Artículos 236 y 238.2 *Ibidem*.

El artículo 230 de la Ley General de la Administración Pública remite en la materia a las regulaciones del Código Procesal Civil (artículos 49 y 53) y/o del Poder Judicial (Ley N° 7333 del 05 de mayo de 1993, artículo 31 párrafo primero: "A falta de regla expresa sobre impedimentos, excusas y recusaciones, se estará a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, en cualquier materia, salvo en la jurisdicción constitucional la cual se regirá por sus propias normas y principios."). Véase al respecto BREWER-CARIAS, Allan. "Principios del Procedimiento Administrativo" Editorial

Civitas S.A. pág. 156. Así como un interesante análisis constitucional de las causales y procedimientos especiales, por demás diferenciados, para la abstención y la recusación de funcionarios judiciales, puede verse en la resolución N° 1223-2002 de 6 de febrero de 2002, de la Sala Constitucional. No está de más indicar también que hemos estimado que no se configura infracción alguna al artículo 9 de la Ley General de la Administración Pública, por la remisión que el citado artículo 230 hace a la normativa sobre impedimentos y recusaciones del Código Procesal Civil (Dictamen C-252-2003 de 21 de agosto de 2003).

Sobre la distinción entre deber y obligación, remito a GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Otro. "Curso de Derecho Administrativo II". Editorial Civitas, Madrid, 1999, págs. 33 y 34. Según el cual: "(...) Deberes y obligaciones son dos especies de un género en común, los deberes en sentido amplio, en cuanto a comportamientos, positivos o negativos, que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad (...) de forma que los gravados por ellos no tienen frente a sí un sujeto determinado que sea titular de un derecho subjetivo propiamente tal (...) Otras veces, en cambio, la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que, en consecuencia, tienen el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento el comportamiento previsto (...) para este tipo de deberes específicos se reserva la denominación de obligaciones".

Según hemos reconocido , la importancia de la imparcialidad del juzgador y la excepcionalidad en la aplicación de las figuras que separan al juzgador del puesto asignado por orden natural, se aplican por igual, en sede administrativa, a los órganos directores y decisores (Dictamen C-377-2003 del 1 de diciembre del 2003)

Si bien la Sala Constitucional se había pronunciado en el sentido de que éstos son admisibles solo a texto expreso de la ley, poseen un carácter excepcional y por ende, su interpretación deviene restrictiva (resoluciones 0052-96 y 0540-96); lo cierto es que ha admitido que el sistema formal de impedimentos, recusaciones y excusas permite otras causales que pongan en entredicho la imparcialidad del agente público aunque no figuren expresamente en el texto procesal (ver Voto N° 2002 - 1223 de las 14:51 horas del 06 de febrero del 2002).

DROMI, op. cit. pág. 112.

Véase por ejemplo el dictamen C-320-2003 San José, 09 de octubre del 2003.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Civitas, Madrid, 1997, pág. 506.

De acuerdo con el artículo 356 de la Ley General, previo a dictar el acto administrativo que agota la vía administrativa es indispensable que el órgano que lo emita consulte al asesor jurídico correspondiente.

En igual sentido ver votos de la Sala Constitucional: N° 166-1990, N° 106-1991 de las 13:36 horas del 16-01-91 y N° 5653-1993 de 08:27 horas del 01-11-93.

En ese sentido pueden consultarse votos de la Sala Constitucional: N° 05184-1996, N° 617-90, N° 5653-93 op. cit; así como la opinión jurídica OJ-047-00 del 10 de mayo del 2000 y el dictamen C-274-98 del 16 de diciembre de 1998 entre otros." "Las interpretaciones de la Sala Constitucional y de esta Procuraduría respecto a la materia han indicado que la exclusión vía decreto no implica que el procedimiento regulado en la Ley General no sea de aplicación, pues, con el fin de salvaguardar el debido proceso, dicha ley se torna en un instrumento de aplicación supletoria aún en los procedimientos regulados en forma independiente (...) Así las cosas, en cuanto a procedimiento debe acudirse al señalado en la Ley General de la Administración Pública en los siguientes casos: 1-Cuando no se trate de materia expresamente excluida por el artículo 367 y los Decretos concordantes. 2-Cuando se trate de materia excluida, pero sin procedimiento especial regulado. 3-Cuando se trate de materia excluida pero el procedimiento especial no garantice el debido proceso. Acerca de los alcances del debido proceso, puede consultarse el voto 1732-92 de la Sala Constitucional. 4-Como fuente supletoria se aplicará en el caso de materia excluida sobre lo no dispuesto expresamente. En caso de duda prevalece sobre la materia excluida. También en materia de interpretación informa orientando la aplicación." (Dictamen C-173-95 de 7 de agosto de 1995, reiterado en el C-320-2003 del 09 de octubre del 2003).

Se entiende que pone fin a la vía administrativa el acto que: "... cierra el procedimiento administrativo, al haber sido dictado por la más alta autoridad competente - jerarca -. una vez agotados los recursos establecidos en las normas que rigen la instancia administrativa". (Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I (Parte General). Biblioteca Jurídica DIKE. Pp: 303 a 304).

La fase de agotamiento de la vía administrativa inicia con y a partir del recurso de reposición o alzada interpuestos contra el acto final (Voto de la Sala Constitucional N° 542-96 de las 15:48 horas del 30 de enero de 1996, que remite a las N° 1063-94, N° 2866-94, N° 3154-94, N° 3618-94, N° 5974-94, N° 5975-94, N° 0182-95 y N° 5267-95), debiéndose entender por "acto final" el que decide sobre el asunto planteado.

En relación con este artículo, cabe destacar lo expuesto por don Eduardo Ortiz Ortiz, al discutirse en la Asamblea Legislativa el proyecto de lo que es hoy la LGAP: "La idea es que haya una sola alzada, sea cual sea el grado de la autoridad que dictó el acto. Si es un agente de policía, eso vendrá al Ministro. Pero no vamos a ir del Agente de Policía al Jefe Político, del Jefe Político al Gobernador, etc..." (Quirós Coronado, Roberto. "Ley General de la Administración Pública concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional". 1° edición. Editorial ASELEX S.A. San José - Costa Rica. 1996. Pp: 404). Por ello: "Para entender por agotada la vía administrativa no es en la actualidad necesario interponer sucesivos recursos de alzada hasta llegar al vértice de la pirámide jerárquica en torno a la cual se organiza la Administración: La LGAP dispuso en su artículo 350 que en el procedimiento administrativo habrá en todos los casos una única instancia de alzada, cualquiera que fuere la procedencia del acto recurrido."

(Gimeno Sendra, Vicente. "Derecho Procesal Administrativo". Editorial Juricentro, San José, 1993, pág. 281).

El esquema recursivo del procedimiento administrativo previsto en el artículo 350 de la LGAP, se rompe con el Código Municipal, pues al tenor de lo dispuesto en sus ordinales 153 a 163, los actos emanados de los órganos que no dependen directamente del Concejo,

tienen apelación ante el Alcalde y de lo que éste resuelva se admite el de revocatoria con apelación ante el Concejo, y contra lo que resuelva este último proceden los recursos de revocatoria y apelación, este último ante la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo (ver entre otros: Votos de la Sala Constitucional N° 2003-2283 de 17:02 horas del 18 de marzo del 2003; N° 2004-629 de las 08:48 horas del 30 de enero, N° 2004-1136 de las 10:28 horas del 06 de febrero, N° 2004-3279 de las 14:53 horas del 30 de marzo y N° 2004-4842 de las 14:34 horas del 05 de mayo, todos del 2004; así como las resoluciones N° 2001-205 de las 09:45 horas del 09 de marzo del 2001 y N° 2004-164 de las 14:05 horas del 31 de marzo del 2004, de la Sección Tercera y Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo respectivamente).

Por entidad autárquica debe entenderse: "toda persona jurídica pública estatal que, con aptitud legal para administrarse a sí misma, cumple fines públicos específicos." S. Marienhoff, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo." Tomo I. Ediciones Glem S.A. Buenos Aires. Año 1965. Pp: 368. En igual sentido, Bielsa considera que partiendo de la premisa de que "la autarquía es administración propia, en virtud de un régimen legal establecido por el poder central y bajo el control de éste", la entidad autárquica sería " toda persona jurídica pública que dentro de los límites del derecho objetivo y con capacidad para administrarse, es considerada respecto del Estado como uno de sus órganos, porque el fin de la entidad autárquica es la realización de sus propios intereses, que son también intereses del Estado". Bielsa, Rafael. "Derecho Administrativo". Tomo I. 6° edición. Editorial La Ley. Buenos Aires. Año 1964. Pp: 236-237.

El propio Eduardo Ortiz reseñó que "Hay subordinación siempre que las normas de una fuente pueden modificar y sustituir las de otra, sin que haya reciprocidad al respecto. Las normas de la fuente inferior no pueden modificar ni sustituir a las de la superior. Es el caso de la Constitución frente a la ley y al resto de las normas del orden, y es también el caso de la ley frente al reglamento. Incluso si éste es de los llamados autónomos, porque puede regular una materia aunque todavía no haya ley de base, está supeditado a la ley futura que pudiera dictarse sobre la misma materia. Caso de contradicción prevalece siempre y necesariamente la ley. Esto expresa y aplica el principio llamado de "jerarquía" (ORTIZ ORTIZ, Eduardo. "Tesis de Derecho Administrativo", Tomo I. Biblioteca jurídica DIKE. Edición 2002. pág. 198). Incluso afirma que "El reglamento autónomo de servicio, está subordinado, como el de organización, a la ley futura sobre su propia materia; y puede afirmarse, al respecto, que no existe una reserva

reglamentaria a favor del poder administrador frente a la ley misma. Esta puede regular todo lo que regula el reglamento y derogar cualquier reglamento de servicio que se le oponga" (Ibid. pág. 271) .

En nuestro ordenamiento jurídico, se entiende por "administración activa", desde el punto de vista funcional, la función decisoria, ejecutiva, resolutoria, directiva u operativa de la Administración; y desde la perspectiva orgánica, al conjunto de órganos y entes de la función administrativa, que deciden y ejecutan, incluyendo al jerarca como última instancia. (Artículo 2 de la Ley General de Control Interno, N° 8292 del 31 de julio del 2002, publicada en la Gaceta N° 169 del 04 de setiembre del 2002).

El diccionario de la Real Academia Española entiende por administrado: "Quien se encuentra sometido a la jurisdicción de una autoridad administrativa". (<http://www.rae.es/>)

En el caso de la Auditoría habría que establecer a ciencia cierta si la Ley General de Control Interno vino a modificar de algún modo esa potestad revisora de la Junta Directiva -lo cual excede el objeto de la presente consulta-. Deberá entonces la administración consultante valorar lo pertinente.

Cabe recordar que los plazos establecidos en la LGAP son ordenatorios, no perentorios; incluso dicha normativa prevé que si bien la Administración tiene siempre el deber de resolver expresamente dentro de los plazos establecidos, y que el no hacerlo se reputará como falta grave de servicio, todo acto final recaído fuera del plazo será válido para todo efecto legal, salvo disposición en contrario de la ley (art. 329). Incluso el ordenamiento prevé mecanismos como el silencio negativo o denegación presunta como garantía del administrado frente a la inactividad formal de la Administración (artículos 261.2.3 de la LGAP, 19 y 33 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Véase precedente sobre la calificación del vicio por omitir dicha consulta en la resolución N° 251 de las 15:00 horas del 8 de agosto de 1990, Sala Primera.

DROMI. Op. cit. Pág. 253.

Véase al respecto: CORDERO MORA, Julio A. Y Otro. "La Justicia

Administrativa Municipal", 1º edición, San José, C.R., IJSA, mayo 2003. Capítulo III, págs. 165 y ss.

b) Sobre las facultades del órgano director según la Ley General de Administración Pública

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁴

C- 173-95

San José, 7 de agosto de 1995.

Señora Rosa María Quirós del Valle Secretaria del Concejo MUNICIPALIDAD DE GOICOECHEA

Estimada señora:

Con la aprobación del Procurador General de la República, me es grato referirme a su oficio de fecha 14 de marzo de los corrientes, mediante el que nos solicita dictamen acerca de varios puntos relacionados con el órgano director del procedimiento. Textualmente, el Acuerdo transcrito en su nota indica:

" Solicitarle a la Procuraduría General de la República un pronunciamiento sobre los siguientes extremos :

A- ¿ Qué es un órgano director del procedimiento ? B- ¿ Cuándo el Concejo Municipal debe nombrar un órgano director o del procedimiento ? Así como el número de sus integrantes.

C- Si quiénes lo integran deben ser necesariamente funcionarios municipales o pueden ser nombradas personas externas.

D- Facultades o potestades de este órgano director, y si los designados formalmente tienen que aceptar el cargo expresamente y ser juramentados por el Organo Colegiado? Si lo que resuelva es de obligatorio acatamiento por el Superior ? E- ¿ Cuáles son las normas de la Ley General de la Administración Pública que regulan esta figura jurídica ?"

Con el fin de brindar una mayor claridad en la exposición hemos estructurado la respuesta agrupando los cuestionamientos en temas generales de la siguiente manera:

Sobre el órgano director del procedimiento:

El concepto de órgano director debe ser analizado dentro del contexto en el que funciona, es decir, dentro del procedimiento administrativo regulado en la Ley General de la Administración Pública.

Por esa razón, consideramos oportuno referirnos preliminarmente y de manera general al procedimiento citado.

I.A- Sobre el procedimiento administrativo en general :

El procedimiento administrativo se encuentra regulado en la Ley General de la Administración Pública, concretamente en el Libro Segundo.

Lo definimos siguiendo el concepto de JORGE OLIVERA, quien indica que lo constituye la serie de actos tramitados según determinado orden y forma y que se encuentran en íntima relación con la unidad del efecto jurídico final, que es la declaración administrativa. La esencia del procedimiento estriba en que es la actividad necesaria para la formación de la voluntad en Derecho Público.

Con la finalidad de conocer los motivos que impulsaron al legislador a promulgar tal normativa, hemos consultado las Actas de la Ley General de la Administración Pública. Al respecto, el Acta 105 de la Sesión celebrada por la Comisión Permanente de

Gobierno y Administración el día 7 de abril de 1970 a las catorce horas con quince minutos indica:

" LIC. PIZA ESCALANTE : (...) El proyecto se orienta a asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Se recogen dos propósitos básicos sobre los que descansan toda la normativa del proyecto enunciados desde el comienzo de esta exposición a saber:

1) El de resolver la contraposición entre autoridad y libertad, entre prerrogativa y garantía.

Buscando un justo equilibrio entre las necesidades de un procedimiento rápido, ágil y flexible indispensable para el funcionamiento eficiente y económico de la administración y de las garantías debidas al administrado, sobre las cuales el proyecto no admite transacción salvo casos de excepción, de urgencia que se regulan restrictivamente.

2) En general, la de garantizar la vigencia efectiva de los principios de derecho, sobre los que se asienta todo el régimen institucional costarricense, y que valen no sólo para garantizar intereses legítimos de los administrados, sino también, cada día más como la condición (sic) en la defensa de interés público.

(...)

LIC ORTIZ ORTIZ:

La explicación del párrafo primero es la siguiente: el procedimiento sirve para que se logren los fines de la administración, pero naturalmente con el ordenamiento jurídico y dentro del respeto a los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, cuando el ordenamiento jurídico lo imponga. Por esto establecemos la garantía que antes se mencionaba entre prerrogativa y derecho subjetivo. Posteriormente dice el párrafo dos dice (sic) que el objeto más importante del procedimiento, es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de

motivo al acto final.

(...)

LIC ORTIZ ORTIZ:

En otras palabras este procedimiento sirve para regular los casos en que el acto final en que desemboque el procedimiento vaya a producir efectos jurídicos en otros sujetos, por ejemplo, otros entes públicos, o los administrados. No se refiere al caso en que el procedimiento desemboque en un acto puramente interno que no tenga efecto frente a los administrados."

Siguiendo la orientación de las citas transcritas, la Ley General precisa los casos en que se aplicará el procedimiento ordinario o el sumario. Este tema lo retomaremos en el punto III.A de este dictamen.

Es conveniente recordar que dentro de los principios que orientan el procedimiento administrativo destacan, la garantía del debido proceso, que contiene entre otros el derecho de defensa, audiencia e imparcialidad. Asimismo, rigen los principios de impulso procesal de oficio, celeridad, exigencia de legitimación, in dubio pro administrado y gratuidad. Aunque el estudio de los principios citados no es el tema de la consulta, ellos deben ser tomados en consideración al estudiar el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública.

I-B. Sobre el órgano director del procedimiento en particular: Las partes dentro del procedimiento administrativo son el sujeto administrativo y el sujeto administrado. Respecto al primero, y siguiendo los lineamientos de la Ley General de la Administración Pública, debemos distinguir entre el órgano director del procedimiento y el órgano decisor.

Este último es el que reúne las condiciones necesarias, incluyendo por supuesto la competencia, para resolver por acto final el procedimiento.

Por su parte, el órgano director es el encargado de tramitar y excitar el desarrollo del mismo, dictando las providencias que estime necesarias. Este deberá ser nombrado por el competente para emitir el acto final, es decir por el órgano decisor. En ese sentido, la Procuraduría General de la República, mediante dictamen C- 166-85 de 22 de julio de 1985, y refiriéndose a los casos en que se inicia el procedimiento administrativo, con el fin de declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta de un acto administrativo, se refirió al órgano director del procedimiento indicando : " Es criterio de este Despacho que el órgano director del procedimiento debe ser designado por el órgano competente para emitir el acto final. Igualmente hemos considerado que una vez instruido el procedimiento, el órgano director debe remitir el expediente respectivo al órgano con competencia para resolver sobre el fondo del asunto, para que este requiera los dictámenes que la ley exige. "

En consecuencia, la regla general nos indica que tenemos por un lado el órgano competente para dictar el acto final y que este debe nombrar el órgano director del procedimiento, el que le remitirá el expediente una vez listo para ser resuelto.

La función que el órgano director debe realizar es amplia y de seguido pasamos a analizarla.

Sobre las normas de la ley general de la administración pública que regulan las facultades y potestades del órgano director del

PROCEDIMIENTO:

Reiteramos, que el órgano director es el encargado de llevar a cabo el procedimiento administrativo hasta dejar los autos listos para la decisión final. Con el fin de realizar esa función, la Ley General de la Administración Pública le confiere una serie de atribuciones y deberes.

Seguidamente hacemos indicación de los mismos, sin pretender abarcarlos todos. Es menester advertir que en lo sucesivo al hacer mención de un artículo sin indicar el cuerpo legal al que pertenece debe entenderse que nos referimos a la Ley General de la

Administración Pública.

II.A- Deberes del órgano director del procedimiento:

1- Abstenerse de conocer y tramitar un asunto, cuando se incurra en alguna causal prevista por la ley, siguiendo para ello con el trámite correspondiente (artículo 230 al 238).

Sobre este tema puede consultarse el dictamen de la Procuraduría General de la República C- 070-92 de 23 de abril de 1992.

2- El órgano director debe impulsar de oficio el procedimiento (artículo 222).

3- Cuando deba interpretar las normas del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, deberá hacerlo en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados (artículo 224).

4- El órgano debe conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado (artículo 225.1). Este deber reviste especial importancia si tomamos en consideración que ese mismo artículo indica que serán responsables la Administración y el servidor por cualquier retardo grave e injustificado.

5- Debe adoptar las resoluciones con apego al ordenamiento, y en caso de actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél (artículo 216).

6- El órgano director debe observar las formalidades sustanciales del procedimiento, pues de lo contrario se causará nulidad de lo actuado en los términos del artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública. Así, por ejemplo, el numeral 247 del mismo cuerpo legal se refiere a la nulidad de la comunicación de actos del procedimiento, y el artículo 254 a la nulidad de la citación.

7- La actuación administrativa debe tener lugar en la sede normal del órgano y dentro de los límites territoriales de su competencia, so pena de nulidad absoluta del acto, salvo que éste por su naturaleza deba realizarse fuera.

El servidor podrá actuar excepcionalmente fuera de sede por razones de urgente necesidad (artículo 268).

8- El órgano director deberá resolver todas las cuestiones previas surgidas durante el curso del procedimiento, aunque entren en la competencia de otras autoridades administrativas; pero deberá consultarlas a éstas inmediatamente después de surgida la cuestión y el órgano consultado deberá dictaminar en el término de tres días (artículo 227.1).

9- Debe garantizar el derecho de defensa de las partes. Por ejemplo permitirles el acceso al expediente (Artículo 217).

Las partes, sus representantes y cualquier abogado, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir su certificación, (el costo de las copias y certificaciones a cargo del petente) con las salvedades que indica el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública (artículo 272).

No se otorgará acceso al expediente cuyo conocimiento pueda comprender secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente (artículo 273).

Fuera de los casos citados, la Ley establece en el artículo 259.4 que se reputa fuerza mayor y por ende pueden suspenderse los plazos si la Administración ha negado u obstaculizado el examen del expediente.

10- Conservar en los supuestos de actos o actuaciones que deban consignarse en acta, aquellos objetos presentados que puedan desaparecer, dejando en la misma la constancia respectiva

(artículo 270.6).

11- Al órgano director le es prohibido hacer nuevos señalamientos o prórrogas de oficio (artículo 258).

12- El órgano director del procedimiento deberá respetar los plazos establecidos en la Ley General de la Administración Pública.

En el caso de suspensión de plazo por fuerza mayor o si por cualquiera otra razón el órgano no ha podido realizar los actos o actuaciones que le corresponden, previstos dentro de los plazos señalados por los artículos 261 y 262, deberá comunicarlo a las partes y al superior dando las razones para ello y fijando simultáneamente un nuevo plazo al efecto, que nunca podrá exceder de los allí indicados.

Si ha mediado culpa del servidor en el retardo, cabrá sanción disciplinaria en su contra y, si la culpa es grave, responsabilidad civil ante el administrado tanto del servidor como de la Administración (artículo 263).

13- No puede reducir o anticipar los términos destinados a las partes o terceros, pues ello corresponde al Poder Ejecutivo en virtud de razones de urgencia (artículo 265.3)

14- El órgano director debe tomar en consideración que las reglas establecidas en los artículos 239 al 247 acerca de la comunicación de los actos del procedimiento deben ser observadas. Destaca dentro del articulado el numeral 245 que indica que la notificación debe contener el texto íntegro del acto con indicación de los recursos procedentes, del órgano que los resolverá, de aquél ante el cual deberán interponerse y del plazo para interponerlos.

15- Asimismo debe observar las reglas establecidas en los artículos 248 a 254 acerca de las citaciones.

El órgano director debe velar porque la citación incluya los

requisitos enunciados en el numeral 249. Respecto al punto c) del artículo, debe tomarse en cuenta que al indicar el asunto a que se refiere la citación, el órgano director debe limitarse a indicar los hechos absteniéndose de calificarlos (artículo 249).

16- Debe adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún contra la voluntad de ellas. Lo anterior con el fin de verificar de la forma más fiel y completa, los hechos que sirven de motivo al acto final. (Artículo 221)

17- Celebrar la comparecencia en su sede, salvo supuestos de inspección ocular, prueba pericial, o bien, razones de economía de gastos o cualesquiera otras ventajas administrativas evidentes, siempre que ello no cause pérdida de tiempo y/o perjuicio grave para las partes (artículos 268 y 318).

18- Además de dirigirla, debe señalar la hora y la fecha de la comparecencia oral y privada y citar a las partes con quince días de anticipación. Si el órgano es colegiado la comparecencia será dirigida por el Presidente o por el miembro designado al efecto (artículo 311 y 314).

19- En la evacuación de prueba, dirigir y controlar las preguntas que se formulen (artículo 304.2). Igualmente deberá intervenir el órgano director por iniciativa propia, con el fin de que la materia de cada pregunta quede agotada en lo posible inmediatamente después de cada respuesta (artículo 304.4).

Al respecto, el Acta 107 de la Sesión celebrada por la Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración el día diez de Abril de 1970, señala que se trata de que una de las partes se dirija a la otra y el órgano director en ese caso no es más que un espectador cuya intervención está circunscrita a la verificación de la verdad o evitar las eventuales preguntas ilegales. Textualmente el acta citada indica :

" LIC. ORTIZ ORTIZ:

Es más o menos lo que se llama la parte se dirige a la parte, sólo

que se pregunte algo ilegal o inconducente, malicioso, puede ser censurado, limitado por el órgano director. Es un espectador mientras no tenga que intervenir para dirigir o limitar. La diligencia es algo fundamental que las partes llevan. En el caso de que la parte sea la administración que va a decidir esto tendrá un juego menor, pero cuando haya contención frente a una administración, pongo el ejemplo de ante el Servicio Civil, o ante el Servicio Nacional de Electricidad, entonces se desarrollará un diálogo verdadero entre las partes que simplemente dirigirá o controlará el órgano director, pero no va a ser intermediario." 20- Evacuar la prueba ofrecida por la parte, incluso en ausencia de esta, gozando para ello de las mismas facultades y deberes que las autoridades judiciales (artículos 300 y 315.2).

En el procedimiento sumario el órgano director ordenará y tramitará las pruebas en la forma que crea más oportuna, determinará el orden, términos y plazos de los actos a realizar, así como la naturaleza de éstos, sujeto únicamente a las limitaciones que señala la Ley General de la Administración Pública (artículo 323).

21- Imponer multa al citado a confesión cuando no comparezca sin justa causa (artículo 301.4).

22- Cuando la comparecencia ha sido grabada, el acta respectiva podrá ser levantada posteriormente con la sola firma del funcionario director, antes de la decisión final (artículo 313).

23- Recibir los recursos ordinarios que se formulen (artículos 342 y 349).

24- Resolver el recurso de revocatoria dentro de los ocho días posteriores a su presentación, salvo la hipótesis prevista en el numeral 352.1.

25- Emplazar a las partes, en caso de recurso de apelación, ante el superior, remitiendo el expediente sin admitir ni rechazar el recurso y acompañando un informe sobre los motivos de éste (artículo 349.2).

II.B- Facultades del órgano director del procedimiento:

1- En el procedimiento sumario, el órgano director podrá optar inicialmente por convertirlo en ordinario por razones de complejidad e importancia de la materia a tratar (artículo 326).

2- En caso de que las partes deban realizar un trámite deben hacerlo en el plazo de diez días salvo que la ley indique otra cosa. Si no se cumple, el órgano director puede declarar de oficio o a gestión de parte que no tienen derecho al correspondiente trámite (artículo 264).

3- Puede reducir o anticipar los plazos y términos del procedimiento administrativo destinados a la Administración por razones de oportunidad o conveniencia, en virtud de resolución que adoptará el director del procedimiento.

No puede hacer lo mismo con los plazos de las partes o de terceros, pues ello corresponde al Poder Ejecutivo en virtud de razones de urgencia (artículo 265).

4- El órgano director del procedimiento puede a solicitud de las partes prorrogar los plazos otorgados a éstas de conformidad con la Ley General de la Administración Pública hasta en una mitad más, siempre que concurren las circunstancias previstas en el numeral 258.1.

5- Todos los funcionarios públicos podrán actuar en día y hora inhábil, previa habilitación por el órgano director del procedimiento, cuando la demora pueda causar graves perjuicios a la Administración o al interesado, o hacer ilusoria la eficacia de un acto administrativo, a juicio del respectivo funcionario (artículo 267.3).

6- Posponer la comparecencia por encontrar defectos graves en su convocatoria, o por cualquier otro motivo que la imposibilite (artículo 316).

7- Dentro de sus deberes se encuentra el otorgar el derecho de

defensa a las partes, así como la facultad de limitar la intervención a lo prudentemente necesario y en caso extremo exigir el patrocinio o representación de un abogado (artículo 219 y 220).

8- El órgano director puede citar a cualquiera de las partes o a terceros para que declaren o realicen algún acto necesario para el normal desenvolvimiento del procedimiento, incluso para la decisión final de este (artículo 248.1). Tales citaciones deben encontrarse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 249 al 254 y 312 de la Ley General de la Administración Pública. La inobservancia de tales requisitos puede acarrear la nulidad de conformidad con el artículo 254. En ese sentido pueden consultarse los dictámenes C- 133-92 de 20 de agosto de 1992 y C- 024-94 de 10 de febrero de 1994.

9- Podrá actuar excepcionalmente fuera de sede por razones de urgencia (artículo 268).

Por ejemplo, en los casos indicados en el punto 17 de los deberes.

(artículo 318).

10- El órgano director puede decidir provisionalmente, de oficio o a instancia de parte, el asunto, cuando existan motivos de necesidad o conveniencia evidentes que exijan la decisión del procedimiento antes de estar listo para el acto final. Ello dentro de los requisitos establecidos en el artículo 332 de la Ley General de la Administración Pública. El órgano decisor sustituirá posteriormente dicha resolución provisional (artículo 332.3). Acerca de esta posibilidad excepcional puede consultarse el dictamen C-122-94 de 27 de julio de 1994.

11- Puede pronunciarse a solicitud de parte, sobre los puntos que estén listos para decisión, cuando " un caso puede ser decidido por materias o aspectos separables" (artículo 333.1). También en este caso la resolución será provisional.

Presupuestos para que el concejo municipal proceda a nombrar un órgano director del procedimiento:

De seguido analizaremos los presupuestos en los que la Ley General de la Administración Pública indica que debe acudirse al procedimiento administrativo. Asimismo, determinaremos si la materia municipal se encuentra sujeta al mismo.

III.A- Supuestos en los que se debe aplicar el procedimiento administrativo señalado en la Ley General de la Administración Pública : El procedimiento administrativo cuyo objeto es la verificación de la verdad real de los hechos, es una garantía para el administrado. Aunque en algunos países no se encuentra regulado, no sucede lo mismo con el nuestro pues la Ley General de la Administración Pública indica cuando debe ser utilizado y su realización en esos supuestos no es optativo sino obligatorio.

El artículo 215 contiene la regla general acerca de la aplicación del procedimiento administrativo. Así, cuando el acto final haya de producir efectos en la esfera jurídica de otras personas deberá realizarse el procedimiento administrativo ordinario o sumario.

Será de aplicación el procedimiento ordinario en los casos expresamente señalados en el artículo 308, a saber:

" 1. El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos :

a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y

b) Si hay contradicción o concurso de intereses frente a la administración dentro del expediente.

2. Serán aplicables las reglas de este Título a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualquiera otras de similar

gravedad.-

"El procedimiento sumario se aplicará en los casos previstos en el artículo 215 que no se encuentren señalados en el artículo 308. Así lo indica expresamente el numeral 320 :

" Cuando no se esté en los casos previstos por el artículo 308, la Administración seguirá un procedimiento sumario"

Consecuentemente, en cualquiera de los supuestos transcritos, debe realizarse el procedimiento administrativo. A esa regla general se contraponen los casos de excepción establecidos en el artículo 367.2 de la ley. El citado numeral señala los casos excluidos de la aplicación de esa ley en lo relativo al procedimiento. Esta hipótesis la analizaremos de seguido.-

III.B- Procedimientos excluidos de la aplicación de la Ley General de la Administración Pública: Al momento de promulgarse la Ley General de la Administración Pública en el año mil novecientos setenta y ocho, existían una serie de normativas especiales que regulaban aspectos generales y de procedimiento. A los primeros no nos referiremos, pues se encuentran excluidos de la materia consultada. En cuanto al procedimiento, el artículo 367 de esta ley derogó todas las disposiciones anteriores que establecían o reglaban procedimientos administrativos de carácter general, o cuya especialidad no resultara de la índole de la materia que regían. Asimismo, el punto dos de ese artículo exceptúa expresamente de la aplicación de la Ley General de la Administración Pública en cuanto a procedimiento siete materias, en los incisos a) al g), y en el inciso h)

faculta al Poder Ejecutivo para que por medio de Decreto excluya los procedimientos regulados por ley y en los que existieran motivos justificados para ello. Es conveniente anotar que bajo el número de expediente 406-92 se tramitó acción de inconstitucional formulada por Marshall y Asociados C.A contra el inciso h) del artículo en mención. La misma fue declarada sin lugar mediante voto 845-95 de las quince horas cincuenta y un minutos del catorce de febrero de mil novecientos noventa y cinco, en consecuencia, el mismo se encuentra vigente.

Por su parte, el Decreto Ejecutivo Número 8979-P, de veintiocho de agosto de mil novecientos setenta y ocho, promulgado de conformidad con el inciso h), excluyó el Código Municipal en el artículo primero.

Para mayor abundamiento, nos remitimos de nuevo a las Actas de la Ley General de la Administración Pública, que al referirse al tema indican :

" LIC ORTIZ ORTIZ: En virtud de las disposiciones finales del Código hay una serie de procedimientos de este tipo que no van a seguir el ordinario. Por ejemplo el procedimiento tributario, lo excluimos, las expropiaciones, el Servicio Civil, una serie de instituciones que ya están reguladas, o lo van a estar en corto plazo en otros sistemas, con otras leyes, las excluimos en (sic) este procedimiento" (Acta 107 de la sesión celebrada por la Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración el día diez de abril de 1970).

En conclusión, el Código Municipal es una de las excepciones a la aplicación del procedimiento establecido en la Ley General de la Administración Pública, sin embargo, tal y como veremos, esa exclusión no es del todo absoluta.

Las interpretaciones de la Sala Constitucional y de esta Procuraduría respecto a la materia han indicado que la exclusión vía decreto no implica que el procedimiento regulado en la Ley General no sea de aplicación, pues, con el fin de salvaguardar el debido proceso, dicha ley se torna en un instrumento de aplicación supletoria aún en los procedimientos regulados en forma independiente. Al respecto, la Sala Constitucional señaló:

" Que el artículo 367 inciso 2) de la Ley General exceptúa de la aplicación de la misma, en lo relativo a procedimiento administrativo, una serie de situaciones señaladas expresamente en ocho incisos, sin que se observe como tal exclusión pueda infringir los artículos de la Convención que apunta el accionante. Dichas disposiciones establecen el derecho de acceso al Poder Judicial, el principio de presunción de inocencia y las garantías mínimas a que tiene derecho toda persona dentro de los procesos judiciales (artículo 8), y el derecho a recurrir a la vía de amparo cuando existieren actos que violen sus derechos

fundamentales (artículo 25). Es evidente que la infracción que le imputa el accionante al artículo 367 inciso 2) de la Ley General no existe frente a los indicados artículos, pues de ninguna manera se refieren a la situación planteada. En todos los procesos administrativos existe la posibilidad de recurrir al Poder Judicial, aún en los excluidos de la aplicación de la Ley General en cuanto al procedimiento administrativo, y la vía del amparo está abierta frente a eventuales violaciones de los derechos fundamentales. Las situaciones exceptuadas poseen propio procedimiento en la ley o el reglamento, y, de todos modos, supletoriamente se les aplica la propia Ley General en lo no dispuesto expresamente (artículo 368 de dicha Ley General) " (Voto N° 617-90, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las dieciséis horas del cinco de junio de mil novecientos noventa. El destacado no pertenece al original).

Asimismo, mediante voto número 5653-93 de las ocho horas veintisiete minutos del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y tres, la Sala Constitucional se refirió a los procedimientos administrativos que pueden tener resultado sancionador de la siguiente manera: "... Independientemente de que la excepción aquí mencionada se refiere o no a procedimiento "regulado por ley" y de si puede o no entenderse que en este caso lo está, lo cierto es que esa excepción se limita al Libro Segundo de la Ley General y no, a las reglas del primero, el cual sin ninguna restricción, tiene plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración. Y ese Libro Primero, en el artículo 211 aparte 3 de la Ley, en relación con el tema de la responsabilidad disciplinaria del servidor público establece : " La sanción que corresponda no podrá imponérsele sin formación previa del expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia " De manera que, si esta norma es plenamente aplicable a toda la Administración Pública, los principios del debido proceso extraíbles de la Ley General y señalados por esta Sala en su jurisprudencia, son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga un objeto o produzca un resultado sancionador.

II- En consecuencia, cuando la Sala señaló en su sentencia 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, entre otras que los principios del debido proceso son aplicables, *mutatis mutandi*, a todo

procedimiento sancionador, no excluye de ellos a la Contraloría en el campo procedimental; elementos que comprenden por ejemplo el principio de intimación, el de imputación, los derechos de audiencia y defensa en sí y los demás derechos al procedimiento."

Por su parte, esta Procuraduría mediante dictamen C-122-91 de 15 de julio de 1991 señaló lo siguiente :

" En cuanto al segundo aspecto mencionado en la letra b) relativo a si la aplicación de la Ley General de la Administración Pública excluye la aplicación del Código Municipal o viceversa, debemos expresar lo siguiente : en materia de procedimientos, se aplica el Código Municipal con exclusión de la Ley General de la Administración Pública, cuando la especialidad de la materia municipal así lo exija; de manera que cuando no estemos en presencia de dicha exigencia, por la índole de la materia, debe regir en materia de procedimientos, la Ley General de la Administración Pública, según se desprende del artículo 367.1 de la Ley General de la Administración Pública, con las excepciones previstas por el mismo artículo en su inciso 2). En el sentido expresado, de conformidad con los decretos ejecutivos 8979-P y 9469-P, en su orden , de 28 de agosto y de 18 de diciembre, ambos de 1978, la especialidad de la materia municipal en materia de procedimientos excluye la aplicación de la Ley General de la Administración Pública; no obstante, en caso de duda esta ley prevalece sobre el Código Municipal, y en materia de interpretación, informa el Código Municipal orientando su aplicación." Así las cosas, en cuanto a procedimiento debe acudirse al señalado en la Ley General de la Administración Pública en los siguientes casos :

1- Cuando no se trate de materia expresamente excluida por el artículo 367 y los Decretos concordantes.

2- Cuando se trate de materia excluida, pero sin procedimiento especial regulado.

3- Cuando se trate de materia excluida pero el procedimiento especial no garantice el debido proceso. Acerca de los alcances del debido proceso, puede consultarse el voto 1732-92 de la Sala Constitucional.

4- Como fuente supletoria se aplicará en el caso de materia excluida sobre lo no dispuesto expresamente. En caso de duda prevalece sobre la materia excluida. También en materia de interpretación informa orientando la aplicación.

A modo de ejemplo, podemos indicar que uno de los supuestos en que la Municipalidad debe iniciar un procedimiento administrativo de conformidad con la Ley General de la Administración Pública es al aplicar el numeral 173 de ese cuerpo normativo. Es decir, cuando la Municipalidad pretenda declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto propio. El dictamen preceptivo y previo a la anulación, que rinde esta Procuraduría es una garantía más para el administrado del respeto al debido proceso a que tiene derecho por disposición constitucional en caso de que se pretenda anular un acto del cual deriva derechos.

En ese sentido, el dictamen C-093-92 de 23 de junio de 1992, de la Procuraduría General indicó :

" ... de previo a pedir el criterio de este Despacho en lo atinente a la nulidad de los actos referidos, debe iniciarse el procedimiento ordinario que establecen los arts. 308 y siguientes de la citada ley; procedimiento que amén de garantizar el derecho de defensa de las partes interesadas (art.39 de la Constitución Política), garantiza la verificación de la verdad real de los hechos, procurando mayor capacidad de acierto de la Administración en la resolución del asunto (arts. 214, 221, 297 inc.1 in fine de la ley citada)."

En el mismo sentido, puede consultarse entre otros los dictámenes , C-119-92 de 3 de agosto de 1992; C- 024-94 de 10 de febrero de 1994 y C-079-94 de 11 de mayo de 1994.

Por su parte, la Sala Constitucional al referirse caso que hemos mencionado como ejemplo indicó :

" Para que la Municipalidad pueda revocar un acuerdo suyo, que se encuentra firme, debe observar lo dispuesto por el artículo 175 del Código Municipal, y en su caso, el 173 de la Ley General de la

Administración Pública, en procedimiento mediante el que se garantice una adecuada intervención de los que deriven derechos del acuerdo a anular ..." (Sala Constitucional, voto 1145-90 de 19 de setiembre de 1990. El destacado no pertenece al original).

A manera de conclusión podemos indicar que la exclusión establecida por el artículo 367.2 de la Ley General de la Administración Pública, solo puede darse cuando los procedimientos excluidos se encuentren regulados. Además, no bastará la simple regulación sino que ella deberá resguardar los principios que informan el debido proceso, pues de lo contrario, como hemos indicado, esta ley se convierte en un instrumento de aplicación supletoria y obligatoria.

Sobre los integrantes del órgano director del procedimiento:

Varios de los puntos consultados se refieren a la integración del órgano director del procedimiento, por ello, los incluimos todos bajo este tema y subdividimos el mismo en dos puntos. En el primero nos referimos al número de integrantes y en el segundo a la posibilidad de que no sean funcionarios municipales; la aceptación expresa del cargo y la juramentación de los integrantes.

Número de integrantes del órgano director del procedimiento:

El texto de la Ley General de la Administración Pública permite concluir que el órgano director del procedimiento puede ser unipersonal o colegiado. Así, el artículo 314 indica:

" 1. El órgano que dirige el procedimiento será el encargado de dirigir la comparecencia.

2. Si el órgano es colegiado, será dirigido por el Presidente o por el miembro designado al efecto "

La determinación del número de funcionarios que integraran el

órgano director deberá tomar en consideración el mejor logro del objeto del procedimiento y los principios de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado (Artículo 269).

Sobre la posibilidad de que los integrantes del órgano director del procedimiento no sean funcionarios públicos:

La Ley General de la Administración Pública al referirse al tema del órgano director no se pronuncia expresamente acerca de la posibilidad de integrarlo con sujetos que no sean funcionarios públicos. Acudiendo a la doctrina encontramos que el procedimiento administrativo es un canal o instrumento, por medio del que se forma la voluntad administrativa. Es un medio para la realización de una prerrogativa pública realizada por medio de los órganos de la Administración, según la competencia que por ley les corresponda. Esa competencia es por supuesto un requisito de la validez del acto.

El jurista JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE, en su artículo " Sobre el Concepto de Funcionario de Hecho " publicado en la Revista de Administración Pública N° 29 de mayo-agosto de 1959, señala que por órgano de la Administración se entiende un complejo ideal de competencias y medios materiales, atribuidos a una persona física a fin de obrar y manifestar la voluntad administrativa, es decir, los órganos manifiestan hacia los terceros la voluntad de la Administración. El órgano y la Entidad a la cual pertenece aquél, no son dos personas jurídicas distintas, sino una sola, y la voluntad de la persona individual en cuanto órgano, tan sólo tiene significación jurídica respecto de la organización general de la que forma parte.

Por su parte, ZANOBINI citado por DE LA VALLINA indica que toda persona jurídica, y la Administración pública lo es, obra a través de los llamados órganos, pudiendo ser considerados desde un doble punto de vista: en abstracto y en concreto; abstractamente, se nos presenta como un complejo de atribuciones, de competencias, de medios materiales y personales referidos al logro de un determinado fin del Ente Público;

pero en concreto el órgano no es sino la persona física que en un determinado momento actúa como titular del oficio, de las competencias y de las atribuciones del mismo. Bajo el primer aspecto, el órgano es una institución, de la cual el titular es sólo el elemento principal, pero que temporalmente puede faltar sin que la institución desaparezca; bajo el segundo aspecto el órgano es la misma persona física del titular, es decir, en este sentido podemos adelantar, aunque la expresión esté desprovista de rigor científico, que el órgano equivale a funcionario, que es la denominación corrientemente usada por los autores para designar al titular del órgano.

Ahora bien, es cierto que el órgano director del procedimiento, es un órgano administrativo y por regla general, las personas físicas que lo integran deben ser funcionarios públicos, nombrados como tales para el desempeño de sus funciones. También es cierto que el artículo 65.1 de la Ley General de la Administración Pública señala que todo órgano será competente para realizar las tareas regladas o materiales internas necesarias para la eficiente expedición de sus asuntos y el artículo 66.1 señala que las potestades de imperio y su ejercicio, así como los deberes públicos y su cumplimiento son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. Todo lo anterior nos permite deducir que por regla general, tal como lo indica expresamente el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, los sujetos que integran el órgano director del procedimiento deben ser servidores públicos en los términos del citado artículo, entendidos estos como aquella persona que presta sus 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, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

Sin detrimento de lo expuesto consideramos que en casos excepcionales, cuando la realización del fin público lo amerite, podrán nombrarse funcionarios ajenos a la Administración con el fin de que integren el órgano director de un procedimiento. Lo anterior deberá encontrarse debidamente justificado a criterio de la Administración, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, mediante Acuerdo firme del Concejo Municipal en el que se indiquen las razones por las que se considera que la Administración no cuenta con personal idóneo, ó bien, que de constituirse el órgano con los funcionarios existentes, el fin público que se persigue no podría alcanzarse.

Ese razonamiento encuentra fundamento en la teoría de la vicariedad en el ejercicio de la función administrativa. Sobre el particular, FRANCISCO LLISSET BORRELL establece:

" Que los particulares están llamados a desempeñar un importante papel en el campo del Derecho administrativo, no ya como administrados simples, o incluso como administrados cualificados, sino como sujetos activos y ejecutores de la actividad administrativa, junto con la Administración Pública, y como sustitutos o auxiliares de la misma, algo inconcuso en una época como la nuestra, y como la que se abre en nuestro horizonte histórico, de creciente complejidad en la vida social y de monstruosa expansión de los fines administrativos. Pues bien, en este plano es necesario situar la figura del vicario administrativo que implica la realización de función administrativa por particulares."

Pero para evitar una inflación de esta figura jurídica, no basta para calificar una actividad como función administrativa vicaria con que un particular despliegue una acción encaminada a un fin de interés público: dicha acción ha de ser pública en su aspecto objetivo, pero también en su aspecto subjetivo, es decir, ha de ser atribuida por el ordenamiento jurídico a la administración pública, como una potestad de ella, si bien admitiendo la transferencia del ejercicio de dicha potestad en favor de un particular a través de alguna de las técnicas legalmente admitidas." Uno de los ejemplos clásicos de esta posibilidad en el ejercicio de función administrativa, la encontramos en la figura del concesionario, sin embargo, debemos tener presente que la vicariedad encierra un conjunto de figuras específicas, por lo que a determinados efectos el término vicario de la Administración sustituye con ventaja al de concesionario.

El citado jurista LLISSET BORRELL afirma que el concepto de vicario administrativo viene justificado por el artículo 28, 4, b) de la Ley sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española, al establecer : " No podrán interponer recurso contencioso-administrativo en relación con los actos y disposiciones de una Entidad pública: ... b) Los particulares, cuando obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella."

Por su parte, el ordenamiento jurídico costarricense contiene un presupuesto similar en el artículo 10.5 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Expresamente señala dicho artículo :

" 5. No podrán interponer juicio contencioso- administrativo, en relación con los actos y disposiciones de una entidad pública:

a)

b) Los particulares cuando actúen por delegación o como simples agentes o mandatarios de esa entidad."

LLISET afirma que el fundamento jurídico de la situación peculiar del vicario administrativo hemos de buscarlo, alternativamente, en una norma general o en un acto singular, que operan, a su vez, como técnicas de transferencia del ejercicio de una función administrativa. Es claro, que sin el acto de habilitación, la actividad del particular no sería lícita.-

El mismo autor expone los efectos de la vicariedad en el ejercicio de la función administrativa de la siguiente manera :

" a) El particular pasa a desarrollar una actividad que, en principio, como consecuencia de una específica atribución de potestad administrativa, corresponde a la Administración Pública. El particular se convierte, por obra y gracia de la habilitación de que ha sido objeto, en vicario administrativo, siéndole aplicables, en alguna medida, las normas exorbitantes del Derecho común.

b) Sin el acto de habilitación, la actividad del particular no sería lícita (...)

d) La adquisición de la condición de vicario administrativo, hace nacer la obligación de desarrollar efectivamente la función confiada, excepto si renuncia expresa o tácitamente, a su singular posición en los casos en que esta renuncia está permitida por el ordenamiento jurídico.-

e) El vicario administrativo está sometido en función de la actividad administrativa que desarrolla a un cuadro de controles, a modo de tutela administrativa sui-generis, con el fin de que dicha actividad se sujete a los modos y formas establecidos y se encamine al interés público.-

f) Tanto si el acto habilitante es unilateral como contractual, el vicario administrativo se encuentra en una posición especial de sujeción, que justifica, en su caso, la imposición de sanciones administrativas por defectuoso cumplimiento de las funciones públicas encomendadas, inclusive la extinción del acto habilitante.

g) La actividad administrativa de los vicarios implica la impugnabilidad de los actos de esa naturaleza a través de una vía de recursos de alzada ante la Administración transferente, y, a través de ésta, ante la jurisdicción contencioso administrativa.-

h) Como contrapartida de la condición de delegados o agentes descentralizados de la Administración pública que adquieren sus vicarios, se les prohíbe la impugnación de los actos dictados por la Administración transferente en el ejercicio de las competencias que retiene en última instancia. No podrán impugnar, por tanto, dichos actos en cuanto que agentes de la Administración pública, pero sí en cuanto que particulares.-

" En conclusión, la Municipalidad en el caso excepcional de requerir integrar el órgano director con funcionarios ajenos en principio a la Administración, deberá seguir los procedimientos legales establecidos para la contratación de profesionales. Por ejemplo, cuando se proceda de esa forma, deberá contarse con la subpartida presupuestaria que ampare el egreso. La violación de lo estipulado puede generar la suspensión del funcionario responsable y la reincidencia será causa justa de separación, según lo establece el artículo 127 del Código Municipal. Además, debemos recordar que la Contraloría General de la República puede eventualmente improbar los proyectos de presupuesto que reciba de conformidad con el artículo 125 del Código Municipal.

El nombramiento deberá efectuarlo el Concejo Municipal mediante Acuerdo debidamente razonado y aquéllos en quienes recaiga la designación deberán aceptar el cargo y ser debidamente

juramentados.

Sobre la vinculatoriedad para el superior de lo resuelto por el órgano director del procedimiento:

Normalmente, el órgano director es el encargado de instruir o llevar a cabo el procedimiento hasta dejar los autos listos para el dictado del acto administrativo final, no le corresponde dictar este último. Así lo ha establecido esta Procuraduría al indicar:

" El órgano director del procedimiento tiene normalmente la obligación de resolver interlocutoriamente acerca de la prueba ofrecida, así como de toda otra gestión, articulación o incidencia que hubiere sido presentada en tiempo por las partes o terceros legitimados; hasta dejar los autos listos para que el órgano decisor pueda conocer del fondo del asunto y dictar por separado la resolución que corresponda en cada caso." (Dictamen C-122-94 de 27 de julio de 1994).

En el supuesto excepcional del artículo 332 de la Ley General de la Administración Pública, el órgano director puede adoptar una decisión provisional de oficio o a instancia de parte por razones de necesidad o conveniencia evidentes. Sin embargo, en ese caso, el mismo artículo ordena su sustitución por la decisión final dictada en el plazo de ley.

Esa última puede ser revocatoria o confirmatoria de la provisional.

De todas maneras, una vez finalizada la intervención del órgano director, este puede emitir un informe final de lo actuado y pasar los autos al órgano decisor. No existe norma alguna que prohíba incluir alguna recomendación en ese informe, sin embargo la misma no es vinculante. Si aceptáramos la posibilidad de que lo fuera, estaríamos eliminando o sustituyendo en su competencia al órgano decisor.

Por otra parte, en relación con las resoluciones de mero trámite, o incidentales, hemos considerado oportuno referirnos brevemente a

algunas que son revisables mediante los recursos de revocatoria, apelación, revisión o queja.

En los artículos 342 al 360 se indican expresamente algunos actos del procedimiento administrativo ordinario y del sumario que tienen recurso a saber:

- En el procedimiento ordinario cabe recurso ordinario contra:

a) el acto que lo inicie, b) contra el que deniega la comparecencia oral c) contra el que deniega cualquier prueba d) contra la resolución que por razones de oportunidad o conveniencia reduce o anticipa los plazos y términos del procedimiento destinados a la administración (artículo 265)

e) contra el acto final.

De los anteriores los citados bajo los puntos b), c) y d) los dicta el órgano director del procedimiento. Sin embargo, el artículo 345.3 indica que se considerará como final el acto de tramitación que suspenda indefinidamente o haga imposible la continuación del procedimiento, por lo que bajo esa perspectiva puede el órgano director emitir el acto final.

- En el procedimiento sumario se admite recurso ordinario contra:

a) el rechazo ad-portas de la petición, b) contra la denegación de la audiencia para concluir el procedimiento y

c) contra el acto final (artículo 344.1)

De los anteriores el citado bajo el punto b) es dictado por el órgano director del procedimiento. Eventualmente, en los términos analizados antes puede considerarse que también emite el acto final.

- Cabrá recurso de revisión contra:

a) los actos de tramitación que suspendan indefinidamente o hagan imposible la continuación del procedimiento, pues ellos se consideran actos finales (artículos 345.3 y 353.1 de la Ley General de la Administración Pública).

- Podrá reclamarse en queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de plazos preceptivamente señalados u omisión de trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto (artículo 358 de la Ley General de la Administración Pública).

Las resoluciones de trámite o incidentales citadas que dicta el órgano director del procedimiento son en consecuencia recurribles.

CONCLUSIONES:

Siguiendo el orden de los puntos consultados por la Municipalidad arribamos a las siguientes conclusiones:

1- El órgano director del procedimiento es el encargado de tramitar y excitar el desarrollo del procedimiento dictando las providencias que estime necesarias.

2- El Concejo Municipal deberá nombrar un órgano director del procedimiento cuando deba aplicar el procedimiento administrativo regulado en la Ley General. Tomando en consideración que la materia Municipal se encuentra excluida de conformidad con el artículo 367.2 de la ley y el Decreto Ejecutivo 8979-P de 28 de agosto de 1978, el procedimiento de la Ley General resulta de aplicación cuando nos encontramos en los supuestos de los artículos 215, 308 y 320 y además se da alguna de las siguientes hipótesis:

a) Cuando no se cuente con procedimiento especial regulado.

b) Cuando el procedimiento especial no garantice el debido proceso. Acerca de los alcances del debido proceso, puede consultarse el voto 1732-92 de la Sala Constitucional.

c) Como fuente supletoria se aplicará sobre lo no dispuesto expresamente. En caso de duda prevalece sobre la materia excluida. También en materia de interpretación informa orientando la aplicación.

El órgano director del procedimiento puede ser unipersonal o colegiado. Al decidir el número de sus integrantes deberá buscarse el mejor logro del objeto del procedimiento y los principios de celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado.

3- Por regla general los miembros del órgano director deberán ser funcionarios públicos al momento del nombramiento, sin embargo, excepcionalmente cuando la consecución del fin público lo amerite podrán nombrarse personas externas. Ello debe realizarse mediante Acuerdo del Concejo Municipal debidamente fundamentado y aquellos en quienes recaiga el nombramiento deberán aceptar el cargo expresamente y ser juramentados.

Además, debe ponerse especial atención en la idoneidad de los miembros del órgano director, pues su actuación genera no solamente responsabilidad personal sino para la Administración.

4- Las facultades y potestades del órgano director del procedimiento se encuentran reguladas en el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública. Sin embargo, las normas del Libro Primero que son generales y aplicables a toda la Administración, se aplican en lo conducente.

5- Normalmente el órgano director no es el competente para resolver el asunto mediante acto administrativo final, por lo que una vez listo el expediente para ser resuelto debe pasarlo al órgano correspondiente. Ello no impide que pueda emitir un informe final que incluya alguna recomendación. Sin embargo, la misma no puede ser vinculante pues estaría invadiendo el ámbito de competencia del órgano decisor.

El artículo 332 constituye una excepción a la regla al indicar que el órgano director podrá adoptar una decisión provisional, de oficio o a instancia de parte, cuando razones de necesidad o conveniencia evidentes lo exijan. Esa resolución deberá ser

sustituida por la final, ya sea revocatoria o confirmatoria, y dictada en el plazo de ley por quien tenga la competencia para ello.

Los artículos 342 a 360 indican cuales actos o providencias del órgano director del procedimiento tienen recurso de revocatoria, de apelación, de revisión y de queja.

Finalmente, cabe advertir, que el presente pronunciamiento se emite sin perjuicio de las potestades propias de la Contraloría General de la República en lo que se refiere a su función tutelar sobre los presupuestos de las municipalidades; de suerte que el criterio legal que ahora se formaliza no podría, de modo alguno, enervar o limitar el ejercicio de dicha potestad ni mucho menos, sustituirlo.

Se suscribe atentamente,

Licda Laura Rodríguez Castro Profesional II

c) Sobre el principio de Justicia pronta y cumplida y los plazos en el recurso de revocatoria

[SALA CONSTITUCIONAL]⁵

Exp: 04-001815-0007-CO

Res: 2005-00080

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del dieciocho de enero del dos mil cinco.-

Recurso de amparo interpuesto por GONZÁLEZ FONSECA JOSÉ FRANCISCO, cédula número 2-385-772; contra el MINISTRO Y EL JEFE DE LA OFICINA DE CONTROL DE RADIO Y TELEVISION, AMBOS DEL

MINISTERIO DE GOBERNACIÓN Y POLICÍA

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 14:10 horas del 27 de febrero del 2004 , el recurrente interpone recurso de amparo y manifiesta que el 25 de noviembre de 2003 presentó ante el Departamento de Control Nacional de Radio una solicitud a efecto de que se le otorgara una licencia para operar una frecuencia de radiodifusión sonora en la banda del 525 a 1705 KHZ con modulación de amplitud. Que mediante oficio del 27 de noviembre de 2003 (folio 14), se le comunicó que debía completar los requisitos para tramitar la solicitud de interés. El 12 de diciembre del 2003, presentó ante la Oficina recurrida la totalidad de los requisitos que en el oficio N o 671-03 CNR se le señalaron como faltantes. Agrega que el 07 de enero del 2004, recibió el oficio N o 001-04 CNR en que se le puso en conocimiento que su solicitud del 25 de noviembre de 2003 estaba completa y que la Oficina de Control procedería, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Reglamento de Estaciones Inalámbricas, a hacer la recomendación correspondiente al Ministro de Gobernación a quien corresponde dictar resolución final. Que en virtud de que no se produjo pronunciamiento alguno dentro del plazo legalmente establecido en la Ley General de la Administración Pública, mediante escrito del 09 de febrero de este año, solicitó a la Oficina de Control Nacional de Radio aplicar a su favor el silencio positivo, ello en los términos previstos por el numeral 330 del mismo cuerpo normativo. Que el 14 de febrero de 2004, mediante oficio N o 082-2004 CNR la Oficina de Control de Radio, le comunicó el rechazo de su gestión para la aplicación del silencio positivo, informándole que el asunto ya había sido estudiado por la oficina de radio y que el asunto había sido remitido al Ministerio de Gobernación para que se pronunciara sobre lo pedido, sin embargo, a pesar de que el plazo legal para dictar resolución final se encuentra vencido, la misma se echa de menos a la fecha de interposición del amparo , lo que estima violenta lo dispuesto en los numerales 11 y 27 constitucionales. Solicita que se le restituya en el pleno goce de sus derechos fundamentales conculcados.

2.- Rogelio Ramos Martínez, Ministro de Gobernación y Policía y Melvin Murillo Álvarez, Director de Control Nacional de Radio del Ministerio de Gobernación y Policía informaron bajo juramento que es cierto que el día 25 de noviembre del 2003 el amparado presentó

ante el Departamento de Control Nacional de Radio solicitud a efecto de que se le otorgara una licencia para operar una frecuencia de radiodifusión sonora en la banda de 525 a 1705 Khz, con modulación de amplitud. También es cierto que la solicitud hecha por el señor González Fonseca, se encontraba incompleta, y que se le previno mediante oficio No. 671-03 CNR, de 27 de noviembre del 2003, que debía completar su solicitud. Prevención que fue cumplida por el recurrente hasta el día 12 de diciembre del 2003. El escrito presentado por el amparado el 09 de febrero del 2004, en el que solicitó a la oficina de Control Nacional de Radio que aplicara en su favor el silencio positivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 de la Ley General de la Administración Pública, le fue rechazada por la Oficina de Control Nacional de Radio mediante oficio No.082-2004 CNR. Sobre este extremo, debe recordarse que nuestra Constitución Política en el artículo 121, inciso 14) señala al espectro (radioeléctrico como un bien de dominio público y establece sobre esos bienes un régimen jurídico especial y que de por disposición del artículo 330) de la Ley General de la Administración, la figura del silencio positivo, opera únicamente tratándose de permisos, licencias y autorizaciones, y por tratarse lo solicitado de una concesión, figura administrativa muy diferente a las indicadas en el artículo de cita, no opera la figura del silencio positivo, máxime de que se tratan de bienes de dominio público, por lo que en este caso se debe entender denegada la solicitud planteada, es decir que lo que opera es la figura del silencio negativo, de conformidad con lo señalado en el artículo 261 de la Ley General de la Administración Pública. En este sentido la Procuraduría General de la República señaló en el Dictamen No C-198-02 sostuvo que " la figura del silencio positivo resulta inaplicable a los permisos; autorizaciones o licencias que se soliciten que involucren bienes de dominio público, sujetos a regímenes especiales..." . En razón de lo expuesto la actuación de la Oficina de Control Nacional de Radio se encuentra ajustada a derecho. Finalmente, en cuanto a la resolución que se echa de menos, se señala vulnerado el artículo 11 de la Constitución Política que consagra el principio de legalidad, el cual se desarrolla en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública. Sobre el particular ese Despacho considera que en la presente actuación se ha respetado en un todo el principio de legalidad. En relación con la alegada vulneración al numeral 27 constitucional, debe tenerse presente que al tenor de lo establecido en el inciso b) del artículo 5 de la Ley de Radio y Televisión, le corresponde al Departamento de Control Nacional de Radio analizar las peticiones que se le presenten para la obtención de una licencia relacionada con el establecimiento de

estaciones radiotransmisoras y cumplido lo anterior informa al Poder Ejecutivo, con base en la solicitud de aquél departamento resuelve la gestión de manera definitiva, lo que se encuentra en trámite. Solicitan se declare sin lugar el recurso.

3.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada Calzada Miranda ; y,

Considerando:

I.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos:

a) el 25 de noviembre del 2003, el amparado presentó ante el Departamento de Control Nacional de Radio solicitud a efecto de que se le otorgara una licencia para operar una frecuencia de radiodifusión sonora en la banda de 525 a 1705 KHz, con modulación de amplitud. (hecho incontrovertido).

b) mediante oficio del 27 de noviembre del 2003, se le previno que debía completar los requisitos de su solicitud, prevención que, efectivamente, fue cumplida por el recurrente el día 12 de diciembre del 2003 (hecho incontrovertido).

c) el 09 de febrero del 2004 el amparado solicitó a la Oficina de Control Nacional de Radio que aplicara en su favor el silencio positivo, solicitud que le fue rechazada por la Oficina de Control Nacional de Radio mediante oficio No 082-2004 CNR (folio 65).

II.- Hechos no probados. Se estiman como indemostrado el siguiente hecho de relevancia para esta resolución. ÚNICO: que la solicitud planteada por el recurrente el 25 de noviembre del 2003 y completada el 12 de diciembre del 2003, haya sido resuelta por el accionado.

III.-DERECHO A UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PRONTO Y CUMPLIDO. Las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades, competencias o atribuciones deben conocer y resolver en la sede administrativa o gubernativa previa, a través de un procedimiento, múltiples solicitudes de los administrados o usuarios de los servicios públicos a efecto de obtener un acto administrativo final, cuyo contenido psíquico puede ser volitivo, de juicio o de conocimiento. Ese acto administrativo conclusivo de un procedimiento administrativo puede otorgar o reconocer derechos subjetivos o intereses legítimos –situaciones jurídicas sustanciales– (actos favorables) o bien suprimirlos, denegarlos o imponer obligaciones (actos de gravamen o ablatorios). Es lógico y sensato que no puede haber una justicia administrativa inmediata, puesto que, la administración pública y sus órganos requieren de un plazo prudencial para tramitar de forma adecuada la respectiva petición y dictar la resolución administrativa más acertada y apegada a la verdad real de los hechos que constituyen el motivo del acto final. Lo anterior significa que entre el pedimento inicial formulado por el administrado y su resolución final debe mediar un tiempo fisiológicamente necesario (vacatio o distantia temporis), impuesto por la observancia de los derechos fundamentales de aquel (debido proceso, defensa, bilateralidad de la audiencia o contradictorio) y la mejor satisfacción posible de los intereses públicos. Consecuentemente, la substanciación de las solicitudes formuladas por los administrados requiere de un tiempo necesario que garantice el respeto de los derechos fundamentales de éstos, una ponderación adecuada de los elementos fácticos, jurídicos, del interés particular, de terceros y de los intereses públicos involucrados. Sin embargo, lo anterior no legitima jurídicamente a las administraciones públicas para que prolonguen indefinidamente el conocimiento y resolución de los asuntos que los administrados les han empeñado, puesto que, en tal supuesto los procedimientos se alargan patológicamente por causas exclusivamente imputables a éstas, siendo que los administrados no tienen el deber o la obligación de tolerar tales atrasos y dilaciones indebidas. El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita, en el Derecho Administrativo, al ámbito jurisdiccional, esto es, a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, pronto, oportuno y cumplido en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la

certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados. Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1°, ibidem). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las administraciones públicas, denominado autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por éstas para causarle una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos.

IV.- NATURALEZA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y PLAZOS RAZONABLES. En materia de procedimientos administrativos, es menester distinguir entre el de naturaleza constitutiva y el de impugnación. El primero tiene como principal propósito el dictado de un acto administrativo final que resuelva el pedimento formulado por el gestionante o parte interesada —en un sentido favorable o desfavorable—, y el segundo está diseñado para conocer de la impugnación presentada contra el acto final que fue dictado en el procedimiento constitutivo —fase recursiva—. El procedimiento constitutivo puede ser, a modo de ejemplo, los procedimientos ordinario y sumario normados en la Ley General de la Administración Pública o cualquier otro especial por razón de la materia regulado en una ley específica y que sea posible encuadrarlo dentro de las excepciones contenidas en el numeral 367, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública y en los Decretos Ejecutivos números 8979-P del 28 de agosto y 9469-P del 18 de diciembre, ambos de 1978. El procedimiento de impugnación comprende los recursos ordinarios (revocatoria, apelación y reposición) y los extraordinarios (revisión). Para sendos supuestos, y en lo que se refiere a los procedimientos

administrativos comunes –ordinario, sumario y recursos–, la Ley General de la Administración Pública establece plazos dentro de los cuales la respectiva entidad pública debe resolver ya sea la petición o solicitud inicial o el recurso oportunamente interpuesto. En efecto, el artículo 261, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública establece que el procedimiento administrativo ordinario debe ser concluido, por acto final, dentro del plazo de dos meses posteriores a su iniciación ; para la hipótesis del procedimiento sumario, el artículo 325 ibidem, dispone un plazo de un mes –a partir de su inicio– para su conclusión. En lo tocante a la fase recursiva o procedimiento de impugnación, el numeral 261, párrafo 2°, fija un plazo de un mes , en los demás casos, es decir, cuando no se trata del acto final, por disposición del numeral 352 del mismo cuerpo normativo, la administración cuenta con 8 días para resolver los recursos de revocatoria y apelación, pudiendo reservarse el conocimiento del recurso de revocatoria para el acto final, lo que deberá así comunicarse a las partes. Cuando un órgano o ente público se excede en estos plazos, se produce un quebranto del derecho a una justicia administrativa pronta y cumplida establecido en el artículo 41 de la Constitución Política.

V.- En este asunto, el amparado presentó el 25 de noviembre del 2003, una solicitud para que se le otorgara una licencia para operar una frecuencia de radiodifusión sonora en la banda de 525 a 1705 KHz, con modulación de amplitud. Se encuentra acreditado en el proceso que mediante oficio del 27 de noviembre del 2003, se le previno completar los requisitos faltantes en su solicitud, prevención que fue cumplida por el recurrente el día 12 de diciembre del 2003, fecha desde la cual el amparado espera respuesta, sin que la Sala encuentre justificación alguna para que se hayan excedido los plazos legales establecidos, lo que constituye clara trasgresión a las disposiciones de los numerales 27 y 41 constitucionales. Corolario de lo expuesto, se declara con lugar el recurso ordenando a los accionados resolver y notificar al amparado lo resuelto, dentro del plazo indicado en la parte dispositiva de éste fallo.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Rogelio Ramos Martínez, Ministro de Gobernación y Policía y a Melvin Murillo Álvarez, Director de Control Nacional de Radio del mismo Ministerio, o a quienes en su lugar ejerzan esos cargos, que respondan –dentro de sus campos competenciales– la gestión del

amparado del 25 de noviembre del 2003 y le notifiquen lo resuelto, dentro del plazo de 8 días contado a partir de la notificación de esta resolución, bajo el apercibimiento de que, con base en lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese ésta resolución a Rogelio Ramos Martínez, Ministro de Gobernación y Policía y Melvin Murillo Álvarez, Director de Control Nacional de Radio del mismo Ministerio, o a quienes en su lugar ejerzan esos cargos, en forma personal.

d) Aplicación del recurso de revocatoria en caso de despido
Justificado

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA]⁶

VOTO No. 311-2002.-

SECCIÓN SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Segundo Circuito Judicial de San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del once de setiembre del dos mil dos.

Proceso Ordinario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo por GUILLERMO CASCANTE CAMPOS, de oficio no indicado, vecino de Hatillo, con cédula 6-157-305, contra el ESTADO, en la persona del Procurador Adjunto Luis Fernando Pérez Morais, de cédula 1-390-892, ambos de San José. Participan como apoderados especiales judiciales del actor los licenciados Olman Alvarado Cervantes, cédula 1-639-538 y Gerardo Enrique Rojas Solano, viudo, con cédula 1-345-462, de domicilio no indicado. Todos mayores y, con las excepciones dichas, casados y abogados.-

RESULTANDO

1).- El actor presenta su acción como inestimable, para que

en sentencia se declare: "...con lugar la demanda ordinaria interpuesta, anular todas las resoluciones, acuerdos y actos administrativos dictados contra mi representado en forma arbitraria, por el Departamento de Asuntos Internos del Organismo de Investigación Judicial, el Tribunal de la Inspección Judicial y el Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia, ordenar al Estado a que se le reinstale en el puesto, el pago de salarios caídos, los daños y perjuicios causados, tanto en su aspecto material como en el moral y, ambas costas del proceso." Como pretensión subsidiaria, solicita que: "...de no acceder el Estado a la reinstalación de mi poderdante, pido se fije a favor de mi Representado en lugar de ese extremo, un monto a título de jubilación y, claro está, todos los demás antes pedidos.-

2).- El demandado contestó negativamente la acción y opuso las excepciones caducidad de la acción, cosa juzgada administrativa y falta de derecho.-

3).- El licenciado Luis Diego Ramírez González, a la sazón Juez Contencioso Administrativo Ad Interin, por resolución número 526-2001 de nueve horas cuarenta y cinco minutos del nueve de agosto de dos mil uno, dispuso: "POR TANTO: Se rechazan las excepciones de caducidad de la acción, cosa juzgada administrativa y falta de derecho, opuestas por el representante estatal. Se declara procedente la presente demanda ordinaria interpuesta por Guillermo Cascante Campos contra el Estado, entendiéndose denegada en lo no expresamente concedido: se declara nula la resolución del Tribunal de la Inspección Judicial N° 137 de las quince horas veinticinco minutos del siete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, así como los acuerdos tomados por el Consejo Superior del Poder Judicial, en sesiones celebradas el día tres de mayo de mil novecientos noventa y cuatro en su artículo XCII, el día dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro en su artículo XXXII, y el acuerdo tomado en sesión ordinaria del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y cuatro en su artículo CIII. Se condena al Estado al pago de los daños y perjuicios ocasionados al actor, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de sentencia. Se condena al demandado al pago de las costas personales y procesales."-

4).- Inconforme con esa resolución el Estado apeló, recurso que le fue admitido y en virtud de lo cual conoce este Tribunal en alzada.

5).- Como al recurso se le ha dado el trámite que le es propio y no se notan defectos que invaliden lo actuado, se procede a dictar esta resolución, previa deliberación de rigor.

REDACTA EL JUEZ VILLALOBOS SOTO; y,

CONSIDERANDO

I.- La relación de hechos probados que contiene la resolución recurrida se debe aprobar, por ser conforme a los elementos de prueba evacuados en el expediente.-

II.- El representante del Estado aduce su inconformidad con base en que hay una mala apreciación del régimen legal por el a-quo, pues estima que la Inspección Judicial si tenía competencia para resolver la destitución del actor tanto en lo dispuesto por la antigua LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL -LOPJ-, como por la promulgada en 1993, refiriendo a los artículos 219 de la primera y 195 inciso ch) de la segunda, con la diferencia de que antes el órgano de alzada era la Corte Plena y ahora lo es el Consejo Superior del Poder Judicial. Señala además que el artículo 4° de la LEY GENERAL DE ADMINISTRACIÓN PUBLICA -LGAP-, establece que la Administración se debe adaptar a los cambios del régimen legal, y que aplicar la norma vigente no implica un uso retroactivo de la misma. Impugna igualmente la condena al reconocimiento de daños y perjuicios en abstracto, que estima contraria al artículo 62 inciso c) de la LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -LRJCA-, señalando que la existencia de los daños se debe establecer en el proceso y declarar en la sentencia, quedando solo su liquidación o cuantificación para la etapa de ejecución. Acusa finalmente, que se debe admitir la defensa de caducidad de la acción, pues la demanda se presentó transcurrido ampliamente el plazo de dos meses para tal efecto, y que el artículo 175 LGAP se debe entender en el sentido de que el actor tiene cuatro años para volver a agotar la vía administrativa, y dos meses para plantear la acción judicial.-

III.- En cuanto a la competencia del órgano que decretó el despido del actor, el a-quo basó su conclusión en que la falta imputada se conoció en julio de 1992 y la Ley 7333 (LOPJ), se

promulgó el 1° de julio de 1993, un año después, de manera que no le es aplicable, y en todo caso esta disposición en su artículo 249 establece que las funciones no jurisdiccionales asignadas anteriormente a la Corte, mediante leyes promulgadas con anterioridad a esta pasan a ser competencia del Consejo; con base en este criterio, afirma que lo procedente era aplicar la normativa previa, la LEY ORGANICA DEL ORGANISMO DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL, que en su numeral 50 y 51 establecía que sería la Dirección General del mismo la que impusiera las sanciones disciplinarias, excepto la de revocatoria del nombramiento que sólo podrá ser aplicada por la Corte Plena. Razonamiento que el apelante discute y que este Tribunal no comparte por varias razones. Una, que la LOPJ anterior, No. 8 de 29 de noviembre de 1937, reformada en lo que nos interesa por las números 6761 de 18 de mayo de 1982 y 7130 de 16 de agosto de 1989 (o sea el CÓDIGO PROCESAL CIVIL -CPC-), que entró en vigencia el 30 de mayo de 1990; en su acápite 211 establecía que el Tribunal de la Inspección Judicial también ejercía el régimen disciplinario respecto de "todos" los funcionarios y empleados del Poder Judicial, y que la redacción de este mandato fue emitida en forma posterior a la especial dicha antes. En segundo lugar, el artículo 34 de la Constitución Política, prohíbe la ejecución retroactiva de leyes en perjuicio de persona alguna o de sus derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, como lo es la sanción más grave a una falta cometida durante la vigencia de un régimen anterior, o la tipificación de una conducta no castigada, pero no se aplica en este caso, pues la LOPJ No. 7333 es una legislación meramente procesal, y lo que dispuso fue un cambio de procedimientos y organización pasando la competencia de ciertos despachos a otros, lo que es de aplicación inmediata, no retroactiva, y que en definitiva resuelve cual oficina es la que se hace cargo de ciertas funciones a partir del momento de entrada en vigencia de la nueva ley, sin perjuicio de que resuelva sobre hechos anteriores a su creación, en tanto aplique las normas que corresponden y no haya disposición en contrario. En cuanto al numeral 249 de esta normativa, se refiere a las potestades de gobierno, administración y control, que en general se quitaron de dominio de la Corte Plena y se pasaron al Consejo, pero debe interpretarse en armonía con el resto del bloque, que en su artículo 184 establece que:

"El Tribunal de la Inspección Judicial es un órgano dependiente del Consejo Superior; ejerce control regular y constante sobre todos los servidores del Poder Judicial, incluidos los del Organismo de Investigación Judicial..., vigila el buen cumplimiento

de los deberes; tramita las quejas que se presenten contra esos servidores , instruye las informaciones al tener conocimiento de alguna irregularidad y resuelve lo que proceda respecto del régimen disciplinario ..." (El subrayado no es del original).-

De manera que se concluye que fue válida la resolución de esta oficina en cuanto a aplicar sanción al accionante y que el recurso se elevara ante el superior jerárquico dicho, por lo que en materia de competencia no se observa defecto y se estima improcedente el razonamiento del A-quo.-

IV.- Así las cosas, deviene imperativo revisar los demás argumentos propuestos en la demanda para determinar si los mismos afectan la validez de los actos que se impugnan. En primer lugar se alegó incompetencia del Departamento de Investigaciones Criminales del Organismo de Investigación Judicial para investigar la denuncia, en virtud de que se dividía la contienda respecto del señor Telémaco Salas Durán, cuya pesquisa se llevaba aparte, por lo que se le impidió al accionante el derecho de defensa y del debido proceso, constando que la supuesta declaración jurada en falso fue redactada por éste y autenticada por un notario aparte; a lo que se agrega que al estar ello probado, se actuó con evidente arbitrariedad. El acápite 211 de la ley No. 8 (reformada por la 6761), establecía que los Jefes de Departamento y Delegación del O.I.J, tenían potestad sancionadora sobre sus subalternos sin perjuicio de las facultades de su Dirección General. Por su parte, el 185 de la N° 7333, le reconoce dicha facultad a los jefes de oficina, de manera que no hay incompetencia para el inicio de las diligencias de investigación de la falta en el Despacho citado. El que se le hicieran expedientes por aparte a cada uno no es, en principio, una situación que cree indefensión, en tanto se le permita a cada acusado traer y producir la prueba necesaria de sus alegatos; es manifiesto que la acumulación de las causas es conveniente, para llegar a la averiguación total de la verdad real de los hechos, pero perteneciendo a dependencias diferentes se comprende la separación de los asuntos. La simple situación descrita no afecta el debido proceso, pues en cualquier momento se podía acreditar certificación de las piezas del otro expediente. Tampoco hay arbitrariedad; primero porque en su momento no estaba "probado" procesalmente que el documento falso hubiera sido elaborado por aquellos, y segundo, porque la falta que se le imputó al demandante fue el uso de un instrumento con conocimiento de su adulteración. En el mismo sentido, el actor acusa que cuando se

testimoniaron piezas para presentar denuncia penal, se operaba otra incompetencia, pues según razona al seguirese la investigación por dos autoridades distintas se viola el principio de "non bis in ídem". Alegato de suyo respetable pero que es improcedente. Un mismo hecho puede tener repercusiones distintas en áreas diversas del derecho y la sociedad, así una actividad puede ser simultáneamente una conducta delictual y una causa de despido, como igualmente puede establecerse que no califique respecto de una norma y sí dentro de la otra, de tal manera que no hay incompetencia de la oficina administrativa para seguir investigando el asunto, en tanto lo hace estrictamente en carácter de ente patronal que determina si la conducta del interesado ha infringido los preceptos que norman su relación funcional o "de empleo", sin perjuicio de que en la vía jurisdiccional se continuara investigando si existía causa para imponer una pena. Por la misma razón no se aplica en esta situación el principio "Non Bis in Idem", dado que no se trata de imponer dos sanciones a una misma falta, sino de revisar una conducta en dos áreas de reglamentación no excluyentes. El mismo razonamiento procede para rechazar el otro reproche, o sea cuando en la vía penal se dispuso el sobreseimiento de la causa y ello se alegó y demostró ante la autoridad administrativa que, según el actor, debía acoger la solicitud de nulidad de la sanción y al omitirlo violó el principio de prejudicialidad y cosa juzgada; argumento que no es admisible pues este tipo de resolución en la vía judicial penal no descarta necesariamente la sanción de la conducta en el área administrativa, caso contrario a que expresamente se absolviera de toda culpa (ver votos de Sala Constitucional, No. 986-95 de 12:03 horas del 17 de noviembre y 1691-95 de 11:27 horas del 24 de marzo, ambos de 1995); o que los tribunales laborales declarasen que no había infracción a ese ordenamiento en particular, situaciones que no se han alegado. Ya al respecto, la jurisprudencia ha dicho:

“CONSIDERANDO...

III.- Como bien establecieron los juzgadores de instancia, los diversos mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico permiten afirmar que la responsabilidad de los funcionarios públicos incluye las diferentes facetas de la responsabilidad general, esto es, abarca aspectos penales, civiles y puramente administrativos. Estas tres clases de responsabilidad, en cuanto se basan en distintos sectores del ordenamiento jurídicos son entre sí compatibles e independientes. Así tenemos, que, en virtud

de la compatibilidad, una misma conducta de un funcionario público puede dar lugar al nacimiento de varias de las responsabilidades indicadas. Y, debido a la independencia que entre ellas existe, la circunstancia de que una de las tres jurisdicciones competentes se pronuncie por la inexistencia de la responsabilidad que enjuicia, no constituye obstáculo para que cualquiera de las otras dos aprecien la concurrencia de la responsabilidad que les corresponda determinar. En concordancia con lo anterior podemos afirmar que la existencia de una resolución judicial, que otorga un sobreseimiento obligatorio a favor del actor no impide, en virtud de la potestad disciplinaria que ostenta la Administración y de la situación de sujeción especial en que los funcionarios públicos se encuentran como consecuencia de la relación de servicios que les une con ella, que la Administración, mediante un procedimiento administrativo disciplinario, concluya que existió de parte del actor una conducta reprochable desde el punto de vista administrativo.

IV.- El acto de despido del cual pretende el actor derivar los supuestos daños y perjuicios, según se observa en el expediente administrativo, se formó a través de un procedimiento administrativo conforme con el ordenamiento jurídico, en el que no se advierten vicios que lo socaven. De ahí que resultan infundados (sic) las violaciones invocadas. En todo caso, tampoco aportó a los autos prueba idónea y fehaciente de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales consecuencia del acto administrativo de despido. Además, interesa hacer notar que a la fecha de la interposición del presente proceso, el derecho del actor para exigir la reparación de los daños y perjuicios pretendidos se encontraba prescrito, tal y como lo hicieron ver los juzgadores de instancia, en los fundamentos y consideraciones del fallo recurrido." (SALA 1°, No. 277-f-00, de 15:10 horas del 23 de abril de 2000).-

De manera que estos reproches no son aceptables.-

V.- Otro alegato propuesto respecto a los actos administrativos en cuestión, es que el vocablo con que se califica su situación, de "conducta irregular", constituye un tipo represivo abierto e indeterminado contrario a la Constitución Política y que la falta que se le imputa se basa en presunciones y especulaciones. Tesis que tampoco se admite por dos razones. La primera porque no es la Administración la que establece el "tipo", sino la ley, por ende no puede ser defecto del acto. En este caso, el inciso 6° del artículo 217 en relación con el 211 de la Ley No. 8, reformada por

la 6761, establece que será causal de sanción, incluyendo el despido, cuando de cualquier modo se faltare al cumplimiento de los deberes del cargo o empleo, o no se guardare la corrección propia de un funcionario judicial. En consecuencia, en tanto la ley este vigente y no se haya declarado su inconstitucionalidad, procede su aplicación en los términos amplios que ella permite. En segundo lugar, la conclusión de los órganos sancionadores se basa en los hechos probados y en cierta medida admitidos por el actor: a saber, un particular le solicita ayuda para inscribir un arma y le confesó que no tenía los papeles y que quien se la dio se había ido del país, pese a ello, el funcionario pidió de otro compañero de trabajo que, según dice él, le consiguió los documentos de cesión para que los firmara el interesado, incluyendo la supuesta declaración jurada de traspaso por un tercero desconocido, con lo que el accionante recogió la firma y presentó los atestados a trámite de inscripción. Ello permite una deducción perfectamente lógica y sin asomo de duda, el señor Cascante tenía conocimiento de que la declaración jurada ante notario, con los datos ficticios de quien decía haber dado el arma a su amigo tenía necesariamente que ser falsa, pero complacientemente conoció la situación sin denunciarla y participó en las diligencias de su matrícula, para luego descubrir que el traspasante había muerto varios años antes. Este es el suceso que se tiene por probado y por el que se lo despiden, ciertamente se discute quien fue el que confeccionó el manuscrito de marras, si el propio apelante o su compañero, pero se deja de lado tal consideración, y se parte del hecho claro de que un policía dedicado a proteger a las personas de maniobras ilegales, violaciones al ordenamiento penal y observar el cumplimiento de la ley, participó consciente y activamente en la suscripción en un registro público de un título falsificado.-

VI.- El inconforme también señaló como vicios de lo impugnado que el acto fue carente de fundamentación y se ejecutó en un momento en que aún no era eficaz, o sea sin haberle sido debidamente comunicado, alegatos que no son de recibo. Al efecto, en la lectura del acuerdo XCII de la Sesión del 3 de mayo de 1994 del Consejo Superior del Poder Judicial, se observan luego de la cita del recurso, los razonamientos por los que se rechaza, indicando que no hubo indefensión, pues si bien se hizo una investigación previa que tardó cuatro meses, se le dio también la oportunidad reiterada de conocer el contenido de las diligencias para que las impugnara o cuestionara su contenido si era ilegal o si los eventos en ellas indicados no eran exactos, contándose cinco audiencias, además de que el hecho referido se encuentra bien demostrado y su gravedad también, y la estimación de que fue

observado el plazo de ley. En cuanto a la ejecución del acto, el alegato se basa en que se le requirió la entrega de su insignia y arma, e impidió asistir a labores antes de que la decisión le fuera formalmente notificada, lo que impone hacer un análisis particular. El despido del actor adquiere eficacia no cuando se le impide asistir a labores, sino cuando se le deja de pagar su salario, de manera que aún es empleado de la institución y con derecho al pago de sueldo aunque no se le permita estar en la oficina o realizar labores; por otro lado, tratándose de una función de seguridad, en que el agente porta un arma oficial, puede hacer arrestos y tener acceso a información personal de los imputados y confidencial de procesos judiciales o criminales, es de interés público, y por ende legalmente lícito, tomar medidas de seguridad cuando se va a ejecutar este tipo de acto administrativo, para garantizar la validez de las actuaciones de los funcionarios, lo que permite requerir los instrumentos de oficiales de su función y denegar el acceso al lugar de trabajo, ello es un indicio de que el acto se va a comunicar, pero respecto de los derechos laborales particulares no es en sí la eficacia del acuerdo, sino una medida cautelar de interés público, de manera que el vicio no se dio.-

VII.- Otra queja invocada es que hubo violación al debido proceso cuando el Tribunal de la Inspección Judicial asume la tramitación aplicando normas por analogía a un proceso sancionador, apreciación que no es exacta, lo que dicho despacho hizo fue recibir el expediente tramitado originalmente ante el Organismo de Investigación Judicial y asumir la competencia, que conforme con la nueva ley vigente le correspondía, lo que nos lleva a dos consideraciones: una, que lo que se hizo fue enderezar los procedimientos, observando que ante todo se hubieran respetado las oportunidades de defensa, o sea de hacer alegatos de fondo y presentar pruebas por el administrado; y otra, que no es causal de nulidad aplicar por analogía normas procesales, pues no estamos en un proceso propiamente penal, en que no cabe este criterio de interpretación para imponer penas por conductas no tipificadas.-

VIII.- Se acusa que la sanción disciplinaria se impuso con los plazos vencidos, estando la acción prescrita. A este respecto, la Administración estimó que se había cumplido en esencia con lo períodos establecidos por el ordenamiento, no obstante su análisis remite a ley (LOPJ) N o. 7333, consideración que si bien no implica nulidad, nos obliga a revisar el cuadro cronológico. Conforme con el elenco de eventos tenidos por probados, se tuvo

noticia de la situación irregular por declaración del señor José Smith Balladares el 14 de julio de 1992, y se inició la investigación preliminar el 2 de setiembre siguiente, pero fue hasta el 19 de enero de 1993, que empezó el procedimiento administrativo formalmente, cuando se puso en conocimiento del actor la denuncia y se le toma su versión de los hechos. Seis meses y medio después cambió la ley Orgánica, y la Jefatura del Organismo solicitó el despido el 21 de diciembre, lo que acuerda la Inspección Judicial hasta el 7 de marzo de 1994. En otras palabras, el procedimiento se comenzó cuando regía la Ley No. 8, la cual no regulaba plazos de prescripción respecto de la aplicación de sanciones laborales, es el ESTATUTO DEL SERVICIO JUDICIAL (ley 5155 de 10 de enero de 1973), que en su numeral 83 establece que en los casos no previstos por él se resolverá conforme con la LOPJ, el CODIGO DE TRABAJO, los principios generales del Servicio Civil, el derecho común, la equidad y la costumbre (remisión similar se hace en acápite 51 del Estatuto del Servicio Civil); así las cosas, remitiéndonos a la legislación laboral, el artículo 603 establece que los derechos y acciones de los patronos para despedir justificadamente a los trabajadores, o disciplinar sus faltas, "prescriben" en un mes que comenzará a correr desde que fueron conocidos los sucesos que dieron lugar a la sanción. La cuestión es cuando se tienen por conocidos los hechos y una respuesta lógica es a partir del momento en que se da por finalizada la investigación, pues es hasta entonces cuando se adquiere la certeza de la existencia de la falta y de la identidad del infractor, lo que en el presente caso se da el 21 de diciembre de 1993, en que la Jefatura del Departamento de Investigaciones Criminales insta ante la Dirección General del Organismo la solicitud de revocatoria del nombramiento, estando ya vigente la LOPJ N° 7333, que en su artículo 211 establece que un nuevo tipo de intervalo:

La acción para investigar las faltas deberá iniciarse dentro del mes siguiente a la fecha en que quien deba levantar la investigación tenga conocimiento de ellas. La investigación deberá concluirse dentro del año siguiente a la fecha de su inicio y si procediere sancionar, la sanción que corresponda deberá imponerse dentro del mes siguiente a contar del momento en que quien deba hacerlo esté en posibilidad de pronunciarse. Contra lo resuelto siempre cabrá recurso de apelación, salvo que correspondiere a la Corte, contra cuyo pronunciamiento solo cabrá el de reposición o reconsideración.

Cuando estimaren insuficientes los elementos de prueba para pronunciarse y hubiere proceso penal sobre los mismos hechos, la prescripción para aplicar la sanción disciplinaria se suspenderá . (El subrayado no es del original).

Período que tampoco se observa cumplido, de manera que lo alegado no tiene asidero. No obstante, aún contando desde el momento en que se le imputaron los cargos, el 19 de enero, el caso es que el plazo se interrumpió cada vez que se recibieron pruebas, gestionó el interesado y el órgano que llevó la investigación dictó alguna resolución encaminada a completar la prosecución del asunto. Así, estudiando el proceso administrativo se observa que se dictaron audiencias finales el 3 de febrero (f. 65) y el 12 de marzo (f. 70), el 18 de marzo se recibe prueba documental de un acusado y el 23 hay un auto de pase (fs. 71-74), luego hay una ampliación de diligencias el 19 de abril (f. 75), otra audiencia el 18 de mayo (f. 86), una gestión de los encausados el 21 de mayo y 7 de junio (f. 87 y 92), hay declaración del señor Cascante el 1° de julio (f. 102), momento a partir del cual se gestiona información sobre la causa contra el señor Smith en vía penal (f. 104 y ss.), que llega hasta el 13 de setiembre (fs 111-178) en que se da otra audiencia, para dar una ampliación de diligencias el 4 de octubre y otra puesta en conocimiento el 9 de noviembre todas datas de 1993, de manera que se debe concluir que hubo constantes y válidas interrupciones del término por lo que el cuestionamiento de lo resuelto en vía administrativa no es de recibo.-

IX.- Otro reclamo del actor es que se le denegó la jubilación que el numeral 226 LOPJ, le reconocía, argumento que adolece de una incongruencia y un error interpretativo. En primer lugar requiere la aplicación de la ley 7333, que el mismo alega no es procedente en su caso por ser promulgada en fecha posterior a los hechos e inicio del proceso. En segundo, la disposición le reconoce al derecho a los que sean separados del cargo para mejor servicio público, situación que no es la suya, en que se aplicó el despido por causa justa.-

X.- Finalmente, se acusa que se le rechazó la gestión de reconsideración legalmente prevista y procedente contra una resolución del Consejo Superior del Poder Judicial; al respecto se debe señalar que cabe el recurso extrañado cuando el acto inicial fue tomado por el órgano superior jerárquico en única instancia, pero no cuando este conoce por vía de apelación (o sea en segunda instancia), como es el presente caso, tal es el sentido de los

artículos 31 párrafo 3° y 32 de la LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -LRJCA- en relación con los numerales 343 y 350 a 352 LGAP y el 211 LOPJ citado arriba. Al efecto, se debe señalar que la vía administrativa quedó formalmente agotada cuando el Concejo Superior del Poder Judicial resolvió por vía de apelación, en artículo XCII de 3 de mayo de 1994, confirmar la resolución 137 de 7 de marzo del Tribunal de la Inspección; los subsiguientes recursos propuestos por el demandante contra estos acuerdos resultan improcedentes, como en su oportunidad se resolvió, por falta de asidero legal. En consecuencia, analizados todos los alegatos propuestos, se debe concluir que no se observan defectos que invaliden las actuaciones administrativas impugnadas, en particular, no se encuentra ningún vicio que califique como de nulidad absoluta (numerales 166, 168 a 172 LGAP), por lo que devienen conformes a derecho.-

XI.- Pese a ser una cuestión de admisibilidad, el alegato del Estado, por sus características debe analizarse hasta haber establecido si los actos en cuestión adolecen de vicios de nulidad absoluta. Cabe al efecto hacer dos razonamientos. En primer lugar el argumento inicialmente propuesto no es de recibo, pues si existiera invalidez absoluta si sería de aplicación el artículo 175 LGAP, que dice expresamente:

" Caducará en cuatro años la potestad del administrado para impugnar el acto absolutamente nulo en la vía administrativa y jurisdiccional , sin que se apliquen al respecto los plazos normales de caducidad ." (La negrilla y el subrayado no son del original).

La norma es clara en que el plazo se extiende en los términos dichos, sin que se aplique el intervalo bimensual de Ley Reguladora, anterior en el tiempo, siempre que se trate de determinar un defecto de la intensidad referida. Ahora bien, en virtud de que se ha concluido que ese no es el caso, deviene imperativo aplicar el artículo 37 inciso a) en relación con el 41 inciso c) y 60 inc. e) de la LRJCA, y señalar que, sí se notificó la resolución que agotaba la vía administrativa el primero de junio de 1994 (f. 248 de Exp. Adm.), y se presentó la demanda en estrados judiciales el 8 de setiembre siguiente (recibido a f. 5 del principal), resulta que está fuera del plazo legal de dos meses y resulta caduca, por lo que se debe acoger la excepción propuesta por el Procurador. De tal forma que las pretensiones de la acción carecen de fundamento jurídico y procede

revocar lo resuelto por el A-quo en cuanto a los extremos admitidos y en su lugar acoger la excepción de caducidad y declarar inadmisibile la acción, siendo las costas a cargo del demandante.-

POR TANTO:

Se revoca la sentencia venida en alzada en cuanto a los extremos de la demanda admitidos y en su lugar se acoge la defensa de caducidad de la acción e inadmisibile la demanda. Se condena al actor en el pago de ambas costas.

e) Cómputo del plazo para impugnar acto administrativo que omitió incluir puesto para estudio de reasignación

[SALA SEGUNDA]⁷

Exp: 95-000532-0215-LA

Res: 2001-00447

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del ocho de agosto del dos mil uno.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, por EMILIA PATRICIA CAMPOS VIQUEZ , casada, vecino de Alajuela, contra EL ESTADO , representada por la licenciada Luz Marina Gutiérrez Porras, soltera, abogada. Todos mayores, con las excepciones indicadas.

RESULTANDO:

1.- La actora, en escrito de demanda de fecha veintiuno de abril de mil novecientos noventa y cinco, promovió la presente demanda para que en sentencia se condene al demandado, a lo siguiente: ²
a) Que se me aplique la reasignación contemplada por la resolución de la Dirección General de Servicio Civil N° C-216-87, de la 10:00 horas del 31 de julio de 1987. b) Pago de todas las diferencias salariales dejadas de percibir por la omisión de reasignar mi plaza a la de Técnico III, desde el 14 de julio de 1992 y hacia el futuro, sin necesidad de nueva gestión a futuro. c) Pago de todas

las diferencias que por concepto de aguinaldos y vacaciones proporcionales me corresponden, desde el 14 de julio de 1992 y hacia el futuro, sin necesidad de nueva gestión a efecto. d) Pago de intereses sobre todas las sumas adeudadas. e) Pago de ambas costas de esta gestión ² .

2.- La representante del Estado, contestó la demanda en los términos que indica en el memorial de fecha ocho de junio de mil novecientos noventa y cinco y opuso las excepciones de falta de derecho, sine actione agit y la de prescripción.

3.- La señora Jueza, licenciada Karol Baltodano Aguilar , por sentencia de las veintiuna horas cuarenta minutos del diecinueve de setiembre del año dos mil, dispuso: ² De conformidad con lo expuesto, con los artículos 11 de la Constitución Política, 11 de la Ley General de la Administración Pública, 492 siguientes y concordantes del Código de Trabajo, se resuelve: Se declara con lugar en todos sus extremos la presente demanda ordinaria laboral incoada por EMILIA PATRICIA CAMPOS VIQUEZ, contra EL ESTADO representado por la Procuradora Adjunta, licenciada LUZ MARINA GUTIÉRREZ PORRAS, ordenándose la reasignación por reestructuración del puesto de la actora a Técnica III en nutrición según los términos de la resolución C- 216-87 de las diez horas del treinta y uno de julio de mil novecientos ochenta y siete, con el pago de todas las diferencias salariales y las diferencias por concepto de vacaciones y aguinaldos, dejadas de percibir desde el día 14 de julio de 1992 y hacia el futuro, así como los intereses sobre las sumas adecuadas a partir de esa misma fecha, todo lo cual se liquidará en ejecución de sentencia. Se rechazan la excepciones de falta de derecho, la genérica sine actione agit y la de prescripción. Se condena a la demandada al pago de ambas costas de la acción, fijándose las personales en el veinte por ciento del importe de la condena ² .

4.- La representante del ESTADO apeló y el Tribunal de Trabajo, integrado por los licenciados Oscar Ugalde Valverde, Víctor Ardon Acosta, Ana Luisa Meseguer Monge por sentencia de las nueve horas treinta y cinco minutos del dieciséis de abril del dos mil uno, resolvió: ² Se declara, que en la tramitación de este asunto, no se advierte omisión alguna, que haya podido causar nulidad o indefensión y se modifica la sentencia dictada, en el sentido de que las diferencias que cancelará el Estado a la actora, de Técnico II a Técnico III, son hasta el diecinueve de mayo de 1993. En lo demás, se confirma el fallo recurrido, en lo que ha sido objeto de recurso ² .

5.- La representante del Estado formula recurso para ante esta Sala, en memorial de fecha veintidós de junio del año dos mil uno,

el cual se fundamenta en las razones que de seguido se dirán en la parte considerativa.

6.- En los procedimientos se han observado las prescripciones y términos de ley.

Redacta el Magistrado van der Laat Echeverría; y,

CONSIDERANDO:

I-. La personera estatal impugna la sentencia N° 346 dictada por el Tribunal de Trabajo, Sección Segunda, del Segundo Circuito Judicial de San José, a las 9:35 horas del 16 de abril del 2001. Arguye que los juzgadores de instancia irrespetaron el principio de legalidad, ya que el puesto ocupado por la actora no fue incluido dentro de los que fueron reasignados en ejecución de la resolución N° C-216-87 de la Dirección General de Servicio Civil, por lo que no le asiste derecho para cobrar diferencia salarial alguna. Agrega que, aun en el caso de que se considere procedente el reconocimiento de esas diferencias, éstas estarían afectadas por el instituto jurídico de la caducidad. Por consiguiente, solicita que se revoque el fallo impugnado en cuanto condenó al Estado a cancelar las diferencias salariales reclamadas. Por último, pide que se exima a su representado del pago de las costas, por haber litigado de buena fe.

II-. ANTECEDENTES: La actora labora desde el 16 de mayo de 1985 en el Ministerio de Salud. En un inicio, se desempeñó como Técnica II en Nutrición, siendo reestructurada su plaza a la de Auxiliar de Salud II a partir del 20 de mayo de 1993 (folios 8, 32 y 36). La Dirección General de Servicio Civil, mediante resolución N° C-216-87, de las 10 horas del 31 de julio de 1987, dispuso: "Artículo 1: Reasignar por reestructuración los puestos en los cuales se manifiestan según sea el caso características propias de ocupaciones de acuerdo con lo estipulado en el Decreto de Salarios Mínimos, ubicados en las series Técnico y Técnico y Profesional, tal y como se detalla seguidamente: (...). Clase: Técnico 2, Especialidad: Nutrición. Reasignar a Técnico 3 (...). Artículo 2: La reasignación comprende únicamente aquellos puestos cubiertos por el régimen de Servicio Civil indicados en el artículo anterior, y para los cuales se exige que concurren las condiciones de una determinada ocupación, según lo estipulado en el Decreto de Salarios Mínimos y asimismo, la presencia de aquellos requisitos administrativos propios del sistema, para la concesión del beneficio salarial de la ocupación, por consiguiente, su reasignación se subordina a tales aspectos (...)"

(folio 33). Dicha reasignación rigió a partir del 14 de julio de 1992 (folio 37). La actora, inconforme porque nunca se le aplicó la citada reasignación, presentó sendos reclamos ante el Ministro de Salud -el 16 de diciembre de 1994- y ante el Tribunal de Servicio Civil -el 2 de febrero de 1995-, mas no obtuvo respuesta alguna (folios 4 y 5). Ello la motivó a interponer esta demanda, en la cual solicita que se le aplique la reasignación dispuesta por la resolución antes transcrita, debiendo cancelársele las diferencias salariales dejadas de percibir, así como el reajuste de sus derechos laborales, desde el 14 de julio de 1992 y hacia futuro, más los intereses de ley. La demanda fue contestada en términos negativos, oponiéndose las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa (rechazada interlocutoriamente), prescripción, falta de derecho y la genérica "sine actione agit". Según la representante estatal, el puesto ocupado por la accionante, por razones que se desconocen, no fue incluido en el estudio que elaboró sobre cada caso concreto la propia Dirección General de Servicio Civil, por lo que, ante dicha omisión, no subsanable de oficio, su representado no se encontraba facultado para reconocerle a la demandante las diferencias originadas en esa reestructuración. El A-quo estimó que el puesto de la actora no fue reasignado en virtud de una omisión administrativa que no puede ir en contra de sus derechos, y en vista de que la señora Campos Víquez cumplía con todos los requisitos contemplados por la citada resolución C-216-87, declaró con lugar la demanda y condenó al Estado a reasignar su puesto al de Técnico III en Nutrición, debiendo cancelarle las diferencias salariales y el correspondiente reajuste de sus derechos laborales desde el 14 de julio de 1992 en adelante, más los respectivos intereses legales correspondientes. Por último, rechazó las excepciones opuestas y condenó a la parte demandada a cubrir ambas costas de la acción, fijándose las personales en el 20% de la condenatoria. El Tribunal confirmó lo así resuelto, considerando procedente el pago de las diferencias salariales reclamadas debido a que la reasignación ordenada por la Dirección General de Servicio Civil no llegó a ejecutarse respecto de la actora por una omisión inexplicable de las autoridades administrativas, las cuales no incluyeron en el estudio correspondiente el caso particular de la accionante, pero procedió a modificar modificó la resolución apelada, limitando las diferencias salariales al período transcurrido entre el 14 de julio de 1992 y el 19 de mayo de 1993, en vista de que a partir del 20 de mayo de ese año la demandante fue real y efectivamente ubicada por reestructuración, en una categoría superior a la que ocupaba.

III-. ACERCA DE LA CADUCIDAD: Corresponde resolver, en primer

término, la excepción de caducidad que se interpone en el recurso, contra los reclamos de la actora. No es sino hasta esta tercera instancia rogada que se plantea el punto; lo que, en principio, lo tornaría en inatendible (artículo 608 del Código Procesal Civil, aplicable a la materia en virtud del 452 del Código de Trabajo). No obstante, debe señalarse que la caducidad es declarable aun de oficio, por el juzgador, por lo que es con fundamento en esta facultad -y por tratarse de una relación de tipo estatutario- que la Sala se pronunciará al respecto. El plazo máximo para impugnar un acto administrativo es de dos meses, a partir de su notificación o publicación, según se desprende de una interpretación armónica de los artículos 106, 121, 126, 342 a 352, 364 y 365 de la Ley General de la Administración Pública y 18, 20, 21.1.a, 31 y 37 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa. Sin embargo, ya la Sala se ha pronunciado en el sentido de que dicho término, en situaciones especiales, puede computarse a partir del momento en que el acto ocasiona un perjuicio real al interesado:

² En un caso como el que ahora nos ocupa, el plazo para impugnar la respectiva decisión, comienza a contar a partir de que el acto dictado por la Administración cause un menoscabo REAL a la parte interesada. En este sentido, obsérvese que el artículo 35 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que regula el Recurso de Amparo, como una acción para proteger violaciones, amenazas, perturbaciones o restricciones a los Derechos Fundamentales, garantizados por la Constitución Política, indica que: ² El recurso de amparo podrá interponerse en cualquier tiempo mientras subsista la violación, amenaza, perturbación o restricción y hasta dos meses después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado. Sin embargo, CUANDO SE TRATE DE DERECHOS PURAMENTE PATRIMONIALES u otros cuya violación pueda ser válidamente consentida, EL RECURSO DEBERÁ INTERPONERSE DENTRO DE LOS DOS MESES SIGUIENTES A LA FECHA EN QUE EL PERJUDICADO TUVO NOTICIA FEHACIENTE DE LA VIOLACION Y ESTUVO EN POSIBILIDAD LEGAL DE INTERPONER EL RECURSO ² .- (Lo destacado es nuestro).- Bajo esta otra perspectiva legal, si un recurso de tanta trascendencia, para la tutela sustancial de derechos constitucionales, como lo es el Amparo, toma como elemento transcendental, para su interposición, el recurrente, es posible concluir que, en ciertas situaciones especiales, será, entonces, a partir de ese otro momento que se iniciará el cómputo del plazo de caducidad, para impugnar cualesquiera actos emanados de la Administración Pública.

² (Voto N° 149 de las 15:00 horas del 2 de junio de 1999; en igual sentido, ver Voto N° 471 de las 14:50 horas del 12 de mayo del 2000)

El menoscabo que sufrió la demandante ocurrió, precisamente, al no aplicársele la reasignación dispuesta por la resolución N° C-216-87 de la Dirección General de Servicio Civil (de Técnico II a Técnico III en Nutrición), por haberse omitido -inexplicablemente- incluir su puesto en el estudio que se efectuó con el objeto de determinar la procedencia de la reasignación en cada caso concreto. Esa resolución N° C-216-87 se dictó el 31 de julio de 1987 (folio 33). El estudio en concreto de los puestos a reasignar (en el que, como se indicó, se omitió incluir el caso de la accionante) se plasmó en el informe N° C-MS-11-87 del 23 de setiembre de ese mismo año 87 (folio 62), pero la reasignación, en definitiva, comenzó a regir hasta el 14 de julio de 1992 (ver inciso b) de la petitoria y documento de folio 37). Es, entonces, desde esa última fecha (y no desde 1987, como lo hace ver la recurrente), que se le causó un menoscabo real a la actora. Ahora bien, el correspondiente reclamo administrativo no fue presentado sino hasta el 14 de diciembre de 1994, fecha para la cual ya había transcurrido, sobradamente, el corto plazo de dos meses con que contaba la actora para impugnar válida y eficazmente el acto administrativo que, en su criterio, lesionaba sus derechos. Cabe indicar que se trataba, en el caso concreto, de un acto implícito, a los que hace referencia el artículo 138 de la Ley General de la Administración Pública (que son aquéllos que se manifiestan a través de otros y a los que se les reconoce existencia jurídica propia), puesto que nunca se dictó, expresamente, un acto mediante el cual se dispusiera que no procedía la reasignación del puesto concreto, ocupado por la demandante, sino que, al no haberse incluido su plaza dentro de las que fueron reasignadas, ello implicaba, necesariamente, la no reasignación de la plaza por ella ocupada, decisión que debió ser ineludible y oportunamente impugnada. Aunado a lo anterior, cabe destacar que la plaza de Técnico II que ocupaba la actora fue reestructurada a la de Auxiliar de Salud II (de superior categoría, según lo resolvió el Tribunal, sin que la demandante lo objetase) a partir del 20 de mayo de 1993 (folios 29, 32 y 36), por lo que, al plantear el reclamo administrativo y de incoar la posterior demanda judicial, solicitando la aplicación de la reasignación de Técnico II a Técnico III, dispuesta por la resolución N° C-216-87 de la Dirección Nacional de Servicio Civil, ya la accionante ni siquiera ocupaba la plaza de Técnico II, de donde se colige, con toda claridad, la extemporaneidad de su gestión. Por carecer de interés, se omite analizar los otros agravios expresados en el recurso.

IV-. Con fundamento en las consideraciones expuestas, se acoge el

recurso interpuesto. En consecuencia, debe revocarse el fallo impugnado, para, en su lugar, declarar la caducidad operada y desestimar la demanda en todos sus extremos. No obstante, por considerarse que la actora ha litigado con evidente buena fe, ha de resolverse sin especial condenatoria en costas (artículos 452 del Código de Trabajo y 222 del Procesal Civil).

POR TANTO

Se revoca el fallo impugnado. En su lugar, se declara la caducidad operada y se desestima la demanda, en todos sus extremos. Sin especial condenatoria en costas.

El Magistrado Aguirre Gómez y la Magistrada Villanueva Monge, salvan el voto y lo emiten de la siguiente forma:

I.-Como lo hemos expuesto en otros pronunciamientos, suscribiendo votos de minoría (ver, entre otros, Voto N°36, de las 10:00 horas, del 6 de febrero de 1998) , no compartimos la aplicación oficiosa de la caducidad en esta materia, por las razones que señalamos a continuación:

A.- La caducidad del derecho, de acuerdo con la doctrina, es aplicable de oficio. Pero, tal instituto jurídico puede aplicarse así, siempre y cuando esté previsto expresamente para el derecho de que se trate, lo que no sucede en el sub lite, sino que, más bien, por el contrario, está excluido por el ordenamiento para los derechos pretendidos en este asunto, en virtud de lo resuelto expresamente por la Sala Constitucional y de lo que resulta de la misma ley, según se explicará. Amén de lo anterior, no es posible en esta tercera instancia, sin violar el derecho al debido proceso, invocar ese modo de extinción de manera sorpresiva. Por tratarse de una instancia rogada, la competencia de la Sala está restringida a lo que se ha debatido y a lo que se plantea en el recurso (artículos 560 del Código de Trabajo y 608 del Procesal Civil, este último aplicable a la especie de conformidad con el numeral 452 del Laboral). El tema de la eventual caducidad del derecho de la actora, nunca fue debatido en las instancias precedentes, ni forma parte de la sentencia que la Sala conoce. Una vieja sentencia de casación de la 1 y 25 p.m. del 23 de diciembre de 1925, refiriéndose a la posibilidad de aplicar la declaratoria de oficio de la prescripción, autorizada por el

numeral 837 del Código Civil, - aplicable al caso por paridad de razones - , dijo que: ² $\frac{1}{4}$ la gravedad y trascendencia de una declaratoria de nulidad y la amplitud que nuestro sistema procesal concede a las partes para la defensa de sus derechos, es muy dudoso que aún la absoluta de aquellos pudiera declararse como por sorpresa, en una sola instancia y sin dar a las partes todo el campo que las leyes brindan para la discusión, prueba y defensa de las cuestiones fundamentales ² . La evolución que ha sufrido esta idea en el derecho constitucional costarricense, es bien clara en el sentido de que las declaratorias oficiosas de la extinción de un derecho, sorpresivas y sin ninguna oportunidad de defensa, son inaceptables, por ser contrarias al principio del debido proceso, garantizado como derecho fundamental. Consideramos que existe, incluso, incompetencia para acordar la caducidad del derecho de la demandante, pues estamos en presencia de una instancia no plena, sino rogada, lo que quiere decir, limitada a lo que se plantea en el recurso en atención a lo debatido en el proceso. Si hubo alguna caducidad, que no la hay, según explicaré - , ésta pudo haber sido declarada de oficio o a pedido de parte por los jueces de instancia, pero si esto no sucedió, el proceso precluyó definitivamente en cuanto a ese tema de conformidad con las normas dichas, según las cuales la competencia de la casación o de la instancia rogada en este caso, debe entenderse siempre restringida a lo que se ha planteado y debatido.-

B.- En el Voto se aplica al derecho de la actora el plazo de caducidad de dos meses señalado en el artículo 31.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Discrepamos de ese criterio, pues a nuestro juicio, esa norma no es de aplicación en la jurisdicción laboral, por mandato expreso de los numerales 1° y 4°, inciso a), de esa misma Ley. El 1° dice, en lo pertinente: ² Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso - administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo ² . El 4°, también en lo pertinente, dice que no corresponderán a la jurisdicción contencioso - administrativo, ² Las cuestiones de índole penal y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, correspondan a la jurisdicción de trabajo ² . Las pretensiones deducidas por la actora del presente asunto, son de carácter laboral e incluso de naturaleza irrenunciable, ventilables en la jurisdicción de trabajo (artículos 74 de la Constitución Política,

1°, 2° y 585 del Código de Trabajo). Como un corolario de lo anterior, la caducidad del numeral 31.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativo y Civil de Hacienda, prevista para ser aplicada a los casos propios de esa jurisdicción, no puede regir el supuesto de la actora, porque éste corresponde a la jurisdicción laboral. Podría pensarse que por tratarse de actos de una institución estatal, también debe aplicarse, por analogía o extensión, el instituto de la caducidad previsto para la jurisdicción contencioso - administrativa a actos, como los emitidos expresa o implícitamente, por originarse en la actividad de un sujeto de derecho público. Pero ello no puede ser así, primero porque la ley expresamente manda que a actos como el presente, cuya discusión en sede judicial corresponde a la jurisdicción laboral, no se le aplican las disposiciones de la expresada Ley; y segundo, porque se trata de normas sancionatorias, cuya aplicación en aquella forma no es posible, mucho menos en perjuicio de los trabajadores (doctrina de los artículos 13 del Código Civil y 17 del de Trabajo).

C. - Finalmente, estimamos que no es posible aplicar el instituto de la caducidad al caso de la actora. El Voto de la Sala Constitucional N°5969-93, a que se hizo referencia, de manera expresa excluyó, en relación con los derechos de esta naturaleza, la aplicación de técnicas que suponen su abandono o renuncia, al menos tácita, como, en el procedimiento administrativo, el acto consentido o la caducidad misma, dejando a salvo únicamente la prescripción, en la forma dicha y por las razones que el mismo fallo constitucional explica. Si a ello se agregan las razones que dimos relativas a la imposibilidad de aplicar al campo laboral un instituto propio del ámbito administrativo, es necesario concluir que existe un impedimento absoluto de aplicarlo en perjuicio de la actora por la vía de la interpretación. Más bien, en armonía con lo que viene dicho, tratándose como se trata de derechos garantizados fundamentalmente, la actuación del operador de las normas jurídicas debe ser siempre en pro de la vigencia del derecho. En apoyo de esta posición, me permito transcribir a continuación parte de los Considerandos I y II de dicho fallo de la Sala Constitucional:

² I.- Procede en primer término establecer los alcances y espíritu principalmente de la primera frase del artículo 74 de la Constitución, que señala: ² Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en

una legislación social de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional. ² . Ello fundamentalmente en lo que se refiere a la posibilidad de interpretar irrenunciabilidad como imprescriptibilidad de los derechos laborales ² . ^¼ II.- Así, aunque el instituto de la prescripción implica siempre la renuncia de derechos, debe partirse de que existen tres motivos por los cuales puede aquella aplicarse: uno, una presunción de pago o cumplimiento; otro, una presunción de abandono - renuncia - ; y otro, por razones de orden público vinculadas al principio de seguridad jurídica ^¼ Además, debe recordarse que, como bien se ha dicho, en materia de derechos fundamentales, la regla es la irrenunciabilidad, derivada precisamente del carácter básico de esos derechos constitucionalmente reconocidos, lo cual causa además, la necesidad de una protección especialmente enérgica, justificando por si solo el criterio de la imprescriptibilidad de los derechos - fuera de los términos admitidos por la Sala, acota los redactores de este voto salvado - , y de sus posibilidades de ejercicio, principio que a su vez impone, excluir la aplicación de técnicas que suponen su abandono o renuncia, al menos tácita, como, en el procedimiento administrativo, las de ² acto consentido ² , prescripción, caducidad u otras formas de preclusión de su protección ² . (lo destacado es suplido).-

Así las cosas, después de ese fallo constitucional, sólo es posible sancionar a los trabajadores con la extinción de sus derechos derivados del contrato de trabajo o incorporados a él, como sucede en el presente caso, por abandono o renuncia, a través del instituto de la prescripción en los términos dispuestos y dimensionados en esa misma sentencia y nunca por medio de otros mecanismos, como el de la caducidad, a lo que debe estarse por imperativo legal (numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).-

II.- Por resolución C-216-87, de la Dirección General del Servicio Civil, de las 10:00 horas, del 31 de julio de 1987, se dispuso lo siguiente: "ARTICULO 1. REASIGNAR POR REESTRUCTURACION LOS PUESTOS EN LOS CUALES SE MANIFIESTAN SEGÚN SEA EL CASO, CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE OCUPACIONES DE ACUERDO CON LO ESTIPULADO EN EL DECRETO DE SALARIOS MINIMOS, UBICADOS EN LAS SERIES TÉCNICO Y TÉCNICO Y PROFESIONAL, TAL Y COMO SE DETALLA SEGUIDAMENTE ...". Así la clase de Técnico 2 en Nutrición se reasigna a Técnico 3. Según esa resolución: "ARTICULO 2. LA REASIGNACIÓN COMPRENDE UNICAMENTE AQUELLOS PUESTOS CUBIERTOS

POR EL REGIMEN DE SERVICIO CIVIL (TITULO PRIMERO DEL ESTATUTO) INDICADOS EN EL ARTICULO ANTERIOR, Y PARA LOS CUALES SE EXIGE QUE CONCURRAN LAS CONDICIONES DE UNA DETERMINADA OCUPACIÓN, SEGÚN LO ESTIPULADO EN EL DECRETO DE SALARIOS MINIMOS Y ASIMISMO, LA PRESENCIA DE AQUELLOS REQUISITOS ADMINISTRATIVOS PROPIOS DEL SISTEMA, PARA LA CONCESIÓN DEL BENEFICIO SALARIAL DE LA OCUPACIÓN, POR CONSIGUIENTE, SU REASIGNACIÓN SE SUBORDINAA TALES ASPECTOS" (folios 6 y 7). La actora planteó la demanda para que se le aplicara la reasignación contemplada en ese acto administrativo, con pago de las diferencias salariales dejadas de percibir. En la contestación de ese libelo, se invocó que efectivamente a ella no se aplicó la reasignación indicada: "Por razones que se desconocen , se observa del propio expediente de la actora en el Departamento de Personal del Ministerio de Salud Pública, así como de la Dirección General de Servicio Civil, que esa Institución no incluyó dentro del estudio particular de cada caso, el puesto número 404666, que era el que pertenecía a la actora, causa suficiente, razonable y lógica para que no se REALIZARAN LOS CAMBIOS TÉCNICOS indispensables y se le reconocieran por ende, las diferencias salariales nacidas que pretende en esta vía jurisdiccional" De acuerdo con la resolución citada los puestos de Técnico 2 en Nutrición se reasignaron a Técnico 3, sujetándose ese movimiento, a la concurrencia de las condiciones de la determinada ocupación, según lo establecido en el Decreto de Salarios Mínimos y a la presencia de los requisitos administrativos propios del sistema. En el caso concreto no se ha dado una explicación razonable del por qué el puesto ocupado por la actora se excluyó del correspondiente Estudio para efectos de hacer efectiva la reasignación ya dispuesta. Tomando en cuenta que, según las sentencias de instancia, la actora cumplía con las exigencias para beneficiarse de la mencionada resolución, aspecto no cuestionado en esta instancia, la omisión de la Administración resulta a todas luces arbitraria y no puede ser avalada por la Sala (artículos 11 de la Constitución Política y 11 y 13 de la ley General de la Administración Pública). Es decir, el puesto de Técnico II en Nutrición en términos genéricos había sido afectado por la reasignación, sujeta tan solo al cumplimiento, en el caso concreto, de las exigencias aludidas. Si la actora no podía beneficiarse de la resignación por no cumplir con esos requisitos, la Administración además de invocar el hecho, lo debió probar. Por otra parte, en el supuesto de que su exclusión se originara en una simple inadvertencia, ésta en modo alguno pudo afectar los derechos legítimos de la accionante a recibir una mejora salarial. Así las cosas, la sentencia venida en alzada resolvió en forma acertada el caso.-

En consecuencia, nos apartamos del criterio de los compañeros de

mayoría y confirmamos la sentencia impugnada

f) Improcedencia del Recurso de Revocatoria en contra resoluciones de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo

No. 580-01.

SECCION TERCERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, a las doce horas del seis de julio del dos mil uno.

Visto el recurso de revocatoria y nulidad concomitante interpuesto por la gestionante contra la resolución de esta Sección del Tribunal No. 412-2001 de las 8:45 horas del 25 de mayo del 2001.

Redacta el Juez Jinesta Lobo; y,

CONSIDERANDO:

UNICO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley de Creación de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo (No. 7274 del 10 de diciembre de 1991), contra lo resuelto por este órgano colegiado no cabe recurso alguno, siendo, únicamente, procedentes las gestiones de adición y aclaración, las que son de recibo cuando la resolución contiene omisiones o cuestiones no resueltas u oscuras. Por lo expuesto se impone rechazar por manifiestamente improcedente el recurso de revocatoria con nulidad concomitante interpuesto.

POR TANTO:

Por manifiestamente improcedente se rechaza el recurso de revocatoria con nulidad concomitante.

FUENTES CITADAS

-
- 1 SOLERA VÍQUEZ, Jose. El Recurso de apelación en las licitaciones. 1ed. San José, C.R. Editorial IJSA, 2005. pp 38-40.
 - 2 QUIRÓS CORONADO, Roberto. Ley General de la Administración Pública, concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional. 1 ed. San José, C.R. Edit Aselex. 1996. pp 405-406.
 - 3 Asamblea Legislativa. Ley General de la Administración Pública. Ley: 6227 del 02/05/1978
 - 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen C- 173-95. San José, 7 de agosto de 1995.
 - 5 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2005-00080. San José, a las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del dieciocho de enero del dos mil cinco.
 - 6 SECCIÓN SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. VOTO No. 311-2002. Segundo Circuito Judicial de San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del once de setiembre del dos mil dos.
 - 7 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2001-00447. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del ocho de agosto del dos mil uno.