

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: LA AUTONOMÍA PRESUPUESTARIA EN LOS ENTES DESCONCENTRADOS

RESUMEN: La presente recopilación abarca doctrina, normativa y jurisprudencia sobre el tema de la Desconcentración Administrativa pero se toma como eje central de este informe el elemento de la autonomía presupuestaria, específicamente temas como el de la personalidad Jurídica y sus limitaciones y las facultades que tiene un órgano desconcentrado en cuanto al uso del presupuesto asignado, lo anterior es analizado por los dictámenes de la Procuraduría, los cuales son incorporados para que el lector tenga una visión más amplia sobre el tema en estudio.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Elementos de la descentralización Administrativa.....	1
Personalidad Jurídica:.....	2
Sumisión al Estado y Autonomía económica.....	3
2NORMATIVA.....	3
a)Ley General de la Administración Pública.....	3
3JURISPRUDENCIA.....	4
a)Posibilidad de supervisar a los entes descentralizados por parte del Estado.....	4
La personalidad instrumental es limitada.....	7
b)Sobre la creación de plazas con el presupuesto asignada al órgano descentralizado y el principio de legalidad.....	15
c)La Autonomía presupuestaria y los conceptos de desconcentración máxima y mínima.....	21
La personalidad jurídica instrumental.	24

1 DOCTRINA

a) *Elementos de la descentralización Administrativa.*

[AGUILERA MARÍN]¹

Personalidad Jurídica:

“En el momento que el Estado crea nuevos entes los dota de un instrumento esencial que los faculta a actuar cual es la personalidad jurídica.

En términos generales podemos decir que existe personalidad jurídica de dos tipos, aquella que es meramente reconocida por la Constitución pues su existencia se presupone con el nacimiento de la persona humana (derechos fundamentales) y aquella creada mediante ley (creación de una institución pública).

En nuestro caso, resulta de interés únicamente la segunda acepción.

En el momento en que el Estado otorga personería jurídica a una institución, la llama a la vida jurídica, esto porque la hace acreedora de derechos y deberes frente a los administrados y a la administración misma.

Como caracteres generales de esa personalidad es importante citar la capacidad jurídica y la capacidad de actuar. Así, los entes (persona jurídica de derecho público) nacen al derecho y se desenvuelven con las responsabilidades que ella trae aparejada. Por otra parte, la extensión de sus atribuciones se fijará mediante ley y de ello dependerá sus responsabilidades.

La capacidad jurídica será la posibilidad de convertirse en un centro de imputación jurídica. No es necesario desplegar acción alguna a fin de que se le otorgue por ese motivo se define como una capacidad eminentemente pasiva.

Por su parte la capacidad de actuar lleva implícita la acción. La personalidad jurídica le permitirá al ente llevar a cabo actividades previamente establecidas. Esto es lo que se define como competencia. La administración solamente podrá hacer aquello que expresamente le esté permitido por norma legal o reglamentaria. La naturaleza de esta figura jurídica es objetiva e impersonal, es decir, pertenece al órgano, no al funcionario. Además, es de carácter inderogable e improrrogable, sólo mediante Ley podría modificarse los alcances de la misma.

Sumisión al Estado y Autonomía económica

[AGUILERA MARÍN]²

“La capacidad por sí misma no sería posible ejercerla sin recursos patrimoniales. El Estado y los entes menores deben disponer de un cierto cúmulo de bienes a fin de desplegar las prerrogativas asignadas. La disposición de una mayor o menor patrimonio dependerá directamente de los fines encomendados.

En la descentralización administrativa nos vamos a encontrar que las instituciones gozarán de autonomía en este punto, para disponer de esos bienes sin sujetarse a limitaciones más allá de las derivadas de su competencia.

En razón de la autonomía administrativa los entes menores podrán tener independencia funcional en materia financiera o presupuestaria.

La primera la vamos a encontrar cuando las instituciones se provean directamente sus recursos, sin dependencia de la Administración Central. En este caso, estamos ante la presencia de entes recaudadores de impuestos.

Para la autonomía presupuestaria, no necesariamente el origen de los recursos debe ser distinto a los del Estado, simplemente, nos encontramos ante un presupuesto separado que garantiza su independencia.”

2 NORMATIVA

a) Ley General de la Administración Pública

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]³

Artículo 83.

1. Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento.
2. La desconcentración mínima se dará cuando el superior no pueda:

- a) Avocar competencia del inferior; y
 - b) Revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte.
3. La desconcentración será máxima cuando el inferior esté sustraído además, a órdenes, instrucciones o circulares del superior.
4. La imposibilidad de revisar o sustituir la conducta del inferior hará presumir la potestad de avocar la misma y a la inversa.
5. Las normas que crean la desconcentración mínima serán de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado y las que crean la desconcentración máxima serán de aplicación extendida en su favor.

Artículo 85.-

- 1. Toda transferencia de competencias externas de un órgano a otro o de un servidor público a otro, tendrá que ser autorizada por una norma expresa, salvo casos de urgencia.
- 2. En toda hipótesis, la norma que autoriza la transferencia deberá tener rango igual o superior al de la que crea la competencia transferida.
- 3. No podrán hacerse transferencias por virtud de práctica, uso o costumbre.

3 JURISPRUDENCIA

a) Posibilidad de supervisar a los entes descentralizados por parte del Estado

[SECCIÓN PRIMERA]⁴

Resolución: No. 79 -2007

SECCIÓN PRIMERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Segundo Circuito Judicial de San José, a las diez horas cuarenta minutos

del veintitrés de febrero del dos mil siete.

Por apelación del COMITÉ CANTONAL DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE SAN JOSÉ, representado por su presidente Alfredo Vargas Mora, mayor, soltero, vecino de Plaza González Víquez, empleado bancario, con cédula 1-389-541; conoce el Tribunal, del acuerdo 37, artículo cuarto de la sesión ordinaria séptima, del trece de junio de dos mil seis, de la MUNICIPALIDAD DE SAN JOSÉ.-

Redacta el Juez Villalobos Soto.-

CONSIDERANDO

I. - HECHOS PROBADOS.: 1) Que el treinta de enero de dos mil seis, por acuerdo veinte, de la sesión ordinaria cero dos, el Comité Cantonal de Deportes y Recreación de San José decidió solicitar al Concejo Municipal aprobar el traslado de todas las instalaciones deportivas de esa corporación al mismo Comité (folios 18-19).- 2) Que el trece de junio siguiente, luego de tener el dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos y de la Comisión de Asuntos Jurídicos, el Concejo Municipal, por acuerdo 37, artículo cuarto, de la sesión ordinaria séptima, rechazó la gestión (folios 10-25, 26-27 y 33-37).- 3) Que el veintiséis de julio de ese año, el representante del Comité referido interpuso recursos de revocatoria y apelación contra el acuerdo indicado en el hecho precedente (folios 28-30 y 37-39).- 4) Que el diecisiete de octubre de dos mil seis, por acuerdo dieciocho, artículo quinto de la sesión ordinaria veinticinco, el gobierno local rechazó el recurso de revocatoria y ordena pasar el asunto ante este Tribunal (folios 45-48).- 5) Que el catorce de noviembre siguiente, por acuerdo catorce, artículo cuarto de la sesión ordinaria veintinueve, el Concejo Municipal corrigió error material en el acuerdo anterior, en el sentido de que admitió la apelación para ante este Tribunal (folios 4-8).-

II.- El recurrente funda su inconformidad en que, por disposición del artículo 164 del Código Municipal, los comités cantonales de deportes y recreación son órganos que cuentan con personería jurídica instrumental, la cual es suficiente para la realización de las funciones de los mismos, por lo que se desprende que son órganos de desconcentración máxima y por ende independientes de la Municipalidad; así que son creados como una institución que se encarga de la promoción de dichos aspectos dentro de la población de sus cantones, además de lo anterior, la misma normativa establece que tanto la Dirección General de

Deportes del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, las municipalidades y otras instituciones u organizaciones comunales podrán cederles en administración las instalaciones deportivas y recreativas de su propiedad, así que el espíritu de la ley lo que busca es que sea un ente encargado de promover el deporte y la recreación quien administre la instalaciones que el Estado ha desarrollado con ese fin y lograr concentrar en una sola institución la promoción del deporte y la recreación y la administración de tales bienes. Agrega que el acuerdo apelado carece de fundamento jurídico, ya que establece que el argumento del Comité Cantonal de Deportes de San José trata de obligar a la municipalidad para hacer los traspasos respectivos, sin embargo la petición obedece al espíritu de la ley. Pide suspender la ejecución del acuerdo impugnado, que se declare con lugar el recurso y se ordene el archivo del expediente.-

III.- El recurrente insiste en sus alegatos que por tratarse de un órgano con personalidad instrumental tiene legitimidad para interponer el recurso que se conoce, cuestión que a juicio de esta sección merece ser cuidadosamente considerada. Ya en otras oportunidades este Tribunal ha conocido de recursos interpuestos por los Comités Cantonales de Deportes y Recreación, ver al efecto votos 181-2006 y 146-2006 de la Sección Tercera, no obstante, estimamos que la cuestión debe revisarse. Al efecto se debe señalar que, de conformidad con el artículo artículo 164 del Código Municipal, el Comité es un órgano desconcentrado de la Municipalidad, en consecuencia no es independiente, está adscrito a la corporación y su función es construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad, debe funcionar con el reglamento que la misma Municipalidad dicte y está obligada a coordinar con la entidad lo concerniente a inversiones y obras para el deporte en el Cantón (artículos 169 y 170); la primera norma referida expresamente dispone que "... gozará de personalidad jurídica instrumental" para cumplir con los fines y funciones que se le otorgan ya dichos supra. Dado que se trata de un órgano, dicha disposición es clara en cuanto a que la "personalidad" que se le reconoce no es completa ni mucho menos, es instrumental, o sea sólo para efectos muy concretos, en este caso, como se dice, apenas para que pueda establecer relaciones jurídicas a título personal para construir, administrar y mantener las instalaciones de su propiedad o dadas en administración, únicamente. Al efecto cabe citar el dictámen de la Procuraduría General de la República, C-174-2001 de 19 de junio de 2001, en el que resuelve una consulta sobre este tema en concreto y en el cual dice:

"En vista de que el citado criterio confunde los conceptos

"personalidad jurídica" y "personería jurídica", es indispensable referirse brevemente a esa diferencia, así como a la existente entre personalidad jurídica plena y personalidad instrumental. Luego se analizará la naturaleza jurídica del Comité de mérito.

La personalidad instrumental es limitada

La personalidad jurídica es la cualidad propia de la persona. En efecto, atribuir personalidad jurídica a un ente es crear un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones (persona). La particularidad de esa imputación radica en que se hace a la persona en tanto tal y no como parte de un ente mayor. La personalidad, además, determina que el ente no forma parte de una organización ministerial y que posea un ámbito de actuación propio

La personalidad coloca al organismo en una posición diferente de quien, por carecer de personalidad jurídica, constituye un órgano, aún cuando éste fuere desconcentrado. Los entes en razón de su personalidad, no están sometidos a una relación de jerarquía o de sumisión orgánica, sino a una relación de dirección. Dicha relación es de confianza y es incompatible con la dependencia jerárquica.

Además, en razón de la personalidad, el ente goza de un patrimonio propio, independientemente de cómo se constituya o se integre. La titularidad de un patrimonio propio implica una autonomía patrimonial y por ende, autonomía de gestión. Conforme con esa autonomía de gestión, el ente podrá realizar todos los actos y contratos necesarios que impliquen gestión de dicho patrimonio. En ese sentido, la potestad de contratar es de principio y sólo es restringida en la medida en que la ley expresamente lo indique. ...

En los dictámenes Ns. 87-88 de 25 de mayo de 1988 y 115-89 de 4 de julio de 1989 analizamos el fenómeno de las personalidades presupuestarias. ...

A partir de la resolución de la Sala Constitucional, N. 6240-93 de las 14 hrs del 26 de noviembre de 1993, el fenómeno es analizado bajo el término de "personalidad instrumental". En dicha resolución, la Sala consideró que en tratándose de órganos del Poder Ejecutivo a lo sumo el legislador podía atribuirles una personalidad instrumental, que no puede comportar una total independencia del Poder Ejecutivo y, por ende, el ejercicio de potestades que a éste compete. Si ese fuere el interés, el

legislador tendría que constituir un verdadero ente descentralizado, con desplazamiento de competencias que constitucionalmente corresponden al Poder Ejecutivo como jefatura de la Administración Central. La validez de la personalidad instrumental en el Poder Ejecutivo fue analizada de nuevo por la Sala Constitucional mediante la resolución N. 3513-94 de las 8:57 hrs del 15 de julio de 1994. La Sala declara inconstitucional que se atribuya al Museo Nacional una personalidad jurídica plena y admite como válida la personalidad instrumental.

Integra esa personalidad jurídica plena la autonomía patrimonial, presupuestaria y funcional. ...

El calificativo de "instrumental" que se hace a la personalidad significa que es una personalidad limitada al manejo de determinados fondos señalados por el legislador, que permite la realización de determinados actos y contratos con cargo a esos fondos, pero que no comporta una descentralización funcional verdadera. Su atribución supone una gestión presupuestaria independiente y, por ende, la titularidad de un presupuesto propio.

Delimitado así el concepto de personalidad instrumental, corresponde analizar la naturaleza jurídica de los comités cantonales de deporte y recreación. B-. EL COMITÉ: UNA PERSONALIDAD RESTRINGIDA

La consulta se plantea con el objeto de establecer cuáles son los alcances de la "personería jurídica instrumental" de los comités cantonales de deportes y recreación.

Los comités cantonales de deportes y recreación son regulados por el Código Municipal en sus artículos 164 a 172. Dispone el primero de dichos artículos:

"En cada cantón, existirá un Comité cantonal de deportes y recreación, que estará adscrito a la municipalidad respectiva y gozará de personalidad jurídica instrumental para construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad u otorgadas en administración. Asimismo, habrá Comités comunales de deportes y recreación, adscritos al comité cantonal respectivo".

Dos elementos fundamentales en orden al comité cantonal son su personalidad jurídica instrumental y el hecho de que sea "adscrito" a la municipalidad.

Como se ha indicado, la personalidad jurídica instrumental es por naturaleza limitada a la gestión de ciertos fondos. En relación con esos fondos, la persona instrumental realiza determinados actos de gestión, lo que permite contratar. No obstante, puesto que se trata de una personalidad instrumental, bien puede el legislador precisar, delimitando estrechamente, el ámbito de acción de la organización. Este es el caso del comité cantonal en cuanto se dispone que la personalidad instrumental lo que autoriza es a construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad u otorgadas en administración. Ello implica que el comité está inhibido de realizar otras actividades que no estén en relación directa con las instalaciones deportivas de que es propietario o administrador. En ese sentido, su ámbito de acción es restringido. El respeto a ese ámbito determina la validez y eficacia de los actos y contratos que celebre el comité, según lo dispuesto en los artículos 128 a 140 y 158 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública y 3 de la Ley de la Contratación Administrativa.

De ello se desprende que el comité no puede realizar contratos que no tengan por objeto la construcción, mantenimiento o en su caso la administración de las citadas instalaciones. Por consiguiente, pareciera que excede el ámbito de esa personalidad instrumental el desarrollo de programas deportivos, la actividad física y la recreación para todos. Dicho desarrollo puede entenderse comprendido dentro del ámbito competencial del comité, pero no estará cubierto por la personalidad instrumental, salvo en el tanto en que dichos programas puedan entrar en el ámbito de la administración de las instalaciones, lo cual no puede ser establecido en abstracto. Es de advertir, en todo caso, que esas competencias son propias de la Municipalidad y sólo pueden ser desempeñadas por órganos de ésta.

El comité no es una organización independiente. Por el contrario, constituye un órgano de la municipalidad. Su naturaleza de órgano se muestra en el hecho de que sólo le ha sido atribuida una personalidad limitada, por una parte, y en el concepto de adscripción. Ciertamente, desde el dictamen N. 055-87 de 10 de marzo de 1987 ha sido clara la posición de la Procuraduría en cuanto que el término "adscripción" no tiene un significado propio en el Derecho Administrativo. Lo que no ha impedido que sea utilizado para designar una determinada relación con una organización mayor, tanto si se refiere a los entes como a los

órganos. Precisamente por eso, la adscripción debe ser establecida por el legislador, por lo que no puede derivar de una interpretación de los fines coincidentes del ente con respecto a otro ente. En el presente caso, resulta evidente que el término adscrito significa pertenencia: el comité es un órgano colegiado que se integra dentro de la estructura de la Municipalidad.

El carácter limitado de la personalidad instrumental y, por ende, la circunstancia de que en el fondo se trate de un órgano y no de una persona jurídica independiente determina la estrecha relación entre el comité y el Concejo Municipal:

·La municipalidad determina el funcionamiento del comité y lo hace a través de la emisión de un reglamento (artículos 167 y 169 del Código Municipal).

·Los comités deben someter a conocimiento del Concejo Municipal los programas anuales de actividades, obras e inversión, antes de aprobarse los presupuestos ordinarios de la municipalidad (artículo 172 del Código Municipal).

·Los comités deben presentarle un informe de los resultados de la gestión correspondiente al año anterior (artículo 172 Código Municipal).

·El comité debe coordinar con la municipalidad las inversiones y obras que va a realizar en el cantón. La personalidad instrumental no le permite decidir por sí mismo todos los aspectos atinentes a la obra por construir....

Todo lo cual significa que el comité está sujeto al control del Concejo Municipal. ..." (La negrilla no es del original)

En términos similares, el mismo órgano contestó una consulta sobre el mismo tema mediante su "Opinión Jurídica" OJ-074-2000 de 7 de julio del 2000; la extensa cita permite conocer un adecuado análisis de la ley, la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que es vinculante, cabe además señalar que dicho tribunal ya había expresado un criterio igual en un voto anterior, el 6240 de 1993. Entrando ya al campo de la jurisprudencia judicial, cabe señalar que por su parte la Sección Tercera de este

Tribunal se ha expresado en el mismo sentido en reiteradas ocasiones, o sea, en cuanto a que se trata de un órgano adscrito a la persona municipal, con una personalidad instrumental limitada a ciertas funciones solamente, así en el voto 00200 (expediente: 05-000343-0161-C.A.) de nueve horas treinta minutos del dos de junio de dos mil seis, se dispuso:

"II.- ... En todo caso, resulta oportuno, ante el reclamo que aquí suscribe el inconforme cuando alega presidir un órgano de desconcentración máxima, que en términos generales, tal desconcentración surge cuando el derecho objetivo, a través de una ley o un reglamento, le atribuye una competencia exclusiva a un órgano inscrustado en una estructura jerárquica. Su definición: "...la transferencia interorgánica y definitiva, operada por ley o reglamento, de la titularidad y ejercicio de una competencia exclusiva que debilita o extingue, parcialmente, la relación jerárquica." (ver Jinesta Lobo, E. Tratado de derecho Administrativo Tomo I -Parte General-, editorial Diké, pag. 346) . Más adelante dicho autor llega a la conclusión de que la desconcentración no entraña una independencia funcional o absoluta a favor del órgano desconcentrado, ni un rompimiento total de la relación de jerarquía entre superior e inferior (ibídem, pág. 350) . Más directamente agrega que si bien es cierto que en cuanto al ejercicio de la competencia exclusiva desconcentrada, prácticamente, desaparece la jerarquía, el órgano desconcentrado siempre está sujeto a algunas potestades del superior, especialmente para el caso de marras, la vigilancia o fiscalización y otras más que no viene ahora al caso puntualizar, a tenor de lo preceptuado por el numeral 105, párrafo 2º de la Ley General de la Administración Pública. Y es que no puede soslayarse el hecho de que el artículo 170 del Código Municipal ordena a la municipalidades del país, asignarles a tales comités, un mínimo del tres por ciento (3%) de los ingresos ordinarios anuales municipales que deben distribuir en un diez por ciento (10%) máximo para gastos administrativos y el resto para programas deportivos y recreativos. Es decir, se trata del manejo de fondos públicos, incluídos aquellos que pudieran provenir del alquiler de bienes públicos. Paralelamente, existe a partir del año dos mil dos, una Ley de General de Control Interno, la cual establece criterios mínimos de obligada observancia por parte de ente u órganos sujetos a su fiscalización, en cuanto al establecimiento, funcionamiento, mantenimiento, perfeccionamiento y evaluación de los sistemas de control interno (vid. artículo 1º). Es además potestad de la auditoría interna, el libre acceso, en cualquier momento, a todos los libros, archivos, valores, cuentas bancarias y documentos de los entes y órganos de su competencia institucional, incluídos sujetos privados, únicamente en cuanto

administren o custodien fondos o bienes públicos tal y como lo constituye el caso de marras (vid. artículo 33 ibídem). III.- A mayor abundamiento, ya esta sección del Tribunal en casos similares ha dicho: "II.- Si por el principio de tutela administrativa, el Estado puede controlar la actividad de los entes para evitar la violación de las leyes y las reglas de una buena administración, con mayor razón un ente puede hacerlo con uno de sus órganos desconcentrados o adscritos. ... III.- Los comités cantonales de deportes y recreación son órganos adscritos que forman parte integral de la organización municipal de la cual dependen en gran medida física y financieramente, por lo que no pueden escapar de las medidas de regulación, control y fiscalización necesarios para el buen manejo de la hacienda pública". (Ver voto N° 146- 2006 dictado por esta misma sección del Tribunal a las diez horas cuarenta y cinco minutos del 4 de mayo del año que transcurre y reiterado en el voto N° 181-2006 de nueve horas treinta y cinco minutos del 26 de mayo del presente año). ..." (La negrilla no es del original, en sentido similar se puede consultar el voto 162 2003 ibídem).

También es coincidente en este criterio la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual al resolver un recurso de casación ha razonado:

"III.- El Ministerio cuenta con "dependencias principales" y "organismos adscritos". Dentro de los primeros se halla la Dirección General del Registro Nacional y de los segundos, la Junta Administrativa del Registro Nacional (ordinales 3 inciso b) y 6 inciso b) ibídem). El primer numeral de la Ley de Creación del Registro Nacional N° 5695 del 28 de mayo de 1975 y sus reformas, señala que el Registro Nacional es "dependiente del Ministerio de Justicia" . Se encuentra bajo la dirección de la Junta Administrativa, la cual, por disposición del ordinal 3 de la ley, cuenta con personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines. Según esta regla, sus funciones son: "a) Dictar las medidas de organización y funcionamiento de sus dependencias; b) Proteger, conservar sus bienes y velar por su mejoramiento ; c) Formular y ejecutar los programas de mejoras, de acuerdo con las necesidades de las dependencias a su cargo; d) Administrar los fondos específicos asignados a cada una de ellas , así como los demás ingresos que por otros conceptos reciba, mediante cuentas separadas, dictando los presupuestos , acordando los gastos, haciendo las inversiones que estimare adecuadas, promoviendo y resolviendo licitaciones que fueren del caso, con sujeción a lo dispuesto por la Ley de la Administración Financiera de la República y la presente ley..." , (...). Por su parte, el manejo

independiente de los recursos públicos destinados a las labores registrales, otorgado a la Junta Administrativa, se concluye del concurso de varias normas, iniciando en el inciso d) supra mencionado. El artículo 7 de la ley en comentario, establece que estará a cargo del Banco Central depositar diariamente en la Cuenta Corriente de la Junta, el 50% de los ingresos que se obtengan como fondos específicos del Arancel de Derechos del Registro Público. Al propio tiempo, ésta debe someter los proyectos de presupuesto ordinario, extraordinario y sus modificaciones a la Contraloría General de la República. Se halla autorizada para contraer préstamos con instituciones del Sistema Bancario Nacional, instituciones autónomas o semiautónomas del Estado, y a adquirir donaciones (numerales 8 y 9 ibídem). Cuenta con autorización para abrir cuentas corrientes en los Bancos del Sistema Bancario Nacional y puede vender en forma directa materiales, extractos, y servicios extraordinarios originados en el proceso de sus datos, así como hacer compras y contratos directos en casos necesarios o urgentes, con la autorización de la Contraloría General de la República, al tenor de lo normado en las reglas 12 y 14 de la Ley 5695 del 28 de mayo de 1975. De la relación normativa, se deduce lógicamente, que la Junta Administrativa (órgano adscrito del Ministerio de Justicia) cuenta con autonomía para el manejo de su presupuesto. Consecuencia necesaria de lo anterior, es dotar de personalidad jurídica propia a la Junta Administrativa del Registro Nacional, sin la cual, no tendría capacidad jurídica para el manejo y administración de los fondos públicos que le son asignados. Esa personalidad, empero, no permite catalogarla como una institución descentralizada. Dos razones fundamentan lo anterior: 1) la Junta continúa dispuesta jerárquicamente como la cabeza de una de las dependencias del Ministerio de Justicia, esto es, el Registro Nacional, por lo cual se está en presencia de una nueva persona jurídica, separada del Estado, de modo tal que: 2) tampoco puede haberle sido designado un ámbito competencial exclusivo, como ocurre en la descentralización de competencias. En realidad, el fenómeno, aunque complejo, se ubica frente a un órgano-persona que goza de personalidad jurídica instrumental, atendiendo a un criterio de estricta raigambre presupuestaria, lo cual habla a favor de la desconcentración. Ello se observa por la particular destinación de ciertos fondos, separados por el legislador, para la atención de determinados fines fijados en la ley, dotando además a los encargados de esos recursos, de la personalidad jurídica necesaria para la administración de ese patrimonio. La misma no es plena, y se constriñe al manejo de esos recursos, de modo tal que sigue siendo parte de un escaño en la organización jerárquica del Estado. " (La negrilla no es del original)

En consecuencia, se concluye que el Comité Cantonal de Deportes es tan sólo un órgano con personería jurídica instrumental, por ende no le es aplicable el numeral 153 ibídem, en cuanto a que no puede ser un interesado, pues no tiene capacidad como tal y no puede presentar los recursos ordinarios contra los acuerdos municipales. Pero además es un órgano de un ente público, sujeto a la Ley General de la Administración Pública (artículos 1 y 2), la cual dispone que "La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2 Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa. (artículo 11, la negrilla no es del original); lo cual representa uno de los fundamentos doctrinales del derecho público, cual es el principio de legalidad, que se puede resumir en la frase: "lo que no está permitido está prohibido". Así las cosas, revisada dicha ley y el Código Municipal (artículos 153 a 163), no se encuentra disposición alguna que autorice a un órgano interno a presentar recurso ordinario contra su superior jerárquico y la propia persona a la que pertenece, por lo que se concluye que dicho Comité no tiene legitimidad ni personalidad para presentar la apelación y se debe declarar mal admitida la que se conoce. A mayor abundamiento, carece de sentido que agote la vía administrativa, por cuanto esta legalmente prohibido en forma expresa que pueda demandar a su propia institución (artículo 10 inciso 5° de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).-

POR TANTO

Se declara mal admitido el recurso.

b) Sobre la creación de plazas con el presupuesto asignada al órgano descentralizado y el principio de legalidad

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁵

C-168-2008

16 de mayo del 2008

Licenciado

Nelson Loaiza Sojo

Director General

Imprenta Nacional

Estimado señor:

Con la anuencia de la señora Procuradora General de la República, me es grato dar respuesta a su Oficio No. 287-2008 DG, de fecha 21 de abril del 2008, a través del cual solicita el criterio técnico jurídico acerca de si "... conforme al Principio de Legalidad y el bloque de legalidad, que rige la materia, es: si conforme al articulado enunciado, puede este Cuerpo Colegiado a fin de fortalecer los servicios emanados por el Estado; solicitar la creación de nuevas plazas ante la Autoridad Presupuestaria, para que sean cubiertas con los fondos de la Junta Administrativa, fondos que hoy día cuentan con el Superávit institucional." (SIC)

Al respecto nos indica usted, que, en virtud de lo que disponen los artículos 1 y 7 de la Ley No. 5394, del 5 de noviembre de 1973, (Ley de Creación de la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional) así como lo conceptualizado por la Lengua Española en cuanto al vocablo "servicios", se podría contar con personal que colabore en las diversas tareas técnicas y administrativas, que conlleven al quehacer del servicio de una imprenta. Razón por la que, esa Junta Administrativa solicitó con anterioridad la creación de plazas nuevas ante la Autoridad Presupuestaria, las cuales hasta la fecha son cubiertas con los fondos de ese órgano colegiado.

I.-Criterio jurídico de la institución:

Mediante Oficio No. AJ-010-08, de 14 de enero del 2008, la Asesoría Jurídica de la institución a su digno cargo, explica que

la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria, en Oficio STAP-1121-2007, de 4 de julio del 2007, señala, entre otras cosas, que la Dirección General de Presupuesto Nacional ha decidido mantener treinta y siete (37) plazas pagadas con el presupuesto asignado a la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional, siendo que este órgano colegiado solicitó en su oportunidad la creación de dichas plazas, considerando que contaba con recursos suficientes para hacerle frente a esa erogación económica y que no se estaba generando ninguna carga para el Presupuesto de la República. Además, se indica que se trata de una situación anterior al dictado del Dictamen C-295-2005, de 18 de agosto del 2005, siendo que a partir de este pronunciamiento, las plazas que fueron creadas a posteriori han sido debidamente incluidas dentro del Presupuesto Nacional, a cargo del Ministerio de Gobernación y Policía.

En tal virtud, explica la Asesoría Jurídica, que la preocupación radica en que a la fecha continúen treinta y siete (37) plazas pagadas con el presupuesto asignado a la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional, aún cuando la Procuraduría ya ha determinado de manera vinculante que, dentro de los fines específicos asignados legalmente para los fondos administrativos por esa Junta Administrativa, no se encuentra la contratación de personal, por lo cual el hecho de que se destinen parte de estos recursos al pago de salarios de funcionarios, implica una violación al principio de legalidad.

Asimismo, continúa indicando que, con el fin de subsanar dicha situación, la misma Dirección General de Presupuesto Nacional resolvió incluir las veintiún (21) plazas objeto de la consulta planteada en aquella oportunidad, dentro del Presupuesto Nacional, a partir del año 2007; circunstancia que le llama poderosamente la atención, al observar el Oficio DGPN-153-2007 de la Dirección General de Presupuesto Nacional que solamente esas 21 plazas se hayan incluido en el Presupuesto Nacional, y no así las 37 restantes que habían sido creadas con anterioridad.

De manera que, puntualiza que es necesario dilucidar entonces la situación jurídica y presupuestaria de esas treinta y siete (37) plazas que continúan siendo pagadas con el presupuesto asignado a la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional, toda vez que, de conformidad con el citado Dictamen C-295-2005, esas plazas deben ser pagadas a través del Presupuesto Nacional, a cargo del Ministerio de Gobernación y Policía.

Por tanto, considera esa Asesoría Legal que resulta improcedente el argumento esgrimido por la Autoridad Presupuestaria, en el sentido de que probablemente el asunto ha trascendido el ámbito presupuestario y se supone que debido a las múltiples obligaciones legales y constitucionales que se financian a través del Presupuesto Nacional, así como a las serias limitaciones presupuestarias que tienen los ministerios, puede ser materialmente imposible considerar los recursos de esas plazas para el presupuesto del año 2008, a cargo del Ministerio de Gobernación y Policía.

Finalmente concluye que, " En mérito a lo expuesto, es el criterio de este órgano asesor que el Principio de Legalidad está por encima de este tipo de consideraciones, y el asunto debe ser subsanado a más tardar a partir del presupuesto del año 2009, debiendo la Dirección General de Presupuesto Nacional incluir estas 37 plazas en el Presupuesto Nacional, a cargo del Ministerio de Gobernación y Policía, como en derecho corresponde."

I.-Análisis de la consulta planteada:

Este Órgano Consultor técnico-jurídico de la Administración Pública, ha reiteradamente analizado el carácter jurídico que tiene la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional, a la luz de lo que disponen los artículos 1 y 2 de la Ley No. 5394, de 05 de noviembre de 1973 y sus reformas (denominada Ley de Creación de la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional), que en su orden expresan:

"Artículo 1º-Créase la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional, como órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Gobernación y Policía con personalidad jurídica instrumental para contratar y adquirir bienes y servicios para el cumplimiento de sus fines.

(Así reformado por ley N° 8305 de 19 de setiembre del 2002)

Artículo 2º.-

Sus fines fundamentales serán:

a) Proteger y conservar los bienes de la Imprenta Nacional y velar por su mejoramiento;

- b) Administrar los fondos específicos a que esta ley se refiere; y
- c) Formular los programas de inversión de acuerdo con las necesidades y previa fijación de prioridades y hacer las respectivas licitaciones."

En concordancia con la doctrina del artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública, puede observarse de los textos legales transcritos, el grado de desconcentración que ostenta la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional, en relación con el Ministerio de Gobernación y Policía al cual pertenece, así como la personificación presupuestaria que se circunscribe a la competencia que el legislador le ha procurado otorgar mediante la citada Ley Número 5394. Ello para proteger, conservar y mejorar los bienes de la Imprenta Nacional, administrar los fondos específicos legales, y todo lo atinente al servicio de imprenta en su esencia; funcionamiento que se realiza en lo pertinente, con el personal que el Ministro de Gobernación pone a disposición de ese órgano colegiado para la consecución de los fines que estipula la Ley (artículo 4). Veamos lo que este Despacho, en lo conducente, ha indicado:

" De allí que, debe tenerse presente, que los dineros administrados por la citada Junta tienen destinos específicos, dentro de los cuales no está el de asumir pagos de salarios por cargos fijos, sino, únicamente, se autoriza la contratación bienes y servicios, entendiéndose estos últimos , como aquéllos meramente eventuales, sobre actividades que no pertenecen a las normales de la institución, y que no impliquen relación o vínculo dentro del esquema organizacional de la relación de puestos de ese órgano. En este sentido, desde hace algunos años, esta Procuraduría había externado criterio, y entre lo que interesa expresó:

"Según ha quedado expuesto, al efectuar el análisis de las normas especiales sobre la materia, tanto la Ley de Creación de la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional, como la Ley que regula la Junta Administrativa de la Dirección Nacional de Comunicaciones [3], establecen expresamente los fines para los cuales debe ser utilizado el presupuesto asignado a las mismas, dentro de los cuales no se incluye la contratación de personal.

Antes bien, en ambos cuerpos normativos se establece que el personal necesario para el cumplimiento de sus fines será asignado por parte del Ministerio de de Gobernación y Policía, de manera que resulta aún más claro la intención del legislador de que los fondos disponibles no fueran destinados a la contratación de

servidores, razón por la cual el que estas Juntas destinen parte de sus recursos al pago de salarios de empleados contratados a su servicio, implica una violación al principio de legalidad que debe respetar la Administración". (Procuraduría General de la República. N° C- 034-97 de 28 de febrero de 1997).

(Dictamen No. C- 295-2005, de 14 de enero del 2008)

"(...)

Sobre esta última norma, debemos indicar que el Reglamento Interior de Trabajo de la Imprenta Nacional parte de la posibilidad de que, además de los funcionarios del Ministerio de Gobernación y Policía que son destacados en la Imprenta Nacional, la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional pueda contratar personal que será pagado con los fondos administrados por este órgano (artículos 2, 3 inciso b) y 16 párrafo segundo del citado reglamento). No obstante, la Procuraduría ha señalado en reiteradas oportunidades que no existe fundamento jurídico que sustente el que la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional contrate personal para labores fijas. En virtud de todo lo expuesto, debemos interpretar que la potestad de despido reside exclusivamente en el Presidente y el Ministro actuando en forma conjunta, tal y como lo dispone el artículo 140 inciso 2) de la Constitución Política comentado líneas atrás..."

(Lo resaltado no es del texto original)

(Véase Opinión Jurídica No. 030-2007, de 10 de abril del 2007)

De manera que, en virtud de la naturaleza jurídica de la institución consultante, así como la categórica competencia que legalmente se le ha atribuido, no es posible interpretar de los artículos 1 y 7 de la Ley en estudio, que los recursos económicos específicos que administra esa Junta Administrativa para la contratación de bienes y servicios, pueden ser utilizados también para contratar personal y pago de salarios correspondientes, sino es en contra del principio de legalidad regente en todas las actuaciones de la Administración Pública, según el mandato constitucional del artículo 11 y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública, así como la doctrina que les informan.

Finalmente, cabe observar en relación con el criterio legal

expuesto por la Asesoría Jurídica, en cuanto indica que pese existir una autorización de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria (Oficio STAP-1121-2007, del 4 de julio del 2007), debe enmendarse la ubicación presupuestaria del pago salarial de las anteriores 37 plazas, a fin de que lo asuma el Presupuesto Nacional, pues considera que de no ser así, esa situación reñiría contra los dictámenes emitidos al respecto por esta Procuraduría y por ende, contra el Principio de Legalidad que rige a la Administración Pública.

Sobre el particular, este Despacho observa del mencionado Oficio STAP-1121-2007, una excepción específica que se originó antes de la emisión del Dictamen Número C295-2005 en referencia, por lo que en esa oportunidad la Dirección General de Presupuesto Nacional, en Oficio DGNP-153-2007, de 13 de abril del 2007, específicamente señaló que "...en lo correspondiente a las 37 plazas deberán de seguir en las mismas condiciones que hasta la fecha su representada ha utilizado, por lo cual solamente aparecerán dentro del programa 054-03-Imprenta Nacional del Ministerio de Gobernación y Policía el costo de 149 puestos, los cuales incluyen las 21 plazas autorizadas en el 2007"; por lo que en esos términos, y en virtud del carácter técnico jurídico de nuestros pronunciamientos [1], esta Procuraduría se inhibe del análisis de lo que ya allí se resolvió, pues de lo contrario se constituiría en administración activa en flagrante violación de la legalidad de sus actuaciones.

II.- Conclusión:

En virtud de todo lo expuesto, esta Procuraduría concluye que de conformidad con la naturaleza jurídica que ostenta la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional, así como la categórica competencia que legalmente se le ha atribuido mediante Ley No. 5394, del 5 de noviembre de 1973 (Ley de Creación de la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional) no es posible interpretar de los artículos 1 y 7 de la Ley en estudio, que los recursos económicos específicos que administra esa Junta Administrativa para la contratación de bienes y servicios, pueden ser utilizados también para contratar personal y pago de salarios correspondientes, sino es en contra del principio de legalidad regente en todas las actuaciones de la Administración Pública, según el mandato constitucional del artículo 11 y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública, así como la doctrina que les informan.

c) La Autonomía presupuestaria y los conceptos de desconcentración máxima y mínima.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁶

OJ-099-2007

2 de octubre de 2007

Señora

Hannia Milena Durán

Jefa de Área

Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y Recursos Naturales
Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, atendemos su oficio de fecha 24 de junio de 2005, mediante el cual la Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y Recursos Naturales, solicita el criterio técnico - jurídico de esta Procuraduría en relación con el proyecto de ley denominado "LEY PARA EL TRANSPORTE INTERNO DE GANADO BOVINO Y SUS PRODUCTOS PARA CONSUMO HUMANO", que se tramita bajo el expediente legislativo No. 15.568, publicado en La Gaceta No. 111 del 8 de junio de 2004.

I- Consideración preliminar.

Conviene advertir que dado que esta Institución no se encuentra dentro de los supuestos que informan lo preceptuado en el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, no le es aplicable el plazo de 8 días hábiles ahí dispuesto, pues ese plazo "(...) se refiere a las consultas que de conformidad con la Constitución Política (artículo 88, 97, 167 y 190) debe serle formuladas obligatoriamente a las instituciones del Estado, interesados en un determinado proyecto de ley (verbigracia el Tribunal Supremo de Elecciones, la Universidad de Costa Rica, el Poder Judicial o una Institución Autónoma), no así a las consultas optativas o voluntarias como la presente, que no está regulada por la normativa de cita." (Opinión Jurídica N° OJ-053-98 del 18 de junio de 1998. En sentido similar -entre otras- las opiniones jurídicas números OJ-177-2004 del 21 de diciembre del 2004, OJ-174-2005 y

OJ-181-2005 -respectivamente- de los días 2 y 14 de noviembre del 2005). En todo caso, estamos atendiendo su solicitud dentro del plazo que nuestras labores ordinarias nos lo permiten.

En vista de que la gestión formulada por la Comisión consultante no se ajusta al procedimiento de solicitud de dictámenes, establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los comentarios siguientes no obligan al órgano consultante, ni constituyen jurisprudencia administrativa de acatamiento obligatorio, sino que deviene de una colaboración a los señores Diputados en sus labores legislativas.

Se advierte, como es usual frente a este tipo de requerimiento parlamentario, que no se emitirán juicios definitivos o concluyentes sobre la bondad de la innovación legislativa proyectada, y sobre la oportunidad de las medidas que por ese medio se adoptarían, ni nos ocuparemos de formular un análisis sistemático y exhaustivo del proyecto, que examine artículo por artículo su ajuste técnico-jurídico, por ser ello ajeno a la naturaleza de la Procuraduría General de la República como órgano superior consultivo técnico-jurídico que es.

II. Pretensión del proyecto bajo estudio.

Pretenden los legisladores costarricenses con esta iniciativa de ley, crear una normativa que regule el registro, traslado, trasiego, transporte y sacrificio de ganado, uniformando la participación de los diversos ministerios -Agricultura y Ganadería, Salud y Seguridad Pública- que tienen relación con el patrimonio pecuniario costarricense, con la finalidad de establecer los controles para el transporte interno y sistemas adecuados para la movilización del ganado en nuestro territorio, garantizando el buen estado de los animales para consumo humano. Además, se pretende tutelar la lícita y comprobable procedencia de este tipo de producto, evitando así un perjuicio para los productores que son despojados de forma ilícita de sus bienes.

En esa tesitura, los señores Diputados desean también modificar y ampliar los hechos ilícitos relativos al robo y hurto de ganado, como tipos especiales nuevos, agravando las consecuencias por dichas infracciones penales, mediante la incorporación de novedosos y numerosos comportamientos hasta ahora no reprimidos mediante sanción penal.

III. Criterio de la Procuraduría General de la República sobre el

proyecto de ley número 15.516.

a. Consideraciones acerca del nuevo órgano encargado del control sobre el transporte de ganado bovino.

El proyecto en estudio establece la creación de una entidad denominada "Comisión reguladora de transporte de ganado", a la que encarga la administración y control del transporte de ganado bovino y sus productos en nuestro territorio, cuya naturaleza es definida como de desconcentración máxima con personería jurídica instrumental.

Previo a hacer algunas consideraciones sobre dicho órgano, conviene aclarar el ámbito de competencia material que se le asigna al ente y el propio elemento objetivo de los tipos penales que más adelante se conocerán.

La normativa en estudio que se propone tiene como objeto regular múltiples aspectos relativos al ganado vivo y sus productos, específicamente del tipo bovino. Entre ellos el destace, transporte, salubridad del producto y licitud de los mismos en cuanto a su propiedad y procedencia, en garantía para el consumidor y en tutela de los productores que generan la actividad ganadera.

Si bien el término "ganado" incluye a todo tipo de animal de pasto en finca o granja, tales como caballo, oveja, cabra o cerda (porcino), [1] el proyecto detalla específicamente que el tipo de ganado a que se refiere es "bovino" (sinónimo de "vacuno"), y establece la aplicación de la ley únicamente al toro (buey) y a la vaca de engorde o leche, según su definición obtenida de diccionario, [2] lo que excluiría de aplicación en este proyecto, para efectos de competencia material del ente y tipicidad penal y administrativa, toda aquella actividad no referida al toro y a la vaca, quedando fuera de una regulación similar a la propuesta aquí el resto de animales antes citados y sus similares, incluyendo la carne de origen marino, lo cual delimita la competencia material en la aplicación de la ley del órgano administrativo que se pretende crear.

Lo anterior adquiere relevancia al momento de analizar los tipos penales y administrativos que contempla el proyecto de ley, pues en aquellas normas que solamente indiquen el término "ganado", no podría extenderse la tipicidad a un hecho prohibido si se comete utilizando un animal diverso a la vaca y al toro, dada la esencia y naturaleza propia de la futura ley.

En cuanto al órgano antes citado, se le otorga la calidad de desconcentración máxima con personería jurídica instrumental para su funcionamiento y administración, pudiendo dar por agotada la

vía administrativa. También se establece una Junta Administrativa encargada de su dirección, con la participación de un director ejecutivo, dejando al reglamento de la ley el establecimiento de la organización técnica, administrativa y financiera de la Comisión, así como la forma de los nombramientos de sus miembros.

Dicha personería jurídica faculta al órgano para representarse asimismo en sede judicial, siempre y cuando la materia de la litis sea de su propia competencia o ejercicio, según lo ha establecido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [3] y esta Procuraduría. [4]

Este tipo de organización propuesto -desconcentración máxima-, regulado en el inciso tercero del artículo 83 de la Ley General de Administración Pública, aun con una competencia exclusiva y personalidad jurídica instrumental, debe permanecer subordinado siempre al ente al cual pertenece y debe estar ajeno a la estructura propia de un ente autónomo, que sí posee autonomía jurídica plena, capacidad contractual, patrimonio propio y autonomía presupuestaria y financiera. Por ello, no podría este órgano contar con potestades que impliquen una independencia y separación administrativa tal que riña con la condición de dependencia y subalterno respecto al ente al cual pertenece, pues nótese que se establece una estructura compleja que se describe como "organizativa, técnica, administrativa y financiera" [5], al grado que le otorga la posibilidad de contar con dependencias para el ejercicio de sus funciones y competencias, pudiendo contar con un presupuesto propio que ingresa a sus cuentas, con fuentes de financiamiento específicos cuyos recursos podrá administrar de forma autónoma, según se indica en el inciso f) del artículo número 8 del proyecto.

Esta Procuraduría ha sido del criterio de que la creación de órganos desconcentrados en la Administración Pública no provoca una delegación indebida de competencias del Poder Ejecutivo, en tanto se hace mediante una ley a favor de un órgano de la propia Administración Central justificada en razones de conveniencia y oportunidad.

Así lo ha establecido esta Procuraduría General en varias resoluciones, que parcialmente se transcriben de seguido.

"VI.-

La personalidad jurídica instrumental.

Queda claro que los órganos de la Administración Pública (Ministerios, etc.) no tienen personalidad jurídica, sino

solamente los entes (Municipalidades, instituciones autónomas). No obstante lo anterior, la doctrina italiana y española han reconocido cierta subjetividad a algunos órganos administrativos, a fin de "calificar de jurídicas las relaciones ínter orgánicas que se verifican entre los mismos, llamándola personalidad instrumental, ínter orgánica o incompleta o bien legitimación separada. Tal subjetividad relativa de los órganos, según la doctrina, debe circunscribirse, al ámbito de las relaciones orgánicas..." (24) Jinesta Lobo , op. cit., p. 104-105.). Normalmente los órganos con personalidad jurídica instrumental están adscritos a la Administración Central, aunque no en forma exclusiva, pues también encontramos algunos ejemplos en la Administración Descentralizada. Esta personalidad jurídica no es sustancial, sino solamente para el manejo de fondos de un tipo de actividad, lo que le permite conseguir con agilidad recursos materiales y humanos para dar cumplimiento a las competencias asignadas. Dicha figura tiene su fundamento en la atribución que le confiere la Constitución Política a la Asamblea Legislativa, de crear los organismos para el servicio nacional. La Procuraduría también ha denominado este fenómeno como "personificación presupuestaria" y se ha referido al mismo de la siguiente manera: "El concepto de personalidad presupuestaria ha sido desarrollado por la Sala Constitucional como la creación de una personalidad jurídica instrumental. Se trata de una personalidad de alcances limitados que no comporta la autonomía propia de las entidades autónomas o semiautónomas. Por el contrario, la personalidad presupuestaria o instrumental tiene como objetivo deslindar un patrimonio o sustraerlo de las reglas que rigen el presupuesto de la República. El órgano con personalidad jurídica instrumental podrá ser titular de un patrimonio, además de que tendrá un presupuesto separado del de la entidad a la que pertenece. Al efecto se ha indicado: "En el Consejo de Seguridad Vial, persona jurídica, se evidencia una de las prácticas de nuestro legislador, consistente en amparar ciertos fondos públicos, que no se incorporan al presupuesto general del Estado, afectarlos a ciertos fines y atribuir su gestión a un órgano. A este órgano se le otorga no sólo autonomía presupuestaria sino también personalidad jurídica. La figura que se presenta es la de una personificación presupuestaria. El desmembramiento de la Administración Central no se justifica exclusivamente en criterios técnicos sino en el interés de que ciertos fondos escapen a la aplicación del derecho presupuestario y de las reglas de la contabilidad pública relativas a la ejecución y control del presupuesto del Estado. Es decir, servicios del Estado son dotados de una personalidad jurídica con el fin de que sus operaciones financieras no estén contempladas en el presupuesto del Estado y los fondos pueden ser

ejecutados autónomamente. Es por ello que, a pesar de la personalidad jurídica, la nueva persona pública permanece integrada orgánicamente a la Administración Central. Por otra parte, es claro que los fondos asignados no pueden ser destinados sino para el cumplimiento de los fines previstos legalmente". (25) (Dictamen C-233-2004 de 6 de agosto del 2004). (Los subrayados constan en el original) También la Sala Constitucional ha desarrollado el tema, aceptando la creación de órganos desconcentrados con personalidad jurídica instrumental, tal y como lo señala el informe de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa: "Resulta válido a la luz del Derecho de la Constitución conferir a un órgano desconcentrado, personalidad jurídica instrumental para efectos de manejar su propio presupuesto y así llevar a cabo en forma más eficiente la función pública que está llamado a desempeñar. Precisamente esa personificación presupuestaria le permite administrar sus recursos con independencia del Presupuesto del ente público al que pertenece, si bien continúa subordinado a éste en todos los aspectos no propios de la función que le fue dada por desconcentración y de los derivados de su personalidad jurídica instrumental." (26) (Sala Constitucional. Resolución N° 11657-2001 de 14 de noviembre de 2001). Como se puede notar, la característica fundamental de la personalidad jurídica instrumental es que se crea para administrar un fondo con una mayor amplitud, aunque actualmente éste deba entrar primero al presupuesto nacional, de acuerdo con la reforma practicada por el artículo 7 de la Ley de Reestructuración de la Deuda Pública N° 8299 de 22 de agosto del 2002, al artículo 66 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos N° 8131 de 18 de septiembre del 2001, cuyo texto vigente dispone:

...

VII.-Desconcentración. La desconcentración implica un reparto o distribución de tareas de un órgano superior a otro inferior dentro de un mismo ente de la Administración Pública, por razones técnicas de la función administrativa y para efectos de descongestionarla. En tal sentido se ha expresado este Órgano Asesor: "...la desconcentración es una técnica de distribución de competencias a favor de órganos de una misma persona jurídica, por la cual un órgano inferior, se ve atribuida una competencia en forma exclusiva, para que la ejerza como propia, en nombre propio y bajo su propia responsabilidad", sin dejar de pertenecer a la "organización central originaria". (27) (Consúltense al respecto el dictamen N° C-171-96 de 18 de octubre de 1996 y el dictamen N° C-271-98 de 15 de diciembre de 1998). Se reconoce esta distribución de competencia en forma exclusiva, para que la ejerza en nombre propio y bajo su propia responsabilidad, lo que implica

cierto grado de discrecionalidad o de no subordinación al superior jerárquico inmediato. Esto coincide con lo dispuesto por el artículo 83 párrafo 1° de la Ley General de la Administración Pública N° 6227: "Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento." (28) (Véase además el dictamen N° C-159-96 del 25 de septiembre de 1996).

1.-Desconcentración Mínima. El tipo de desconcentración depende de la cantidad de poderes conferidos a los órganos y del grado de libertad que se les otorgue para tomar decisiones. Cuando se crea un órgano con desconcentración mínima, no se extingue la relación de jerarquía con el superior, sino que tan solo se atenúa con respecto a las competencias desconcentradas. (29) (Véase Jinesta Lobo, op. cit., p. 349 y 350). El artículo 83 inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública establece expresamente los casos en que se da la desconcentración mínima: "2. La desconcentración mínima se dará cuando el superior no pueda: a) Avocar competencia del inferior; y b) Revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte." Queda entonces el superior jerárquico facultado para ejercer la potestad de mando sobre el órgano desconcentrado, o sea, con poder sobre éste para dictarle órdenes, instrucciones o circulares, así como la potestad de vigilancia o fiscalización, la disciplinaria, y otras, de acuerdo con el artículo 105, inciso 1, de la Ley General de la Administración Pública. Esto por cuanto, según el inciso 5 del artículo 83 antes mencionado, las normas que regulan el tipo de desconcentración mínima deben ser aplicadas en forma restrictiva. (31) ("Artículo 83.-

(...) 5. Las normas que crean la desconcentración mínima serán de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado y las que crean la desconcentración máxima serán de aplicación extendida en su favor." Sobre el tema, véase Jinesta Lobo, op. cit., p. 350 a 352.) 2.-

Desconcentración Máxima. A tenor del artículo 83, inciso 3, de la Ley General de la Administración Pública, la desconcentración máxima se da cuando casi desaparece la relación de jerarquía, pues el superior no puede "avocar competencia del inferior", revisar o sustituir su conducta de oficio o a instancia de parte, tal y como se establece para la desconcentración mínima. Además, se le impide dictar órdenes, instrucciones o circulares a ese inferior desconcentrado pues, como lo indica el artículo 105 antes citado,

las normas que crean la desconcentración máxima son de aplicación extensiva a favor de este último. Sin embargo, de acuerdo con este mismo numeral, existen otras potestades del superior que pueden darse aunque no exista una estricta relación de jerarquía, tales como la potestad de fiscalización, la disciplinaria, de delegación y resolución de conflictos de competencia, las cuales de hecho existen en la desconcentración mínima y máxima.(32) (La experiencia ha demostrado que este tipo de desconcentración es el más utilizado con la figura de personalidad jurídica instrumental, posiblemente por el grado de independencia que implica. Ver Jinesta Lobo, *ibid.*, p.353) ... Debe recordarse que la característica fundamental de la personalidad jurídica instrumental, es que le otorga al órgano la potestad de administrar un presupuesto con una mayor amplitud, aunque ya no con la misma celeridad que tenía antes de la reforma al artículo 66 de la Ley de Presupuestos Públicos N° 8131, sobre caja única del Estado, practicada por la Ley N° 8299, pues ahora debe entrar primero al presupuesto nacional. De manera que, en razón de la personalidad jurídica instrumental, el órgano goza de un patrimonio propio, lo que implica una autonomía de gestión sobre ese patrimonio, para lo cual, cuenta con representantes legales como los que destaca el proyecto en consulta, en la Junta Directiva y en la Dirección Ejecutiva. La atribución de personalidad jurídica instrumental sólo adquiere sentido si el órgano tiene un presupuesto para administrar, por lo que en este caso es un contrasentido permitir que sea la fundación la encargada. ..." (Opinión jurídica No. OJ-115-2005 de 8 de agosto de 2005)

De igual forma en Dictamen No. C-303-2005 de 22 de agosto de 2005 la Procuraduría General de la República emitió su opinión sobre la figura en estudio:

"Visto lo anterior, debe indicarse que esta Procuraduría ya se ha referido en detalle a la temática de la personalidad jurídica instrumental otorgada a los comités cantonales de deportes por el artículo 164 del Código Municipal. Al respecto, en el dictamen C-174-2001 del 19 de junio del 2001, dirigida al Comité Cantonal de Deporte y Recreación de Goicoechea, se indicó: ... Como se ha indicado, la personalidad jurídica instrumental es por naturaleza limitada a la gestión de ciertos fondos. En relación con esos fondos, la persona instrumental realiza determinados actos de gestión, lo que permite contratar. No obstante, puesto que se trata de una personalidad instrumental, bien puede el legislador precisar, delimitando estrechamente, el ámbito de acción de la organización. Este es el caso del comité cantonal en cuanto se dispone que la personalidad instrumental lo que autoriza es a

construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad u otorgadas en administración. Ello implica que el comité está inhibido de realizar otras actividades que no estén en relación directa con las instalaciones deportivas de que es propietario o administrador. En ese sentido, su ámbito de acción es restringido. El respeto a ese ámbito determina la validez y eficacia de los actos y contratos que celebre el comité, según lo dispuesto en los artículos 128 a 140 y 158 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública y 3 de la Ley de la Contratación Administrativa. De ello se desprende que el comité no puede realizar contratos que no tengan por objeto la construcción, mantenimiento o en su caso la administración de las citadas instalaciones. Por consiguiente, pareciera que excede el ámbito de esa personalidad instrumental el desarrollo de programas deportivos, la actividad física y la recreación para todos. Dicho desarrollo puede entenderse comprendido dentro del ámbito competencial del comité, pero no estará cubierto por la personalidad instrumental, salvo en el tanto en que dichos programas puedan entrar en el ámbito de la administración de las instalaciones, lo cual no puede ser establecido en abstracto. Es de advertir, en todo caso, que esas competencias son propias de la Municipalidad y sólo pueden ser desempeñadas por órganos de ésta. El carácter limitado de la personalidad instrumental y, por ende, la circunstancia de que en el fondo se trate de un órgano y no de una persona jurídica independiente determina la estrecha relación entre el comité y el Concejo Municipal ... Lo que se justifica porque además de los controles antes indicados, la municipalidad está obligada a contribuir al financiamiento del comité. En efecto, el artículo 170 del Código en lo concerniente dispone: '... Las municipalidades deberán asignarles un mínimo de un tres por ciento (3%) como mínimo de los ingresos ordinarios anuales municipales, que se distribuirá en un diez por ciento (10%) máximo para gastos administrativos y el resto para programas deportivos y recreativos. Además, deberá proporcionarles local que será su sede y todas las facilidades para el cabal cumplimiento de sus fines'. De la citada disposición pareciera desprenderse que el aporte mínimo que el Concejo dé al comité no está dirigido a financiar la construcción de obras por parte del comité (por demás, se entiende que la Municipalidad podría construir por sí misma las obras y darlas en administración al comité), pero sí gastos de administración. Por el contrario, los programas que se desarrollen sí pueden ser plenamente financiados por medio de ese aporte...' (el subrayado no es del original) (en este mismo sentido ver el dictamen C-272-2004 del 23 de septiembredel 2004). Es claro, entonces, que la personalidad jurídica instrumental otorgada por el legislador a los comités cantonales de deportes lo

es únicamente para efectos de construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad u otorgadas en administración. De allí que "...los actos y contratos que el comité puede realizar por sí mismo están determinados por el objeto establecido en el artículo 164 de cita" (Ibid). Posición ésta que ha sido avalada por la Contraloría General de la República (ver oficio N.º 4436, FOE-SM-936 del 29 de abril del 2004 de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativo, Área de Servicios Municipales). CONCLUSIÓN El asunto consultado ya fue evacuado por esta Procuraduría General mediante el dictamen C-174-2001 en el sentido de que los comités cantonales de deportes y recreación cuentan con personalidad jurídica instrumental limitada a la construcción, administración y mantenimiento de las instalaciones deportivas de su propiedad u otorgadas en administración. De allí que los referidos comités no están autorizados para realizar actos o contratos que no se refieran al objeto referido."

Esta práctica ha llevado a la creación de la llamada personificación presupuestaria, mediante la cual los órganos - entre ellos, los de desconcentración máxima-, pueden disponer de sus propios recursos ajenos de aquellos que componen el presupuesto de la persona jurídica a la que le pertenecen utilizando precisamente esa personalidad jurídica instrumental. Sobre este punto, la Procuraduría ha expresado que aquellos órganos que gocen de personalidad instrumental, tendrán una personalidad de efectos limitados, como personalidad parcial o no plena tendente a cubrir aspectos diferentes de los fines y competencias públicas al investirlas de autonomía y capacidad presupuestaria, con la finalidad legislativa de separar parte de los fondos públicos que no formarán parte del presupuesto general del Estado, y que se ejecutarán en forma autónoma del ente al que están adscritos sin que se le considere como una entidad descentralizada, bajo la supervisión de la Contraloría General de la República. [6]

La propia jurisprudencia constitucional ha avalado la denominada "personificación presupuestaria", con la cual los órganos desconcentrados que cuentan con capacidad jurídica puedan administrar su propio presupuesto mediante la "personalidad jurídica instrumental," que precisamente se les confiere para cumplir ese fin, sin que se afecte el control que sobre esos fondos públicos se ejerce internamente y por parte de la Contraloría General de la República.

En resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 000831-2007 de las 14:49 horas del 24 de enero del año 2007, se refiere al tema antes señalado sin encontrar vicios que afecten su aplicación. Parte de su contenido se transcribe en lo que interesa:

"Estima esta Sala que conforme a sus propios antecedentes, no lleva razón el accionante ya que la figura de la "personificación presupuestaria", que es la modalidad adoptada por la Ley impugnada para regular el Consejo Nacional de Concesiones, es una figura conforme con el derecho de la Constitución, dictada dentro de los parámetros y potestades del legislador ordinario. También el Derecho Público costarricense ha avalado la figura de las "personificaciones presupuestarias", reconociéndoles a los órganos desconcentrados a los cuales se les ha conferido, capacidad jurídica para celebrar y suscribir los contratos administrativos que requieran para la realización de los fines encomendados y con la posibilidad de administrar su propio presupuesto. Asimismo, la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, la ha reconocido como una costumbre del legislador para otorgar a ciertos órganos -normalmente órganos desconcentrados en grado máximo- la posibilidad de manejar sus propios recursos, fuera del presupuesto de la persona jurídica a la que pertenecen, para lo cual el legislador les confiere "personalidad jurídica instrumental". Como bien señala la Procuraduría en su informe, la personificación presupuestaria pretende separar ciertos fondos públicos, destinarlos a determinados fines y atribuir su gestión a un órgano desconcentrado, al cual se le confiere no sólo autonomía presupuestaria sino también personalidad jurídica instrumental. Se trata de una personalidad parcial, no plena, atribuida para propósitos presupuestarios y con alcance relativo, es decir, para permitir que sus operaciones financieras no se integren al Presupuesto del Estado y puedan ser ejecutadas con prescindencia de las normas que rigen la contabilidad del presupuesto del Estado. Como bien señala el accionante, en un primer momento, la Sala Constitucional, en sentencia 6240-93, de las 14 horas del 16 de noviembre de 1993, no avaló la constitucionalidad de esta figura al analizar el caso de la Dirección General de Hidrocarburos. No obstante, en una sentencia posterior cambió el criterio antes indicado, avalando la constitucionalidad de la disposición legal que confería personalidad jurídica instrumental al Museo Nacional de Costa Rica, a fin de que éste pudiera recibir donaciones directamente, a pesar de reconocer su condición de órgano desconcentrado, adscrito al Ministerio de Cultura

(sentencia número 3513-94, de las 8:57 horas del 15 de julio de 1994). Este criterio lo ha mantenido desde entonces y pueden citarse al efecto las sentencias número 4681-97, 9530-99 y 11657-2001. En esta última, la Sala consideró: "(...) en el Derecho Público costarricense existen varios ejemplos de la figura denominada « personificaciones presupuestarias », según las cuales en algunos casos el legislador opta por dar a ciertos Órganos desconcentrados la posibilidad de manejar sus propios recursos fuera del Presupuesto del Estado central, al dotarlos de « personalidad jurídica instrumental »."

Y en esa misma sentencia, luego de transcribir el análisis realizado por la Sala sobre la figura en estudio, en sentencias números 6240-93 y 3513-94, la Sala agrega que: "La posición correcta es la sostenida en el segundo de los fallos citados, en el entendido de que resulta válido a la luz del Derecho de la Constitución conferir a un órgano desconcentrado, personalidad jurídica instrumental para efectos de manejar su propio presupuesto y así llevar a cabo en forma más eficiente la función pública que está llamado a desempeñar. Precisamente esa personificación presupuestaria le permite administrar sus recursos con independencia del Presupuesto del ente público al que pertenece , si bien continúa subordinado a éste en todos los aspectos no propios de la función que le fue dada por desconcentración y de los derivados de su condición de personalidad jurídica instrumental. (...)". Conforme se podrá apreciar, la Sala ha avalado la constitucionalidad de la figura jurídica denominada "personificación presupuestaria", la cual permite, al órgano desconcentrado al que se le confiera, administrar sus propios recursos, de manera independiente al ente jurídico al cual pertenezca y contar para ello con lo que cabe definir como una autonomía presupuestaria relativa, en tanto por una parte es estrictamente limitada al cumplimiento de los fines asignados a través de los medios también predefinidos y además, no sobra decirlo, tal autonomía presupuestaria queda sometida a todas las potestades de control y seguimiento que están recogidos en nuestro ordenamiento jurídico y que son ejercidas por los órganos establecidos, y, señaladamente, por la Contraloría General de la República. Por lo expuesto, esta Sala coincide con la Procuraduría, en el sentido que los artículos 7.1, 7.2, 8.b y 8.c de la Ley, son acordes con la naturaleza jurídica otorgada al órgano, en tanto están delimitados y orientados a lo estrictamente " necesarios para cumplir sus funciones "; con lo cual, son potestades, convenciones y contratos netamente instrumentales; en consonancia con el tipo de personalidad que se da al órgano. De

esta manera, el límite de ese accionar está determinado y limitado en la ley de su creación; y en cuanto constituyan elementos indispensables para que cumplan ese fin o función pública delegada. Asimismo no estima la Sala que el legislador haya incurrido en un exceso legislativo que cercene potestades del Poder Ejecutivo, al permitir que órganos distintos al Poder Ejecutivo propiamente dicho, pero que forman parte y cumplen funciones de Administración dentro del Estado, puedan suscribir contratos y contraer obligaciones, pues si bien es cierto el artículo 140 de la Constitución le da al mismo potestades de suscribir contratos, no puede interpretarse que sea sólo al Poder Ejecutivo en sentido estricto, entendido como Presidente de la República y Ministro, a quién corresponda hacerlo de manera exclusiva. Cuando el legislador constituyente ha querido ser excluyente utiliza un lenguaje específico e inequívoco como lo hizo por ejemplo en el artículo 139 Constitucional que dispone. "Son deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República..." En ese sentido, la creación del Consejo Nacional de Concesiones para conocer lo relativo a concesión de obra pública, en tanto órgano desconcentrado del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, no implica una delegación inconstitucional de competencias del Poder Ejecutivo. Se trata de una desconcentración operada mediante ley a favor de un órgano del mismo Poder Ejecutivo, justificada en razones de oportunidad y conveniencia. Debe hacerse la advertencia sin embargo, que no pueden, bajo ningún concepto, obviarse los principios de la contratación administrativa de orden constitucional vinculantes para todo el sector público que administra y maneja fondos públicos, lo cual incluye, la actividad contractual que realicen los órganos con personalidad jurídica instrumental, conforme lo ha indicado la Sala en su jurisprudencia (sentencia número 0998-98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho).

VI.-LAS POTESTADES DE DIRECCION POLITICA CORRESPONDEN AL PODER EJECUTIVO. Cabe agregar que el reconocimiento de esta figura de derecho público, de ninguna manera afecta las potestades de dirección política del Poder Ejecutivo consagradas en el artículo 140 de la Constitución Política, según las cuales le corresponde al mismo velar por la unidad del Estado, por medio de sus potestades de planificación, dirección y coordinación administrativa que ejerce no sólo en la Administración Central sino en la Descentralizada. Estas potestades son necesarias para mantener el principio de unidad del Estado, de tal forma que no

puede entenderse que la figura de la "personificación presupuestaria", al igual que ninguna otra de desconcentración máxima o personería jurídica instrumental, significa la sustracción de la esfera de dirección política del Poder Ejecutivo en el sentido señalado en la Constitución, sino que por el contrario es una simple técnica jurídica y administrativa que opera dentro y no fuera del esquema señalado. X.-

CONCLUSION: Con fundamento en las anteriores consideraciones procede declarar sin lugar la acción. El Magistrado Armijo Sancho salva el voto y declara con lugar la acción.-

Por tanto: Se declara SIN LUGAR la acción. Notifíquese."

Cabe hacer notar que el criterio de la Sala Constitucional sobre este ha variado con el transcurso del tiempo, pues inicialmente la consideró inconstitucional en resolución 6240-83, para luego avalarla en votos 3513-94, 4681-97, 9530-99 y 2001-11657, al igual que lo hizo ya la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en resolución No. 237-F-2003 de 7 de mayo del 2003, al grado que en reciente decisión en sede constitucional hay voto salvado sobre las figuras en mención. [7]

Puede concluirse así que en el Derecho Público nuestro resulta procedente el uso por parte de órganos de desconcentración mínima o máxima, de las personificaciones presupuestarias, al gozar de capacidad jurídica para celebrar y suscribir los contratos administrativos que requieran para cumplir con mayor eficiencia con sus fines.

Esta capacidad jurídica de los entes dotados de personalidad jurídica instrumental ha sido avalada por la jurisprudencia administrativa y judicial reiteradamente, por lo que su aplicación resulta plenamente procedente. Incluso, el Código Procesal Administrativo establece en el inciso c) del punto 3) de su artículo número 1, que la jurisdicción administrativa alcanza a todas las entidades de derecho público, en las que, como hemos visto, se incluyen las que gozan de personalidad jurídica instrumental, al grado que en su numeral 12 párrafo segundo, [8] las admite como parte pasiva del procedimiento, al igual que ocurre con la declaratoria de lesividad de los actos dictados por órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, que debe ser emitida por el superior jerárquico supremo del ente, [9] debiéndose recordar aquí que el agotamiento de la vía administrativa para acudir a la sede jurisdiccional es facultativa para las partes. [10] Igual ocurre con la reforma del artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333, (punto 2.g), en la que se incluye expresamente a los órganos con capacidad

jurídica instrumental dentro del procedimiento de impugnación ante la Sala Primera de la Corte.

Sobre este tema la Procuraduría General se ha referido en estos términos:

"... Atendiendo al carácter vinculante erga omnes de las sentencias que emita la Sala Constitucional, debemos coincidir en la necesaria modificación del criterio contenido en el dictamen C-020-2004. Reconsideración que debe tenerse por limitada a los siguientes aspectos: La sentencia de la Sala Constitucional se impone en todos aquellos casos en que la Comisión esté actuando como parte procesal. Las consideraciones oportunamente realizadas en el dictamen C-020-2004 en torno a las características de la personalidad jurídica instrumental no se desvirtúan por la emisión de la sentencia N° 8675-2005 de las nueve horas y cincuenta y seis minutos del primero de julio del año en curso. Lo que sí se debe reconsiderar es que, en el caso concreto de la Comisión, no es viable hablar de una capacidad procesal en relación con los asuntos que, relacionados con su competencia y actividades, se discutan en sede jurisdiccional. Pero la validez de los criterios doctrinales y judiciales que se citaron en aquel documento no pierden vigencia hasta tanto no sean revertidos, en los segundos, por los mismos Tribunales o por la Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia, en atención al alcance que brinden dichos órganos del Poder Judicial a la sentencia de la Sala Constitucional que aquí se cita. En igual línea de razonamiento, no puede hacerse extensivas las prescripciones de la sentencia de la Sala Constitucional en torno a la incapacidad procesal de los órganos dotados de personalidad jurídica instrumental a todos aquellos órganos que, en la actualidad puedan, estar asumiendo la condición de parte dentro de un proceso jurisdiccional, precisamente en atención a los antecedentes que se consideraron en la emisión del dictamen C-020-2004. Lo anterior se indica en virtud de que, revisados los antecedentes del Tribunal Constitucional relacionados con la temática de la "personalidad jurídica instrumental", se constata que no es sino en la sentencia que motiva el presente pronunciamiento (N° 8675-2005) que se hizo expresa mención de la limitación relacionada con la incapacidad procesal que interesa. En el sentido a que se alude en el párrafo anterior in fine, destacamos la sentencia N° 3629-2005 de las catorce horas cincuenta y ocho minutos del cinco de abril del dos mil cinco, en la que se hace un repaso de la posición asumida por la Sala Constitucional sobre el tema que nos ocupa, sin mencionar nada acerca de la incapacidad procesal: "b- La personalidad jurídica instrumental. Ahora bien, la Sala ha sostenido el criterio de que no resulta inconstitucional la dotación de

personalidad jurídica instrumental a un órgano desconcentrado, como un modelo de organización administrativa, a efecto de lograr una mayor eficiencia en el aparato estatal. Ha sido considerada como una personificación presupuestaria, que le confiere la potestad a un órgano desconcentrado personalidad para administrar sus recursos con independencia del Ente público al que pertenece, aunque esté subordinado en todos los demás aspectos que son propios de la función desconcentrada. Se trata de una dotación de mecanismos e instrumentos jurídicos estrictamente necesarios para que el órgano pueda cumplir los cometidos y funciones públicas delegadas en virtud de ley, todo lo cual, resulta no sólo adecuado sino necesario bajo la cobertura de dos principios fundamentales de la gestión pública, la eficiencia y adaptabilidad al cambio. De tal suerte, que esa capacidad instrumental está sujeta a los términos y condiciones previstos en la ley de su creación, y en cuanto resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la función pública delegada; de manera que, si la ley omite la competencia, deben presumirse como propias y reservadas del superior. Así, podrá contratar personal, bienes y servicios que le fueren indispensables para el cumplimiento de la función pública que le fue delegada, únicamente en el entendido de que la ley le faculte expresamente para ello. Por otro lado, son vinculantes y aplicables a este tipo de órganos todas las normas y principios constitucionales de control y fiscalización de la Hacienda Pública, sea, los que rigen la contratación administrativa, y los del Derecho Presupuestario. En todo lo demás, están sometidos a los sistemas de control propio de la actividad de las instituciones públicas. V- De la norma impugnada. El accionante estima que las potestades del Consejo Técnico de Aviación Civil de administrar fondos así como de contratar otorgadas en el artículo 2 de la Ley No. 5150 del 14 de mayo de 1973, transgreden la Constitución Política y son contrarias a la jurisprudencia de este Tribunal según sentencias 6240-93 y 3513-94. No obstante, desatiende como ya se indicó, que la Sala posteriormente en la sentencia No. 11.657-2001 de las catorce horas cuarenta y tres minutos del catorce de noviembre del dos mil uno, se pronunció respecto a la naturaleza jurídica de este órgano y sobre su personalidad presupuestaria, determinando la constitucionalidad del mismo. Como bien indica la Procuraduría General de la República, en esta última sentencia la Sala unificó su posición, aceptando la constitucionalidad de una personalidad jurídica instrumental con manifestación en el ámbito presupuestario y contractual: "...Los principios constitucionales de Caja única (según el cual todos los ingresos a favor del Estado central deben entrar y salir por la Tesorería Nacional) y de universalidad presupuestaria (el Presupuesto de la República deberá contener la

previsión de todos los ingresos y la autorización de todos los gastos del Estado central durante el ejercicio económico correspondiente), consagrados positivamente en los artículos 185 y 176 constitucionales, respectivamente, determinan garantías para el sano manejo de los fondos públicos, posibilitando un mayor control acerca del manejo de tales recursos. No obstante lo anterior, en el Derecho Público costarricense existen varios ejemplos de la figura denominada "personificaciones presupuestarias", según las cuales en algunos casos el legislador opta por dar a ciertos Órganos desconcentrados la posibilidad de manejar sus propios recursos fuera del Presupuesto del Estado central, al dotarlos de "personalidad jurídica instrumental". Esta práctica ha sido analizada por esta Sala al menos en dos ocasiones, la primera de ellas en la sentencia número 06240-93 de las catorce horas del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres, en la cual se consideró que: "...En este sentido, es necesario señalar que, con la creación de la Dirección General, se pretende configurar una institución con el régimen jurídico propio de un ente descentralizado -con capacidad contractual, autonomía financiera y presupuestaria, patrimonio propio, etc.-; bajo la cobertura de un Órgano desconcentrado, que por su naturaleza no podría contar, a lo sumo, más que con una personalidad jurídica meramente instrumental. No es posible delegar en la Dirección General competencias atribuidas por la Constitución al Poder Ejecutivo en sentido estricto -Presidente de la República y Ministro de la cartera-, no empecé que se le otorgue tal personalidad instrumental. Dicho de otra manera, si el legislador opta por desconcentrar un Órgano de una Cartera de Gobierno, no puede dotarlo de personalidad jurídica propia e independiente de ésta, en los términos de administración descentralizada, en tanto el titular de la Cartera integra con el Presidente de la República, el Órgano constitucional "Poder Ejecutivo" que es su jerarca necesario; salvo que el legislador opte por crear una verdadera institución descentralizada u autónoma, la cual, en todo caso, requeriría para su creación una ley aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa (artículo 189 de la Constitución Política), en razón, precisamente, de que su creación implica el desplazamiento de competencias que constitucionalmente corresponden al Poder Ejecutivo como jerarca de la Administración Central; de lo contrario, se conformaría un régimen de excepción, que puede conducir a una atomización del Poder Ejecutivo y de sus propias competencias que repugna a la ideología constitucional." Posteriormente, esta Sala revisó el criterio antes citado, y en la sentencia número 03513-94, de las ocho horas cincuenta y siete minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y cuatro,

que: "(...) En el considerando II sección 2 de esta resolución se resumieron los antecedentes de esa disposición. No obstante que la intención del legislador parece limitarse a dotar de una capacidad jurídica simplemente instrumental al Museo, a fin de que éste pueda recibir las donaciones directamente, cosa que sería constitucionalmente válido (como lo sería la creación de una entidad descentralizada de cualquier naturaleza), el artículo primero del proyecto, que es el texto consultado, no se ciñe, en cambio, a lo meramente instrumental, sino que personifica plenamente al Museo (dice categóricamente: "Se concede personalidad jurídica al Museo Nacional de Costa Rica..."), aunque, de seguido, lo califica de "Órgano desconcentrado, adscrito al Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. (...)" La posición correcta es la sostenida en el segundo de los fallos citados, en el entendido de que resulta válido a la luz del Derecho de la Constitución conferir a un órgano desconcentrado, personalidad jurídica instrumental para efectos de manejar su propio presupuesto y así llevar a cabo en forma más eficiente la función pública que está llamado a desempeñar. Precisamente esa personificación presupuestaria le permite administrar sus recursos con independencia del Presupuesto del ente público al que pertenece, si bien continúa subordinado a éste en todos los aspectos no propios de la función que le fue dada por desconcentración y de los derivados de su personalidad jurídica instrumental. Posición análoga a la anterior ha sostenido la Procuraduría General de la República en diversos pronunciamientos, tales como los siguientes: C-176-95, C-178-95, C-189-96, y C-075-98, entre otros. En este caso, no resulta inconstitucional el hecho de que los recursos provenientes del funcionamiento del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría vayan a ser administrados en un fideicomiso en el Banco Internacional de Costa Rica, toda vez que el Consejo Técnico de Aviación Civil es un órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, dotado de personalidad jurídica instrumental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2º y 166 de la Ley General de Aviación Civil, número 5150 de catorce de mayo de mil novecientos setenta y tres. Lo anterior no impide aclarar que, en relación con los fondos provenientes de impuestos y tasas públicos, el gestor no realiza sino funciones de recaudador. Además, el uso del fideicomiso en cuestión no implica que la Contraloría General de la República ha renunciado a sus potestades de fiscalización y control estricto de los fondos que ingresen y salgan del fideicomiso, sino que por el contrario su actuación de vigilancia -para ser acorde con el Derecho de la Constitución- deberá ser constante y permanente en el buen manejo del fondo, a fin de que los recursos del mismo sean distribuidos de conformidad

con los términos pactados en el contrato. Así las cosas, en cuanto a este punto la acción también deberá ser desestimada." De lo anteriormente expuesto, es claro que este Tribunal ya se había pronunciado respecto a los alegatos del accionante y que en aquella oportunidad, cuyo criterio aún sostiene, determinó que no es inconstitucional que al Consejo Técnico de Aviación Civil se le otorgue una personería jurídica instrumental a través de la cual pueda administrar fondos y consecuentemente contratar, en los términos y delimitaciones que este Tribunal indicó. La titularidad de un patrimonio implica autonomía patrimonial y, consecuentemente, de gestión para llevar a cabo en forma más eficiente la función pública que está llamado a desempeñar. Desconocer su capacidad para contratar como pretende el accionante, sería irrazonable, pues carecería de todo sentido la obtención de fondos sin la posibilidad de administrarlos, lo cual implica necesariamente la capacidad de contratar. Con la autonomía patrimonial, el ente podrá realizar los actos y contratos necesarios que impliquen la gestión de dicho patrimonio con las delimitaciones legales y constitucionales ya establecidas, pues por la naturaleza de algunas contrataciones, éstas estarán reservadas al Presidente y Ministro respectivo, ya que se trata de una contratación meramente instrumental y no esencial." La característica particular de la sentencia N° 8675-2005 de las nueve horas y cincuenta y seis minutos del primero de julio del dos mil cinco, comparada con la línea jurisprudencial que venía asumiendo la Sala Constitucional, nos hacen concluir que los efectos extensivos que podrían predicarse de ese fallo deban ser ponderados, como dijimos, por los propios órganos jurisdiccionales en que se presente la actuación, como parte, de un órgano con personificación instrumental." (Dictamen No. 432-2005 de 15 de diciembre de 2005)

De igual forma, la Sala Constitucional ha indicado sobre el tema en estas dos resoluciones lo siguiente:

"Para cumplir sus propósitos se le otorga capacidad contractual y autonomía financiera y presupuestaria. Del análisis de estos elementos y de las potestades que se le confieren (...) se concluye que aunque sería un órgano desconcentrado de la Administración Central dentro del MIRENEM, sin embargo, se le dota de una serie de potestades tales que equivalen a una autonomía administrativa casi plena, que inevitablemente comporta el otorgamiento de una personalidad jurídica incompatible con su condición subalterna. En este sentido, es necesario señalar que, con la creación de la Dirección General, se pretende configurar una institución con el régimen jurídico propio de un ente descentralizado -con capacidad contractual, autonomía financiera y presupuestaria, patrimonio

propio, etc.- bajo la cobertura de un órgano desconcentrado, que por su naturaleza no podría contar a lo sumo, más que con una personalidad jurídica meramente instrumental. (Voto No. 6240-93).

"En el proyecto de ley consultado se crea un Consejo de Transporte Público como órgano con desconcentración máxima que tendrá personalidad jurídica instrumental, autonomía patrimonial, financiera y presupuestaria e independencia funcional y administrativa, que estará especializado en materia de transporte público pero adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. La Sala quiere llamar la atención a la Asamblea Legislativa en el sentido de que se está proponiendo la creación de un híbrido jurídico en el proyecto, que resulta inexplicable a la luz del Derecho Administrativo y que amenaza más bien en convertirse en foco de conflictos innecesarios. Esto porque se define, por una parte, como órgano de desconcentración máxima (como tal, subordinado, pese a reservársele algunas competencias exclusivas ya que incluso podría dársele personalidad jurídica meramente instrumental), pero, por la otra, se le confieren atributos propios de una personalidad jurídica materialmente independiente, es decir, de ente descentralizado. Tal confusión resulta inconstitucional y, por lo tanto, requiere corregirse, debiendo definir el legislador su posición sobre qué clase de organización administrativa pretende instaurar en este campo." (Voto No. 9530-99, de las 9:15 horas del 3 de diciembre de 1999.)

Una vez establecida la procedencia y alcances de las figuras en estudio, consideramos que el proyecto bajo análisis no resulta claro en cuanto a los alcances de la personalidad jurídica instrumental que se la asigna al nuevo órgano, lo cual podría confundir al operador jurídico en el momento de su aplicación. Si bien lo configura como un órgano desconcentrado del Ministerio de Agricultura y Ganadería, la personería la otorga para su funcionamiento y administración, cuando en realidad dicha figura, técnicamente, se ha entendido que es únicamente para efectos de la administración del fondo.

En ese sentido, nótese que tanto para la Comisión Reguladora de Transporte de Ganado como a las autoridades que la dirigen, el texto establece una serie de elementos de naturaleza amplia que configuran el órgano, que podrían exceder los alcances de la personalidad jurídica instrumental y su personificación presupuestaria, pues se establece una estructura compleja ajena a su naturaleza que se describe como "organizativa, técnica, administrativa y financiera", [11] con la posibilidad de contar con "dependencias" para el ejercicio de sus funciones y competencias, pudiendo contar con un presupuesto propio que

ingresa a sus cuentas, con fuentes de financiamiento específicos cuyos recursos podrá administrar de forma autónoma (inciso f) del artículo número 8), siendo lo recomendable mantener la organización administrativa y funcional del órgano propuesto, dentro de los límites propios de la desconcentración que nuestra legislación y jurisprudencia administrativa y constitucional han definido, con la finalidad de evitar vicios de ilegalidad o roces con nuestra Constitución Política.

Además, el artículo 12 del proyecto indica que lo recaudado se administrará por medio de un contrato de fideicomiso, lo que genera mayor confusión al establecerse con esa figura jurídica una separación de patrimonios bajo la participación de un tercero fideicomitente. Este contrato regido por el derecho privado [12] (artículo 633 del Código de Comercio) y mediante el cual se transmite de un fideicomitente a un fiduciario la propiedad de bienes o derechos para ser destinados a fines específicos, ha sido avalado para que la Administración Pública pueda utilizarlos de acuerdo a sus objetivos e intereses, pero con la limitación de que el mismo no implique la delegación de potestades administrativas relativas a las funciones propias de la administración fideicomitente y la actividad ordinaria del ente para las que fue creada.

Por ello, si el proyecto afirma que los ingresos que se recauden se destinarán a la operación de la Comisión, no sería viable que esos recursos sean administrados por un fideicomiso, pues además de que no hay una justificación razonable para ello, ese contrato privado sería para que el fiduciario se dedicare a ejercer potestades inherentes a la misma administración, lo que, de ser así, resultaría improcedente. [13]

Asimismo, esta Procuraduría ha considerado que los recursos que perciba un órgano bajo la figura de la personería jurídica instrumental no pueden ser administrados mediante la figura del fideicomiso, en tanto ese tipo de ingresos se enmarcan dentro del régimen de caja única contemplado en el numeral 66 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, No 8131 de 18 de septiembre de 2001, por ser considerados bajo tal normativa como ingresos del Gobierno Central que forman parte de un fondo único regido por el Principio de unidad de caja de la Tesorería Nacional, sin que afecte tal destino el hecho que su presupuesto sea propio, los recursos tengan destino específico y lleguen a ser administrados por el mismo órgano. [14] Así, en Opinión Jurídica No. 165-J de 25 de noviembre de 2002, sobre este tema de constitución de fideicomisos en la Administración Pública, la Procuraduría General dispuso:

"3.-En cuanto a los fideicomisos financiados por el Presupuesto Nacional Como se ha indicado, la reforma no incidiría sobre los organismos públicos financiados con recursos del presupuesto nacional, los cuales continuarían requiriendo de una ley para constituir fideicomisos. Entendemos que esa aplicación se refiere tanto a los fideicomisos que los Ministerios pretendan constituir, como aquellos que los entes descentralizados pretendan constituir en tanto los financien con recursos del presupuesto nacional. Debe tomarse en cuenta que en virtud de los principios que rigen los fondos del Estado, la constitución de fideicomisos es cuestionable. Ello en cuanto a que conforme el principio de universalidad presupuestaria, todos los recursos del Estado deben estar previstos en el Presupuesto de la República. Pero, además, en virtud del principio de caja única, el manejo de estos recursos pasa necesariamente por la Tesorería Nacional. Dispone al efecto el artículo 185 constitucional: "La Tesorería Nacional es el centro de operaciones de todas las oficinas de rentas nacionales, este organismo es el único que tiene facultad legal para pagar a nombre del Estado y recibir las cantidades que a título de rentas o por cualquier otro motivo deban ingresar a las arcas nacionales". Dicha disposición es desarrollada por el artículo 66 de la Ley de la Administración Financiera, que en su texto actual dispone: " Todos los ingresos que perciba el Gobierno, entendido este como los órganos y entes incluidos en los incisos a) y b) del artículo 1º de esta Ley, cualquiera que sea la fuente, formarán parte de un fondo único a cargo de la Tesorería Nacional. Para administrarlos, podrá disponer la apertura de una o varias cuentas en colones o en otra moneda. Los recursos recaudados en virtud de leyes especiales que determinen su destino, se depositarán en cuentas abiertas por la Tesorería Nacional en el Banco Central de Costa Rica. Estos recursos financiarán total o parcialmente, según lo disponga la ley respectiva, el presupuesto de gastos del ente responsable de la ejecución del gasto. La Tesorería Nacional girará los recursos a los órganos y entes, de conformidad con sus necesidades financieras según se establezca en la programación presupuestaria anual". Y es razón de estas disposiciones que la Procuraduría considera que debe analizarse la posibilidad de que personas jurídicas instrumentales constituyan fideicomisos. Si bien los recursos de estas personas pueden ser considerados como recursos del Estado, es lo cierto que al otorgarles personalidad jurídica instrumental también el legislador ha incurrido en la práctica de dotarlos de recursos propios. Estos pueden consistir en rentas especiales de origen tributario (los conocidos generalmente como tributos con destino específico), pero también puede atribuirles recursos no tributarios, producto de su propio accionar. La Sala Constitucional ha señalado que los recursos con

destino específico deben ser incluidos en el Presupuesto Nacional. De ese hecho, los entes descentralizados y las personas instrumentales que se vean beneficiadas con esos destinos no podrían orientarlos a la constitución de fideicomisos. Ergo, por efectos de la presupuestación, el fideicomiso no sería en ningún momento un mecanismo para administrar los recursos con destino específico, lo cual viene a ser reafirmado por el artículo 66 de la Ley de la Administración Tributaria. El ente descentralizado tendrá que administrar los destinos específicos en consonancia con lo allí dispuesto y que viene a reforzar el numeral 43 de la propia Ley y no por medio de fideicomisos. En el dictamen N° 280-2002 de 18 de octubre último señalamos: "Dado que el artículo 66 de la Ley 8131 en su primer párrafo señala que la administración de la caja única corresponde a la Tesorería Nacional, se sigue que corresponde a ésta administrar efectivamente los recursos líquidos que allí ingresan, conforme la programación financiera que el titular de esos recursos haya hecho y la disponibilidad de éstos. La decisión de abrir una sola cuenta o varias corresponde también a la Tesorería. En ese sentido, la administración de la liquidez debe permitir el cumplimiento de los compromisos financieros de las organizaciones correspondientes, así como realizar los pagos que corresponda, todo en beneficio de las finanzas públicas y procurando un rendimiento óptimo de los recursos financieros que administra. (...). Conforme el principio de caja única, que en realidad es una manifestación del principio de unidad presupuestaria, los fondos públicos deben ser necesariamente reunidos y administrados en común. Para lo cual se centralizan las diversas operaciones financieras, presupuestarias o extrapresupuestarias, que impliquen manejo o disposición de fondos públicos. El objetivo es facilitar el manejo transparente de los fondos públicos y posibilitar el control del Ministerio de Hacienda sobre las distintas operaciones financieras a cargo de esos fondos. Se discute si el principio de caja única obliga a centralizar todos los ingresos públicos, independientemente de la persona jurídica que es su titular o, si por el contrario, se aplica el principio de personalidad jurídica, como es lo usual en materia presupuestaria. Bajo esta posición, el principio implica que cada Ente público, considerando como la organización que cuenta con personalidad jurídica pública, tendrá su propia caja, donde se centralizarán sus ingresos y sus pagos. En consecuencia, que dichos entes no están obligados a depositar sus fondos en la Tesorería Nacional, que sería la consecuencia lógica de considerar que en un ordenamiento todos los fondos deben ser administrados por la Tesorería Nacional, independientemente de quién sea su titular. Pues bien, al aprobarse la Ley de la Administración Financiera de la República se contempla el principio de unidad de

caja en relación con el Estado, sea en tanto que persona jurídica. ... La centralización de los ingresos concierne aquellos del Gobierno de la República, término que debe ser interpretado en relación con el artículo 9 de la Carta Política. Esta excluida la posibilidad de que recursos correspondientes a entes descentralizados ingresen a la caja única. Ello porque no podrían ser considerados "ingresos del Gobierno Central". No obstante, se prevé la centralización de todos los recursos con destino específico, lo cual se justifica porque los recursos con destino específico, particularmente los tributos, son recursos creados por el Estado en ejercicio de una potestad que le es propia y porque, en estricto derecho, son recursos estatales...." Ahora bien, en razón del texto vigente del artículo 66, los recursos de las personas jurídicas instrumentales, tanto si se trata de destinos específicos como otro tipo de rentas, quedan comprendidos por lo dispuesto en el artículo 66 en el primer párrafo, según indicó la Procuraduría en el dictamen N. 280-2002 de cita: "De ese hecho, esas personas instrumentales constituyen parte del "Gobierno Central" a que se refiere el artículo 66 de la Ley 8131, ahora reformado. Por consiguiente, los ingresos de estas personas jurídicas instrumentales deben ser considerados ingresos del Gobierno Central, de lo cual se sigue como lógica consecuencia que tales recursos forman parte de un fondo único a cargo de la Tesorería Nacional. Ergo, dichas personas -a pesar de la personalidad jurídica instrumental- resultan vinculadas por el principio de unidad de caja a cargo de la Tesorería. Puede, entonces, decirse, que a partir de la reforma al artículo 66 de la Ley de la Administración Financiera se ha producido una modificación sensible respecto de los alcances de la personalidad jurídica instrumental, puesto que si bien se mantiene la facultad de tener un presupuesto propio, de administrar los recursos que por disposición de la ley le corresponden, los ingresos correspondientes forman parte de la caja única correspondiente..." Por consiguiente, aún cuando estas "personas" mantengan la titularidad del presupuesto, debe entenderse que en virtud del principio de caja única están obligadas a administrar sus ingresos conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de la Administración Financiera. Lo que comprende todos sus recursos, puedan o no ser considerados como destinos específicos, tal como se indicó en el dictamen de mérito. El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Administración Financiera excluye, por definición, la posibilidad de administrar recursos mediante la constitución de fideicomisos. A lo anterior se une que la reforma que nos ocupa se dirige a lograr la competitividad de las entidades descentralizadas. En sentido estricto, podría decirse que ese objetivo no es aplicable a la mayor parte de las

personas jurídicas instrumentales, porque en razón de su actividad, no son empresas públicas y, por ende, no tienen que desempeñarse en un mercado competitivo. Su función es más bien de ejercicio de funciones administrativas o de prestación de servicios administrativos. Empero, de aprobarse la reforma y no hacerse excepción alguna, tendríamos que los recursos de estas personas, por no ser transferencias del Presupuesto Nacional, podrían ser administrados por medio de fideicomiso. Lo que implicaría que el efecto querido por la reciente reforma al artículo 66 de mérito (Ley N° 8299 de 22 de agosto del 2002, Ley de Reestructuración de la Deuda Pública, perdería gran parte de su eficacia y razón de ser. Aspecto que la Procuraduría considera debe ser valorado por los legisladores, máxime en el tanto esa reforma pretende dar plena aplicación al principio constitucional de caja única."

Por otra parte, el artículo 5 del proyecto hace referencia al tiempo de vigencia de los puestos de la Junta Administrativa de la Comisión en por un "periodo constitucional", lo cual resulta aplicable solamente para los ministros, ya que ese articulado es para las personas que ostentan esos cargos. Por ello es conveniente asignarle un plazo sólo a los representantes que se indican en los incisos d) y e) del citado artículo, sin olvidar también la necesidad de incluir la figura de los suplentes.

En cuanto a la mención que se hace del "representante" del ministro, en realidad la redacción que lo refiere como "su" representante no es la más feliz, pues quien lo sustituye en realidad es "un representante", pudiéndose indicar también como "un representante del Ministro".

En cuanto a la potestad reglamentaria estipulada en el inciso i) del artículo 7 del proyecto de ley en estudio, la misma tal y como se señala en la norma, a cargo del propio órgano, resulta improcedente, en tanto su estructura debe darla el Poder Ejecutivo, tal como lo indica el último párrafo del artículo 5, en concordancia con una adecuada interpretación del artículo 4, párrafo último del proyecto de ley.

Finalmente, es menester manifestar que se debe mantener la organización administrativa y funcional del órgano propuesto, dentro de los límites propios de la desconcentración que nuestra legislación y jurisprudencia administrativa y constitucional han definido, con la finalidad de evitar vicios de legalidad o roces con nuestra Constitución Política.

Además, el agotamiento de la vía administrativa, según la norma 31 devendrá opcional en el procedimiento de impugnación de los actos

administrativos.

b. Observaciones sobre las regulaciones del transporte de ganado bovino.

Del artículo trece al veintitrés -inclusive- del proyecto de ley, se establecen las regulaciones y requisitos administrativos necesarios para el traslado de ganado en el territorio nacional, y entre ellos, destaca la utilización de un documento público y oficial denominado "guía de transporte", así como la creación de un sujeto encargado de garantizar que el ganado que se recibe en los centros de comercialización y sacrificio cuenten con la respectiva guía y estén en buenas condiciones sanitarias, bajo la figura del "regente".

En cuanto al primero, debido a que se le otorga el carácter de declaración jurada a la guía de transporte, con la conocida finalidad de obligar al declarante a que diga la verdad o no oculte hechos, bajo la pena de incurrir en el delito de perjurio contemplado en el artículo del Código Penal, su utilización ha sido ampliamente avalada por la Sala Constitucional como un medio legítimo para cumplir con una finalidad de carácter administrativa. [15]

Y sobre la figura del " regente", debido a que se le atribuye fe pública en el ejercicio de sus funciones, sería conveniente establecer una específica regulación que contemple su creación, incluyendo aspectos tales como el ente o persona que los nombra, plazos para su ejercicio, naturaleza del puesto, garantías de cumplimiento y requisitos para ocupar el cargo, entre otros, como ocurre con los notarios públicos o con las responsabilidades del corredor jurado.

c. Justificación de las normas represivas en materia de hechos ilícitos tributarios.

El proyecto contempla nueve tipos penales calificados como delitos, dos contravenciones, y varias sanciones administrativas y civiles, los cuales cumplen con los requisitos de tipicidad que tanto la jurisprudencia penal como constitucional ampliamente han delimitado en un gran número de resoluciones, pues dichas normas represivas contienen una adecuada descripción del hecho ilícito y

su respectiva penalidad.

En vista de la amplitud de tipos penales que se crean aquí junto con las penas privativas de libertad con que se les castiga, varias de las cuales no son susceptibles de conceder la ejecución condicional de la pena, y las tendencias actuales de despenalización [16] y penalización [17] que se han generado en nuestro medio jurídico, cabe destacar que tanto la calificación que se le otorga a los ilícitos como su contenido, es resorte exclusivo del legislador de acuerdo con la política legislativa que se adopte, considerando no solamente los requisitos de tipicidad de las normas penales, sino también los principios de razonabilidad y proporcionalidad en las conductas restringidas y las penas con que se les castiga, las cuales en el caso que nos ocupa, responden al bien jurídico tutelado de la salubridad pública en bienes de consumo humano.

Finalmente, no se denotan problemas de concurso aparente de normas entre los tipos penales propuestos y las ya existentes en otras legislaciones represivas, dada la especialidad del verbo descrito en aquellas. Y en cuanto a las sanciones y lo grave de las mismas en varios tipos, se reitera que es una decisión legislativa de acuerdo con la tutela que se pretende hacer del bien jurídico afectado.

d. Derogatoria y Reformas a otras leyes.

El proyecto en estudio modifica, en su artículo 47, el numeral 21 de la Ley de Salud Animal, No. 6243 de 2 de mayo de 1978. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicha legislación fue derogada por Ley No. 8495 de 6 de abril del 2006, que es Ley General del Servicio Nacional de Salud Animal.

IV. Conclusiones.

En atención del Principio de Tipicidad Penal y Administrativa, la legislación propuesta regula específicamente la materia relativa a la especie animal bobina, que comprende únicamente a la vaca, toro y buey, no pudiéndose extender los alcances de la normativa sancionadora a hechos donde participe animales de otra naturaleza.

Como órgano de desconcentración máxima con personalidad jurídica instrumental, la Comisión Reguladora de Transporte de Ganado debe ser regulada en el sentido de mantenerse subordinada al ente al cual pertenece, sin potestades que lleven a una separación administrativa de aquel, no pudiendo contar con patrimonio propio

ni autonomía presupuestaria y financiera, con la finalidad de que permanezca dentro de los parámetros de legalidad y constitucionalidad que han delimitado nuestra jurisprudencia administrativa y judicial.

Además, se encuentra imposibilitada de suscribir contratos de fideicomiso de aquellos recursos que recaude cuyo destino sea la operación ordinaria del órgano.

El documento denominado "guía de transporte" no presenta vicios que afecten su uso, sin embargo, en cuanto a las atribuciones que se le confieren a la figura del "regente", es conveniente regular ampliamente la misma, para contar con elementos necesarios predeterminados para su correcto funcionamiento, tales como los requisitos del puesto, plazos, responsabilidades, nombramientos, facultades, etcétera.

La creación de tipos penales y atribución de responsabilidad civil a personas físicas y jurídicas, es competencia exclusiva del legislador de acuerdo con la política legislativa que se adopte, normas que deben ajustarse a los requisitos de tipicidad bajo los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad.

Atentamente,

Licdo. Rodrigo Herrera Fonseca

Procurador Adjunto

[1] Así: Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Tomo 5, Printer Colombiana S.A., 2001, p. 755, y GARCÍA - PELAYO Y GROSS, Ramón, Diccionario Larousse Usual, Ediciones Larousse, México, 1978, p. 104.

[2] " Perteneiente o relativo al toro o a la vaca. 2. Se dice de todo mamífero rumiante, con el estuche de los cuernos liso, el hocico ancho y desnudo y a la cola larga con un mechón en el extremo. Son animales de gran talla y muchos de ellos están reducidos a domesticidad." Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición, Bogotá, tomo 2, Printer Colombiana S.A., 2001, p. 235.

[3] "(...) El negocio jurídico celebrado por la Junta Administrativa (del Registro Nacional), con Corporación para la Vivienda S. A.,

tiene como requisito de validez la capacidad jurídica de aquélla, consecuencia necesaria de la personalidad jurídica otorgada por la Ley 5695. De incurrir en responsabilidad contractual en el ejercicio de sus competencias, las consecuencias deben recaer sobre su patrimonio público en cabeza de un órgano-persona, con capacidad jurídica limitada al manejo de sus recursos para la atención de determinados fines y en procura de esos objetivos se incurrió en conductas dañosas, es ese órgano contra el cual deben dirigirse las pretensiones resarcitorias. Arribar a otra conclusión, desconocería una de las consecuencias de la capacidad jurídica, cual es la aptitud de ser centro de imputación de efectos jurídicos, más aún, aquellos que son consecuencia de su actuación, y aunque en este caso está limitada al manejo de los fondos, dentro de ello se incluye todo lo que pueda beneficiar o perjudicar tales recursos. No se requiere autorización expresa, que obligue a la Junta a indemnizar los de daños que cause, producto de la ejecución de los negocios que celebre, pues ello, se reitera, es una consecuencia connatural de la capacidad jurídica que ostenta (tienen patrimonio propio). Llegándose así a la conclusión, de que la Junta Administrativa del Registro Nacional cuenta con la personalidad jurídica necesaria para hacer frente a la relación procesal". Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 000237-F-2003.

[4] Dictamen de la Procuraduría general de la República, No. 432 de 15 de diciembre de 2005.

[5] Artículo 4 del proyecto.

[6] Sobre el tema, ver dictamen de la Procuraduría General de la República, No. C-807-88.

[7] VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO ARMIJO : Disiento del voto de mayoría y declaro con lugar esta acción de inconstitucionalidad, con el efecto declarativo y retroactivo y las consecuencias anulatorias previstas en los artículos 88, 89 y 91.1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, porque considero que las normas impugnadas de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y de su Reglamento General son contrarias al Derecho de la Constitución. Esta acción toca cuerdas muy sensibles de la parte orgánica de la Constitución, en cuanto a la forma del poder, la cual condiciona sensiblemente la forma y ejercicio de los derechos; por lo que limito las consideraciones a los aspectos

estrictamente constitucionales y dejo por fuera, incluso de cualquier comentario, las argumentaciones de naturaleza legal incorporadas en la discusión y en el texto de la sentencia de la mayoría. Porque el artículo 3° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que se tendrá por infringida la Constitución Política, tanto cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales, lo cual condiciona todo análisis de constitucionalidad y obliga a que la Sala, creada para salvaguardar la supremacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales, confronte los cualesquiera textos, efectos, interpretaciones y aplicaciones que se sometan a su conocimiento, única y exclusivamente, con las normas y principios constitucionales, de acuerdo con el contenido de los textos de la Constitución y con sus efectos normativos y materiales, de acuerdo con las interpretaciones y aplicaciones que tengan cabida en el Derecho de la Constitución. Por esto, aunque el otorgamiento de personalidad jurídica instrumental a órganos desconcentrados resulte como fruto de las presiones o, acaso, debilidades, del ordenamiento legal e infralegal y del entorno político y económico, que a menudo empujan a optar por esa clase de soluciones y suelen brindarlas en forma atropellada, no es constitucionalmente posible que el legislador lo haya hecho, con la Constitución que tenemos. La Constitución rígida ha sido el gran descubrimiento que asegura la existencia del Estado Constitucional de Derecho, porque las constituciones flexibles, no son, en realidad, "Constitución", en la medida en que los legisladores pueden disponer sobre ellas como sobre cualquier otra ley y pueden, igualmente, disponer sobre los derechos fundamentales que éstas reconozcan, y que dejan de ser fundamentales al rebajarse su rango y fuerza normativa al de los demás derechos. Si bien es cierto que las normas constitucionales, por su propia naturaleza, son abiertas y flexibles, esa apertura y flexibilidad no puede dar lugar a la ruptura de la salvaguarda de la rigidez: el legislador no puede dismantelar el régimen de la Constitución, como ha ocurrido en el presente caso, tanto por causa de la norma impugnada, en sí misma considerada, cuanto por sus efectos. El tema de la inconstitucionalidad del otorgamiento de la llamada personalidad jurídica instrumental a los órganos desconcentrados había sido resuelto por la Sala, en forma cristalina, con ocasión de la consulta legislativa sobre el Proyecto de Ley de Hidrocarburos (sentencia número 6240-93), en la cual también el Tribunal desarrolló importantes consideraciones sobre el contenido del artículo 121 inciso 14) constitucional, que tienen profunda relación con el presente caso. Entonces, la Sala

consideró, por unanimidad, que: "I. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA DIRECCION DE HIDROCARBUROS: Uno de los aspectos centrales cuestionados por los diputados, es la naturaleza jurídica del órgano creado en el artículo 3 del Proyecto y las atribuciones de las que está siendo investido, en cuenta la de suscribir contratos en materia de hidrocarburos y contratar empréstitos con entidades nacionales y extranjeras. La Dirección General de Hidrocarburos se crea como órgano del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas (MIRENEM) para ejercer las funciones que se le asignan respecto de la exploración y explotación de sustancias hidrocarburadas. Para cumplir sus propósitos se le otorga capacidad contractual y autonomía financiera y presupuestaria. Del análisis de estos elementos y de las potestades que se le confieren, tanto en el artículo 4, como en los 5.ch) y 5.i) del Proyecto, se concluye que, aunque sería un órgano desconcentrado de la Administración Central, dentro del MIRENEM. sin embargo, se le dota de una serie de potestades tales que equivalen a una autonomía administrativa casi plena, que inevitablemente comporta el otorgamiento de una personalidad jurídica incompatible con su condición subalterna. En este sentido, es necesario señalar que, con la creación de la Dirección General, se pretende configurar una institución con el régimen jurídico propio de un ente descentralizado -con capacidad contractual, autonomía financiera y presupuestaria, patrimonio propio, etc.-; bajo la cobertura de un órgano desconcentrado, que por su naturaleza no podría contar, a lo sumo, más que con una personalidad jurídica meramente instrumental. No es posible delegar en la Dirección General competencias atribuidas por la Constitución al Poder Ejecutivo en sentido estricto -Presidente de la República y Ministro de la cartera-, no empuje que se le otorgue tal personalidad instrumental. Dicho de otra manera, si el legislador opta por desconcentrar un órgano de una Cartera de Gobierno, no puede dotarlo de personalidad jurídica propia e independiente de ésta, en los términos de administración descentralizada, en tanto el titular de la Cartera integra con el Presidente de la República, el órgano constitucional "Poder Ejecutivo" que es su jerarca necesario; salvo que el legislador opte por crear una verdadera institución descentralizada u autónoma, la cual, en todo caso, requeriría para su creación una ley aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa (art. 189 Constitución Política), en razón, precisamente, de que su creación implica el desplazamiento de competencias que constitucionalmente corresponden al Poder Ejecutivo como jerarca de la Administración Central; de lo contrario, se conformaría un régimen de excepción, que puede conducir a una atomización del Poder Ejecutivo y de sus propias

competencias que repugna a la ideología constitucional". Tales son los criterios que sostengo, válidos en 1993 y válidos a esta fecha, en la que nos rigen los mismos textos constitucionales que entonces.-

Gilbert Armijo S.

[8] " 2) Los órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en tanto sean autores de la conducta administrativa objeto del proceso, conjuntamente con el Estado o el ente al que se encuentren adscritos."

[9] Inciso 4 del artículo 34 del Código Procesal Administrativo .

[10] Artículos 31, 33, 38, 66, 120 y 127 del Código Procesal Administrativo.

[11] Artículo 4 del proyecto.

[12] Sobre la normativa de procedimiento a aplicar y los Principios a respetar, véase Dictamen C-398-2003 de 18 de diciembre de 2003 y Opinión Jurídica No. OJ-197-2003 de 20 de octubre de 2003.

[13] Ver sobre este tema, Dictamen C-252-87 de 15 de diciembre de 1987, Opinión Jurídica OJ-060-2000 de 2 de junio del 2000, Opinión Jurídica OJ-055-97 de 30 de octubre de 1997, dictamen c-014-2003 de 27 de enero de 2003, C-241-2001, y Opiniones Jurídicas OJ-051-2001 de 7 de mayo del 2001 y 072-2001 de 14 de junio de 2001.

[14] Sobre la constitución de fideicomisos en la Administración Pública, contrataciones, fines, naturaleza y reglas de contabilidad, puede acudirse a las siguientes Consultas: C-009-2003 de 20 de enero de 2003, c-037-2007 de 9 de febrero de 2007, C-202-2005 de 23 de mayo de 2005, C-243-2005 de 4 de julio de 2005, C-246-2005 de 4 de julio de 2005, C-286-2002 de 23 de octubre de 2002, C-297-2005 de 18 de agosto de 2005, C-410-2005 de 30 de noviembre de 2005, C-077-2005 de 14 de junio de 2005. Y las Opiniones Jurídicas No. 085-2005 de 23 de junio de 2005, OJ-165-2002 de 25 de noviembre de 2002, OJ-178-2001 de 22 de noviembre de 2001, OJ-061-2005 de 17 de mayo de 2005, OJ-092-2002 de 13 de junio de 2002, y OJ-092-2005 de 4 de julio de 2005.

[15] Se trata de una figura que desde el Código de Napoleón (Código Civil Francés), Decretado el 3 de mayo de 1803 -13 Floreal, año XI-, ha sido regulada, mediante el juramento decisorio, que es cuando una parte lo propone a cargo de otro, y el deferido, propuesto por el juez a una de las partes. El delito de perjurio tiene como esencia la falta a la verdad, de forma

dolosa o consiente, para conocer que lo que se dice es falso, y que esa falsedad recae sobre lo que se quiere probar con el juramento. Ver votos número 2000-00436 de las 16:27 horas de 12 de enero de 2000, 6460-93 de las 14:06 horas de 7 de diciembre de 1993, y 1708-95 de las 15:42 horas de 28 de marzo de 1995.

[16] Por ejemplo, el tipo penal de recepción de cheque sin fondos -artículo 243 bis del Código Penal-, cuya jurisprudencia penal lo ha desaplicado (resolución de las 9 horas 55 minutos del 12 de enero de 1990, de la Sala Tercera) al considera que no es antijurídica la acción, así como el delito de abandono del lugar del accidente contemplado en el numeral 328 del Código Penal, declarado inconstitucional por la Sala Constitucional en voto No. 525-93 de las 14:24 horas del 3 de febrero de 1993, por considerar que la imposición de tal obligación a cargo del imputado es contrario al sistema acusatorio que nos rige. O bien con la actual sanción administrativa de "especulación", regulada por el inciso c) del artículo 36 de la Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que anteriormente era sancionada penalmente según leyes No. 34 de 8 de julio de 1943, (artículos 2 y 3), Ley No. 206 de 30 de agosto de 1944 (artículo 11) y Ley de Protección al Consumidor, No. 5665 de 28 de febrero de 1975 (artículos 18 y 19).

[17] Casos de creación de nuevos tipos penales e infracciones administrativas, los tenemos en la Ley General de Aduanas, No. 7557 de 20 de octubre de 1995, introducidas por reforma mediante Ley No. 8373 de 18 de agosto de 2003, y el delito de "defraudación", que pasó de la categoría de infracción administrativa a delito, en la reforma de la Ley de Justicia Tributaria, No. 7535 de 1 de agosto de 1995, que hizo al Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Al respecto consúltese a: Consúltese a MONTORO PUERTO, Miguel, La infracción administrativa, características, manifestaciones y sanción, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, pp. 240-286.

FUENTES CITADAS

- 1 AGUILERA MARÍN, Karina. El proceso de desconcentración de la seguridad social (CCSS) desde la perspectiva de la contratación administrativa. Tesis de licenciatura para optar por el grado de licenciatura en Derecho. U.C.R. 2002. pp 19-20.
- 2 AGUILERA MARÍN, Karina. Ibidem. Pp 24-25.
- 3 Asamblea Legislativa. Ley General de la Administración Pública Ley : 6227 del 02/05/1978
- 4 SECCIÓN PRIMERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. No. 79 -2007. Segundo Circuito Judicial de San José, a las diez horas cuarenta minutos del veintitrés de febrero del dos mil siete.
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-168-2008. 16 de mayo del 2008
- 6 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: OJ-099-2007. 2 de octubre de 2007