

Informe de Investigación

Título: RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PUBLICO

Rama del Derecho: Derecho Administrativo	Descriptor: Funcionario Público
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Responsabilidad Funcionario Público, Procedimiento Disciplinario, Ley General de la Administración Pública, Nulidades
Fuentes: Doctrina, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 02/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Doctrina.....	2
a) Responsabilidades de los funcionarios públicos.....	2
Clases de responsabilidad:.....	2
b) Procedimiento disciplinario contra el Funcionario Público.....	5
Responsabilidad penal.....	7
c) Clasificación de las nulidades.....	7
Nulidad Absoluta:.....	8
Nulidad Relativa o Anulidad:.....	9
Diferencias entre nulidad absoluta y relativa.....	10
Diferencias entre nulidades de derecho privado y nulidades de derecho publico.....	11
3 Jurisprudencia.....	12
a) Responsabilidad del funcionario según el criterio de la Sala Constitucional.....	12
b) Criterio de la Procuraduría respecto a la responsabilidad de la Administración.....	21
Antecedente administrativo sobre el tema de responsabilidad.....	22
Generalidades sobre la responsabilidad del Estado.....	29

1 Resumen

En el presente informe de investigación se encuentra recopilada doctrina y jurisprudencia que realiza análisis relativos a la responsabilidad del Estado y sus funcionarios por actos que son nulos, sin embargo la información recabada corresponde a fechas anteriores al año 2004 y que se basan

en los artículos de la Ley General de la Administración Pública, lo anterior a petición del usuario. De este modo se abarcan temas como las clases de responsabilidad y la clasificación de las nulidades de los actos administrativos.

2 Doctrina

a) Responsabilidades de los funcionarios públicos

[PACHECO SALAZAR]¹

“Para asegurar el cumplimiento de sus deberes, así como para evitar el abuso o la desviación de poder y asegurar las garantías efectivas a los ciudadanos, es de relevante importancia la responsabilidad de los funcionarios. El fundamento de la responsabilidad de los funcionarios radica en el estado mismo de derecho, en la obligación de acatar y cumplir el conjunto de normas jurídicas positivas; el funcionario tiene un conjunto de normas especiales que debe respetar y un conjunto de deberes que debe cumplir y la transgresión a unas y otros origina su responsabilidad y correlativa sanción. El fundamento jurídico de la responsabilidad está pues, en la violación de un deber jurídico. “Los deberes jurídicos para los funcionarios son de dos* clases: Generales, que lo comprenden como miembro de la sociedad jurídico-política y especiales, que le conciernen como agente del Estado. En cuanto a esta segunda clase de deberes, el problema de la responsabilidad surge cuando el servidor ejerce sus atribuciones en forma irregular. Acorde con este punto de vista, no se podría asegurar que exista un Estado de Derecho, si la responsabilidad del empleado no puede hacerse real, con base en leyes que la declaren y faciliten su exigencia. Se ha considerado que la responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños que causaren en el ejercicio de sus funciones, es una de las más grandes conquistas de la democracia liberal contemporánea, pues un sistema de derecho administrativo no sería completo si el ciudadano no posee el medio de obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio irregular de la función pública.

Clases de responsabilidad:

a) Penal: Se da cuando el acto irregular del funcionario constituye un delito previsto y penado en el código respectivo o en leyes especiales (Código Penal, Ley General de Salud, etc.) . Civil: Se produce cuando el acto irregular haya causado un daño a la Administración Pública o a tercero (particulares o funcionarios) .

b) Administrativa: Surge cuando la conducta lesiona el buen funcionamiento de la Administración

Pública, así responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria son conceptos sinónimos.

c) Responsabilidad política: Surge cuando está en juego el interés general de la sociedad, lesionado por la conducta de los funcionarios de más alto nivel.

Todos los tipos de responsabilidad mencionados resultan de dolo o culpa del agente, aspectos que se constituyen en notas comunes a todos estos tipos de responsabilidad. Respecto del Estado, se pueden dar todos estos tipos de responsabilidad del agente público, pero respecto de terceros sólo es posible la responsabilidad civil y penal.

Cada uno de esos tipos de responsabilidad tiende a tutelar, a proteger un bien jurídico distinto, pero un mismo hecho, un mismo comportamiento del funcionario puede dar lugar simultáneamente a varias de las especies de responsabilidad indicadas.

En cuanto a la responsabilidad penal, los delitos pueden ser dolosos o culposos y podemos anotar como ejemplos: a) De delito doloso; el apoderamiento de bienes del Estado y culposo, la negligencia en el control de la conducta de agentes subordinados. En nuestro derecho, el Código Penal contempla como delitos, entre otros, el peculado. Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustrajere o distrajere dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Y con prisión de tres meses a dos años el que empleare en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública (artículo 352) . Además, tipifica la facilitación culposa de sustracciones: "Será reprimido con treinta a ciento cincuenta días multa, el funcionario público que por culpa hubiere hecho posible o facilitado que otra persona sustrajere el dinero o los bienes de que se trata en el artículo anterior" (artículo 353). Existen también otros delitos cuya pena se incrementa cuando el autor es un funcionario público (artículos 357, 356, 325, etc., del Código Penal) .

Por su parte, la Ley de la Administración Financiera de la República en su artículo 6°, contempla la responsabilidad de los funcionarios públicos en lo que se refiere a los bienes o valores del Estado y ordena específicamente que: "Todo funcionario, empleado o agente del Gobierno, encargado de recibir, custodiar o pagar bienes o valores del Estado o cuyas atribuciones permitan o exijan su tenencia será responsable de ellos y de cualquier pérdida, daño, abuso, empleo o pago ilegal que sea o sean imputables a su dolo, culpa o negligencia; como empleo ilegal se considerará, además de otros, el manejo de los bienes o valores en forma distinta a la prescrita por las leyes, reglamentos o disposiciones superiores; incurrirá en igual responsabilidad quien permita a otra persona manejar o usar los bienes públicos en forma indebida. En estos casos procederá la destitución del responsable sin perjuicio de la sanción judicial correspondiente..." Esta disposición resulta sumamente clara en cuanto al alcance de su contenido y no amerita comentario en particular. Concuera con este artículo, el 210, inciso 1) de la LGAP, que contiene un concepto de responsabilidad genérico: "El servidor público será responsable ante la Administración por todos los daños que cause a ésta por dolo o culpa grave, aunque no se haya producido un daño a tercero". Véase en este mismo sentido o línea de regulación, el artículo 7° de la citada Ley de la Administración Financiera.

¿Cuándo se genera la responsabilidad civil o en su caso penal del servidor? No cualquier comportamiento del funcionario o servidor es capaz de generar su responsabilidad, para que esto suceda resulta necesario:

- 1) Que el acto perjudicial se realice en ejercicio de la respectiva función;
- 2) Que el daño se ocasione por el cumplimiento irregular de la respectiva función. "Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa



grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo". De esta disposición (artículo 199 LGAP) se deduce un tercer requisito: 3) Que el servidor haya actuado con dolo o culpa grave.

De lo que viene expuesto se desprende, entre otras cosas, que si el funcionario causare un daño por hechos o conductas ajenos a sus funciones públicas, puede resultar también responsable, pero no en virtud de lo dispuesto por este artículo 199, sino por el artículo 1045 del Código Civil, como resulta también responsable cualquier ciudadano.

Cuando el funcionario es a su vez profesional y por esto es funcionario, su responsabilidad como profesional queda incluida o comprendida en su responsabilidad como funcionario público.

Las funciones pueden estar debidamente regladas o corresponder a una actividad discrecional -no limitada-, y la discrecionalidad, debe quedar clara, no constituye título que ampare el ejercicio irresponsable de funciones públicas y en ambos casos, sea actividad reglada o discrecional, su cumplimiento tiene que ajustarse a las reglas jurídicas; caso contrario, puede surgir un ejercicio irregular y la consiguiente responsabilidad. De ahí que el error sólo excusará la responsabilidad si tal error no fuere el resultado de una actitud negligente del funcionario. La actuación irregular conlleva la presunción de culpabilidad y para eximirse de responsabilidad el funcionario deberá probar que no hubo culpa de su parte. Tampoco exime de responsabilidad el hecho de haber actuado en cumplimiento de una orden, como ya quedó expuesto atrás.

La responsabilidad civil de los funcionarios presenta en la realidad administrativa diversas formas: según que la persona lesionada y que reclame la reparación al funcionario, sea un tercero o el propio Estado y es preciso, en consecuencia, diferenciar dos situaciones en lo que atañe a las consecuencias del daño u obligación de reparar: a) si el daño ha sido causado a la Administración Pública, ésta puede demandarlo civilmente y b) si el daño ha sido causado a un particular y la Administración Pública ha sido condenada a indemnizar por el hecho del funcionario en virtud de lo dispuesto por el artículo 201 de la Ley General de la Administración Pública, como responsabilidad indirecta de la Administración, ella debe ejercer la acción para recobrar plenamente lo pagado por ella, contra el funcionario culpable, según lo ordena el numeral 203 de la citada ley. La recuperación deberá incluir también los daños y perjuicios causados a la Administración por la erogación respectiva, a tenor de lo previsto por la misma disposición.

Esta acción del Estado en contra de su servidor prescribe en el plazo de un año contado desde que tenga conocimiento del hecho dañoso (artículo 207 LGAP), o a partir de la ejecutoriedad de la fijación de la respectiva cantidad, cuando se trate de una condena judicial que obliga a reconocer indemnizaciones en favor de terceros (artículo 208 *ibidem*).

Resulta conveniente anotar algunas expresiones de ejercicio irregular de los deberes legales y por consiguiente de la función pública:

- 1) Extralimitación de las atribuciones que la ley le confiere al funcionario.
- 2) La difamación, entendida como tal, la indebida, innecesaria o extemporánea publicación de datos o antecedentes que pongan en duda la corrección de una persona.
- 3) La falta de control de los subalternos que conlleva la responsabilidad del jefe por las consecuencias de la actitud culposa o dolosa de aquellos.
- 4) Los actos de un funcionario que exige derechos que no resultan de normas vigentes.
- 5) Los actos, hechos u omisiones, que por culpa o dolo del agente ocasionen perjuicios, molestias y obstáculos arbitrarios a los administrados.

- 6) La violación de derechos fundamentales de los ciudadanos.
- 7) El obstáculo indebido puesto al ejercicio de una actividad profesional .
- 8) Las vejaciones y actos de violencia inútil e inhumana —torturas— apremios ilegales, etc.
- 9) La negligencia e imprudencia graves.

La responsabilidad administrativa y disciplinaria: Nace de la transgresión de una obligación administrativa, propia de la función pública. La responsabilidad administrativa que se hace efectiva a través del poder disciplinario, y aparece cuando el agente comete una falta de servicio que debe ser moralmente imputable al agente. Pueden haber faltas simples y faltas graves. A las simples se les impone una sanción correctiva: llamado de atención, apercibimiento, traslado, suspensión, postergación en el ascenso, etc. y a las faltas graves medidas depurativas: cesantía, ^n nuestro derecho positivo la responsabilidad disciplinaria del servidor público está regulada por los artículos 211, 212 y 213 de la Ley General de la Administración Pública, cuando la misma provenga de una actuación del funcionario dolosa o por culpa grave. De esas disposiciones conviene resaltar los siguientes aspectos:

- 1) El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave.
- 2) El superior responde también disciplinariamente por los actos de sus inmediatos inferiores cuando él y estos últimos hayan actuado con dolo o culpa grave. A contrario sensu, no responderá si no se ha actuado con dolo o culpa grave.
- 3) Para imponer la sanción que corresponda debe formarse previamente un expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 308 ibídem, el procedimiento establecido en esta ley sólo es aplicable a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución o cualesquiera otras de similar gravedad.
- 4) Si el incumplimiento de la función se ha realizado en ejercicio de una facultad delegada, el delegante es responsable si ha incurrido en culpa grave en la vigilancia o en la elección del delegado.
- 5) Para determinar la existencia y el grado de la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone o que dicta o ejecuta, debe tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones que desempeña, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, en relación con el vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.”

b) Procedimiento disciplinario contra el Funcionario Público

[MONTIEL QUIRÓS]²

“En Costa Rica, el procedimiento disciplinario está regido tanto por la Ley General de la Administración Pública como por el Estatuto del Servicio civil.

Así, la Ley General es clara al establecer que "el servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes".

La Ley General establece ciertos criterios a respetar en el proceso de investigación:

1. En cuanto al sujeto investigado: Es responsable no solamente el funcionario que cometió la falta sino también los superiores jerárquicos de los infractores cuando éstos últimos han actuado con dolo o culpa grave³". De igual forma, si falta ocurre en el ejercicio de una función delegada, el delegante también puede tenerse como responsable en los casos en los que éste último incurre en culpa grave en la vigilancia del delegado o en la elección de éste"^R. Ambas situaciones se justifican en razón del deber de vigilancia, uno por jerarquía y el otro por la delegación, que debió ejercerse.

2. Al momento de apreciar la prueba y la falta, debe tomarse en consideración la jerarquía del infractor, así "cuanto mayor sea la jerarquía...en relación al vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente".

3. Debe existir una audiencia amplia para el infractor y un expediente con todos los elementos previo a la aplicación de la sanción.

Por su parte, el Estatuto del Servicio Civil establece solamente las correcciones disciplinares aplicables, las cuales son:

1. Audiencia oral: Se aplica por faltas leves.

2. Advertencia escrita: Es aplicable cuando dentro del mismo mes calendario se han dado dos audiencias orales, o en los casos en los que nuestra ley de trabajo exige el apercibimiento escrito previo al despido.

3. Suspensión del trabajo sin goce de sueldo: Su límite de aplicación es de quince días, y se impone por "faltas de cierta gravedad". Este es el único caso en que el Estatuto hace referencia al proceso de investigación la mencionar que se debe oír al infractor y a los testigos que éste indique. Procede también en los casos de arresto y prisión preventiva cuando estos se mantengan. Sin embargo, si esta situación excede los tres meses, procede el despido.

En los casos en que el funcionario es declarado inocente en la vía penal, el mismo debe ser tenido en cuenta como primera opción para el siguiente puesto que de acuerdo a su idoneidad, le sea posible asumir, y que quede libre.

Por último, el artículo 42 es muy claro al señalar que "La imposición de las correcciones disciplinares...no implica pérdida de los derechos otorgados por la presente ley".

En nuestro país, como también existen los reglamentos internos de trabajo, es posible que el procedimiento se encuentre detallado en los mismos. Aunque puede haber variaciones en cuestiones de forma, los principios del debido proceso deben siempre respetarse. A pesar de la

existencia de los reglamentos internos, consideramos importante que existiera alguna determinación más clara en la Ley General o en el Estatuto del Servicio Civil, en las que se establecieran plazos, recursos a las disposiciones del ente juzgador, y otros

Responsabilidad penal

Brevemente queremos comentar que como ya lo hemos señalado, la responsabilidad disciplinaria no excluye la existencia de la responsabilidad penal. En nuestro Código Penal existe un título que contiene los delitos contra los deberes de la función pública. En la mayoría de estos delitos, excluyendo aquellos en los que se castiga la conducta del particular que induce al funcionario en la infracción; comparten la característica de que el sujeto activo debe tener la especial condición de funcionario público.

Son abundantes los delitos que castigan el incumplimiento al deber de integridad, entre ellos, encontramos los delitos de cohecho, en el que el funcionario, a cambio de un beneficio, realiza rápidamente, atrasa, u omite realizar un acto propio de sus funciones. En los casos en que estas actitudes se dan respecto a otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones, pensiones, o contratos administrativos, el delito de cohecho se agrava y se denomina CORRUPCIÓN AGRAVADA. Existe también el delito de aceptación de dádivas por un acto cumplido. Otro de los delitos cuyo bien jurídico es la integridad del funcionario lo es el delito de negociaciones incompatibles, en el cual el funcionario interviene en un contrato u operación en el que intervendrá en razón de su cargo, lo puede hacer personalmente o por un tercero interpuestos.

En estos casos, el bien jurídico tutelado por la ley penal es la integridad del funcionario. Al mismo tiempo existe un bien jurídico genérico que es la integridad de la Administración. Se castiga al funcionario que traiciona al confianza de la Administración al incurrir en algunos de estas conductas. Debe llevar a cabo sus funciones sin esperar más que su salario a cambio. Sin embargo, y como ya lo señalamos al analizar de forma breve el problema de la corrupción, la Administración no puede pretender que un funcionario no incurra en este tipo de actividades,. Que ya de por sí están institucionalizadas en entes como el Registro Público, cuando los salarios no cubren las necesidades mínimas de los funcionarios.

c) Clasificación de las nulidades

[MARTINEZ BRENES]³

Nulidad Absoluta:



"Este tipo de nulidad es muy importante ya que según lo ha expuesto la doctrina privatista los actos nulos o absolutamente nulos son los que dada la gravedad del vicio que les afecta, carecen inicial y perpetuamente de efectos: "Quod nullum est, nullum habet effectum". A veces, sin embargo, puede que de hecho se pretenda establecer un estado de cosas al amparo del acto nulo. Entonces habrá que provocar una sentencia, que de manera terminante, declare la nulidad, teniendo tal sentencia, por lo consiguiente, carácter meramente declarativo. Por ello, los efectos de la declaración de nulidad absoluta se producirán externa, es decir, desde la fecha en que el acto se realizó; de ahí que una vez declarada la nulidad, ésta extingue el acto administrativo, en suma, lo deja sin ningún efecto. Hay que tomar muy en cuenta que si el acto administrativo absolutamente nulo carece de efectos jurídicos o sea que es incapaz de desplazar sus efectos hacia los particulares o administrados; este acto no necesita, obviamente, ser anulado.

Es interesante traer a conocimiento que Garrido Falla rechaza la aplicación de la nulidad a los actos administrativos irregulares, pues sostiene que "Además de que todo acto administrativo viciado lo es porque se ha realizado en contra de la ley y entonces no habría que pensar, como lo hace la doctrina, en diferentes sanciones pues en todo caso la única sanción sería la nulidad absoluta, ese referido precepto está pensado fundamentalmente para el ámbito jurídico privado; es justamente el límite que la ley impone a la esfera de disponibilidad jurídica privada, a la 'autonomía de la voluntad'. Es el límite del 'lícito jurídico' de los particulares. Precisamente por esto la sanción en estos casos es, con las salvedades que la doctrina señala, la nulidad absoluta, pues no de otra forma se puede sancionar en Derecho la falta de acuerdo entre ciertos actos ejecutados en interés privado y las normas que se han dictado para proteger el interés público lo cual no es el caso cuando la Administración actúa".

Al respecto nuestra jurisprudencia ha dicho que "Dentro del campo del Derecho Administrativo, como lo explica la doctrina, no todos los actos irregulares del poder administrativo merecen la sanción de nulidad, pues pueden ser librados de ella aquéllos en que el derecho lesionado pueda ser indemnizado en otra forma, que no haga necesaria tal anulación"

Volviendo de nuevo a tratar nulidad absoluta en el acto puramente administrativo es menester decir que el acto nulo es el acto producido, existente, que se dio en la realidad exterior, dotado de apariencia de legitimidad, pero en realidad con un defecto tan gravemente afectante a su esencia que hace imposible la producción de efectos jurídicos; siendo retroactiva la declaración de nulidad sobre ellos operada, como un mero pronunciamiento de constatación de la ineficiencia intrínseca del acto.

Pronunciamiento que, por otra parte, y dada la custodia del orden jurídico que a los órganos competentes es atribuida al efecto, puede y debe ser producido de oficio, siempre que, en el desempeño de sus funciones, tengan conocimiento del caso. La mayoría de los tratadistas de Derecho Administrativo, llaman acto nulo al acto absolutamente nulo, diferenciándolo del acto anulable que vendría a ser la nulidad relativa.

Anteriormente mencioné que el acto administrativo deviene nulo cuando ha sido dictado faltando alguno de los elementos principales para que tenga plena validez jurídica y así se proyecte de manera eficiente en los particulares o más propiamente en los interesados, esa falta de elemento es lo que se menciona en el párrafo anterior como defecto gravemente afectante que produce la nulidad absoluta. Como ejemplo que viene a ilustrarnos la idea; nuestros Tribunales en una de sus muchas resoluciones dictadas y refiriéndose concretamente a la competencia de la Administración ha dicho que: "El Presidente del Concejo Municipal está llamado a vigilar el orden en las sesiones, con facultad de suspenderlas y levantarlas si éste no se restableciere, pero no está facultado para desalojarlos, privándolos de esa manera del ejercicio de representación popular que ostentan, de manera que el acuerdo tomado bajo tan irregulares circunstancias se encuentra viciado de nulidad

absoluta al faltar elementos esenciales para la formación del acto por falta de competencia de los regidores que continuaron y entraron a la sesión, al quedar desintegrado el órgano con la expulsión de los otros regidores". La nulidad absoluta es declarada por los Tribunales de Justicia, así lo ha reiterado nuestra jurisprudencia al decir que "Los Tribunales de Justicia tienen plena competencia para conocer y juzgar situaciones relativas a la nulidad de la ampliación de un contrato de protección industrial, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, artículos 41 y 49 Hemos hecho varias veces alusión al vicio que adolece el acto Administrativo para que sea nulo, es decir que a falta de elemento esencial hay lógicamente nulidad absoluta. Esto tiene semejanza alguna con la nulidad en el proceso civil la cual para que surta efecto es necesario que en los actos jurídicos falte alguna de las condiciones importantes para su formación o para su existencia, además que cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos, en consideración a la naturaleza del acto y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene y cuando se ejecutan por personas absolutamente incapaces.

Por último la Ley General de la Administración Pública costarricense manifiesta con toda claridad que el acto absolutamente nulo no se presumirá legítimo, ni se podrá ordenar su ejecución; esto es interesante puesto que nos viene a aclarar más que en el acto administrativo la nulidad, lo hace ilegítimo y por lo tanto inaplicable. Y que además que dicho acto no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación, esto quiere decir que el acto no puede volver a la vida administrativa una vez calificado como tal.

Nulidad Relativa o Anulidad:

En tratándose de los actos administrativos relativamente nulos, es necesario mencionar que ésta tiene existencia y eficacia jurídicas en tanto no se le ataque o impugne su validez en razón del vicio originario y aún puede este vicio ser purgado por quien tenga derecho a prevalerse de él, o por la ley. Por eso se dice que en tal caso la nulidad es relativa, ya que ella puede ser invocada relativamente, es decir por aquél a quién la ley atribuye tal derecho, cabe hacer mención al respecto de lo que dispone nuestra Ley General de Administración Pública en referencia a la nulidad relativa en cuanto dice que el acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional, y al mismo y a su ejecución deberá obediencia todo administrado. También esta misma ley ha dispuesto en su articulado que la anulación del acto relativamente nulo producirá efecto sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario o a terceros, o al interés público.

El acto administrativo anulable o con nulidad relativa es inicialmente válido; en cuanto tal, tiene que ser observado por la generalidad, no solo por los destinatarios sino también por las autoridades que conocen el defecto. Se le ha considerado de grado inferior de la nulidad al acto anulable ya que un elemento aparece viciado, pero con vicio no fundamental.

El acto, pues, tiene vida, produce, en principio, efecto jurídico, pero sólo hasta que por la autoridad competente, como ya lo mencioné, y a instancia de quien se halle legitimado para ello, se decreta su anulación.

En relación a lo expuesto antes es importante referirnos a lo que ha establecido nuestra jurisprudencia de la Sala de Casación, en cuanto a un conflicto presentado entre la Contraloría General de la República, y el Banco Nacional de Costa Rica, la cual rebajó el presupuesto del Banco mencionado habiendo omitido el trámite de conciliación, y por éste hecho, dijo Casación, solo sería posible admitir una nulidad relativa; pudiendo alegarlo únicamente la persona o personas en cuyo favor lo haya establecido la ley, sea en este caso la propia institución bancaria y no sus empleados aunque estos resultaran afectados en sus salarios.

De todo lo expuesto en relación a la nulidad relativa se nota con claridad que el vicio que la produce es de menor intensidad que el que produce la nulidad absoluta, por lo cual el acto anulable puede ser saneado y por lo tanto continuar en la vida administrativa.

Diferencias entre nulidad absoluta y relativa

Conforme a lo expuesto antes podemos hacer más explícitas las diferencias que hay entre ambos tipos de nulidad.

- A) Los vicios de la nulidad absoluta son de más gravedad que los existentes en la nulidad relativa.
- B) El criterio de gravedad deriva de la ausencia total de uno o varios elementos del acto constitutivo, o de un grado de imperfección tal del acto que impida la realización del fin; esto para el caso de la nulidad absoluta, y de la imperfección de uno o varios de los elementos constitutivos del acto para el caso de la nulidad relativa.
- C) El acto administrativo anulable produce efectos en cuanto no sea anulado, el acto absolutamente nulo no produce ningún efecto, tal y como / lo vimos en su desarrollo.
- D) En cuanto a la nulidad absoluta los efectos de la declaración de nulidad se producirán "ex-tunc", queriéndose decir con esto, desde la fecha en que el acto se realizó. Y en la nulidad relativa la anulación produce efectos "ex-nunc", es decir, desde la fecha en que se efectúa.
- E) La nulidad absoluta al derivar, de normas que, por dictarse en interés de la comunidad son por lo consiguiente de orden público, pudiendo ser alegada por cualquier persona; y en la relativa, la nulidad solo puede ser invocada por quienes tengan interés en ello.
- F) El acto nulo o con nulidad absoluta no puede convalidarse en particular por el transcurso del tiempo: "Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest". En consecuencia la nulidad podrá ser invocada en cualquier momento. En cambio en la nulidad relativa, el acto administrativo podrá ser convalidado por el transcurso del tiempo.
- G) En el caso de la nulidad absoluta la Administración está obligada de oficio a declararla. Tratándose de los actos relativamente nulos, la anulación de oficio será discrecional, justificado por motivos de oportunidad, específicos y actuales.

Diferencias entre nulidades de derecho privado y nulidades de derecho publico

En el Derecho Privado, en cuanto a la nulidad del acto jurídico ésta puede ser de dos formas: absoluta y relativa, según sean los vicios que lo afecten. Tratándose de la nulidad absoluta, en esta rama del Derecho, una vez declarada, opera retroactivamente; por lo consiguiente el acto se reputa nulo y sin valor alguno en todo momento y todos los actos ejecutados en el lapso del tiempo transcurrido desde que se efectuó el hecho y fue declarado nulo, carecen de todo valor.

Diferente en el caso del acto nulo, de nulidad relativa, el cual tiene eficacia jurídica mientras no se impugne su validez; el acto existe y genera efectos jurídicos y la sentencia solo lo declara nulo desde ese momento; además, el acto puede ser revalidado posteriormente.

En el Derecho Público, podemos notar claramente que por ejemplo el órgano emisor del acto tiene facultad para ejecutarlo, pero viola las leyes o reglamentos que establecen sus trámites procesales, o sea, las formas sustanciales, el acto existe, pero es nulo absolutamente.

Si como en el acto anterior el órgano emisor tiene facultad para ejecutarlo, pero el consentimiento se encuentra viciado o faltan las formas integrales; el acto será anulable, pudiendo, como lo expusimos en otro punto, sanearse esos vicios sea por la ratificación posterior al mismo órgano o por el cumplimiento de los trámites o formalidades integrantes del acto.

Hay que señalar además que en el Derecho Privado las nulidades están expresamente establecidas por la ley, que señala de modo taxativo los casos en que un acto es nulo, la forma de ejercitar la nulidad, los efectos que produce su declaración. En el Derecho Privado, la ley se dice que apenas da, de manera ocasional, algunas reglas o principios. La teoría de las nulidades en los actos administrativos es, así, creación de la doctrina y de la jurisprudencia administrativas y como tal, ella es más bien casuística que general; más bien flexible que rígida. Es lo que ocurre por ejemplo en Francia. Al concebir una teoría de las nulidades del acto administrativo, es preciso considerar diversos intereses en juego; por una parte existe el interés de que se cumplan los requisitos que las leyes establecen para los actos, que son garantías en favor de los particulares y por la otra parte, existe el interés de que las situaciones producidas que afectan a muchos no sufran constantes variaciones; hay también del perjudicado por el acto, que lógicamente deseará su anulación. La nulidad una vez declarada, extingue el acto administrativo, lo deja sin efecto. En principio, esta extinción opera, lo mismo en Derecho Privado, retroactivamente afecta no solo al acto anulado, sino también a todos los que han sido su consecuencia inmediata y directa.

También en las nulidades de Derecho Privado, se ha establecido un régimen de nulidades que le es propio, ya que se presupone en el contenido de las relaciones privadas, por lo general de sustancia económica. El régimen de nulidades de los actos del Derecho Privado se sustenta en la teoría general de la invalidez de los actos, y su régimen de nulidades se ajusta al campo de los intereses que ampara. El régimen de sanciones de nulidades establecidas para el Derecho Privado utiliza algunos principios de necesidad que corresponden a toda la teoría general de la invalidez de los actos jurídicos; siendo, de antemano, ésta la razón por la que muchos, omitiendo la existencia de estos principios generales comunes, enjuician las nulidades de los actos administrativos sin considerar que muchas afirmaciones corresponden a la llamada teoría general de las nulidades.

Otras diferencias son en cuanto a la competencia que está limitada positivamente en el Derecho Público, en cambio en el Derecho Privado la capacidad que es un concepto equivalente, está delimitada negativamente. Es decir que la validez del acto en punto a la aptitud legal del agente del cual emana se rige de manera distinta. En el Derecho Privado la capacidad del sujeto faculta a éste

para hacer todo lo que no le está prohibido, en el Derecho Público la competencia de la entidad, que vendría a ser la persona administrativa, sólo faculta a ésta para hacer lo que le está permitido ya que de acuerdo a normas precisas, en cuyo caso serían la facultad reglada, ya atendiendo al fin en vista del cual debe la entidad obrar, límite de la facultad discrecional.

Tratándose a la forma a diferencia del Derecho Privado, en el cual los requisitos de forma, no obstante las numerosas disposiciones del Código Civil vigente sea de forma "ad solennitatem", sea "ad substantiam", son la excepción; en el Derecho Público la observancia de formas determinadas constituye la regla, por lo que la invalidez por motivo de inobservancia formal es también diferente."

3 Jurisprudencia

a) Responsabilidad del funcionario según el criterio de la Sala Constitucional

[SALA CONSTITUCIONAL]⁴

Resolución: 2004-10762

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciocho horas con cincuenta y nueve minutos del veintinueve de setiembre del dos mil cuatro.-

Recurso de amparo interpuesto por Jaime Pacheco Lutz, portador de la cédula de identidad número 9-039-932, en su condición de Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de "Carara Hotel y Club, S.A.", contra el Registro de la Propiedad Industrial del Registro Nacional.

Resultando:

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 14:43 horas del 7 de mayo de 2003 (folio 1), el recurrente manifiesta que su representada es dueña del hotel Villa Lapas y de instalaciones anexas, ubicados en Carara de Jacó, Puntarenas. Como parte de los atractivos y actividades que se brindan a sus huéspedes y visitantes tienen instalado dentro de su propiedad un sistema de cables entre los árboles que le permite al usuario deslizarse de árbol a árbol, con el fin de observar el dosel y demás atractivos de las alturas del bosque. El sistema se diseñó y construyó con base en información mundialmente conocida y fácilmente accesible, de lo que popularmente se conoce en nuestro país como "canopy tour". El 5 de mayo de 2003 se apersonaron a la propiedad de la amparada una cantidad importante de personas, entre ellos funcionarios del Registro recurrido, con una notificación dirigida a uno de los guías turísticos del hotel –y no a su representante legal–. Se les hizo ver que la notificación era nula por la circunstancia anotada y aún así dieron por notificado

el acto y clausuraron y sellaron el sistema de transporte que se explicó, por violación de una patente, con base en los artículos 3 y siguientes de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual. La patente en cuestión no es aún eficaz, pues se encuentra impugnada. Incluso, en 2001 el mismo Registro recurrido la había declarado nula, pues no se trataba de ninguna novedad. Posteriormente el interesado en la inscripción impugnó esa decisión ante el jerarca impropio, quien la anuló por un error de procedimiento, ordenando su reposición. Desafortunadamente el Registro no ha acatado lo que se indicó en esa oportunidad y sigue sin dictarse la resolución final de ese procedimiento. Y pese a lo anterior se dio curso a una gestión del interesado, decretando una serie de medidas cautelares en contra de una gran cantidad de personas que tienen instalados sistemas similares al que se procura patentar. Esto, con base en el simple dicho del petente y sin ningún estudio técnico serio. A juicio del actor se trata de una actuación negligente, desproporcionada, imprudente e ilegal, que contraría además lo ordenado por esta Sala al dar trámite a una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 5, 51 y 55 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, que ordenó la suspensión inmediata de las normas de tramitación involucradas. Considera que en la especie se contravinieron los derechos al debido proceso, de propiedad privada y al trabajo, los principios de autonomía individual y de legalidad. Solicita el recurrente que se ordene al Registro recurrido hacer cesar las medidas impugnadas y abstenerse de aplicar toda medida cautelar con base en la Ley número 8039.

2.-Informa bajo juramento Liliana Alfaro Rojas, en su calidad de Directora del Registro de la Propiedad Industrial (folio 16), que ante la Sección de patentes de invención de ese Registro se encuentra registrada la patente de invención denominada "Sistema de transporte forestal elevado con propulsión de la gravedad utilizando arneas y poleas por una línea horizontal simple" con el número de expediente 2532, folio 219 y siguientes, tomo 17. Los artículos 41 y siguientes del Acuerdo de los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, la Ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, establecen una serie de disposiciones y condiciones relacionados con los derechos de propiedad intelectual, con el fin de protegerlos y resguardarlos de posibles infractores. La Ley de procedimientos mencionada, en sus artículos 3, 5, 7, 30, siguientes y concordantes, le otorga competencia al Registro de la propiedad industrial para que actúe, a solicitud del interesado, para practicar medidas cautelares en resguardo de su propiedad intelectual. El 31 de marzo de 2003 se presentó ante el Registro una petición de ejecución de medida cautelar promovida por Darren Hreniuk Mitchell en defensa de su patente de invención arriba descrita, que cumplía los requisitos que al efecto exige la Ley 8039. Entre los lugares donde se requirió practicar la medida estaba el Hotel Villa Lapas, indicando el gestionante que su gerente general era Eduardo Morera Castro. Ni Morera Castro ni Pacheco Lutz firmaron la notificación del Registro. Solicita que se desestime el recurso planteado. A partir de la fecha de ejecución de la medida, el interesado cuenta con un mes para interponer una demanda judicial. De lo contrario, la medida cautelar se tendrá por revocada y la parte que la pidió como responsable por los daños y perjuicios ocasionados. Por otra parte, uno de los principios fundamentales en esta materia es el principio de prioridad, según el cual una vez pedida la inscripción de una patente de invención se adquiere un derecho de prioridad hasta por un año, para poder efectuar un trámite similar en otras oficinas a nivel mundial. Solicita la recurrida que se rechace en todos sus extremos este recurso y se reconozcan las competencias en esta materia del Registro recurrido.

3.-Por resolución número 2003-07634 de las 14:51 horas del 29 de julio de 2003 se ordenó

reservar el dictado de la sentencia en este asunto a la resolución de la acción de inconstitucionalidad número 02-005500-0007-CO (folio 68).

4.-Laura Pacheco Fallas, Vicepresidente de la sociedad “Carara Hotel y Club, S.A.” acusa que la Directora del Registro recurrido desatendió las órdenes dictadas por la Sala en el auto de curso al punto de disponer la destrucción del sistema de canopy del Hotel Villa Lapas (folio 72).

5.-Por auto de las 11:05 horas del 28 de enero de 2004 se dio traslado a la Directora del Registro accionado sobre las manifestaciones de la representante de la actora.

6.-Ariana Araya Yockchen, Directora a. i. del Registro de la Propiedad Industrial, contestó la audiencia conferida, en los siguientes términos (folio 81): que por resolución de las 8:30 horas del 9 de diciembre de 2003 de la Ministra de Justicia se suspendió por dos meses con goce de salario a la Directora del Registro, en razón de las denuncias presentadas por irregularidades en la ejecución de medidas cautelares en el cierre de canopys. El 3 de febrero de 2004 se prorrogó por dos meses más la suspensión. Desde el 7 de enero de 2004 la informante ocupa su puesto. Consta en el expediente relacionado con el Hotel de la sociedad actora que el 27 de noviembre de 2003 la Directora del Registro de la Propiedad Industrial ordenó el decomiso de arneses y poleas; la inhabilitación del sistema reivindicado en la patente de invención denominada “Sistema de transporte forestal elevado con propulsión de la gravedad utilizando arnés y poleas por una línea horizontal simple” y la recolección de papelería y afiches propagandísticos en las oficinas promotoras de ventas de tours de canopy. El 2 de diciembre de 2003 se ejecutó la medida cautelar cortando los cables y las plataformas y poniendo cinta para prohibir el paso.

7.-Por resolución de las 13:43 horas del 24 de marzo de 2004 se ordenó tener como parte en lo personal a Lilliana Alfaro Rojas (folios 131, 140, 145, 146 y 149).

8.-En escrito del 30 de junio de 2004 (folio 178) Lilliana Alfaro Rojas, Directora del Registro de la Propiedad Industrial, se apersonó a ejercer su defensa, como sigue: el 31 de marzo de 2003 Darren Hreniuk Mitchell solicitó ante el Registro de la Propiedad Industrial la ejecución de medidas cautelares contra varias personas, en defensa de su patente de invención, garantizada por la Constitución Política –artículo 47– y, en general, el ordenamiento jurídico costarricense. Hreniuk Mitchell no solicitó ejecutar medida cautelar alguna contra “Carara Hotel y Club, S.A.”, ni se demuestra que se haya ordenando ejecutar ese tipo de medida en contra de la sociedad mencionada. Existe falta de legitimación para actuar del Hotel Villa Lapas, nombre que, además, no está registrado comercialmente. Y esto último es uno de los requisitos que exige el Instituto Costarricense de Turismo para el funcionamiento de un hotel. En materia comercial, tener o trabajar con un nombre ficticio atenta contra el patrimonio mercantil de la empresa. Las medidas cautelares se practicaron a la luz de la resolución de esta Sala del 23 de octubre de 2003. Al no contar los dueños de la sociedad “Carara Hotel y Club, S.A.” con el permiso de funcionamiento de canopy, no existe perjuicio legítimo. No hay prueba documental de que Carara Hote y Club tenga un canopy autorizado por los entes gubernamentales respectivos, no reporta ningún control de ingresos fiscales, de empleados reportados a la Caja Costarricense de Seguro Social, etc. Darren Hreniuk es titular del derecho de autor sobre “The original canopy tour systems operator and



training program”, es titular del nombre de dominio www.canopy.tour.com y ha instalado en Centroamérica, México y el Caribe el sistema de transporte forestal de su invención e introdujo la palabra “canopy” en el lenguaje popular y técnico costarricense. Registró la marca en la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de Norteamérica bajo el número de registro 2,068,162 en clase 39 internacional denominada “The original canopy tour”. Que en anteriores sentencias la Sala se ha pronunciado sobre las medidas cautelares y los derechos del inventor sobre la patente número 2532. Alega también la recurrida que sus actuaciones están respaldadas por el artículo 41 del Acuerdo de los aspectos de los derechos de propiedad intelectual (ADPIC). Ante la aplicación de medidas cautelares, por los registros o los tribunales de justicia, no se puede permitir que personas inescrupulosas traten de dilatar los procesos con peticiones carentes de validez y legitimación. Invoca también como antecedente aplicable a su caso la resolución del Director General a.i. del Registro Nacional 6-2003 del 30 de junio de 2003. Por otra parte, señala que en las actividades de canopy ha habido accidentes de grave perjuicio para turistas, sin que los locales que desarrollaban la actividad tuvieran las pólizas y autorizaciones necesarias. No trabajaban esas empresas con el sistema patentado por Hreniuk, razón de más para aplicar las medida cautelares que aquí se discuten. Indica la recurrida que mediante sentencia número 11925-03 del 23 de octubre de 2003 se rechazó la acción de inconstitucionalidad 03-005500-0007-CO. Los tribunales de justicia continuaron aplicando medidas cautelares por infracción de los derechos de propiedad intelectual También debe tenerse en cuenta que lo accesorio sigue a lo principal, así si la acción de inconstitucionalidad fue rechazada, el amparo lo sería también. Adicionalmente, el artículo 41 de los ADPIC exige que los miembros del Tratado establezcan procedimientos efectivos para observar los derechos de propiedad intelectual. En el mismo sentido, el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Marcas, Decreto Ejecutivo número 30233-J respalda sus actuaciones. El artículo 2 del Convenio de Estocolmo, conocido como Convenio de la OMPI, creó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, de la cual Costa Rica es miembro. Como parte de los compromisos que le creó esa condición se dictó la Ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, que tiende a proteger esos derechos. En el mismo sentido alude al artículo 25 del Convenio de París, el 36 del Convenio de Berna y el 26 de la Convención de Roma. Dice la recurrida que sus actos los ha emitido convencida que con ellos da fiel cumplimiento a los artículos 47, 89 y 121 inciso 18) de la Constitución Política. Cita, asimismo, el artículo 11 de la Ley de Patentes de Invención que protege las patentes desde el momento de la presentación de la solicitud. Seis compañías nacionales han instalado sus sistemas de canopy bajo la autorización del titular de la patente. La solicitud de medida cautelar de Darren Hreniuk cumplió los requisitos legales –Ley número 8039– consistentes en la titularidad de la patente, garantía y otros, acogiéndose su solicitud por resolución de las 8:30 horas del 25 de abril de 2003. Invoca también la accionada la sentencia número 2134-95 de esta Sala sobre derechos de propiedad intelectual. Finalmente, se refiere a las declaraciones rendidas por Enrique Pacheco Fallas ante la Dirección General del Servicio Civil, donde se gestiona el procedimiento para despedirla, todo lo cual forma parte de una persecución orquestada en su contra.

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

Redacta el Magistrado Armijo Sancho; y,

Considerando:



I.-Objeto del recurso. Impugna el actor las medidas que ha adoptado el Registro de la Propiedad Industrial en relación con el sistema de “canopy” que se explotaba en el Hotel Villa Lapas.

II.-Aclaraciones previas. Liminarmente deben hacerse las observaciones que siguen:

a) la decisión de este recurso no incide ni de forma favorable ni negativamente sobre el derecho de patente que reclama Darren Hreniuk;

b) invoca la recurrida la sentencia de este Tribunal #2003-14641 de las 13:05 horas del 12 de diciembre de 2003 para establecer la incompetencia de la Sala en relación con casos como el que aquí ocupa. No obstante, el amparo que originó el dictado de esa resolución se rechazó debido a que no se logró demostrar que el Registro de la Propiedad Industrial hubiera dictado medida cautelar alguna en contra del recurrente. Y sobre la afirmación del final de su parte considerativa, según la cual “Si la parte recurrente considera que la autoridad recurrida no tiene la competencia para dictar las medidas cautelares cuestionadas en perjuicio de otras empresas, lo propio es que se apersona ante la sede administrativa o en la vía contenciosa administrativa para que sea allí en donde se dilucide el conflicto de legalidad planteado sobre las competencias del órgano administrativo.” el objeto de discusión aquí no es si el registro tenía competencia para dictar las medidas, sino que si al hacerlo violó los derechos fundamentales del actor;

c) si el actor usa un nombre comercial ficticio esa circunstancia no impide en un caso como el que se expone tutelar sus derechos fundamentales, pues la legitimación activa amplia de la que parte el recurso de amparo (artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) permite declarar la lesión del derecho en cuestión si ella se constata durante su trámite, con independencia del nexo que pueda existir entre quien formula el recurso y el perjudicado.

III.-Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) el 5 de mayo de 2003 funcionarios del Registro de la Propiedad Industrial se presentaron en las instalaciones del Hotel Villa Lapas, entregaron una notificación y clausuraron y sellaron el sistema conocido como de “canopy” que funcionaba en ese lugar (escrito de interposición a f. 1, informe a f. 16, f. 30 a 34);

b) el 2 de diciembre de 2003 la entonces Directora del Registro de la Propiedad Industrial, funcionarios del Registro y guardas civiles se presentaron en las instalaciones del Hotel Villa Lapas y destruyeron el sistema de “canopy”, según lo dispuso la primera en resolución de las 8:30 horas del 24 de noviembre de 2003 (escrito de f. 72, informe de f. 81, f.114).

IV.-Hechos no probados. Ninguno de importancia para el dictado de esta sentencia.

V.-Sobre el fondo. En el recurso se impugna la medida cautelar adoptada por la Dirección del Registro de Propiedad Intelectual, en contra de la empresa del recurrente, que consistió en la orden de cierre de su actividad de canopy y el decomiso de los objetos utilizados al efecto, todo ello a solicitud de Darren Hreniuk, titular de la patente del sistema de transporte forestal elevado con

propulsión de la gravedad utilizando arnés y poleas por una línea horizontal, quien considera que le corresponde el derecho de explotar en forma exclusiva la invención y conceder licencias a terceros para su explotación.

VI.-Si bien la procedencia del dictado de las medidas cautelares objetadas, a primera vista, se presenta como un problema de aplicación pura de las leyes sobre la materia, lo cual no sería tutelable en esta vía, sobrepasa, sin embargo, el nivel de la mera legalidad, para constituirse claramente en un asunto de derechos fundamentales, como se verá, porque se trata de un amparo de los previstos en el párrafo tercero del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual:

“El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas”, procedencia que ha de estar necesariamente vinculada a la violación de derechos fundamentales por esas actuaciones fundadas en las normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

VII.-La Dirección del Registro de Propiedad Industrial pretende justificar que sus actuaciones han sido en estricta aplicación de lo dispuesto por la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual No. 8039 de 5 de octubre del 2000, ley de indiscutible importancia, dado que desarrolla garantías de protección del derecho de propiedad intelectual, reconocido en la Constitución y en instrumentos internacionales. Sin embargo, la violación flagrante y elemental, por parte de la Directora, a las exigencias constitucionales del debido proceso y a las previstas por esa Ley es manifiesta. Porque la Ley No. 8039 establece un régimen de medidas cautelares sumamente cuidadoso de las exigencias derivadas del derecho a un debido proceso. Entiende la Directora recurrida que la Ley le brinda una autorización en blanco para dictar cualquier clase de medidas cautelares, sin participación de los interesados, cuando de su texto literal se desprende lo contrario. Así, sobre la materia, la Ley dispone:

“ARTÍCULO 3.-

Adopción de medidas cautelares.

Antes de iniciar un proceso por infracción de un derecho de propiedad intelectual, durante su transcurso, o en la fase de ejecución, la autoridad judicial competente, el Registro de la Propiedad Industrial o el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, según corresponda, adoptará las medidas cautelares adecuadas y suficientes para evitarle una lesión grave y de difícil reparación al titular del derecho y garantizar, provisionalmente, la efectividad del acto final o de la sentencia(...)” (subrayado no es del original)

Es decir, que las medidas cautelares deben ser, en primer lugar, adecuadas y suficientes para evitar una lesión grave y de difícil reparación al titular del derecho: en el presente caso, la lesión al titular es meramente patrimonial: en el caso de que se constate el uso ilícito del presunto invento, cabrá el pago de una indemnización, que el transcurso del tiempo no hace sino acrecentar, pero no se encuentra una lesión grave y de difícil reparación al presunto titular del invento. Además, para garantizar provisionalmente la efectividad del acto final no es necesario despojar al presunto infractor de los instrumentos con que realiza su actividad ni cesarla del todo, porque de esta

manera, con la medida cautelar se está otorgando, interlocutoriamente, lo que se discute en el procedimiento por el fondo, cuando está de por medio la discusión de si, en efecto, lo inventado y protegido por el derecho de propiedad intelectual coincide con la actividad y los materiales equipos utilizados por el recurrente. El artículo 4º de la Ley se refiere al principio de proporcionalidad, así:

“ARTÍCULO 4.-

Proporcionalidad de la medida.

Toda decisión que resuelva la solicitud de adopción de medidas cautelares, deberá considerar tanto los intereses de terceros como la proporcionalidad entre los efectos de la medida y los daños y perjuicios que ella puede provocar.” (subrayado no es del original)

A juicio del Tribunal, disponer el cese y el decomiso de los instrumentos para la actividad del canopy al recurrente, constituye una medida desproporcionada, en el tanto que los daños y perjuicios que implican para el recurrente son severamente mayores que los presuntamente producidos al solicitante de las medidas, señor Henriuk. Téngase en cuenta que el cierre de la actividad incluso perjudica al este último, dado que las empresas quedan sin posibilidades financieras de afrontar las eventuales indemnizaciones que pudieran disponerse a su favor. Pero es que, además, la Ley prevé unas medidas cautelares que incluyen el cese de los actos que infringen el derecho, embargo de mercancías falsificadas o ilegales, suspensión del despacho de materiales y mercancías falsificadas o ilegales o la caución, por el presunto infractor, de fianzas u otras garantías (art. 5º). De acuerdo con las disposiciones anteriores, las autoridades competentes, al disponer medidas cautelares, deben atender a los principios señalados y disponer aquello que produzca la menor lesión posible, dentro de las medidas que quepa adoptar. Pero en los actos aquí reclamados, acaso la lesión mayor del derecho fundamental al debido proceso se produce con la interpretación de los artículos 6º y 7º de la Ley, por los cuales la recurrida se consideró facultada para ordenar las medidas cautelares sin previa audiencia. Porque la regla general, de acuerdo con las exigencias constitucionales del debido proceso y, concretamente, del derecho de audiencia es, naturalmente, la del artículo 6º de la Ley que dice:

“ARTÍCULO 6.-

Procedimiento.

La autoridad judicial, el Registro de la Propiedad Industrial o el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, dentro de las cuarenta y ocho horas después de presentada la solicitud de medida cautelar, deberá conceder audiencia a las partes para que, dentro del plazo de tres días hábiles, se manifiesten sobre la solicitud. Luego de transcurrido este plazo, el Registro de la Propiedad Industrial, el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos o el tribunal competente procederá, con contestación o sin ella, a resolver dentro de tres días lo procedente sobre la medida cautelar. La resolución tomada por el Registro de la Propiedad Industrial, el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos o la autoridad judicial, deberá ejecutarse inmediatamente. El recurso de apelación no suspende los efectos de la ejecución de la medida.” (énfasis agregado).

El mismo artículo 6° permite la excepción al derecho de audiencia, solamente para los casos en que la audiencia pueda hacer nugatorios los efectos de la medida, así:

“En los casos en que la audiencia a las partes pueda hacer nugatorios los efectos de la medida, la autoridad judicial, el Registro de Derechos de Autor y Derechos Conexos o el Registro de la Propiedad Industrial, deberá resolver la procedencia de la solicitud de la medida cautelar en el plazo de cuarenta y ocho horas después de presentada”. (énfasis agregado).

Pero lo que no es conforme con el debido proceso es aplicar la excepción, cuando lo que procede es la regla general y , además, hacerlo sin la fundamentación debida; porque en la resolución que ordena las medidas cautelares no hay fundamentación alguna en cuanto a las razones para omitir la audiencia; ni siquiera hay apariencia para este Tribunal de que la audiencia hiciera nugatorios los efectos de la medida.

“ARTÍCULO 7.-

Medida cautelar sin participación del supuesto infractor.

Cuando se ejecute una medida cautelar sin haber oído previamente a la otra parte, el Registro de la Propiedad Industrial, el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos o la autoridad judicial competente la notificará a la parte afectada, dentro de los tres días hábiles después de la ejecución. La parte afectada podrá recurrir la medida ejecutada.”

VIII.-En síntesis, según los informes de la recurrida y la prueba que obra en el expediente, se acredita que la Dirección del Registro dictó las medidas cautelares –cierre y decomiso– sin dar audiencia al amparado, y que las correspondientes resoluciones se le notificaron concomitantemente con su ejecución, con lo que se violó el derecho fundamental al debido proceso, por una excesiva y abusiva interpretación de las potestades conferidas al ese órgano por la Ley No. 8039. Por otra parte, el Registro dictó las medidas cautelares el 5 de mayo de 2003, cuando se encontraban impugnadas las normas que lo autorizaban para hacerlo (los edictos fueron publicados el 27, 28 y 29 de noviembre de 2002), lo cual, también viola el derecho fundamental al debido proceso ya que, como consecuencia de ese derecho fundamental y de la supremacía de la Constitución, no es posible aplicar las normas impugnadas en acciones de inconstitucionalidad, una vez que se han publicado los edictos respectivos, en contravención con los artículos 81 y 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como en el presente caso, en que las normas impugnadas atañen al mismo trámite de las medidas cautelares y a la competencia del órgano.

IX.-Por todo lo anterior, procede declarar con lugar el amparo y, en consecuencia, dejar sin efecto las medidas cautelares dictadas en contra del amparado Jaime Pacheco Lutz, y condenar al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados.

X.-Sobre la acusada desobediencia de la orden contenida en el auto de las 17:21 horas del 12 de mayo de 2003. En el auto en que se dio curso a este amparo expresamente se ordenó “a la Directora del Registro Público de la Propiedad Industrial recurrida, no ejecutar en perjuicio de la empresa amparada la resolución por medio de la cual se ordena “el cierre de los establecimientos y decomiso de implementos y equipos en todos aquellos establecimientos que según el señor



Hreniuk utilizan patente sin su autorización” para la explotación de la actividad de canopy, lo que implica que no debe ejecutar ningún acto en contra del recurrente ni de la amparada, tendente a hacer cumplir dicha resolución, hasta tanto la Sala no resuelva en sentencia el recurso, o no disponga otra cosa.”, resolución que le fuera notificada a la accionada el 16 de mayo de 2003 (f. 13 a 15), sin embargo, aduciendo que ya se había dictado sentencia en una acción de inconstitucionalidad relacionada con el tema (expediente 02-005500-0007-CO) el 2 de diciembre de 2003 se desmontó y dejó inutilizable el sistema de canopy del Hotel de la amparada. No entiende la Sala como puede, de buena fe, extraerse la consecuencia de que el dictado de la sentencia en la acción de inconstitucionalidad podía dejar sin efecto la orden clara y expresa de este proceso. En consecuencia, debe ordenarse testimoniar piezas al Ministerio Público con el fin de que investigue el posible incumplimiento de la resolución dicha por parte de la Directora del Registro de la Propiedad Industrial.

XI.-Sobre la responsabilidad personal de la accionada. De conformidad con el artículo 51 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en sentencia estimatoria de amparo, además de condenar al órgano o ente del cual dependa el demandado, puede condenarse en lo personal al funcionario autor del agravio, cuando la Sala estime que medió dolo o culpa grave de su parte, según los parámetros que fija el artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública. Esta última norma señala:

“1. Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.

2. Estará comprendido en tales casos el funcionario que emitiere actos manifiestamente ilegales, y el que los obedeciere de conformidad con esta ley.

3. Habrá ilegalidad manifiesta, entre otros casos, cuando la Administración se aparte de dictámenes u opiniones consultivos que pongan en evidencia la ilegalidad, si posteriormente se llegare a declarar la invalidez del acto por las razones invocadas por el dictamen.

4. La calificación de la conducta del servidor para los efectos de este artículo se hará sin perjuicio de la solidaridad de responsabilidades con la Administración frente al ofendido.”

Con base en las normas citadas existe culpa grave cuando el funcionario actúe de forma manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico. Como ya se indicó, la Sala reprocha a la entonces Directora del Registro de la Propiedad Industrial el incurrir en dos actos evidentemente contrarios a derecho: la aplicación –sin dar mayores razones– como regla de la excepción del artículo 6° de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual No. 8039 de 5 de octubre del 2000 y la ejecución del acto impugnado en el amparo, pese a haberse dispuesto expresamente que ella no podía llevarse a cabo. Estos actos conminan a la Sala a declarar la responsabilidad personal de la accionada Lilliana Alfaro Rojas por los hechos y actos aquí examinados, habiéndosele conferido de previo expresa audiencia en ese sentido (f. 131), por



lo que se le condena solidariamente con el Estado por la infracción de los derechos fundamentales del recurrente.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso y, en consecuencia, se dejan sin efecto las medidas cautelares dictadas en contra del Hotel Villa Lapas. Se condena al Estado y a Lilliana Alfaro Rojas al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados por los hechos que han dado lugar a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Se ordena testimoniar piezas al Ministerio Público para que investigue el incumplimiento de lo ordenado por la Sala en la resolución de las 17:21 horas del 12 de mayo de 2003 por parte de Lilliana Alfaro Rojas (artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

b) Criterio de la Procuraduría respecto a la responsabilidad de la Administración

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁵

Dictamen: C-052-1999

San José, 16 de marzo de 1999

Señor

Dr. Esteban R. Brenes

Ministro

Ministerio de Ciencia y Tecnología

Presente

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero a su oficio DM-294-98 de 4 de diciembre de 1998, y doy respuesta a su consulta en los siguientes términos:

Solicita usted nuestro criterio en punto a los alcances de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios por posibles fallos en la prestación de los servicios que brinda el Estado, como consecuencia del problema denominado "Crisis Informática del año 2000".

1. Origen del problema

La llamada "crisis informática del año 2000" encuentra su origen en los inicios mismos de la informática moderna. En efecto, durante las décadas de los años cincuenta y sesenta, el elevado costo de los recursos computacionales motivó que los ingenieros y desarrolladores adoptaran diversas decisiones orientadas a obtener un máximo aprovechamiento de esas onerosas herramientas. Estos acuerdos repercutieron tanto sobre los elementos físicos de los equipos (esto es, el hardware, incluyendo el almacenamiento en memoria principal y secundaria, así como en las tarjetas perforadas que eran entonces el principal mecanismo para el ingreso de datos a los sistemas de cómputo) como sobre los lógicos (el software, particularmente en cuanto al desarrollo del lenguaje de programación COBOL, de uso generalizado hasta hace relativamente poco tiempo).

Entre las medidas comentadas estuvo la convención de suprimir los dígitos representativos del siglo de aquellas cantidades que representarían el año en los diversos cálculos relacionados con fechas (cómputo de intereses, planillas salariales, beneficios de la seguridad social, etc.). De este modo, un dato como "1970" se representaba simplemente como "70"; "1975" como "75", y así sucesivamente.

Si bien se ha dicho que las implicaciones futuras de esta decisión eran conocidas al menos desde principios de los años setenta, no fue sino hasta inicios de la década actual que se comenzaron a notar sus efectos y las discusiones en torno al problema se hicieron públicas. En efecto, se advirtió entonces que la política de suprimir los dos primeros dígitos de los años traería consecuencias negativas -posiblemente de grave trascendencia económica y social- al arribar el año 2000. A partir del primero de enero de ese año (aunque en la práctica, desde mucho antes incluso, al realizarse un procesamiento que genere o involucre fechas posteriores al año en curso), las computadoras que no hayan sido construidas o modificadas previniendo el problema podrían sufrir desajustes que irían desde producir datos erróneos hasta no funcionar del todo. Esto por cuanto, dependiendo de circunstancias particulares de cada equipo, los cálculos podrían presentar errores que van desde unas décadas hasta todo un siglo.

Este panorama, complejo de por sí, se agrava por el hecho de que el defecto se habría visto arrastrado a diversas otras clases de equipos y maquinarias que incorporan microprocesadores internos. Este hecho es de gran preocupación en aquellos sistemas que llevan un control de su propio mantenimiento periódico y que, como resultado de interpretar erróneamente la fecha, podrían activar procedimientos de seguridad que los hagan dejar de operar. En la medida en que esto pueda afectar dispositivos críticos -en los servicios públicos, entidades hospitalarias, etc.- las consecuencias evidentemente podrían ser muy graves.

Antecedente administrativo sobre el tema de responsabilidad

Sobre el tema de la responsabilidad del Estado esta Procuraduría ya ha tenido oportunidad de pronunciarse. Se considera que, por tener un desarrollo adecuado del tema y a manera introductoria, es conveniente transcribir parcialmente el pronunciamiento C-175-97 de 18 de setiembre de 1997.

"II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. De previo a cualquier análisis que pueda hacerse sobre el tema de la consulta, parece oportuno hacer algunas consideraciones introductorias acerca del contenido y evolución del concepto de la responsabilidad de la Administración. Ello permitirá, en específico,



encuadrar nuestro Ordenamiento Jurídico dentro de lo que la doctrina conoce como un régimen de responsabilidad objetiva, aspecto de suma importancia a la hora de analizar las interrogantes que se han definido líneas atrás.

Para los efectos indicados, conviene iniciar este aparte con una distinción general en cuanto al concepto mismo de responsabilidad civil, la cual se entiende como la obligación de reparar un daño ajeno, a cargo de quien lo causó, o de otro sujeto que se relaciona con el causante, y que jurídicamente puede ser obligado a reparar ese daño. De conformidad con lo anterior, los elementos de esta noción de responsabilidad serían: a. un acreedor -que es la víctima- y un deudor -autor del daño- y ocasionalmente un tercero que se conoce como el responsable. b. el objeto, sea la prestación que se demanda del autor -normalmente constitutiva de dinero-c. la causa, sea el acto jurídico o comportamiento que generó el daño.

d. la imputabilidad de la causa al autor y, eventualmente, al responsable. En derecho privado, el principio viene establecido por la disposición del artículo 1045 del Código Civil, que recoge la formulación positiva de la responsabilidad civil extracontractual: "... aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".

Nótese que lo fundamental está en una consideración subjetiva -dolo o culpa- de la forma en que actúa el causante del daño. Más adelante, el artículo 1048 establece una causal de responsabilidad que incluye no sólo al autor, sino que también a un tercero -responsable- al indicar que quien encarga a un persona el cumplimiento de uno o varios actos está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución de lo encomendado en los límites de la diligencia de un buen padre de familia. Si no lo hace así, se convierte en responsable solidario de los perjuicios causados por el dolo o por la culpa de quien fue escogido para realizar tales tareas. En estos casos, se evidencia que el objeto de la pretensión de indemnización se satisface en tanto se logre acreditar la conducta del autor del agravio y, dependiendo de las circunstancias, obtener de él o del responsable la reparación del daño. Este esquema jurídico de responsabilidad ha sido de pacífica aplicación en el ámbito de las relaciones que se establecen entre sujetos privados. Sin embargo, el Derecho Administrativo también ha necesitado de desarrollar su propia versión del instituto indemnizatorio, ante la palmaria constatación de que también la Administración puede causar daños sobre el patrimonio y/o la persona del administrado. Para efectos estrictamente aclaratorios, y sin ánimo de pretender ser exhaustivos sobre el tema, a continuación se presentan los hechos más significativos en la evolución de este instituto jurídico. Con la Revolución Francesa nace el Derecho Administrativo. A su vez, se consagran derechos fundamentales del individuo, entre ellos la propiedad y la igualdad ante la ley. Sin embargo, con el paso de un sistema monárquico a uno republicano -basado en que la soberanía reside en el pueblo y este la traslada al Gobierno- todos los poderes con que contaba aquel le fueron conferidos a éste para preservar los logros de la Revolución. De lo anterior, y con excepción de la expropiación que afectaba un derecho fundamental así reconocido por la burguesía triunfante de la Revolución, el Ejecutivo fue igualmente irresponsable de sus actuaciones. El Monarca lo era porque su condición de tal se hacía descansar en un poder divino, de donde no existía posibilidad de cometer errores. Luego, al pasar la soberanía al pueblo y de este por contrato al Gobierno, no perdía su condición de infalible, sólo que ahora en cabeza de otro titular de su ejercicio. Soberanía, en este contexto, se entendía como poder absoluto, acuerdo de voluntades en beneficio de un ente superior que la administraba. La segunda etapa de la evolución viene a ser aquella en que se reconoce una responsabilidad del funcionario por sus actuaciones dañosas, y eventualmente se recurría a la figura del FISCO (patrimonio privado de la Administración por sus actos de gestión) para ayudar en el pago de la indemnización. Luego, entra en escena el papel del Consejo de Estado. De ser primero un órgano encargado de rendir un dictamen al monarca para establecer si un funcionario podría ser llevado a juicio, pasó a ser el órgano que por sí mismo decidía sobre la pretensión de indemnización ante la



comisión de un daño sobre el particular. Con el Arret Blanco lo que se concluye es que el Código Civil no es aplicable a casos de daños producidos por el funcionamiento de los servicios públicos, porque esos servicios estaban regidos por reglas distintas y especiales, de tal suerte que la responsabilidad que generaran igualmente debería ser estudiada bajo reglas especiales. La evolución de las conclusiones a que se llegó en el Arret Blanco significó que la responsabilidad se circunscribiera a aquellas actividades que no ocasionaban o significaran un perjuicio a materias que encuadraban en la noción de interés público, pues siendo este un "derecho" del Estado prevalecía sobre el del individuo. Tal el caso del poder de policía, que por significar una preservación del orden público, no generaba responsabilidad alguna a pesar de que, en su ejercicio, se produjeran daños. Sin embargo, conforme evoluciona y se incrementa la injerencia del Estado en la sociedad, y a la vez la lucha por el respeto a los derechos de propiedad y comercio se hace más patente, se busca la forma en que la Administración ceda su inmunidad cuando perjudica esos derechos, pues de lo contrario, la lesión causada en perjuicio de uno de los administrados violenta el principio de igualdad que también era considerado fundamental. Por ende, se llega a la etapa de distinción entre falta personal y falta de servicio. La falta de servicio existe cuando en el cumplimiento de la función administrativa se ha causado un daño, sea por error, negligencia u omisión, aunque no haya sido la voluntad expresa del funcionario.

En este caso, la Administración responde. La falta personal consistiría en aquellos casos en que el funcionario ha sido quien se extralimita en el cumplimiento de sus funciones, con intención evidente de dañar. Aquí la responsabilidad es solo del funcionario. Sin embargo, la justicia imponía que si la falta personal había sido cometida aprovechándose de los medios que se le facilitaban al funcionario y este no podía responder completamente por la indemnización, se impusiera una responsabilidad compartida con la Administración. Después de la primera guerra mundial, quedó claro que el Estado no sólo conservaba un orden interno en cuanto a seguridad y reconocimiento de derechos fundamentales, sino que se inmiscuía cada vez más en la regulación de todas las manifestaciones de la vida en sociedad.

Principalmente, con la intervención en la economía quedó claro que al Estado, como tal, influía en las relaciones privadas (control de precios, suministros, formación de empresas). Este fenómeno se hizo más palpable después de la segunda guerra mundial, donde el Estado asumió un papel empresarial activo y de prestador de una amplia gama de servicios, con evidentes potestades públicas sobre el manejo total de la economía. Los servicios son vitales y también fuente de accidentes y daños. El Estado no sólo proporciona seguridad, infraestructura y control de la moneda, sino que, además, programa, controla y dirige las líneas generales de toda la actividad social. En tales circunstancias, es claro que la posibilidad de producir daños son enormes, lo cual provocó que tuviera que modificarse el criterio de buscar la culpa del funcionario para establecer la responsabilidad; a una constatación del daño producido como fundamento del instituto. De hecho, aquí, se encuentra el abandono de la teoría de la culpa y se pasa decididamente a la teoría objetiva de la responsabilidad. La recepción en nuestro sistema jurídico de la teoría objetiva de la responsabilidad objetiva encuentra su génesis en época reciente.

No es, sin embargo, un aspecto que estuviera ajeno a la preocupación de la Constituyente de 1949, pues se encuentran varias disposiciones que perfilaban este régimen jurídico. A tal efecto, existen al menos dos normas en la Constitución Política que sientan el principio de la Responsabilidad del Estado: en primer lugar, el artículo 9 establece que el Gobierno de la República es popular, alternativo, representativo y responsable. Aunque ejercido por tres poderes, de principio se regula fundamentalmente la responsabilidad derivada de la actividad desplegada por la Administración (concepto de Administración en sentido amplio, relación del artículo 1º de la Ley General de la Administración Pública con relación al artículo 1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Por su parte, el artículo 41 garantiza el acceso a los tribunales de



justicia para que se reparen las lesiones a los derechos patrimoniales, personales o morales de los individuos, y específicamente, en el caso de la Administración, el artículo 49 regula la jurisdicción contencioso administrativa para que conozca de las pretensiones que versen sobre la legalidad de la actuación administrativa del Estado, sus instituciones y otras entidades de derecho público, haciendo hincapié en que se tutelan los derechos subjetivos de los administrados. Una interpretación armónica de ambos textos, amén de lo que disponen el artículo 2 inciso b) y 23 de la Ley Reguladora ya citada, nos permite concluir que corresponderá a esta jurisdicción el establecimiento de las eventuales indemnizaciones que surjan como consecuencia del actuar lesivo de la Administración. Luego, con la promulgación de la Ley General de la Administración Pública, se vino a llenar un vacío jurídico que existía en cuanto al título legal a través del cual se podía exigir la responsabilidad del Estado en sede jurisdiccional. Con anterioridad a esa fecha, la utilización de los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual (artículos 1045 y 1048 del Código Civil) servían para tal fin, aunque de un modo incompleto y de difícil acreditación. El régimen de la Responsabilidad de la Administración está regulado en el Título Séptimo del Libro Primero de la LGAP. La formulación del principio es clara en introducir el concepto de la responsabilidad objetiva del Estado: es decir, aquella que no toma en cuenta el examen de la actuación del funcionario en cuanto a los extremos de su culpabilidad para hacer descansar la responsabilidad en la mera constatación del daño y que el mismo se haya producido por la actividad de la Administración. Como indica la doctrina: "basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño y prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originador del daño." En este sentido, es claro que el artículo 190 sigue esta línea al indicar que: "La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero." Como lo ha indicado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Voto N° 112 de 14:25 del 25 de noviembre de 1994): (...) Los conceptos fundamentales en los cuales se asienta la teoría de la responsabilidad objetiva de la Administración serán los siguientes:

En primer término, tenemos el concepto de lesión resarcible o daño. Si se deja de tomar en cuenta la determinación de la específica conducta del servidor para establecer la posible ilicitud de ella, es claro que el elemento que servirá de guía para este principio lo es la garantía de los patrimonios de los particulares, que han sido afectados por la actuación administrativa. La lesión o daño que sirve de fundamento al instituto indemnizatorio ha de ser, antijurídico, es decir, que su titular no tenga el deber objetivo de soportarlo, o sea que no existan causas de justificación que legitimen la producción del perjuicio en la esfera patrimonial del administrado. Causas de justificación que, por demás esta decirlo, deberán estar recogidas en el propio ordenamiento jurídico, de tal suerte que su aplicación sea una consecuencia típica de ese conjunto normativo (v.g., cobro de impuestos, preservación de la moral y las buenas costumbres, artículo 195 de la Ley General). Además, ese daño deberá presentar las características de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizable. De tal suerte que, por efectivo, entendamos un daño que sea cierto, lo que implica que puede ser actual o futuro (si ello es constatable a través de las reglas de la ciencia o de la técnica, o de los principios elementales de la justicia, lógica o conveniencia -artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública-) y no uno que sea eventual o simplemente posible; mientras que su tasación en términos monetarios permita, de algún modo, fijar con la mayor equidad el monto a que se sujeta el resarcimiento. Esto último es especialmente relevante en tratándose de daño moral, como veremos más adelante. En lo que se refiere al concepto de individualizable, se trata de indicar que ha de tratarse de un daño concreto, que tenga relación directa con el patrimonio del reclamante y que exceda, además, de los que pueden considerarse cargas comunes de la vida social. De tal suerte que pueda ser una única persona o bien un grupo de ellas que, sin



embargo, no alcanza la generalidad de los habitantes o de amplios sectores de la población. Se trata de que todos estén en una condición jurídica que torne en lesivo del Ordenamiento la afectación de sus esferas patrimoniales. Sobre estos requisitos del daño para su posible indemnización, la Sala 1º de Casación ha precisado en sentencia N° 14 de 16 horas del 2 de marzo de 1993:

"El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesitura, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador.

En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo.(...) El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado, en tanto el perjuicio está conformado por la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir (lucro cesante), la cual era razonable y probablemente esperable si no se hubiese producido el hecho ilícito. (...) No cualquier daño da pie a la obligación de resarcir: Para tal efecto, han de confluir, básicamente, las siguientes características para ser un daño indemnizable: A) debe ser cierto, real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturables. El daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; asimismo, no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio, pues el primero está referido a aquel que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generador del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, ello constituye un extremo de incumbencia subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de una excesiva susceptibilidad.

B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. Así puede haber un damnificado directo y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso, y el segundo serán los sucesores de la víctima. C). Deberá ser causado por un tercero, y subsistente, esto es, sí ha sido reparado por el responsable o un tercero resulta insubsistente. D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño."

En cuanto al elemento causante del daño, sea la Administración, ha de tenerse en cuenta algunas precisiones importantes. La posibilidad de imputar la obligación de resarcir por parte de la Administración un resultado dañoso ha de tener en cuenta los siguientes requisitos: * que los sujetos administrativos se encuentren respecto de la producción del daño en una situación propia del Derecho Administrativo. * la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño es suficiente para justificar la imputación del mismo a la Administración, ya sea por la intervención de uno de sus funcionarios como por la mera actividad que está llamada a desarrollar el órgano o institución. * si lo que se pretende demostrar es que lo actuado por el funcionario fue el motivo del daño, bastará acreditar la integración del agente en la organización administrativa. De tal suerte que en este caso, solo la existencia de actos realizados por un tercero, completamente desvinculados de cualquier relación con la Administración, inhiban la responsabilidad de la Administración.



Asimismo, se entiende que si la actividad dañosa es realizada por el funcionario o agente absolutamente al margen de las funciones del cargo, queda excluida la imputación de la misma a la Administración. Sin embargo, no se excluye el deber de indemnizar cuando el agente realice actos u actuaciones que perjudiquen directa e injustificadamente a terceros, siempre que esas actuaciones se hayan dado a consecuencia -condición sine qua non- del cargo que ostenta dentro de la organización administrativa. * el funcionamiento anormal que predica la ley ha de tenerse relacionado con un mal funcionamiento del servicio, así como cuando no haya habido ejercicio alguno del mismo o si lo ha hecho defectuosamente. En el fondo, es un concepto jurídico indeterminado que precisa de concreción por la jurisprudencia, atendiendo a la realidad de las circunstancias. * la fuerza mayor es causal de inimputabilidad del daño a la Administración: se entiende por este aquella consecuencia que no era previsible dentro de las actividades normales desarrolladas por el agente o la organización; siendo por ende anormal a las previsiones posibles y que, además, resulta en todo caso irresistible. En otras palabras: "Fuerza mayor significa aquí hecho imprevisible, o irresistible, totalmente externo a la cosa o la empresa del responsable, ajena a los riesgos normales creados por la empresa dentro de los cuales éstas, por su propio giro, se desenvuelven." (ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Expropiación y Responsabilidad Públicas, San José, Editorial LIL, 1995, p. 123)

En lo que toca a la relación de causalidad se dice que la existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquella el deber de resarcir dicho daño. A pesar de que pueda parecer obvio la relación entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso, en la práctica han de tenerse en cuenta algunas causas que rompen ese nexo de causalidad, sea aquellos hechos que hayan tenido la virtud de suprimir el vínculo entre uno y otro. El primero de ellos, para los efectos que nos interesan, lo es precisamente la fuerza mayor cuyo contenido fue descrito líneas atrás. Los otros dos son la falta de la víctima y el hecho de un tercero, situaciones que permiten eliminar la posibilidad de que la actuación de la administración haya sido la causa exclusiva y directa del daño ocasionado. De tal suerte que la falta de la víctima deba ser analizada en función de la medida en que concurrió, conjunta o primordialmente, en la producción del daño, y en caso de no que no exista claridad sobre el punto, determinar la concurrencia proporcional de cada una de ellas para efectos de la indemnización. En cuanto al hecho de un tercero se entiende en tanto éste no tenga ningún vínculo de subordinación con respecto a la Administración y su accionar haya sido de tal magnitud de inhiba cualquier consideración en contra de la Administración, o la restrinja..

III. EN ESPECIFICO, SOBRE EL DAÑO Y EL DERECHO A OBTENER INDEMNIZACION. La regulación contenida en la Ley General de la Administración atinente a los supuestos en que cabe indemnización del daño distingue dos vertientes principales: En primer término, la actividad ilícita o anormal de la Administración (artículos 190, 191 y 192) supone una transgresión del Ordenamiento Jurídico, lo cual a su vez genera que el reclamo por la lesión sufrida comprenda no sólo el daño como tal, sino que, además, el perjuicio correspondiente (en relación con el artículo 10.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción). Generalmente, se relaciona la ilicitud en referencia al incumplimiento de normas del Ordenamiento Jurídico aplicables a la Administración, mientras que la anormalidad se predica de un examen atinente a la actividad material o de prestación de servicios de aquella. En segundo término, la responsabilidad por conducta lícita y funcionamiento normal supone una específica valoración de la lesión que causa el actuar de la Administración. En este supuesto, el daño es calificado de "especial", ya sea por la "pequeña proporción de afectados" o bien "por la intensidad excepcional de la lesión." (artículo 194 de la Ley General). Deberá entenderse, por contradicción con la anterior definición de anormalidad, que en este caso el ajuste que haya hecho el agente causante a los parámetros de buen funcionamiento y cumplimiento de



las disposiciones normativas y de otra índole que incidan en su conducta no han logrado impedir que el daño se consuma y, además, que tal daño es tan ajeno a la generalidad de resultados que obliga a la indemnización del mismo. El fundamento de esta figura fue explicado en la Asamblea Legislativa por el Doctor Ortiz Ortiz en los siguientes términos:

"Esto obedece al principio que explicábamos ayer de la llamada indemnización de derecho público, por acto lícito o por funcionamiento normal de la Administración. Pero se establece aquí claramente en qué condiciones se va a admitir esa indemnización, únicamente cuando los afectados por el funcionamiento normal o el acto lícito sean muy pocos o la lesión que haya inferido sea excepcionalmente grave.

Extraordinaria o anormal en relación con los miembros del resto de la colectividad. (...) Nosotros decimos que cuando se trata de muy poco, o de un agravio o daño muy intenso, procederá a aplicar esa indemnización. Tenemos que reconocer que esto tiene cierto margen de indeterminación. ¿Cuántos son pocos y cuántos son muchos? Es algo que dará fundamentalmente a la apreciación judicial. Cuando será muy intensa la lesión inferida o extraordinaria o anormal es algo que quedará a la apreciación del juez. Pero en realidad es un riesgo, y consideramos, que todas las leyes lo corren. El segundo párrafo, simplemente afirma lo siguiente, cuando la doctrina de este tipo de responsabilidad sostiene el siguiente principio: Cuando se daña por acto lícito o funcionamiento normal un bien del administrado, la Administración debe restituir al dueño al estado anterior en relación con ese bien, no al estado patrimonial que hubiera tenido si el bien no hubiera sufrido el daño, porque se considera que se trata de una responsabilidad que es una sanción, un acto ilícito, sino de un acto de justicia para reparar a un ciudadano el sacrificio que hizo en beneficio de la colectividad. Entonces con el mismo espíritu de solidaridad se le impone al ciudadano una pérdida de sus perjuicios aunque sea limitada, en el sentido de que el lucro cesante no lo puede cobrar. La doctrina suele formular esta regla diciendo: se indemniza el daño al bien lesionado, no se indemniza el daño causado al dueño. Puede ser que el daño al bien lesionado sea menor que el causado al dueño. Cuando el dueño a consecuencia de la lesión ha dejado de percibir ciertas ganancias. En ese caso, no se indemniza. (...) En estos casos, el Estado actúa en un acto de solidaridad social y de justicia con el particular..."(QUIROS CORONADO, Roberto, Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional, San José, Aselex S.A., 1996, p. 295)

Aplicable a ambos supuestos, los artículos 196, 197 y 198 de la Ley General recogen principios generales que deben ser de aplicación al examen de la responsabilidad estatal. El primero de ellos tiene relación con los requisitos que ha de manifestar el daño para su eventual indemnización, aspectos que fueron analizados supra -v.g. efectividad, evaluabilidad económica, individualizable-.

Por su parte, el numeral 197 establece la posibilidad de que se reconozca indemnización por afectación de bienes morales. Esta mención expresa, que luego será analizada con más detalle, nos permite afirmar que existe una independencia de estos bienes con respecto a aquellos denominados materiales, de lo cual puede derivarse que existan supuestos en que se solicite indemnización por daño moral, sea por conducta lícita o ilícita, o funcionamiento normal o anormal, sin que, para su eventual reconocimiento, deba probarse concomitantemente un daño material. Por último, el artículo 198 establece el plazo de prescripción para que se requiera de la Administración el reconocimiento de los daños que se sostiene haber sufrido por la actividad material o jurídica de ésta."



Generalidades sobre la responsabilidad del Estado

En la presente consulta interesa destacar algunos aspectos que ya han sido tratados en el pronunciamiento anteriormente transcrito en lo conducente, y otros de relevancia para estos efectos. La evolución de la responsabilidad de la Administración se ha resumido, en las resoluciones de la Sala Primera, de la siguiente forma:

"En lo tocante a la responsabilidad de la administración, punto sobre el cual versan los agravios de la representante del Estado, conviene recordar lo dicho por esta Sala en la sentencia No. 263, de las 15:30 horas del 22 de agosto de 1990, la cual dijo: "Los conceptos de responsabilidad de la Administración Pública y del deber de indemnizar han evolucionado mucho, en el derecho occidental. En la antigüedad no se concebía la responsabilidad estatal proveniente del daño o el perjuicio que la actividad de la Administración o de sus agentes, pudiera producir a los administrados. Más tarde, se admitió, en ciertos casos, la responsabilidad de los funcionarios y se reconocieron algunos derechos al individuo, frente al Estado. Luego aparecieron las teorías de los actos de gestión y actos de autoridad. En los primeros, las actividades caen en la esfera del derecho privado por existir una igualdad de derecho entre las partes; los otros se refieren a las actividades regladas por el derecho público, donde hay una desigualdad de derechos que caen en el dominio de las relaciones de poder, para determinar así que, si el acto perjudicial es un acto de autoridad, entonces el Estado no es responsable, porque las decisiones nacen de su soberanía y no de un derecho de carácter patrimonial. Posteriormente fueron abandonadas estas teorías, para entrarse a analizar la responsabilidad del Estado merced a lo cual se llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede entrañar una responsabilidad estatal; pero ella se subordinó a la existencia de una falta de servicio. Se estableció que existía falta de servicio si al cumplirse la función se causaba un daño. Ello aún cuando el funcionario ejerciera su labor como tal, si al hacerlo, actuó con negligencia, o incurriendo en omisiones, o errores vinculados al servicio, o cuando no se cumplía la función debiendo realizarse, o sea efectuaba en forma tardía. Quedó establecida además, la falta del funcionario o falta personal, que es aquella en que se incurre cuando éste se extralimita en sus atribuciones. Luego se aceptó que ambas faltas podían coexistir, y aunque diferentes, podían concurrir a la producción de un daño si la falta personal estaba ligada a la ejecución de un servicio público. Por último, se arriba a la última etapa de la evolución para reconocer la responsabilidad de la Administración por razón del simple funcionamiento del servicio, sin necesidad de probar la culpa del funcionario encargado de su prestación." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 112 de 14:25 horas del 25 de noviembre de 1994)

La Ley General recoge el desarrollo del régimen de extensión de la responsabilidad del Estado como se comprueba de la redacción del artículo 190, al disponer que la Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, lícito o ilícito, normal o anormal.

En el siguiente párrafo, la Sala Primera precisa la diferencia existente entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva.

"En la responsabilidad civil extracontractual "subjetiva", a diferencia de la objetiva, el daño debe ocasionarse con culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o dolo del agente. La carga de la prueba corresponde entonces al acreedor, es decir, a la víctima que solicita el resarcimiento. (Sentencia No. 34 de las 14 horas 25 minutos del 22 de marzo de 1991). Efectivamente, en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito o dañino. Por otra parte, uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la relación de causalidad directa o eficiente

entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño. Este último es el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual. Su demostración también constituye un requisito sine quo non para declarar procedente la pretensión resarcitoria (sentencia No. 17 de las 15 horas del 29 de enero de 1992). La hipótesis contenida en el artículo 1048 párrafo 3 ibídem es distinta. Se trata de la responsabilidad civil indirecta o por hecho ajeno, en sus dos formas: "in eligendo" e "in vigilando". La ley obliga a quien encarga a otro la realización de determinado trabajo, a elegir a alguien apto y a vigilar la ejecución del encargo.- Si el encargado, en ejecución del encargo y dentro del ámbito de confianza otorgado por el comitente, causa daños a terceros éstos se ven facultados para accionar directamente contra la persona que hizo el encargo. La responsabilidad indirecta la asume el mandante cuando el daño emerja por una acción dolosa o culpable del encargado. Para establecer dicha responsabilidad, se requiere de una acción dolosa o culpable. En la responsabilidad indirecta se presume la culpa en elegir o en vigilar del comitente. La presunción se dirige pues, no a la acción del encargado, sino a la acción del mandante, quien solo podría excusarse de ella si prueba que, aún poniendo toda la previsión en vigilar, el suceso siempre habría ocurrido (Sentencia No. 34 de las 14 horas 25 minutos del 22 de marzo de 1991). En la Ley General de la Administración Pública, se establece la responsabilidad objetiva del Estado y sus instituciones." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 16 horas del 11 de octubre de 1995)

Especificando, además que: "Nuestra Ley General de la Administración Pública N° 6227 de 2 de mayo de 1978, vigente desde el 26 de abril de 1979, conforme lo señala la sentencia de esta Sala N° 81 del año 1984, al resolver la polémica sobre su vigencia, en el Título Séptimo del Libro Primero recogió los principios más modernos, fundados en la doctrina y jurisprudencia más autorizada, sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración, para establecer así la responsabilidad directa del Estado sin necesidad de probar previamente que el daño se produjo por culpa del funcionario o de la Administración, exigiendo para la procedencia de la indemnización que el daño sufrido sea efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo -artículo 196-. Estableció que la Administración sería responsable por todos los daños que causara su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero -artículo 190-; y la obligación de reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aún cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión - artículo 191-. Así se pronunció esta Sala en Sentencia No. 132 de las 15 horas del 14 de agosto de 1991." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 113 de las 16:00 horas del 11 de octubre de 1995)

Por lo tanto, se ha evolucionado de un sistema en el que se obligaba a la víctima a demostrar la culpa o el dolo del agente para poder exigirle responsabilidad al Estado, a otro en el cual ya no es necesaria la identificación del agente causante del daño, sino que lo que debe demostrarse es que el daño es producto de una ilegitimidad, ilicitud, o anormalidad administrativa, o bien de actuaciones legítimas, lícitas y normales; pero en estos últimos supuestos además se deberá demostrar que la lesión es excepcional, ya sea por la pequeña proporción de los afectados o por la intensidad de ésta, casos en los cuales la reparación se reduce a los daños sin incluir los perjuicios(1) (daño especial).

(1) La diferencia entre daños y perjuicios, a nivel jurisprudencial ha sido tratada de la siguiente manera: "El primer motivo del recurso es por haberse resuelto en contra de lo ejecutoriado. Ello no es de recibo por cuanto la Sala Constitucional estableció una condenatoria en abstracto: el pago de daños y perjuicios. Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala tendiente a definir el concepto



de daños y perjuicios. Así, en voto de las 14 horas del 28 de setiembre de 1990, se indicaba que "...con el nombre de "daños y perjuicios" se designa la indemnización pecuniaria que el deudor está obligado a satisfacer al acreedor. El daño es la pérdida sufrida. El perjuicio es la ganancia que deja de producirse..." De igual manera, en el voto de las 14:00 horas del 15 de julio de 1992, se reiteraba tal criterio al exponerse "...El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado (damnum emergens), en tanto el perjuicio está conformado por la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir (lucro cesans)..." No existe contradicción entre una sentencia firme condenatoria de daños y perjuicios, y una dictada en la etapa de ejecución de sentencia que establece importes líquidos por concepto de daño moral y lucro cesante. En el primer caso se está haciendo alusión un tipo de daño, y en el segundo, al perjuicio. Por ello lo resuelto no altera la esencia de lo ejecutoriado, sino, tan solo, se limita a cumplir con el fallo dentro de los límites de la condena (Sentencia N° 87 de las 14 horas 40 minutos del 11 de octubre de 1994). También se objeta del fallo la imposición del pago de intereses sobre los importes fijados, pues ese rubro no fue concedido por la Sala Constitucional. El vicio es inexistente por cuanto la condenatoria al pago de intereses tiene sustento en las normas vigentes al momento de declararse el derecho. En el presente caso los perjuicios quedan concretados en los intereses (en igual sentido se pronunció esta Sala en sentencia No. 288 de las 14 horas del 28 de setiembre de 1990)." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Número 45 de 14:45 horas del 25 de abril de 1995)

Lo anterior facilita al administrado exigirle responsabilidad al Estado porque en muchas ocasiones se dificultaba determinar él o los servidores responsables del daños, y consecuentemente, se imposibilitaba exigirle responsabilidad a la Administración.

Amén de los anterior, conviene tomar en cuenta también los elementos generales que deben estar presentes para que se discuta la existencia de una eventual responsabilidad de la Administración. Estos son(2):

(2) Para el desarrollo de los mismos se remite a lo expuesto en el pronunciamiento supra transcrito.

- * La titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño.
- * La existencia de una lesión o daño resarcible.
- * El daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizable.
- * La relación de causalidad, sea la existencia de causa-efecto entre el hecho que se le imputa a la Administración y el daño producido.
- * La lesión o daño debe ser antijurídico es decir, que el afectado tenga una situación jurídica protegida consecuencia de la cual no tiene que el deber de soportar el daño.

En los supuestos en que se determine la existencia de responsabilidad estatal por conducta ilícita, ilegítima o anormal, el resarcimiento de los daños debe ser plenario, esto es, abarca tanto el daño patrimonial como el moral, así como los perjuicios derivados de éste(3). Por lo tanto, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia española "Sólo son susceptibles de indemnización los daños y perjuicios soportados por el particular propietario de los bienes ocupados o de la privación de sus derechos, en el momento existentes; pero sin que la indemnización pueda convertirse nunca en un motivo de lucro o enriquecimiento injusto para el propietario de los bienes o titular de los derechos; por lo que normalmente ha de limitarse al denominado 'daño emergente' -el cual genera derecho a



la indemnización en todo caso-, y sólo habrá de tenerse en cuenta el denominado 'lucro cesante' en los

casos en que su producción sea jurídicamente posible por el cumplimiento de los requisitos y circunstancias necesarios, de las que haya de derivarse." (S. De 18 de julio de 1989, citado por González Pérez Jesús, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 193). Cuando se esté frente a los casos de responsabilidad por conducta lícita, legítima o normal, será resarcible el daño especial, pero no los perjuicios derivados de éste, por expresa disposición normativa.

(3) La Sala Primera de la Corte, mediante Sentencia Número 118 de 14:40 horas del 6 de noviembre de 1996, señaló: "... el resarcimiento del daño debe ser plenario, es decir, "in integrum", y en manera alguna "simbólico" y debe incluir el daño moral, sobre el que no se pronunciaron los Tribunales laborales en cuanto al fondo. Finalmente, el artículo 191 *Ibidem* manda a la Administración reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores, con lo que está reforzar la tesis de que el daño moral debe ser indemnizado, pues "todo daño" es un concepto amplio que abarca tanto daños materiales como morales. Consecuentemente, con lo antes considerado, como el fallo recurrido no otorgó al actor el pago de los salarios dejados de percibir desde el despido y hasta la finalización de su período y concedió un daño moral por suma "simbólica", violó las normas legales antes comentadas, por falta de aplicación."

Debido a que lo consultado es la posible responsabilidad de la Administración por un eventual fallo en la prestación de los servicios que ésta brinda, interesa especialmente los conceptos de funcionamiento normal y anormal de los servicios.

Tal y como se hizo referencia anteriormente "...para que el daño se impute a la Administración no es necesario localizar el agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse -y así ocurre con frecuencia- de daños anónimos e impersonales, no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto tal. La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los mismos a la Administración" especificándose además que "...tanto si ese servicio ha funcionado mal (culpa in committendo o por acción positiva), como si no ha funcionado (culpa in omittendo, abstenciones cuando existe un deber funcional de actuar), o si lo ha hecho defectuosamente (falta de diligencia funcional, deber con base en el art. 40 LOE), ya que todos esos supuestos quedan ampliamente cubiertos por la expresión que la Ley utiliza ('funcionamiento anormal'). A propósito de ello conviene subrayar que el hecho de que la Ley haya objetivado la anormalidad haciendo de ésta un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se remite a los standards de rendimiento medio del servicio de que se trate, significa que en su estimación entran factores variables en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos." (García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1977, pág. 334).

Entonces, los conceptos de normalidad y anormalidad hacen referencia a los estándares de calidad que se exijan en un determinado momento histórico y tendrán que analizarse de acuerdo con una específica realidad social. Se trata entonces, de conceptos jurídicos indeterminados que para su concreción se necesitará recurrir a la legalidad técnica, es decir, a criterios estadísticos, históricos, científicos y reglas de la experiencia.

Es importante rescatar también que dentro del concepto de anormalidad -siguiendo la doctrina



antes citada- se encuentran comprendidas aquellas situaciones en que el servicio ha funcionado mal, no ha funcionado o ha funcionado deficientemente, cubriendo estos dos últimos supuestos lo que es la inactividad de la Administración por omisión, o sea, cuando existiendo un deber funcional de actuar o una necesidad de diligencia funcional, no se actúa causándose un daño.

Consecuentemente, cuando el numeral 190 determina que la Administración responde por funcionamiento normal y anormal está incluida la posibilidad de hacerla responsable por inactividad administrativa(4), siempre que conforme al ordenamiento jurídico exista un deber funcional de actuar o el cumplimiento de una conducta debida.

(4) Se considera conveniente, hacer la siguiente precisión a efecto de no generar dudas. De acuerdo con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, ante la jurisdicción contencioso administrativa sólo pueden interponerse pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo (artículo 1° de ese cuerpo normativo), concepto que amplía la Ley General de la Administración Pública en cuanto a la posibilidad de impugnar actuaciones materiales⁴ (artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública), con lo cual, se excluye la posibilidad de que se conozcan pretensiones que busquen valorar la inactividad de la Administración. Por lo tanto, y como principio, no se encuentra previsto en nuestra legislación la posibilidad de que se revise, en vía contencioso administrativa, la inactividad de la Administración, aunque la actividad omitida estuviera prevista por el ordenamiento jurídico imperativamente (limitación que debe superarse en una futura reforma a dicho cuerpo normativo). Únicamente en los supuestos en los que la inactividad administrativa afecte derechos fundamentales de forma tal que convierta el asunto en un problema de constitucionalidad, es que la Sala Constitucional podría entrar a analizar la inactividad de la Administración y, en caso de que proceda, ordenarle a ésta realizar la conducta omitida indebidamente. Pero, aún y cuando no sea revisable la inactividad de la Administración ante la jurisdicción contencioso administrativa, sí es posible derivar de nuestro ordenamiento la posibilidad de que exista responsabilidad del Estado por inactividad administrativa por omisión, según se explicará.

Tal y como se viene haciendo referencia, no es cualquier inactividad administrativa la que hará surgir la responsabilidad de la Administración. Es importante tomar en cuenta que, para que se considere que existe inactividad debe echarse de menos una conducta debida, esto por cuanto "...una cosa es la interpretación y adecuación a la realidad y al caso concreto de las reglas legales que dirigen la actividad prestacional de la Administración y otra bien distinta la propia definición política de ésta. Así pues, no es tarea del Derecho, ni aspecto que pertenezca a la problemática de la inactividad prestacional, el atender las demandas populares en relación con el establecimiento de determinados servicios sino cuando la decisión política ha sido concretada en la norma jurídica. La problemática de la inactividad administrativa no aparece sino cuando el legislador ha formalizado el contenido de los derechos sociales, bien directamente (ordenando determinadas prestaciones a cargo de la Administración), bien indirectamente (confiando a la Administración uno o más elementos - tiempo, modo progresividad- de la decisión sobre el establecimiento y contenido de un servicio). Sólo a partir de ese mandato legal podrá concretarse un deber de la Administración de obrar relacionado con la prestación de un servicio que, no siendo atendido, implica una inactividad prestacional. La constatación de ésta requiere, por ello, un análisis exclusivamente jurídico, aunque no por ello desvinculado o ajeno al terreno de la oportunidad política debido a los márgenes de la discrecionalidad que, para el desarrollo de su función, la ley puede otorgar a la Administración. Discrecionalidad sobre cuyos límites puede versar el antedicho análisis o control



jurídico al objeto de concretar el alcance o contenido de los deberes de prestación impuesto a la Administración y el correlativo derecho o interés de los ciudadanos a exigir su cumplimiento." (Gómez Puente, Marcos, La Inactividad de la Administración, Editorial Aranzadi, S.A., España, 1997, pág. 725)

Así, para analizar si se está frente a una inactividad que pueda generar responsabilidad del Estado es necesario tomar en cuenta las normas que regulan la actividad, para así determinar la existencia de una conducta que fue inatendida. Con ello no se pretende afirmar que la conducta esté expresamente dispuesta en una norma en concreto, pero sí que se desprenda del ordenamiento jurídico(5).

(5) Que comprendería, de conformidad con el artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública, tanto las normas escritas como las no escritas.

Lo anterior, es especialmente relevante cuando se analiza la existencia o no de un funcionamiento anormal de la Administración, no resultando contradictorio con el régimen de responsabilidad que nos rige.

La siguiente cita explica adecuadamente esa relación.

"Pero reconocer el carácter objetivo de la responsabilidad y la independencia entre el deber de reparación y la existencia de culpa no impide recurrir a esta noción, y de hecho así lo hace la jurisprudencia, para delimitar el ámbito específico de aquella responsabilidad cual es la del funcionamiento anormal. Esta modalidad de hipótesis o mala administración siempre presupone la culpa o el comportamiento ilegal, tanto da que sea activo o pasivo.

La objetivación de la responsabilidad administrativa extiende la cobertura del sistema más allá de los límites propios de la responsabilidad civil subjetiva, por culpa, pero no hace desaparecer, ni deja sin sentido, esta construcción técnica jurídica que, desde sus orígenes aquilinos, fundamenta el instituto de la responsabilidad por daño. De modo que, aún careciendo de interés, ciertamente, el carácter ilícito de la causa (administrativa) eficiente del daño; o la individualización de su agente, una vez que la imputación a la Administración está asegurada, ad extra, por su vinculación al funcionamiento de un servicio público, la noción de culpa puede tener doble utilidad.

Por un lado, para determinar, ad intra de la organización administrativa -a efectos de regreso, sobre todo- la responsabilidad personal (penal, disciplinaria o patrimonial), de los funcionarios, agentes o autoridades que provocaron el daño. Y, por otro lado, como circunstancia indiciaria del origen administrativo del daño sobre el que fundar objetivamente la responsabilidad, desplazando otros factores o concausas determinantes de aquél. Ante la dificultad de precisar el origen del daño, el anormal funcionamiento, puede, en efecto, servir de fundamento a la presunción de la existencia de una relación de causalidad directa entre aquél y la conducta administrativa, presunción tanto más firme cuanto mayor sea la probabilidad de evitar el daño mediando un funcionamiento regular. En presencia de éste, por el contrario, sin excluir que también de él puedan derivarse daños, la presunción ha de invertirse por cuanto parece más probable que la causa eficiente del daño radique fuera del ámbito administrativo. Por cierto, la noción de culpa que ha de manejarse, aunque sólo sea con el referido valor indiciario, al atribuir la condición de causa eficiente del daño a un funcionamiento anormal es muy laxa. Alcanza tanto al ilícito de autoría individualizable ad intra (culpa subjetiva), como al que se difumina o diluye en la propia organización administrativa (culpa objetiva). Entre las hipótesis de funcionamiento anormal, por conducta ilícita, se halla incluida, lógicamente, la inactividad administrativa. Su antijuricidad se comunica a las situaciones o efectos

que suscita, y tanto que perjudiciales, permite considerarlos como daños a efectos indemnizatorios. Que la inactividad constituye una fuente de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos y que para la determinación de ésta no es posible prescindir de la idea de culpabilidad o ilicitud de la Administración parece, pues, fuera de toda duda. Y es que, en realidad, cuando se trata de la pasividad, omisiones o inactividad, no es admisible la nota de objetividad que, con carácter general, se predica de la responsabilidad administrativa. Ante la pasividad o inercia de la Administración, la responsabilidad no puede ser objetiva, al menos si la objetividad supone admitirla al margen de toda ilicitud o culpabilidad administrativa, incluso sin mediar falta alguna en el servicio. Si el carácter objetivo supone que puede haber responsabilidad aun por funcionamiento normal, debe necesariamente dicho carácter de la responsabilidad cuando el perjuicio dimana de la pasividad de la Administración."

(Op. Cit., pág. 769 a 771)

Y es que el autor justifica su posición, acertadamente en que "A menos que quiera convertirse a la Administración en una organización de aseguramiento global frente a cualquier clase de riesgo, la responsabilidad por omisión debe limitarse a los supuestos, antijurídicos, de inactividad. Aun admitiendo genéricamente su carácter objetivo, los límites de la responsabilidad, por lo que se refiere a la inacción de la Administración, se encuentra en la propia esfera de competencia administrativa, allí donde quepa deducir un deber de obrar de cuya infracción pueda inferirse el carácter antijurídico o dañoso de un eventual perjuicio. Por lo tanto, la ilicitud o culpabilidad del comportamiento administrativo omisivo, con independencia de su posible individualización subjetiva ad intra de la organización administrativa, es el único criterio que permite deducir la antijuricidad de los perjuicios asociados a la falta de actuación, de modo que, aun constituyendo la antijuricidad del daño condición y límite de la responsabilidad administrativa en un sistema objetivo, tampoco sería posible prescindir de la nota de la culpabilidad administrativa."

(Op. Cit. págs. 772 y 773)

Revisando la jurisprudencia nacional sobre el tema de la responsabilidad, en particular aquellas resoluciones en las que se consideró que existió una inactividad administrativa, se puede llegar a la conclusión de que los criterios doctrinales antes expuestos han venido siendo aplicados, ya que se hace referencia a actitudes negligentes de la Administración. Veamos algunos ejemplos de ese tipo de resoluciones.

"De modo que si el Mayor Donato hubiera satisfecho las exigencias del Comandante de Plaza, los refuerzos habrían llegado a tiempo a Limón para evitar el incendio, pues el Coronel Sánchez se presentó a la Gobernación antes de que aquél se produjera; no fue si no después de ocurrido éste, que se enviaron cuarenta y cinco o cincuenta guardias civiles a la orden del Teniente Edgar Varela (...) El Mayor Donato procedió, pues, con falta de previsión, (...) lo que trajo como consecuencia que la Guardia Civil de Limón, disponible en ese momento, no pudiera evitar la acción de la turba que prendió fuego al edificio. De suerte que los funcionarios encargados de mantener el orden público en la República, no actuaron con la diligencia que el caso demandaba, a pesar de que era previsible la comisión de los daños que causó la multitud y los cuales se hubieran evitado de haber enviado de San José los refuerzos solicitados, con el tiempo suficiente, por el comandante de la Plaza de Limón. El Estado es, pues, responsable de los daños causados, de acuerdo con los artículos 1045 y 1048 del Código Civil..."

(Sala de Casación, N° 117 de 15:00 horas del 1° de diciembre de 1978)

"IV.-

La tesis del Tribunal Superior en el sentido de que la Municipalidad demandada no se había enterado de la existencia del hueco, queda desvirtuada por el mérito de los autos. Al respecto, cabe observar que de las propias manifestaciones de la Corporación accionada, a los folios 24 vuelto y 25 frente, se comprueba en forma idónea, que entre el 13 y 19 de agosto de 1972, ante gestión de vecinos, esa Municipalidad efectuó trabajos de excavación y reemplazo de tubos de 42 pulgadas que habían fallado,... Como puede apreciarse, dichos trabajos se realizaron aproximadamente dos meses antes de la tragedia; y ya se comentó que, de acuerdo con la prueba evacuada, una vez acaecido el percance, la misma Municipalidad procedió de inmediato a reparar el hoyo. Como antecedente histórico, según se deriva de autos, vale citar que muchos años antes del accidente, se llevó a cabo el entubamiento de las aguas del río Ocloro con el objeto de evitar inundaciones en Los Yoses, cuyos bloques urbanísticos se estaban habilitando, a la sazón. Las obras comprendieron el paso de la tubería subterránea a través de la calle 41 y un trayecto considerable bajo la avenida 14. En la esquina citada -noroeste de la intersección de avenida 14 y calle 41- la Corporación accionada efectuó los trabajos mencionados en el año 1972. Una vez terminados éstos, antes del accidente, el bache fue rellenado con lastre compactado hasta el nivel de la calle, quedando únicamente por aplicar la capa asfáltica. Sea, que la obra quedó inconclusa. Por las características topográficas de la zona y la acción de la lluvia, el lastre compactado se fue disgregando, pues la confluencia de las aguas en el sector, según relatan los testigos, era tal, que producía remolinos y poco a poco se fue formando el aludido hueco de dimensiones considerables que abarcaba parte de la calle 41 y de la avenida 14. Interesa reparar en que desde mayo de 1972, se proyectaba la construcción de un canal abierto sobre el antiguo cauce del río Ocloro para darle más capacidad de captación y evitar la constante inundación en ese sector. Sentado lo anterior, se tiene que al concluir el Tribunal Superior en que la Municipalidad demandada no se había enterado de la existencia del hoyo, lo hizo padeciendo, error de derecho en la apreciación de la prueba, con lo cual vulneró los artículos 719, 720 inciso 3, 732, 735 del Código Civil; 197 inciso 3, 202 y 235 del Código de Procedimientos Civiles anterior. (...)

VII.-

De la relación de las normas anteriores con los artículos 4, incisos 4 y 9, del Código Municipal, que garantizan eficientemente servicios de construcción, reparación, limpieza de calles y otras vías públicas por parte de la Municipalidad, y del artículo 2 de la Ley General de Caminos Públicos que establece la obligación de los municipios en el mantenimiento de las calles de su jurisdicción, se extrae la responsabilidad que la Administración Municipal tiene en este caso concreto. Si además se toma en cuenta que el accidente ocurrió en el cantón de San José, concretamente, en la intersección de calle 41 con avenida 14, donde existía un hueco cuya reparación, la Municipalidad de dicho cantón había dejado inconclusa, por lo que fue cobrando proporciones cada vez mayores, significando un grave peligro para las personas y vehículos que por ahí transitaban; y que fue precisamente la precipitación en ese hoyo, lo que causó los menoscabos que en este juicio se ventilan, es de rigor atribuir responsabilidad a ese Municipio por los daños y perjuicios sufridos, pues amén de las últimas razones apuntadas, fue dentro de su jurisdicción -como se señaló antes- que ocurrió el accidente. Al no establecerlo así el Tribunal Superior, violó por falta de aplicación los artículos citados." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Número 263 de las 15:30 horas del 22 de agosto de 1990)

"IV- Las celebraciones del traspaso de gobierno del 8 de mayo de 1990, fueron encomendadas a



una comisión adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores. La función realizada por dicha comisión, es de naturaleza administrativa. Con elecciones generales celebradas cada 4 años, democráticamente los costarricenses decidimos quienes guiarán nuestros destinos por otro cuatrienio.

La fiesta electoral, muestra de los valores más importantes de nuestra identidad nacional, culmina con el traspaso del poder, en forma pacífica, de un gobierno a otro. Dicho traspaso es motivo de orgullo de todos los costarricenses, tanto de quienes apoyaron en las lides electorales a los gobernantes electos, cuanto de aquéllos que favorecían las pretensiones de los postulantes derrotados. El día de traspaso, en nuestra tradición cívica, se ha tomado como aquél en el cual deben estrecharse las manos de todos los costarricenses y festejar, todos unidos, el triunfo de la democracia. En este contexto, las celebraciones de esa fecha tienen un alto valor cívico y educativo, motivo por el cual es conformada una comisión institucional, formada por integrantes del gobierno actual y del entrante, para programar todos los actos oficiales y populares. De lo dicho se desprende que su actividad se encuentra dentro del funcionamiento legítimo y normal de la Administración, aún cuando las festividades se realicen cada cuatro años. Esta comisión tiene la obligación de programar las actividades respectivas, organizar y vigilar todos los eventos, contratar los servicios respectivos para la realización de sus fines y ultimar todos los detalles necesarios para un adecuado desarrollo de las celebraciones. Una de las actividades programadas en 1990, fue la celebración de eventos culturales y artísticos, en horas de la noche, en la Plaza de la Democracia. Obviamente, las actividades y espectáculos son desarrollados por personas a quienes no se pueden catalogar, en la mayoría de los casos, como funcionarios públicos: grupos de baile, musicales, de danza y de otra índole. Sin embargo, la actividad de estos grupos y personas está dirigida y supervisada por la respectiva comisión, la cual se encarga de invitarlos o contratarlos. Si dentro de las actividades programadas se encuentran fuegos pirotécnicos, es obligación de la comisión respectiva, velar por la seguridad de los bienes y de las personas cercanas a los eventos. Así, debe la Comisión procurar que quien realice tales juegos sea una persona experta en ellos, que los efectos programados no sean peligrosos, que se realicen a una distancia adecuada y con todas las medidas de seguridad respectivas. La utilización de globos de papel, alambre y tela empapada con canfín, en una plaza con gran cantidad de público y en las cercanías de edificaciones, constituye un acto imprudente respecto del cual la comisión dicha no tuvo ningún reparo. La responsabilidad de la Administración es, en este caso, directa, porque creó el riesgo. No tiene relevancia la calificación de funcionario público del señor Antonio Valerio Chavarría, encargado de los juegos pirotécnicos, pues su actividad estaba sometida al control de la Comisión de Traspaso de Poderes.

Existe nexo de causalidad indiscutible entre los actos organizados y dirigidos por dicha comisión, y el siniestro que ocasionó los daños reclamados por los actores, lo cual hace responsable directo al Estado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública. Si la Administración se sirve de terceros para realizar su actividad, no puede eximirse de sus obligaciones. Al respecto, ya esta Sala, al analizar un problema similar, en el cual un ente administrativo encargó a otro el cumplimiento de sus funciones, dijo: "... No puede eximirse de responsabilidad al ente encargado del servicio público, cuando lo brinde por medio de terceros, sean estos entes públicos o privados, pues, con respecto al administrado usuario, existe una relación inescindible en virtud de la cual le incumben específicos deberes de asistencia." (Sentencia No. 29, de las 14:30 horas del 14 de mayo de 1993). De igual manera, no puede eximirse de responsabilidad a la administración, cuando, para realizar sus fines, encarga a terceros el cumplimiento de actos, como sucedió en el sub lite. Existió culpa en la Comisión de Traspaso, al permitir la utilización de globos evidentemente peligrosos, lo cual es un hecho propio de la Administración y no exclusivamente de un tercero. Si además de la responsabilidad de la



Administración, originada en dicha falta de vigilancia y cuidado, existe también responsabilidad del encargado de los juegos pirotécnicos, se estaría frente a un supuesto de culpa (y responsabilidad) concurrente. El artículo 190 citado establece, como causa de exoneración de la responsabilidad de la Administración, el hecho de un tercero. Ello es así cuando dicho tercero actúa en forma independiente de la Administración, sin que existe relación jurídica alguna entre ellos. Por ejemplo, si un particular decidiera, por cuenta propia, sin existir encargo alguno de la Comisión de Traspaso, elevar globos altamente peligrosos, el nexo de causalidad no le sería imputable al Estado, pues no fue su actividad la causante del daño. En el sub lite, empero, fue el Estado quien encomendó al polvorista los respectivos juegos, como parte de las actividades de celebración, sin vigilar adecuadamente la seguridad de los bienes y las personas. La Comisión de Traspaso realizó un contrato con el señor Valerio Piedra, y era su deber fiscalizar su labor e impartir las instrucciones necesarias para evitar accidentes como el acaecido (artículo 227, a y b, del Reglamento de la Contratación Administrativa). A su vez, era obligación del contratista, bajo la supervisión de la Administración, ejecutar en forma debida y satisfactoria la labor convenida, y acatar las instrucciones impartidas por ésta (artículo 236, b, c, d, e, Ibídem). Por ello, no se trata de la eximente prevista por el citado artículo 190, sino de un supuesto de responsabilidad imputable directamente a la Administración." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 112 de 14:25 horas del 25 de noviembre de 1994)

"V.-

En materia forestal, debido al gran interés público de preservar el bosque, ha existido mayor protección y control sobre incendios y quemas. La Ley Forestal No. 4465 del 25 de noviembre de 1969, reformada por ley No. 6084 de 24 de agosto de 1977 y No. 6442 de 22 de mayo de 1980, vigente hasta 1990, contenía varias disposiciones tendientes a evitar incendios y quemas forestales, incluyendo también sanciones penales cuando se presentare dicho ilícito (artículos 89 al 99). La actual Ley Forestal, No. 7174 del 28 de junio de 1990, amplía la protección forestal contra los incendios y quemazones. Se consideran incendios forestales todos aquellos que, natural o artificialmente, afectan los bosques y terrenos forestales (artículo 74). Prevalece el interés público en todas las actuaciones emprendidas a fin de prevenir y extinguir los incendios forestales. Dichas medidas son de acatamiento obligatorio para todas las autoridades del país (artículo 74). Toda persona debe informar a la autoridad de policía más cercana la existencia o iniciación de un incendio forestal (Artículo 78). Igualmente, está prohibido realizar quemas en bosques y terrenos forestales sin haber obtenido la autorización de la Dirección General Forestal.

Se castiga con pena de prisión a quien cause, dolosa o culposamente, un incendio forestal (artículos 120 y 121) y a quien efectúe quemas en terrenos de aptitud forestal sin la debida autorización o por incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgó dicha autorización (artículos 124 y 125). La Dirección General Forestal debe realizar campañas preventivas y dar capacitación a grupos locales y regionales. En todo plan de manejo, de áreas sometidas a los beneficios de la Ley, se debe incorporar un plan preventivo de incendios forestales, planificar y ejecutarlo inmediatamente para la recuperación de las áreas afectadas (artículos 94 y 95 del Reglamento de la Ley Forestal). La lucha nacional contra los incendios y quemas en terrenos forestales ha llevado a crear Comisiones y otras instancias para prevenir y combatirlos. Mediante el Decreto No. 17015-MAG, del 2 de mayo de 1986, se creó la Comisión Nacional para los Incendios Forestales.

Dicha Comisión, según el Decreto No. 19434-MIRENEM de 11 de diciembre de 1990, tiene como atribuciones recomendar las políticas nacionales y preparar los programas de prevención y combate de incendios forestales. También por Decreto No. 21859-MIRENEM del 7 de diciembre 1992 fue creado el Comité contra Incendios Guanacaste como una instancia de coordinación,

apoyo y seguimiento del Programa de Incendios Forestales de la Región Huetar Norte.

VI.-

Mediante Decreto No. 23850-MAG-SP, del 4 de noviembre de 1994, se estableció un "Reglamento para quemas controladas con fines agrícolas y pecuarios". Esta normativa, basada en la Ley Forestal y la Ley General de Caminos Públicos, establece los requisitos mínimos necesarios para poder efectuar quemas e incendios. Quema es el fuego provocado intencionalmente, regulado por un plan preestablecido, en el cual se siguen todas las medidas preventivas para evitar daños a los recursos naturales y a la propiedades de los colindantes. Son incendios todos aquellos que, natural o artificialmente, afecten bosques, terrenos forestales, terrenos agrícolas o de uso pecuario (artículo 1). Para efectuar quemas en terrenos agrícolas y pecuarios debe contarse con una autorización escrita del MAG, para ello, el funcionario competente debe determinar la capacidad de uso del suelo, y si se han tomado las medidas necesarias indicar las medidas adicionales para su ejecución (artículos 2 y 3). El propietario o poseedor cuando pretenda quemar debe: 1) Determinar mediante rondas cortafuegos (área con un ancho del doble al alto del material combustible), el área a quemar y los materiales combustibles utilizados; 2) abrir y barrer una ronda cortafuego en el perímetro del área a quemar, la cual no puede ser menor de un metro de ancho; 3) tener agua suficiente y herramientas para apagar el fuego en caso de emergencia; 4) dar aviso previo a la Dirección Policial del lugar sobre la fecha y hora de la quema; 5) contar con la asistencia de al menos una persona; 6) hacer la quema contra viento y contra pendiente después de las 16 y antes de las 7 horas, evitando hacerla el día de viento; 7) verificar que el fuego quede completamente apagado.

VII.-

Las quemas pueden acarrear, para quien las produce, responsabilidades de tipo civil y penal. La responsabilidad civil está regulada en la Ley de Quemazones y Cercas Divisorias al establecer la obligación, de quien hiciere quemazones, de pagar los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del fuego (Artículo 5 párrafo 4). Se presume autor de la quemazón al propietario, poseedor ó arrendatario del terreno que en la época del fuego estaba preparado para ese objeto. El Reglamento para Quemazones Controladas con fines agrícolas y pecuarios (Decreto N° 23850-MAG-SP), remitiendo a dichas normas, establece en su artículo 7° lo siguiente: "La persona que realice una quema, ya sea con o sin permiso, será civilmente responsable de los daños y perjuicios que pudieren ocasionarse, de acuerdo con los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución Política y las reglas sobre responsabilidad civil extracontractual que rigen nuestro ordenamiento jurídico". Las disposiciones generales contenidas en los numerales 1045 y siguientes del Código Civil, sobre responsabilidad civil extracontractual, son de aplicación supletoria para esta materia. Igualmente, deben aplicarse las normas sobre responsabilidad contenidas en la Ley General de Administración Pública.

VIII.-

La Sala Constitucional, mediante Voto el No. 3459 de las 14 horas 42 minutos del 20 de julio de 1993, estableció la derogatoria del artículo 5° , párrafo quinto, de la Ley de Quemazones y Cercas Divisorias sobre la responsabilidad penal. Se entendió derogada esa disposición, en ese aspecto, con la promulgación de los Códigos Penales de 1924, 1941 y 1970 (artículos 555 inciso 21, 161 y 403, respectivamente). En el Código Penal vigente se sanciona con 3 a 30 días multa a quien contraviniera las disposiciones encaminadas a prevenir incendios o evitar su propagación (inciso 1°) y a quien infringiere las reglas sobre quema de malezas, rastrojos u otros productos de la tierra (inciso 2°). Efectivamente el párrafo cuarto de la norma en cuestión establece: "En todo caso, el que hiciere quemazones debe pagar los daños y perjuicios que a causa del fuego se ocasionan. Se



presume autor de la quemazón el propietario, poseedor ó arrendatario del terreno que en la época del fuego estaba preparado para ese objeto...". La misma Sala Constitucional (voto 439-I-95 de las 14 horas 36 minutos del 22 de agosto de 1995) aclaró la mencionada sentencia 3459-93 en el sentido de que el artículo 5º, párrafo 5º y 6º de la Ley de Cercas Divisorias y Quemazones está derogado únicamente en cuanto a los aspectos penales que contiene.

IX.-

La normativa de quemas e incendios siguen el criterio de la responsabilidad objetiva. La culpa se presume en quien creó las condiciones del daño por haber asumido el riesgo de perjudicar a terceros con la quema o incendio. Los daños y perjuicios ocasionados son a su cargo. El damnificado está exento de probar la culpa. La carga de la prueba sobre la ausencia de culpa corresponde a quien quemó o incendió. Es una presunción iuris tantum. Sería eximente de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

X.-

Asume el riesgo quien previendo la eventualidad o posibilidad del daño acepta los efectos de la contingencia. La responsabilidad se funda en crear el riesgo para el daño. El sujeto al iniciar la actividad, por medio de sus cosas, aumenta, potencia o multiplica las posibilidades de peligrosidad. Aún cuando pueda tratarse de una conducta lícita siempre debe indemnizar el daño quien asumió el riesgo. Hay mayor razón para imputar la responsabilidad si el hecho proviene de una conducta ilícita. No puede el damnificado asumir daños sobre conductas no impulsadas por él mismo, salvo si se puso en condiciones para sufrir el daño. Quien quema o incendia, aún con la autorización de la autoridad correspondiente, no puede ser eximido de responsabilidad. Esto es así porque si bien la Ley de Quemazones y Cercas Divisorias N° 121 de 26 de octubre de 1909 establece las pautas para autorizar las quemas en fundos agrarios, y establece una serie de obligaciones respecto de quien solicita la autorización, ello no rompe la presunción de culpabilidad. Los requisitos para autorizar las quemas tienden a asegurar el mínimo riesgo. Se trata de una medida precautoria pero no es una eximente de responsabilidad. Entonces el cumplimiento de los requisitos indispensables para la autorización no pueden perjudicar a los vecinos si el siniestro ocurre. En esta forma los daños en los bienes, cosechas, o en las personas mismas, de los vecinos deben ser indemnizados por quien creó las condiciones del riesgo con el incendio o quema.

(...) XIII.-

En el subjúdice la Municipalidad de Carrillo mantiene abierto, sin permisos del Ministerio de Salud y sin vigilancia alguna, un botadero de basura. Sus empleados, luego de descargar los desechos sólidos, proceden a hacer quemas y luego se retiran. No ejerce ningún tipo de prevención o vigilancia de esas quemas. Los particulares ingresan al descremadero sin restricción alguna. No existen medidas de seguridad tales como portones o cercas.

Existen, indudablemente, las condiciones de riesgo necesarias para causar daños a los colindantes del Botadero Municipal. Las posibilidades de riesgo o peligrosidad se multiplican al no ejercer ningún control sobre el mismo. Los colindantes, Rubén Salazar Fray y Myrna Angulo Flores, sufrieron daños como consecuencia de las quemas, originadas en el botadero los días 27 de febrero y 30 de diciembre de 1992. Su actividad agraria resultó seriamente afectada al producirse la destrucción total y parcial de árboles de mango y ciprés. Igualmente las cercas y divisiones de las colindancias fueron dañadas. Por lo anterior, y conforme a las facultades otorgadas por el artículo 54 de la Ley de Jurisdicción Agraria, esta Sala considera debidamente acreditados, por parte de la actora, los elementos fácticos necesarios para establecer la responsabilidad objetiva del Ente Municipal.

XIV.-

La actividad de incendiar o quemar, en sí misma, va dirigida contra la Naturaleza. Este tipo de acciones resultan incompatibles con los valores actuales. Atenta contra la seguridad en cuanto arriesga la propiedad de los colindantes, sus bienes y personas. Igualmente atenta contra los valores de protección al medio ambiente. La función económica y social de la propiedad entraña también una función ecológica: la agricultura debe desarrollarse en armonía, y no en antagonismo, con la Naturaleza. Para la preservación del medio ambiente la solidaridad social exige idear nuevos mecanismos para prevenir el daño y los hechos amenazantes. Esta es la filosofía de la reforma al artículo 50 de la Constitución Política.

Sobre esos lineamientos debe ser analizada la problemática de la responsabilidad de la Administración derivada de esa actividad, sea que haya actuado legítima o ilegítimamente. La interpretación moderna (sistemática, material y evolutiva) exige adecuar el contenido de la norma a las circunstancias históricas y la realidad social y económica en la cual va a ser aplicada. Para ello debe tomarse en cuenta los principios y valores contenidos en la Constitución, así como en las leyes especiales.

XV.-

El Tribunal Superior Agrario interpretó y aplicó correctamente las disposiciones sobre la responsabilidad objetiva de la Administración Pública. El recurrente ataca lo resuelto por el Tribunal alegando falta de prueba en cuanto al autor directo del daño, con violación del artículo 54 de la Ley de Jurisdicción Agraria. Sin embargo, lo alegado por el recurrente es intrascendente para atribuir la responsabilidad objetiva al ente Municipal. Conforme se estableció en los considerandos anteriores, en materia de quemas existe una presunción de culpabilidad contra la persona -física o jurídica- que realiza quemas originando las condiciones de riesgo suficientes para producir daños a terceros.

Las disposiciones de la Ley General de Administración Pública no son incompatibles con tales principios, al contrario, constituyen un complemento de la responsabilidad extracontractual imputable a la Administración. Le atribuyen una responsabilidad directa al ente Municipal, eximiendo al damnificado de la carga de la prueba: no se le exige probar la culpa de la administración, o del funcionario, en la producción del daño. Es suficiente, para la procedencia de la indemnización la efectividad del daño sufrido.

Debe ser evaluable e individualizable en relación con los actores.

La prueba documental y confesional han sido correctamente apreciadas por el Tribunal Superior Agrario. Sus conclusiones para atribuir la responsabilidad a la Municipalidad de Carrillo son el resultado de la apreciación conjunta de todos los elementos probatorios traídos al proceso. Si bien los actores, en su confesión, admiten no haber visto quién fue el autor directo de las quemas ello no destruye la presunción de culpabilidad del ente Municipal. Solo puede ser eximida de responsabilidad si demuestra culpa de la víctima, fuerza mayor o hecho de un tercero (Artículo 190 de la Ley General de Administración Pública). Lo resuelto en sede penal se refiere a la responsabilidad "subjética" o la culpa directa. Por ello, aunque no haya sido posible determinar quién fue el causante de la quema, la sentencia penal no puede tener efectos dentro de este proceso. Aquí se discute sobre la responsabilidad objetiva de la Municipalidad, donde es suficiente la presunción de culpabilidad para atribuirle la responsabilidad por los daños causados." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 113 de las 16:00 horas del 11 de octubre de 1995) Nótese como, en la mayoría de las resoluciones supra transcritas se hace una referencia directa o indirecta a la existencia de una actitud negligente -por inactividad- de la Administración relacionada siempre con obligaciones y deberes que se desprenden del ordenamiento jurídico. Entonces, la

clasificación del funcionamiento administrativo como normal o anormal va a depender de estándares de calidad que van a estar definidos, normalmente, por criterios técnicos, y que, en tratándose de situaciones referidas a inactividad administrativa, debe tomarse en cuenta también la necesaria existencia de una actitud negligente de la Administración que la obliga a indemnizar el daño producido. No debe olvidarse también la necesidad de que se encuentren presentes, además, los elementos generales ya mencionados en el aparte anterior.

5. Eximentes de responsabilidad y causas de justificación

De otra parte, la Ley General de la Administración Pública también regula los supuestos en los que no cabe exigirle responsabilidad a la Administración, estos son: la fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero (art. 194 de la Ley General de la Administración Pública).

La fuerza mayor ha sido definida como "Aquel suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse, o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de la manifestación" (S. De 15 de febrero de 1968), el suceso 'imposible de prever o inevitable enervante desde luego... de la imputación' (S. de 3 de mayo de 1995. Ar 3598). En consecuencia, no se excluyen los supuestos de caso fortuito (S. de 11 de diciembre de 1974)" (González Pérez Jesús, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág.289).

Concepto cercano al de fuerza mayor es el de caso fortuito, pero este segundo supuesto no se encuentra comprendido como una eximente de responsabilidad en nuestra Ley.

Por tal razón, conviene tener presente la diferencia entre ambos.

"Pues bien, a los efectos de la doctrina del riesgo, el caso fortuito se define, justamente, por contraposición a la vis major y se caracteriza por dos notas esenciales, la indeterminación y la interioridad, cuyos contrarios, la determinación irresistible y la exterioridad, singularizan a aquélla. La indeterminación característica del caso fortuito supone que la causa del accidente productor del daño es desconocida. Como decía Hauriou expresivamente, se trata de una 'falta de servicio que se ignora'.

El elemento esencial y el que da razón, incluso, del que acabamos de indicar, es el de la interioridad del evento por relación con la empresa en cuyo seno se presenta el daño; se trata, en efecto, de un evento directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que se integra ese objeto. Estos dos elementos faltan, por el contrario, en la fuerza mayor, que, como ya se ha notado, se caracteriza por sus contrarios, identificándose con una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción, y en todo caso, absolutamente irresistible, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista,..." (García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1977, pág. 335)

De lo anterior podemos concluir que en la fuerza mayor se está frente a un hecho que no se puede prever, o que previsto, fuese inevitable, esto es, su característica esencial es la fuerza irresistible del evento. En tales supuestos se excluye de responsabilidad a la Administración. Nótese que la Ley General no prevé, como eximente de responsabilidad el caso fortuito.

Los conceptos de hecho de un tercero y culpa de la víctima se han desarrollado a propósito de la relación de causalidad, entendiéndose por ésta la relación de causa-efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido(6). Lo anterior por cuanto ya la causa directa y exclusiva del daño no se le puede imputar única y exclusivamente a la Administración debido a la intervención de la víctima o de un tercero.



(6) "...para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo. Sólo en estos casos (causalidad adecuada) puede decirse, con rigor, que la actividad tomada en consideración constituye la causa eficiente, la causa próxima del daño (in iure non remota causa, sed proxima spectatur), la causa verdadera del mismo." (García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1977, pág. 338)

La situación que se ha presentado es que, a pesar de que de acuerdo con nuestra Ley General cuando concurren alguno de los supuestos previstos en el artículo 190 no puede exigírsele responsabilidad al Estado, tanto la doctrina extranjera como la jurisprudencia nacional y extranjera, han considerado que los supuestos de culpa de la víctima y hecho de un tercero no necesariamente exoneran de responsabilidad al Estado cuando no rompen del todo el nexo causal, aunque se atempera la responsabilidad, reduciéndose el monto de la indemnización.

En nuestro país, desde vieja data, se ha aplicado tal criterio. En 1943 se señaló que "Cuando el Código Civil establece la exención de la obligación de reparar si media la propia falta de la persona lesionada o muerta, lo hace para el caso en que se pueda declarar que el hecho imputable a la víctima era la única causa del perjuicio sufrido, no cuando hay falta común o culpa concurrente." (1943. Valerín Roldán contra Compañía Bananera de Costa Rica, I Semestre, Tomo único, pág. 186)

Aplicándolo al Estado, y en fecha mucho más reciente, se señaló:

"Para los efectos que interesan, es preciso señalar que en este caso existe una concurrencia de responsabilidades. En primer lugar, la de la Administración Municipal como quedó explicado; y también, la del señor Fernández, conductor del vehículo, al actuar imprudentemente el día de los hechos. La situación imperante en el momento de su paso por el sector inundado, hacía necesario tomar medidas de precaución, a tal grado que lo aconsejable era no pasar por ese lugar. No obstante, el conductor lo hizo, sin reparar en las consecuencias que podría ocasionar el avance del vehículo por en medio de las aguas, soslayando la intensidad de la lluvia, el nivel y la fuerza de las corrientes que discurrían sobre la calzada, lo cual tornaba muy incierto el paso. Este hecho, sin embargo, no exime al Municipio de su responsabilidad, ya que la existencia del hueco en la vía pública, antes relacionado, constituyó en la especie, factor coadyuvante de importancia rotunda, para arrastrar al vehículo hacia su mismo seno, produciéndose así las dolorosas consecuencias ya comentadas. Por lo anterior, la indemnización que cabe reconocer a los actores, aplicando aquí los principios generales de derecho, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede reducirla a un sesenta y cinco por ciento del total que llegue a establecerse con auxilio pericial, en ejecución de sentencia, dado que es indudable, según lo dicho, que la víctima que conducía el vehículo contribuyó con su propia imprudencia, a la producción del daño. Por ende, a la Comuna, no podría atribuírsele más responsabilidad que la que corresponde a su particular conducta culposa. Se estima en la proporción dicha, su cuota de responsabilidad concurrente, en relación con la del interfecto, ya que si bien -como se dijo- el último observó una actuación imprudente la cual genera una responsabilidad alicuota en la especie, ésta por su entidad, es ligeramente menor que la del Municipio. Ello se determina, al considerar que el conductor del vehículo, señor Fernández, al asumir el riesgo contra lo que aconsejaban las circunstancias adversas ya apuntadas, lógicamente nunca pudo imaginarse que en las inmediaciones existiera un hueco de proporciones tales que lo arrastrara hacia él y abarcara en su seno al vehículo. Tal hoyo

causado por la acción de las aguas, debido a la negligencia municipal, fue el factor primordial para que el percance desembocara en la irreparable pérdida de dos vidas humanas." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Número 263 de las 15:30 horas del 22 de agosto de 1990).

Por lo tanto, en los supuestos de culpa de la víctima y hecho de un tercero, será el análisis que se realice en cada caso concreto, sobre la incidencia que la actuación de la víctima o del tercero tengan en el rompimiento definitivo o no del nexo causal, el que determine la existencia de responsabilidad, y/o el grado de responsabilidad de la Administración. Por el contrario, cuando se este frente a una situación de riesgo que la Administración ha provocado, la relación causal tiende a fortalecerse, lo que también habrá que analizar en cada situación concreta.

De otra parte, se tiene que para que la lesión sea indemnizable - fin de la responsabilidad-, la lesión patrimonial debe ser antijurídica, "Antijuricidad que se dará, no ya porque sea contraria a Derecho la conducta que la motiva, sino porque el sujeto que la sufre no tenga el deber jurídico de soportar." (Jesús González Pérez, Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996, pág. 270).

Consecuentemente, la Administración debe indemnizar cuando el afectado tenga una situación jurídica protegida y como consecuencia de la cual no tiene el deber de soportar el daño y no concurren causas de justificación que lo legitimen.

Doctrinariamente, y fundamentándose en jurisprudencia de los Tribunales Españoles, se han estudiado supuestos en los cuales, a pesar de la existencia de una daño producido por la Administración, se considera que el afectado está en obligación de soportar el daño, excluyendo la responsabilidad de la Administración. Para ejemplificar lo anterior, se citan tres supuestos que constituyen causas legitimadores del deber de soportar: a. Que la ley expresamente lo establezca; b. Anormalidad del daño con ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas; c. La actitud del perjudicado.

En nuestra jurisprudencia, se encuentran, al menos dos sentencias en las que se utiliza como criterio para eximir de responsabilidad del Estado la existencia de una causa de justificación, aunque en la segunda que se transcribirá se le asimila a una fuerza mayor. Veamos:

"VIII.-

La prohibición para la venta de licores, aguardientes y cerveza en los estadios y gimnasios responde a criterios de conveniencia social, de seguridad y salud pública, lo que revela que para establecer esa prohibición mediaron motivos que caracterizan el orden público. Así, mientras el interés del actor para seguir vendiendo licores y cervezas en el local que arrienda en el Estadio Nacional es un interés particular, enteramente de carácter privado, con la finalidad de obtener mayores ganancias económicas, en cambio el interés del Estado al prohibir la venta de licores y cerveza en los estadios y gimnasios es un interés general, de carácter público, con un fin que atiende exclusivamente al orden público y de conveniencia social. Para comprender la racionalidad, utilidad y conveniencia de dicha medida, basta tener presente que en los estadios, tanto en nuestro país, como en el extranjero, se han producido desames entre los aficionados que han causado daños materiales, lesiones corporales, y hasta pérdidas humanas. El caso más reciente (...) Por todo ello, no hay duda de que la prohibición responde a exigencias de orden público y que la parte actora no tiene el derecho de reclamar indemnización alguna por el dictado de la ley que estableció dicha prohibición, y que también impedía la renovación de las concesiones, permisos y contratos relacionados con el expendio de licores, aguardiente y cerveza en los estadios y gimnasios del país." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 54 de 17:00 horas del 12 de julio de 1989)



"VI.-

En los casos de responsabilidad médica, se suele hacer referencia a las causas de exoneración, dentro de las cuales se encuentran el error excusable, el caso fortuito, la fuerza mayor y la conducta del propio paciente o de un tercero. El error excusable se da cuando un diagnóstico o un tratamiento, juzgados posteriormente, resultan frustráneos, pero ello no es atribuible a culpa del médico, pues éste no estaba en posibilidad de detectar el desacierto, previamente. Si bien no se logró el resultado útil esperado, el médico sí actuó en forma diligente, haciendo aquello sugerido por los conocimientos propios de la ciencia y las circunstancias concurrentes. El diagnóstico se realiza de acuerdo con las técnicas conocidas y el tratamiento es ejecutado conforme a las "reglas del arte", pero no se logra ninguna mejoría y, algunas veces, hasta empeora la situación del paciente. Tocante al caso fortuito y la fuerza mayor, estos son eventos representados por hechos aleatorios incontrolables para el profesional. En el primero se trata de una situación imprevisible, y por ello fuera del control del facultativo; en la fuerza mayor, de un acontecimiento externo el cual, aún pudiéndose prever, resulta irresistible, por lo cual la producción del daño no podría impedirse. Por último, mediando culpa de la víctima o de un tercero, el actuar médico no constituye causa del daño, pues éste proviene de actos ajenos, como sería, por ejemplo, la resistencia del paciente a cumplir con el tratamiento indicado o el trastorno producido por medicamentos en mal estado.

VII.-La médica no configura una ciencia exacta. Ella es falible, pues aún no se han llegado a dominar todas aquellas variantes inherentes al funcionamiento del organismo humano. Estadísticamente se ha logrado establecer el porcentaje de eficacia de ciertas intervenciones, pero, a priori, no se puede precisar si un caso en particular corresponderá a aquellas desafortunadamente infructuosas o si, por el contrario, a las exitosas. Todo tratamiento médico entraña algún riesgo y no puede garantizarse, en ningún caso, la obtención de los resultados esperados. Por ello, comúnmente se ha calificado como obligación de medios, y no de resultado, la contraída en la prestación de este tipo de servicios. El galeno, o la institución -pública o privada- encargada de brindar la prestación médica, se obligan tan sólo a ejecutarla en una forma diligente, ofreciendo al paciente aquellos medios idóneos para satisfacer sus intereses. En otras palabras, conforme a las reglas de su ciencia, deberán buscar un diagnóstico acertado, aplicar el tratamiento aconsejable, proceder conforme a la técnica habitual y con la celeridad propia del caso. Pero ello no puede garantizar el resultado esperado. La ciencia, en la actualidad, no ejerce control sobre todos aquellos morbos al acecho de la integridad personal y tampoco puede prever la reacción de cada organismo a la terapia ejecutada. Por ende, en los casos de responsabilidad derivada de la prestación de servicios médicos, resulta indispensable determinar si se actuó con la debida diligencia, si se siguieron las reglas establecidas por la ciencia para el diagnóstico de las enfermedades, para su tratamiento y la forma en la cual éste se ejecutó. Para ello, el juez deberá acudir a la opinión del médico legista, quien ha de orientarlo acerca de tales tópicos. Este perito especial deberá dictaminar en torno al caso concreto y la sujeción del actuar médico a las reglas de la ciencia; pero no le corresponde establecer si hubo "culpa" o "responsabilidad" por parte del médico o de la institución. Estos últimos conceptos son de naturaleza jurídica y es tarea del juez establecer, con base en los resultados de la peritación y las demás probanzas obrantes en autos, si se dan los supuestos requeridos para establecer una culpa y su correspondiente responsabilidad civil. Dicho de otra forma, el médico legal ayudará al juez a comprender los hechos, pero sólo este último puede valorarlos.



VIII.-El recurrente propugna, al formular sus agravios, la inexistencia de imprudencia y negligencia atribuible a los galenos de la Caja, mientras el fallo del Tribunal, según lo dicho en el considerando VI, sostiene la tesis contraria. Un primer argumento utilizado por el Ad-quem, trata de ver la imprudencia en el hecho de que fue el doctor Dauría, asistente residente, quien intervino el pie izquierdo de la paciente, el cual mostró posteriormente el mayor deterioro. Sin embargo, esa circunstancia no puede implicar la falta de técnica o pericia en lo actuado, pues la prueba evacuada no refleja errores cometidos en el tratamiento efectuado.

No cabría sustentar la culpa médica en haberse utilizado, luego del estudio en el libro Orthopedics de Turek, una técnica de cuyo resultado no podría dársele absoluta seguridad a la paciente. El método practicado, Mac Bride, es aceptado por la ciencia médica y, aunque no garantiza el resultado deseado, ello no podría implicar negligencia o impericia. La elección de una técnica quirúrgica podría considerarse inadecuada cuando, de las circunstancias del caso, se puede inferir que existen otras más idóneas para el tratamiento o, por razones especiales, ésta implique mayores riesgos, los cuales desaconsejen su utilización. Pero toda técnica, como se ha dicho, lleva ínsito un riesgo y siempre es posible un resultado no deseado. Por ende, no se puede endilgar culpa alguna por el hecho de no haberse dado "certeza" a la paciente en el tratamiento referido. Un aspecto importante en estos casos es el de la información previa al consentimiento del paciente, pues es deber del médico enterarle acerca de los riesgos propios de su tratamiento. De no hacerlo así, el consentimiento vertido sería inválido y es posible atribuir, en casos especiales, responsabilidad médica por tal motivo, como ha sostenido la doctrina y jurisprudencia de otros países como Estados Unidos, Francia e Italia. Pero, en el sub iudice, la parte actora no ha fundado sus pretensiones en la falta de información e invalidez del consentimiento otorgado, sino en la culpa en la prestación del tratamiento, motivo por el cual esa problemática no puede ser discutida, pues ello significaría alejarse de la causa pretendió propia de la litis. Ante el resultado de la primera intervención, el tratamiento prescrito a la señora Poveda consistió en enyesarla, someterla a ejercicios de rehabilitación y a una nueva operación, con lo cual tampoco se ha logrado subsanar la dolencia. Pero no por ello se ha incurrido en negligencia o culpa. Si se estuviera ante un caso fácil, las posibilidades de obtener un resultado beneficioso serían mayores, pero, según afirma el médico forense, doctor Miguel Angel Arguedas Piedra, se trata de uno sumamente difícil, "... es decir, que no es el Hallux Valgus con Juanete simple, pues en las lesiones encontradas durante la primera operación se describe exostosis marginal (crecimiento del hueso que altera su forma) de la cabeza del metatarsiano, más marcado en el lado izquierdo". Los tratamientos posteriores a la primera operación tampoco resultan reñidos con lo preceptuado por la ciencia médica, ni se ha demostrado impericia o culpa alguna en su ejecución, lo cual permitiría afirmar la responsabilidad de la demandada. La falta de resultados positivos no implica, per se, imprudencia, negligencia o culpa, como parece desprenderse del fallo impugnado. De tal suerte, dada la complejidad de ese Hallux Valgus o juanete, y lo referido en la prueba pericial en cuanto a las intervenciones quirúrgicas y tratamientos brindados a la actora, no es posible afirmar, como lo hizo el fallo impugnado, culpa alguna por parte de los médicos de la institución demandada.

Por el contrario, según predicen los autos, el agravamiento de la dolencia, se debió a fuerzas extrañas a la voluntad de los tratantes, lo cual era imprevisible, pues no se podía determinar con antelación una evolución post-operatoria como la de la paciente, la cual produjo las deformaciones de los primeros orjeos de ambos pies, sobre todo del izquierdo. En todo caso, como asevera el dictamen médico vertido por el doctor Wagner Rodríguez Camacho, el padecimiento de la paciente aún no puede considerarse definitivo, pues puede ser objeto de corrección. "Dicho tratamiento quirúrgico -señala- debe ser efectuado por un cirujano hábil, cuidadoso y con gran experiencia en casos como estos - afirma-. Esta sería una operación, que al igual que cualquiera otra, no estaría

exenta de riesgos y para efectuarse debe ser con el consentimiento de la paciente.". El cuerpo humano reacciona en forma diversa al tratamiento de ciertas enfermedades y, en el caso analizado, como lo indica el dictamen del Dr. Arguedas Piedra, el resultado de la intervención quirúrgica depende "... de la edad de la paciente, el estado de la circulación, el grado de deformidad y de la presencia o ausencia de artritis en la articulación".

Estos son algunos factores, ajenos a la voluntad de los galenos.

Asimismo, cabe recordar el papel activo del paciente en la recuperación, pues existen factores psicológicos y físicos de éste, los cuales influyen en la evolución post-operatoria. Las reacciones al dolor, suscitadas con los primeros efectos obtenidos, unidas a otros factores, podrían producir un resultado final no deseado. De la prueba evacuada, ninguna apunta hacia errores en el tratamiento dado a la paciente Poveda, como indica el recurrente, y al resolver en otro sentido el Tribunal, contradujo los hechos tenidos por ciertos en su fallo y las probanzas, sobre todo las peritaciones médicas, en las cuales aquéllos se sustentan.

IX.-El artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública establece, en su parágrafo 1., lo siguiente:

"La administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero." (lo evidenciado no es del original). Cuando un tratamiento médico no surte los frutos esperados, pese a la elección adecuada de la técnica terapéutica y la ejecución de ella conforme a los procedimientos médicos conocidos, se puede excluir cualquier funcionamiento ilegítimo en la prestación del servicio profesional. Si la inventiva humana no ha establecido aún técnicas exentas de riesgos, para el tratamiento de enfermedades o deformaciones como el Hallux Valgus, y al actuar con los medios acreditados se producen lesiones como las analizadas en este proceso, ello obedece a la imposibilidad actual de prever todas las eventuales complicaciones de un caso y de afrontar adecuadamente las fuerzas de la naturaleza que gobiernan la integridad humana. En otras palabras, se trata de casos de fuerza mayor, incontrolables para la ciencia médica actual, de los cuales no puede derivar responsabilidad civil, conforme al precepto citado. En el lenguaje médico legal, a esta situación se le suele denominar IATROGENIA, pero tal concepto no corresponde a la terminología utilizada por nuestra legislación.

Por tal motivo, la discusión en torno a la forma como fue interpretado dicho vocablo por el Tribunal y el sentido dado a éste en los dictámenes de los médicos forenses no muta en nada la situación: se trata de un caso de fuerza mayor, donde no ha existido culpa alguna en la ejecución del tratamiento médico y no se puede pretender el resarcimiento del daño, conforme a lo preceptuado por el citado artículo 190, aplicado indebidamente en el fallo impugnado, junto con las disposiciones de fondo contenidas en esta Ley en los numerales 191 y 197. Al haber resuelto como lo hizo el Tribunal, incurrió en la violación de esas disposiciones, acusada por el recurrente, motivo suficiente para casar la sentencia impugnada, y proceder a dictar nuevo fallo.

X.-Con arreglo a lo dicho, la excepción de falta de derecho, interpuesta por la accionada, ha de ser acogida, pues no se dan los supuestos requeridos por la Ley General de la Administración Pública para atribuirle responsabilidad civil por el daño sufrido por la demandante. Ello constituye base suficiente para desestimar la demanda en todos sus extremos, como lo hizo el Juzgado de primera instancia. En cuanto a las costas, estima esta Sala, existió motivo bastante para litigar, dada la naturaleza de las lesiones sufridas y la imposibilidad de determinar, sin recurrir a pruebas



especializadas como las evacuadas en autos, si hubo o no negligencia médica. Ante esta situación, conforme a la facultad concedida por el artículo 98, inciso c), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, procede exonerar a la vencida del pago de ambas costas de la acción." (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, N° 23 de las 14:40 del 21 de abril de 1993)

El anterior pronunciamiento es especialmente relevante porque admite que, cuando se han tomado todas las medidas que la ciencia ha desarrollado hasta el momento, y si aún así se produce un daño, tal situación se encuentra comprendida dentro del concepto de fuerza mayor.

Asimismo, es importante rescatar de la primera resolución transcrita que consideró que los motivos que existieron para la promulgación de la ley que prohibió la venta de licor en los estadios eran tan significativos que justificaban la actuación del Estado y que obligaban al interesado a soportar el daño.

Si bien no puede afirmarse que existe una doctrina jurisprudencial en el sentido de aplicar causas de justificación como eximentes de responsabilidad, sí es lo cierto que existen precedentes que justifican su mención en el presente estudio.

6. Responsabilidad del funcionario público

A diferencia de la responsabilidad de la Administración, la responsabilidad del funcionario no es objetiva, sino subjetiva, de conformidad con la regulación que contiene la Ley General de la Administración Pública. Esto es, el funcionario público es personalmente responsable, cuando haya actuado con culpa grave o dolo (arts. 199 y 210 de la Ley General de la Administración Pública).

"Asimismo, no debe olvidarse la diversidad existente en la Ley General citada, en cuanto a la causa de responsabilidad frente a tercero: tratándose de la administración, responde por todos los daños causados por su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero (artículo 190.1); los funcionarios públicos, por el contrario, sólo deben responder cuando hayan actuado con dolo o culpa grave (artículo 199.1). De tal suerte, al disponerse la solidaridad en la responsabilidad frente a terceros (artículo 201), el administrado puede elegir si desea encauzar su demanda contra la Administración -conforme al numeral 190-, contra el funcionario responsable -amparándose en el artículo 199-, o contra ambos, en cuyo caso no tendría derecho a más de una indemnización plenaria (artículo 202 ibídem). Por ende, no se está en presencia de un caso de litis consorcio pasivo necesario..." (Sentencia No. 29, de las 14:30 horas del 14 de mayo de 1993)." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 112 de 14:25 horas del 25 de noviembre de 1994)

Existen algunos casos donde la Ley expresamente califica la gravedad de la infracción, como por ejemplo:

- * Emisión de actos manifiestamente ilegales (art. 199)
- * El que obedeciere actos manifiestamente ilegales (art. 199)
- * La orden de ejecutar un acto absolutamente nulo (art. 170)
- * El retardo grave e injustificado en la conclusión de un procedimiento administrativo (art. 225)

En lo demás supuestos, incluidos la omisión de actuar con una diligencia debida o la omisión de un deber funcional, es necesario analizar en cada caso concreto si el servidor actuó con culpa grave(7) o dolo(8) a efectos de determinar su responsabilidad administrativa.



(7) Sobre el concepto de culpa grave se ha señalado: "De las variadas clasificaciones de la culpa que la doctrina suele establecer, la más relevante a efectos civiles es la que distingue de la culpa leve u ordinaria la culpa grave o lata. La culpa grave o lata consiste en un apartamiento de gran entidad del modelo de diligencia exigible: No prever o no evitar lo que cualquier persona mínimamente cuidadosa hubiera previsto o evitado. Puede ser grave tanto la culpa consciente como la culpa inconsciente o sin previsión. En el primer caso, siempre que el agente no haya querido ni aceptado la producción de la falta de cumplimiento o del evento dañoso previsto, pues entonces habría dolo, siquiera eventual." (Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen II, Editorial Civitas, España, 1995, pág. 1865)

(8) La diferencia entre los conceptos de dolo o culpa ha sido analizada de la siguiente forma: "La acción u omisión han de ser culpables, esto es, producto de la deliberada voluntad de dañar (dolo) o de negligencia o imprudencia (culpa) del agente. La diferencia entre estas dos formas de culpabilidad radica en la voluntariedad o intencionalidad." (Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen II, Editorial Civitas, España, 1995, pág. 2585)

Pueden presentarse dos situaciones distintas que generen responsabilidad para el funcionario -se insiste en que siempre que su actuación sea con dolo o culpa grave- que pueden presentarse conjunta o separadamente:

* Que le haya causado daño a terceros (art. 199).

* Que le cause daños a la Administración (art. 210).

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

En el primero de los supuestos, sea, que se haya causado daño a terceros, la Administración es solidariamente responsable junto con el funcionario (art. 201), lo que significa que el afectado puede decidir si dirige su acción contra el funcionario, la Administración, o contra ambos, sin que pueda alegarse, en los dos primeros supuestos la existencia de un litis consorcio pasivo necesario, tal y como se señaló en la Resolución N° 112, que a su vez se fundamenta en resoluciones anteriores.

"V- Según lo dicho en el considerando anterior, además de no haberse incurrido en quebranto alguno del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, no tiene relevancia alguna la calificación de "funcionario público" o "tercero" en cuanto al señor Valerio Chavarría. En uno u otro caso, la responsabilidad del Estado, además de directa, sería solidaria respecto de aquélla imputable al contratista y los miembros de la comisión que incumplieron su deber de vigilancia y cuidado. Si se estimara como servidor público al señor Valerio, el vínculo de solidaridad surgiría del artículo 201 de la Ley General citada. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha excluido, en forma reiterada, la existencia de litis consorcio pasivo necesario en estos casos.

Así, en la sentencia más reciente dictada en este sentido, al analizarse este problema a la luz de la normativa actual y los precedentes jurisprudenciales, se dijo: "VII.- Tocante a la excepción de litis consorcio pasivo necesario, según estima el recurrente, en situaciones como las aquí discutidas, donde se imputa la responsabilidad civil a la Administración Pública por actos concretos de funcionarios, precisa tenerlos como partes. De esta forma, ellos pueden aportar las pruebas necesarias para esclarecer si hubo culpa en su proceder o, si por el contrario, el daño producido es consecuencia de hechos ajenos a su actuación como servidores públicos. Se trata, según su



opinión, de una responsabilidad indirecta pero solidaria de la Administración Pública, lo cual se refleja, en el plano procesal, en una situación de litis consorcio pasivo necesario. Apoya su tesis el casacionista en los artículos 190.1, 203 y 205.2 de la Ley General de la Administración Pública, cuyo quebranto reclama.-

VIII.-Desde antes de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en forma opuesta a la tesis sostenida por el recurrente. Así, declaró entonces la responsabilidad directa del ente asegurador, por daños ocasionados en el ejercicio profesional médico de sus funcionarios.

Hubo, eso sí, alguna discusión en cuanto a la naturaleza jurídica de esa responsabilidad, pues en algunas ocasiones se le consideró de índole contractual, mientras en otras prevaleció su naturaleza aquiliana. No viene al caso retomar, en esta sede, las diversas posiciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales en torno a esta disputa, que, de todas maneras, ha perdido importancia luego de la promulgación de la Ley General de la Administración Pública, la cual prescinde de los criterios civilistas tradicionales al tratar esta materia. Sin embargo, conviene resaltar que, pese a las divergencias apuntadas, siempre se consideró a la Administración Pública, responsable solidaria, frente al administrado, de los daños ocasionados al brindar su servicio médico asistencial. Dentro de esa línea, se excluyó la necesidad de demandar, conjuntamente, a los médicos o personal eventualmente responsable de las lesiones inferidas. Al respecto, la Sentencia de esta Sala, N° 5, de las 16:00 horas del 15 de marzo de 1989, realiza una síntesis de las posiciones sostenidas al abordar el problema en cuestión. Al respecto manifestó: "...no hay problema de litis consorcio necesario en este asunto, pues el señor León Umaña no estaba obligado a dirigir la demanda contra el médico o médicos que tuvieron a su cuidado el tratamiento a raíz de su ingreso al Hospital, el cuatro de setiembre de mil novecientos ochenta. Bien podría haberlo hecho, facultativamente, si quería exigir responsabilidad a todos los presuntos o posibles obligados; pero en lo que hace a la Institución, bastaba con plantear la demanda contra ésta, haciendo valer la relación obligacional que se constituye entre el paciente y la entidad encargada de suministrar el servicio público de asistencia en el campo de la salud, con el consiguiente derecho de exigir el tratamiento adecuado y la correlativa obligación de prestar ese servicio. El paciente podría tener acción contra los que produjeron el daño, si hubiere negligencia o impericia, según lo dispuesto en el artículo 1045 del Código Civil; pero junto a esa responsabilidad está la del ente público que, por un vínculo de Derecho Administrativo con los que acuden a recibir atención en sus centros hospitalarios, debe prestarles un buen servicio, de acuerdo con sus posibilidades materiales y los recursos humanos de un personal médico debidamente capacitado. Nótese que no se trata de una responsabilidad derivada sólo del deber de responder por los hechos de los agentes o encargados, sino de una responsabilidad directa que proviene del defectuoso funcionamiento del servicio público. De modo que, sin que sea necesario fundamentarse en otras normas dentro del ámbito del Código Civil, bastaría hacerlo en el artículo 1045, que es donde radica la fuente de la responsabilidad de esa índole, por lo que entonces no hace falta buscar apoyo en la llamada "culpa in eligendo, establecida en el artículo 1048 párrafo tercero ibídem, así sea que esa culpa se haga notoria por el error cometido". Esta sentencia, además, hace referencia al cambio introducido por la Ley General de la Administración Pública, en lo tocante a la responsabilidad del ente por daños causados, en el ejercicio de la actividad médica en el caso específico, por sus funcionarios. En relación indica: "...en otro tiempo, cuando no existía legislación especial que contemplara la responsabilidad de los entes públicos, era preciso acudir a las reglas del derecho común para resolver sobre esa responsabilidad, quizá porque no habían evolucionado las ideas que permiten atribuir culpa directa (conforme al artículo 1045 del Código Civil), a cualquier persona que se haya hecho responsable por medio de sus órganos, cuando el servicio que éstos prestan es defectuoso.



Pero ahora, con lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública, la legislación civil cede el lugar a las normas establecidas en esa Ley, especialmente -en lo que hace al caso de autos- a lo que prescribe el artículo 190 de la citada Ley General..." Como corolario, en dicha ocasión, se concluyó, no era necesario identificar ni traer a juicio al funcionario o servidor causante del daño, pues se trata de una responsabilidad directa, la cual existe por el solo hecho del daño producido en la prestación del servicio público, independientemente de quien fuera la persona física encargada del tratamiento sanitario (Al respecto, pueden consultarse, además, las siguientes resoluciones: Sala de Casación, N° 116 de las 15:00 horas del 10 de setiembre de 1970; Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 17, de las 16:00 del 14 de abril de 1989; y Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 38, de las 15:30 horas del 13 de marzo de 1984, en la cual se afirma, al resolver sobre una acción civil resarcitoria, el carácter solidario de la obligación de la Caja por las lesiones causadas por su personal médico).

IX.-Tal criterio, ha sido reafirmado por esta Sala, con su actual integración, en una reciente resolución, la N° 16, de las 8:45 horas del 24 de enero de 1992, en la cual, al resolver un agravio análogo al aquí planteado, por unanimidad, se consideró: "...como se trata de una responsabilidad solidaria el ofendido puede dirigir su reclamo contra cualquiera de los obligados, sin perjuicio del derecho de la Administración en cuanto a sus servidores (artículos 201, 203 y siguientes, de la Ley General de la Administración Pública). De ahí que, independientemente del grado de responsabilidad que tenga el funcionario, no es obligatorio demandarlo y el Juez, aunque esa parte no esté presente en el debate, no puede dejar de pronunciarse sobre el fondo del asunto".

Esta tesis, encuentra pleno sustento en las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública, la cual, pese a indicar que "deberá citarse, a título de parte, a todo el que aparezca de los autos como responsable del daño causado" (artículo 205.2) -quien, en caso de haberlo ocasionado por dolo o culpa grave, deberá reintegrar a la Administración los daños causados (artículo 203)-, también prevé la posibilidad de que el servidor no haya sido citado. En efecto, el canon 205.1 de esa Ley dispone: "Cuando el daño haya sido producido por la Administración y el servidor culpable, o por varios servidores, deberán distribuirse las responsabilidades entre ellos de acuerdo con el grado de participación de cada uno, aún cuando no todos sean parte en el juicio". Por su lado, el ordinal 206 íbidem, establece: "1. La sentencia que se dictaré en su caso pasará en autoridad de cosa juzgada, pero no tendrá efecto respecto de los que no hayan sido citados como parte, aunque su participación en los hechos haya sido debatida en el juicio y considerada en sentencia.- 2. El servidor accionado que no haya sido citado como parte en el juicio de responsabilidad podrá discutir no sólo la cuantía de la obligación resarcitoria sino también su existencia." (lo evidenciado en las citas no es del original). De las disposiciones transcritas, queda claro, es posible no citar a los funcionarios en los asuntos de responsabilidad civil de la Administración, en cuyo caso su eventual responsabilidad puede ser requerida por ésta en ulterior proceso, en el cual se discutirá si ha actuado con dolo o culpa grave. Asimismo, no debe olvidarse la diversidad existente en la Ley General citada, en cuanto a la causa de responsabilidad frente a tercero: tratándose de la administración, responde por todos los daños causados por su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero (artículo 190.1); los funcionarios públicos, por el contrario, sólo deben responder cuando hayan actuado con dolo o culpa grave (artículo 199.1). De tal suerte, al disponerse la solidaridad en la responsabilidad frente a terceros (artículo 201), el administrado puede elegir si desea encauzar su demanda contra la Administración -conforme al numeral 190-, contra el funcionario responsable -amparándose en el artículo 199-, o contra ambos, en cuyo caso no tendría derecho a más de una indemnización plenaria (artículo 202 íbidem). Por ende, no se está en presencia de un caso de litis consorcio pasivo necesario, por lo cual tampoco se dan las violaciones de ley alegadas en el recurso..."



(Sentencia No. 29, de las 14:30 horas del 14 de mayo de 1993)." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 112 de 14:25 horas del 25 de noviembre de 1994)

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

La fórmula de responsabilidad que contiene la Ley General fue explicada por el Lic. Ortíz en la discusión del en ese entonces proyecto de ley, de la siguiente forma:

"En Costa Rica prácticamente no ha existido un régimen de la responsabilidad personal del servidor público, por los entuertos o agravios que comete en la función. Esto ha sido toda una elaboración muy vieja por el miedo de que al responsabilizar personalmente al funcionario pueda paralizarlo, por temor a las consecuencias de su actuación. Entonces idearon una serie de descripciones muy sutiles entre lo que se llama de la falta personal y la falta de servicio. Se decía que la falta personal es aquella que obedece a la mala fe o al desapego del funcionario respecto al ordenamiento que rige en su conducta como funcionario.

En cambio la falta del servicio, es aquella explicable aún con buena intención de cumplir la ley por la falibilidad humana. Son errores excusables. Posteriormente la jurisprudencia evolucionó en Francia en un sentido cada vez más práctico en la siguiente forma.

Se constató que en la práctica era muy difícil establecer ese juego de distinciones. Se tendió cada vez más a hacer al funcionario más responsable por lo que fuera su conducta en el desempeño de las funciones en daño para el tercero. En Francia se ha llegado a la conclusión de que casi todas las faltas originan una acumulación de responsabilidades. El funcionario que va a responder ante la administración y va a responder al particular. Nosotros hemos querido coger de toda esa evolución lo que consideramos que es sano. En principio sano consiste en que el funcionario sepa que no obstante que es funcionario debe tener el mismo deber de prudencia y diligencia y respeto a los derechos ajenos que el ciudadano común. No hay razón para que se castigue con responsabilidad a un ciudadano común que le causa daño a otro, y no se castigue con igual responsabilidad a un empleado público que imprudentemente, negligentemente le causa un daño a un particular.

Todavía más es más punible nos parece esto último porque se supone que por su posición ha de tener no sólo una conducta más ejemplar sino más controlada. El término tal, es que el que viola gravemente sus deberes del cargo en realidad comete una negligencia punible. Sin embargo hemos optado por emplear dos términos que en Costa Rica se han empleado siempre en el Código Civil y en muchos ordenamientos jurídicos nuestros. El dolo o culpa grave, que significa efectivamente una culpa que ya está muy definida por los tribunales. Dependiendo de cada caso, es aquella caso en dónde o intencionalmente o corriéndose un riesgo, o con obvia conciencia de que se están violando reglas elementales se causó un daño. En esos casos nosotros considera (sic)... y además conveniente para el buen andamiento de la administración, desde el punto de vista y que crea cuidado y responsabilidad en un funcionario y que éste sea responsable personalmente ante el particular por el daño que le causa. Aparte de la responsabilidad disciplinaria que pueda tener, éste señor le va a responder en primer término al ofendido por el daño que le causó. En segundo término le va a responder a administración si la administración tiene que pagarle al particular. En un freno para el descuido la negligencia grave de la administración, en el desempeño de sus funciones. Por eso hablamos de dolo o culpa grave. Lo que se podría llamar culpa leve o culpa profesional o culpa habitual, esos descuidos explicables en un funcionario esos



no se sancionan.

Pero lo que es un descuido grave, un olvido de reglas elementales de prudencia en el desempeño de su cargo, eso es sancionado por la responsabilidad frente al administrado ofendido y frente a la administración como veremos en el capítulo que sigue." (Acta N° 104 de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de 3 de abril de 1970, pág. 10).

Este tema fue tratado en el pronunciamiento C-127-98 de 30 de junio de 1998 en los siguientes términos:

"En el artículo 199 del mismo cuerpo legal, queda consagrada una responsabilidad subjetiva de los servidores públicos ante terceros, dado que se debe demostrar que medió dolo o culpa grave en su accionar, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la Administración, la cual queda facultada para recobrar, a la luz de los artículos 203 y siguientes, en la vía ejecutiva, las cantidades pagadas como reparación para los administrados afectados por la actuación contraria a derecho de sus empleados: 'En el numeral 199 viene a definirse la responsabilidad del servidor ante terceros.

Se advierte que éste es "responsable personalmente" ante terceros cuando haya actuado con "dolo" o "culpa grave" en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo. Sin embargo, la Administración Pública es solidariamente responsable, debiendo recobrar plenariamente lo pagado por ella para responder del hecho doloso o culposo grave. La recuperación administrativa deberá incluir los daños y perjuicios causados por la erogación respectiva (art. 203). Consecuentemente, la falta personal, en los términos del artículo 199 de la LGAP, es generadora de responsabilidad personal cuando esté revestida de dolo o culpa grave.' (Procuraduría General de la República, dictamen C - 050 - 92 del 16 de marzo de 1992) Ya desde el seno legislativo, la responsabilidad del funcionario fue objeto de extensas discusiones:

(...)

(Acta N° 104 de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de 3 de abril de 1970, pág. 10). Sobre el particular que actualmente es el 210, el Lic. Eduardo Ortíz expresó: 'Esto se refiere al caso de que un empleado le causa daños a los bienes del Estado. No es que daño a un tercero, sino que sencillamente destruye un vehículo o le causa daño al equipo, sin que haya intervención de un tercero.' (Op. Cit. pág. 12). (Procuraduría General de la República, dictamen C - 106 - 92 del 9 de julio de 1992) Por imperativo legal, la Administración debe ejercer la acción que, según la doctrina que informa a la Ley General, podemos llamar de recuperación (artículos 203 párrafo 2) y 210 párrafo 3)), a través de la cual se le cobrarían a los funcionarios responsables: * las sumas pagadas a los terceros como reparación por los hechos dolosos o ejecutados con culpa grave de sus servidores, más los daños y perjuicios que se deriven de dicha erogación, o bien, * los daños y perjuicios que el funcionario cause a la Administración aunque no haya daños a terceros. A estos efectos, no existe ninguna diferencia si la indemnización a terceros se da en virtud de un fallo judicial o por cualquier otro medio, como podría ser una conciliación dentro del proceso, o bien una satisfacción extraprocesal de la pretensión.

Si son varios los funcionarios, al momento de ejercerse la determinación de la responsabilidad y, consecuentemente la acción de recuperación, deberá distribuirse entre todos ellos y por ese motivo han de ser citados como parte al proceso. Asimismo, debe valorarse, en la distribución interna de responsabilidades, si la Administración como tal tiene algún grado de responsabilidad que disminuya o limite la de sus funcionarios. Para tales efectos, deviene indispensable que la Administración realice el procedimiento administrativo ordinario regulado en los numerales 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.

La Ley General indica que, en cualquiera de las dos hipótesis - daño a terceros indemnizado por la Administración o daño a la Administración sin daño a terceros -, se efectuará la recuperación en la vía ejecutiva, y serán documentos de esa naturaleza "la certificación o constancia del adeudo que expida la Administración, pero cuando haya sentencia por suma líquida la certificación deberá coincidir so pena de perder su valor ejecutivo" (artículo 204) y también "la certificación sobre el monto del daño expedida por el jerarca del ente respectivo" (artículo 210)(9).

(9) Numerales cuya constitucionalidad ya fue declarada por la Sala Constitucional, mediante Votos 2180-96 de 10 de mayo de 1996 y 2360-96 de 17 de mayo de 1996.

Pero, repetimos, para expedir dicha certificación previamente deben cumplirse una serie de etapas: la realización del respectivo procedimiento ordinario y las intimaciones de ley. Esto no sólo por expresa disposición de ley, sino también porque nuestros Tribunales valoran dentro del ejecutivo si se cumplió o no con el debido proceso. A manera de ejemplo, puede citarse la siguiente resolución: "III.- Que el artículo 146 de la Ley General de la Administración Pública otorga a la Administración, la facultad de ejecutar por sí, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado. No obstante esa disposición, y en razón de que el acto final puede causar perjuicio grave al administrado para la mayoría de este órgano es necesario que se lleve a cabo lo que en doctrina se conoce como el debido proceso y que a nuestro entender, es el establecido en los artículos 308 y siguientes de ese cuerpo normativo -procedimiento ordinario-, para luego del acto final hacer uso de los medios coercitivos que brinda la ley y para el caso de autos, resulta ser el inciso a) del artículo 149, como medio de ejecución administrativa, sobre el patrimonio del administrado cuando se trate de un crédito líquido de la Administración. Este artículo preceptúa, que el título ejecutivo lo constituye la certificación del acto constitutivo del crédito expedido por el órgano competente.

IV.-

Que en el sub- litem y a instancia de la Procuraduría General de la República, la que hizo ver al Ministerio de Obras Públicas y Transportes la necesidad de cumplir con el debido proceso, que se procedió de esa manera obteniéndose del elenco de hecho probados, la realización de la comparecencia oral y privada, la recabación de la prueba y la citación en el término previsto y además, la resolución final emitida por el Organismo Director del Procedimiento, lo que permite concluir que hasta ahí, se cumplió con lo establecido por la ley empero, para la emisión del documento base de la acción, lamentablemente dejó de lado lo establecido por el artículo 150 ibid que a la letra reza:

"1.-

La ejecución administrativa no podrá ser anterior a la debida comunicación del acto principal, so pena de responsabilidad. 2.- Deberá hacerse preceder de dos intimaciones consecutivas salvo caso de urgencia. 3.- Las intimaciones contendrán un requerimiento de cumplir, una clara definición y comunicación del medio coercitivo aplicable que no podrá ser más de uno, y un plazo prudencial para cumplir. 4.- Las intimaciones podrán disponerse con el acto principal o separadamente. 5.- Cuando sea posible elegir entre diversos medios coercitivos, el servidor competente deberá escoger el menos oneroso o perjudicial de entre los que sean suficientes al efecto.

6.-

Los medios coercitivos serán aplicables uno por uno a la vez, pero podrán variarse ante la rebeldía del administrado si el medio anterior no ha surtido efecto."

V.-Que de lo expuesto en los acápites precedentes se determina que luego de la culminación del procedimiento ordinario, y, antes de la emisión del título ejecutivo, es requisito indispensable hacer las intimaciones al obligado para la satisfacción de lo debido y es del caso que en el sub examine, no consta que se hayan realizado y tampoco se demostró la urgencia del cobro como para obviarlas, única circunstancia permitida para hacer caso omiso a lo ahí dispuesto. Así las cosas, para la mayoría de este Tribunal, el documento base de la acción no es hábil para el cobro que se intenta en la vía sumaria, al no cumplir a cabalidad, con las exigencias del ordenamiento y en esa inteligencia, el fallo del a quo que declara la falta de ejecutividad, merece la aprobación. (Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, No.289-92 de las 9:15 horas del 31 de marzo de 1992) Es por ello que resulta indispensable que, junto con la certificación que sirve como título ejecutivo, se acompañe copia certificada de las piezas del expediente administrativo con las cuales se pueda comprobar la existencia del debido proceso. De lo dicho hasta aquí, se concluye que, en efecto, la Administración Pública puede proceder en sede judicial contra sus funcionarios, pero siempre y cuando haya incurrido en erogaciones por daños causados por ellos, aunque sólo se hayan utilizado los medios y oportunidades que les ofrece el cargo, tal y como lo dice el artículo 199 de la ley citada."

Más aún, la Administración de acuerdo con la jurisprudencia nacional, no sólo es solidariamente responsable junto con sus servidores, sino también en relación con terceros a los que se ha encargado la realización de una actividad de la Administración. En la siguiente Sentencia se analiza ese supuesto.

"Si, por el contrario, se llega a concluir que don Antonio Valerio no es, en sentido estricto, funcionario público, sino un tercero, encargado contractualmente por la Administración para realizar algunos actos en las festividades organizadas por la Comisión de Traspaso de poderes -juegos pirotécnicos-, también encontramos que la responsabilidad concurrente con la administración sería de naturaleza solidaria, en cuyo caso tampoco existiría el litis consorcio pasivo necesario alegado por la representante del Estado.

Como principio general contemplado por el artículo 201 de la Ley General de la Administración Pública, se establece la solidaridad de la administración y sus funcionarios frente a terceros, por los daños ocasionados a éstos. En la Ley citada no se establece, empero, disposición específica alguna que regule el régimen de responsabilidad, cuando la Administración encarga a otro la realización de actos y éste produzca un daño a terceros. Al no existir norma expresa, la laguna debe colmarse utilizando los criterios señalados por el artículo 9° , 2, de la Ley General dicha, que dice: "Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios". En todo caso, las normas deberán interpretarse respetando los derechos e intereses del particular y la realización del fin público respectivo. Así, un primer dato insoslayable lo constituye el principio establecido por el artículo 201 antes citado, en el cual, como norma general, se prevé la responsabilidad solidaria del Estado por los daños causados a terceros por sus funcionarios. Dicha disposición, si bien no establece expresamente su aplicación a casos como el analizado, puede aplicarse analógicamente a situaciones como la actual. Cabe recordar, que también la interpretación e integración debe realizarse tomando en cuenta las otras normas



conexas y la naturaleza y valor de los hechos a los cuales se refiere (artículo 10, 2., ibídem). Por ende, el principio de solidaridad establecido por el citado artículo 201, es extensible a los casos de responsabilidad del Estado por hechos cometidos por sujetos a los cuales ha encargado la realización de actos, pues existe un supuesto de hecho similar, respecto del cual encuentra plena aplicación la ratio legis del citado artículo.

A nivel jurisprudencial, como se vio, el criterio seguido ha sido el de establecer la responsabilidad solidaria por parte de la Administración, cuando algún funcionario ha cometido daños a los administrados. Dicha tesis se sostuvo desde antes de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, y luego de su promulgación se consolidó. Al respecto, los precedentes citados en el considerando anterior resultan elocuentes. Por último, aún si se echara mano de la legislación civil para colmar la supuesta laguna, la solución no sería diferente. Al respecto, el artículo 1048, párrafo 3° , establece: "El que encarga a una persona el cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia; y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar". También, según la legislación civil, la responsabilidad en este caso sería solidaria. En todo caso, es el propio ordenamiento referente a la responsabilidad de la administración por actos de los funcionarios públicos, el aplicable, en cuanto a la solidaridad, a situaciones como la aquí discutida. No sólo por la utilización de la analogía, sino por cuanto es un principio general más acorde con los principios del Derecho Constitucional y Administrativo. Por analogía se entiende, desde un punto de vista lógico, un procedimiento de inducción singular de un caso a otro, por medio del cual se busca extender la validez de una proposición de una determinada situación a otra genéricamente similar. En la antigüedad era conocido como el nombre de "procedimiento por semejanza". A diferencia de los procedimientos deductivos, en la inducción analógica la validez de la conclusión no es necesaria, sino únicamente probable. En otras palabras, en la analogía se compara una situación o hecho con otra situación o hecho, y así se trata de obtener una conclusión particular. El argumento analógico se basa en aquellos aspectos o connotados similares entre las situaciones analizadas, de modo tal que entre más se parezcan los aspectos esenciales y no meramente accidentales de ellos, más convincente será la conclusión extensiva que se haga. Por medio de este procedimiento, se busca aplicar un principio jurídico que la ley establece para cierta hipótesis, a otro hecho no regulado expresamente, pero que presente su misma esencia jurídica. Se trata de situaciones en las cuales no existe una identidad de hecho, sino una similitud sustancial tan relevante que justifique la aplicación de la norma establecida para el caso contemplado por el legislador a aquél carente de regulación. La aplicación de la analogía se justifica por la necesidad de regular hechos semejantes, según el principio de la igualdad jurídica, con normas semejantes (respecto de la interpretación analógica, puede consultarse la Sentencia de esta Sala, No. 1, de las 15:00 horas del 5 de enero de 1994). Precisamente, se puede constatar la existencia tal similitud entre el supuesto previsto por el artículo 201 y la responsabilidad concurrente de la administración y de un sujeto al cual le encargó la realización de ciertos actos, y no hay ninguna razón válida para aplicar principios diferentes.

Por ende, si bien la Sala comparte el criterio de la recurrente, según el cual don Antonio no es un funcionario público, su ligamen con la administración y las omisiones de cuidado y supervisión de la Comisión de Traspaso hacen que deba imponerse, a cargo de ella, la obligación resarcitoria, sin que sea necesario al efecto llamar a juicio al señor Valerio, pues se trata de una responsabilidad solidaria en la cual la víctima puede enderezar su acción contra cualquiera de los responsables." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 112 de 14:25 horas del 25 de noviembre de

1994)

Por lo tanto, de conformidad con nuestra Ley General de la Administración Pública(10) habrá responsabilidad civil del funcionario cuando actúe con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus atribuciones, tomándose en cuenta que, de conformidad con el principio contenido en el artículo 113 de ese cuerpo normativo, a mayor grado de jerarquía mayor grado de responsabilidad.

(10) Debe tomarse en cuenta que el análisis se ha realizado a partir de lo dispuesto por la Ley General de la Administración Pública. En todo caso, tómesese en cuenta que en los numerales 74 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se desarrolla el tema de la responsabilidad civil del servidor, aunque en términos bastante similares a la Ley primero mencionada o con referencia a ella.

Nótese que los criterios que establece dicho cuerpo normativo para determinar la responsabilidad disciplinaria son similares a los señalados para la responsabilidad civil. El artículo 211 de la Ley General señala:

"1. El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento jurídico, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes.

2. El superior responderá también disciplinariamente por los actos de sus inmediatos inferiores, cuando él y estos últimos hayan actuado con dolo o culpa grave.

3. La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia."

Consecuentemente, de probarse una actuación dolosa o por culpa grave del servidor puede exigírsele responsabilidad civil y disciplinaria a éste, debiendo también, en este último supuesto, tramitar previamente el procedimiento administrativo correspondiente.

7. Servicio público

Sin tener como objeto un desarrollo completo de la noción de servicio público, si es importante tomar en cuenta que "Llevados a sus valoraciones máximas, el servicio público es la razón legitimadora del Estado, y la continuidad y regularidad son la esencia de aquél. (...)...los órganos públicos están ante todo encargados de asegurar el funcionamiento de los servicios en las mejores condiciones posibles; ellos tienen, como consecuencia, no sólo el poder sino el deber de intervenir para realizar todas las modificaciones necesarias para el buen funcionamiento de los servicios públicos sea éste concedido o no... y de este poder público el Estado no puede abdicar, en cuanto que está encargado de asegurar el funcionamiento de los servicios en las condiciones más ventajosas para los administrados." (Martínez Marín Antonio, *El Buen Funcionamiento de los Servicios Públicos. Los Principios de Continuidad y Regularidad*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1990, págs. 25 y 27)

De conformidad con la Ley General de la Administración Pública, la actividad de los entes públicos "... deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad de trato en los destinatarios, usuarios o beneficiarios."

(artículo 4)

Doctrinalmente, se ha indicado sobre este concepto:

"El servicio público es, para Royo Villanova, la organización a través de la cual se realiza la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines. Para Boquera, son servicios públicos las organizaciones administrativas que satisfacen directamente, o proporcionan a los administrados el medio de satisfacer, una finalidad que se considera pública. Para Adolfo Posada, el servicio público, de modo general y en el sentido actual, expresa la noción de la actividad final del Estado y, anteriormente, para Santamaría de Paredes el servicio público es el ejercicio de una función que tiene por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública. Para García Oviedo, el servicio público es una ordenación de elementos y actividades para la satisfacción de una necesidad pública, mediante la acción de una personalidad pública -aunque no siempre sean las personas administrativas quienes asuman esta empresa- y regulado por un régimen jurídico especial. Para Alvarez-Gendín, es una coordinación o conjunto de actividades jurídico-administrativas, financieras y técnicas que organizan el Estado o las corporaciones autárquicas, por pertenecer a su iniciativa, encaminadas a satisfacer económicamente necesidades públicas, de manera regular y continua. Para Gascón y Marín, es el prestado para satisfacer necesidad general pública, de modo regular y continuo, utilizando procedimiento jurídico público también que somete las relaciones creadas a régimen especial. Para Pérez Botija, es una actividad organizada para satisfacer una necesidad colectiva de interés público o social de una manera regular y continua por una institución oficial regida por un régimen jurídico especial y sin fin especulativo. Para Fernández de Velasco, aceptando como propia la definición de Hauriou, el servicio público es una organización pública de poderes, competencias y prácticas, que tiene por función prestar al público, de una manera regular y continua, un determinado servicio creado con fines de policía, tomada esta palabra en su sentido amplio. Para Carretero Pérez, es una organización administrativa que asume la función de proporcionar al público, de una manera regular y continua, una prestación técnica. El concepto de Gaspar Ariño está determinado por las siguientes notas principales: actividades indispensables y esenciales para la comunidad, de titularidad y responsabilidad pública, abiertas a la gestión privada sólo mediante concesión aunque siempre bajo la dirección unitaria del Estado, de prestación regular y continua, y sometidas a una rigurosa reglamentación en muchos de sus aspectos. Finalmente, Juan Miguel de la Cuétara escribe que el concepto de servicio público, por ser lo primero (servicio), ha de consistir en la actividad prestada continua y regularmente por una organización, destinada a aportar alguna utilidad a alguien, y, por ser lo segundo (público), ha de ser gestionado en nombre de la colectividad y ofrecido a la misma."

(MARTINEZ MARIN, Op cit., págs. 46-47)

Visto que en muchas de las precisiones contenidas en la anterior cita se repiten los conceptos de regularidad y continuidad, se considera oportuno dar la definición que sobre los mismos ofrece el autor de referencia:

"La continuidad y regularidad es el deber que tiene la Administración pública y el consiguiente derecho del usuario a exigir una prestación adecuada y satisfactoria con que solucionar su necesidad. Esta noción posibilita una comprensión de todas las modalidades prestacionales, ya sea según criterio cronológico - constantes o periódicas-, ya también según el operativo -adecuada cantidad y calidad de la prestación- que rechaza tanto la interrupción de ésta como su deficiencia para satisfacer la necesidad del usuario. Finalmente, el carácter lineal, como criterio rígido, cede a la variabilidad, como criterio mutable del contenido prestacional en razón de la necesidad



concreta."

(MARTINEZ MARIN, op. cit., pág. 74.)

Por lo tanto, es clara la obligación de la Administración Pública de prestar adecuadamente los servicios públicos que se han establecido a su cargo, concepto que comprende la continuidad, la regularidad y la eficiencia de éstos.

Obviamente, le corresponderá a los funcionarios encargados de la prestación de cada servicio público tomar las decisiones convenientes y oportunas con el objeto de que éste se brinde dentro de parámetros que puedan ser considerados como de funcionamiento normal.

8. Análisis de la situación planteada

El objeto del anterior estudio es darle un panorama general a la Administración que la oriente sobre los criterios que se han manejado, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Obviamente, este tema es muy amplio, y no se ha pretendido abarcar por completo, pero sí, al menos, se ha hecho referencia a los aspectos que se consideran claves para el análisis, por parte de la Administración activa, para determinar, en cada caso concreto, si existe o no responsabilidad de la Administración si llegasen a existir fallos en la prestación de los servicios que brinda el Estado como consecuencia del problema denominado "Crisis Informática del año 2000".

Tal y como señaló este Organismo Asesor en el pronunciamiento C-058-93 de 3 de mayo de 1993, ante una consulta genérica que también se refería al tema de la responsabilidad, "...esta Procuraduría no puede emitir un criterio genérico sobre si procede o no la responsabilidad del Estado en los supuestos que establece la consulta, puesto que depende -como se desprende de los artículos antes mencionados y de la jurisprudencia citada- de una serie de elementos que deben ser analizados a la luz de un caso concreto, por la Administración activa ante una solicitud de este tipo, o bien por los Tribunales de Justicia."

Especialmente relevante resulta para el caso consultado la determinación de una serie de circunstancias de hecho y técnicas que en este momento resultan imposibles de prever para poder hacer afirmaciones concretas sobre cuál va a ser la responsabilidad administrativa frente a la crisis informática del año 2000. Por lo tanto, lo que se tratará de enfocar son distintos supuestos para ver las variables que se pueden presentar en punto a la responsabilidad.

Es claro que existe un deber administrativo de prestar los servicios públicos de forma continua y eficiente, con el objeto de satisfacer las necesidades para las cuales fue creado. Ello implica que las decisiones que tome la Administración siempre deben estar orientadas al cumplimiento de tales principios.

La problemática que se presenta es si la referida crisis informática del 2000 puede alterar ese funcionamiento continuo y eficiente del servicio.

Obviamente, es deber de la Administración, y consecuentemente, de sus funcionarios, valorar y evaluar las particularidades y condiciones de sus sistemas informáticos y tomar las decisiones oportunas y técnicas que se requiera en cada caso, con el fin de evitar o minimizar los efectos que se podrían presentar en los servicios que brinda el Estado, si fallan sistemas que contienen información que impedirían prestar de manera continua y eficiente el servicio. De no tomarse tales medidas, la situación de la Administración y de los funcionarios responsables frente a reclamos de

responsabilidad se tornaría bastante difícil para su defensa.

Lo anterior por cuanto, de presentarse bajo esas circunstancias una deficiencia en los servicios que presta la Administración, y de ocasionarse un daño antijurídico y resarcible, cuya causa depende directa y únicamente de ello, podrían estar presentes todos los elementos necesarios para que surja la responsabilidad del Estado.

Hay que tener presente que en la realidad las situaciones no se presentan puras. Así, puede haber casos en que se tomaron medidas, pero no las suficientes, las técnicamente recomendadas, etc. En esos supuestos habrá que valorar, caso por caso, si se presentan los distintos elementos que fueron analizados a lo largo de este estudio, a efecto de dilucidar si existe responsabilidad o no.

En este momento, no hay certeza de sí, aún tomando las medidas recomendadas, técnica y razonablemente, se pueden producir disfuncionamientos en la prestación del servicio. En estos supuestos, al igual que en anterior, se necesitará valorar caso por caso, los criterios aplicables. Por ejemplo, valorar la normalidad y anormalidad del servicio tomando en cuenta los parámetros que para ese momento se puedan aplicar, y de estarse en el primer supuesto, si existió un daño especial; analizar la posibilidad de justificantes o eximentes de responsabilidad, tales como la fuerza mayor -se podría considerar la posibilidad de que sea un hecho previsible pero irresistible-, el hecho de un tercero -participación de quienes diseñaron los equipos- o la propia culpa de la víctima -que por su actitud negligente pudo haber agravado el daño-, etc. En este último supuesto, puede resultar especialmente relevante la información que se haya brindado al usuario del servicio con el objeto de minimizar el daño, y que éste no hubiese acatado lo indicado por la Administración.

En el caso de los funcionarios, si conociendo del problema no toman medida alguna, sería relativamente fácil probar la culpa grave, puesto que ha sido ampliamente informado -tanto a nivel nacional como internacional- la posibilidad de que con el cambio de milenio se presenten problemas de funcionamiento de aquellos equipos que utilizan únicamente dos dígitos, y por lo tanto, se podría estar frente a una actitud negligente del servidor que sea valorada como falta grave.

Todavía más clara la responsabilidad del funcionario si se logra demostrar que esa falta de previsión del funcionario obedece a una voluntad dolosa.

Cuando se tomen medidas, pero aún así se produzca un funcionamiento anormal del servicio, habrá que determinar, en cada caso concreto, si existió dolo o culpa grave -en los términos ya expuestos- con el objeto de definir su responsabilidad. Lo anterior por cuanto, puede ocurrir que aún y cuando se presente problemas con el servicio público no exista responsabilidad del funcionario si su actuación se ajustó a los deberes que el cargo le impone.

Resulta imposible, definir desde ya la existencia o no de este tipo de responsabilidades por las múltiples variables que se pueden presentar, lo que sí es cierto que hay medidas mínimas a tomar, por ejemplo, la primera de ellas debe ser una evaluación del equipo para determinar la posible existencia de problemas con el cambio de dígitos que presenta el nuevo milenio. Lo anterior, determinará, en cada caso concreto, la necesidad de tomar otro tipo de decisiones y, consecuentemente, las diferentes responsabilidades que pueden surgir: la de los Jerarcas en lo que es de su competencia; pero a partir de allí pueden incluirse otros funcionarios que tienen también capacidad decisoria y otros ejecutoria en la materia.

Como puede observarse, no se puede determinar exactamente la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, pero se pretende haber dado elementos de juicios suficientes para que la Administración pueda analizar su caso particular.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 PACHECO SALAZAR, Aracelly. Derechos, Deberes y responsabilidades de los funcionarios públicos. Artículo de revista publicado en "Revista de la Contraloría General de la República". No 36, Año XVII-Diciembre. 1983. pp 24-28.
- 2 MONTIEL QUIRÓS, Alejandra. Deberes y Obligaciones del Funcionario Público. Tesis de grado para optar por la licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. U.C.R. 1996. pp 234-238.
- 3 MARTINEZ BRENES, Luis y otro. La nulidad del acto administrativo. Artículo de revista publicado en la "Revista Judicial" No 22 Año VI. Julio 1982. pp 109-113.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2004-10762. San José, a las dieciocho horas con cincuenta y nueve minutos del veintinueve de setiembre del dos mil cuatro.
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-052-1999. San José, 16 de marzo de 1999.