

Informe de Investigación

Título: CRITERIOS DE LA PROCURADURÍA RELATIVOS AL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

Rama del Derecho: Derecho Administrativo	Descriptor: Contratación Administrativa
Tipo de investigación: Simple	Palabras clave: Contratación Administrativa, Inicio procedimiento.
Fuentes: Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 03/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Normativa.....	2
a) Ley de Contratación Administrativa.....	2
3 Jurisprudencia.....	2
a) Dictámenes de la Procuraduría General de la República relacionados al artículo 7° de la Ley de Contratación Administrativa sobre el inicio del Procedimiento.....	2
Dictamen: C-147-2009.....	2
Opinión Jurídica: O.J 20-2001.....	11
Opinión Jurídica OJ 116-99.....	27

1 Resumen

En el presente informe de investigación se incorporan los pronunciamientos de la Procuraduría General de la República que desarrollan análisis relacionados al artículo 7° de la Ley de Contratación Administrativa, de esta forma, a través de casos concretos se analizan las facultades de los responsables de la ejecución del procedimiento, además de otros temas relacionados. Cabe señalar que no existen pronunciamientos de los tribunales respecto a este artículo hasta la fecha.



2 Normativa

a) Ley de Contratación Administrativa

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹

Artículo 7.- Inicio del procedimiento.(*)

El procedimiento de contratación se iniciará con la decisión administrativa de promover el concurso, emitida por el jerarca o titular subordinado competente. Esta decisión encabezará el expediente que se forme y contendrá una justificación de su procedencia, una descripción y estimación de costo del objeto, así como el cronograma con las tareas y los responsables de su ejecución.

La justificación del inicio del procedimiento de contratación deberá estar acorde con lo establecido en los planes de largo y mediano plazos, el Plan Nacional de Desarrollo, cuando sea aplicable, el plan anual operativo, el presupuesto y el programa de adquisición institucional, según corresponda.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8511 de 16 de mayo del 2006. LG# 128 de 4 de julio del 2006

3 Jurisprudencia

a) Dictámenes de la Procuraduría General de la República relacionados al artículo 7° de la Ley de Contratación Administrativa sobre el inicio del Procedimiento.

Dictamen: C-147-2009

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]²

Dictamen: C-147-2009

26 de mayo, 2009

MSc . Alvaro Coghi Gómez

Gerente General

Correos de Costa Rica

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento oficio GG-05-595-07 de 19 de junio de 2007, reasignado a la suscrita el 15 de mayo último, mediante el cual consulta si es posible que la Junta Directiva apruebe “contratos modelo” cuando se refieran a la actividad ordinaria que despliega la empresa, sin que sea necesario someter a conocimiento cada uno de dichos contratos, de previo a que se ordene su ejecución.

Adjunta Ud. el criterio de la Asesoría Jurídica, N° DL-AF-570-07 de 15 de junio anterior. Señala la Asesoría que en principio para la validez y eficacia de todo contrato en que Correos es parte se requiere la aprobación de la Junta Directiva. En su criterio, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Correos, la Junta Directiva define y aprueba las políticas institucionales y estrategias de desarrollo, concepto que está más encaminado a la administración marco de la empresa, correspondiéndole al Gerente General la administración de la sociedad. En cuanto a la aprobación de contratos modelo por parte de la Junta Directiva, agrega que la actividad ordinaria de Correos es la definida en el artículo 1 de la Ley de creación, sea la prestación del servicio postal en Costa Rica, que consiste en la recepción y tratamiento de la correspondencia que ingrese por medio de la red postal. Esta actividad se desarrolla a través de tres tipos de contrato en que la Empresa es parte. Así, los contratos que son producto de un proceso licitatorio, que se realizan de acuerdo con el Reglamento de Contratación de Correos de Costa Rica y cuyo objeto es la adquisición de bienes y servicios. En segundo lugar, los contratos que son producto de la participación en procesos licitatorios amparados en la Ley de Contratación Administrativa, cuyas bases no son definidas por Correos. En tercer lugar, considera los contratos que son producto del desarrollo de la actividad ordinaria y que tienen por característica que sus cláusulas son iguales para todos y que a pesar de que no sean contratos “modelos” los mismos están referidos a la actividad ordinaria. Considera que respecto de los contratos referidos a la actividad ordinaria y que se clasifican como contratos modelo no existe impedimento legal para que la Junta Directiva tome el acuerdo de que se norme, aprobando la Junta Directiva la esencia de las cláusulas, para que sean firmados por el Gerente General o Subgerente General, sin necesidad de que sean sometidos a conocimiento de la Junta Directiva, a condición que el contrato modelo sea previamente aprobado por la Junta, que en los contratos se haga referencia al acuerdo de la Junta Directiva en que se aprobó el contrato modelo. Si alguna de las partes quiere modificar las cláusulas del contrato modelo, de previo a la firma del contrato, la Junta debe conocer y aprobar el cambio. La Gerencia General, como parte del deber de información que le incumbe, debe remitir un informe mensual a la Junta Directiva, informándole de los contratos que ha suscrito en el mes anterior. Por lo que concluye que es posible que la Junta Directiva de Correos de Costa Rica, en caso de contratos referidos a la actividad ordinaria de Correos apruebe contratos modelo, cumpliendo los requisitos indicados en el criterio.

De acuerdo con lo consultado, la Procuraduría debe referirse a la competencia de la Junta Directiva de Correos en relación con la facultad de contratar. Es de advertir que la Procuraduría se limita a analizar la competencia en cuestión, sin entrar a analizar si es posible o no establecer tipos de contratos o las características que estos deben reunir. Conforme lo dispuesto en los artículos 5 de

nuestra Ley Orgánica y 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República corresponde al Órgano Contralor el ejercicio de la función consultiva en materia de contratación. Por consiguiente, el presente pronunciamiento se limita a establecer los principios en orden a la competencia, en cuanto esta es un elemento de la organización administrativa, ámbito en el cual la Procuraduría ejerce plenamente su función consultiva.

A.-EN ORDEN A LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

Cada organismo público posee capacidad para actuar jurídicamente la competencia de que es titular. La competencia administrativa es un corolario del principio de legalidad, cuyo objeto es señalar los poderes y deberes con que cuenta la Administración Pública para actuar conforme el ordenamiento. La competencia es la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos y se resume en los poderes y deberes que han sido atribuidos por el ordenamiento a un órgano o ente público, lo que delimita los actos que puede emitir válidamente. En esa medida, la competencia constituye un elemento de validez del acto administrativo.

La atribución de una competencia en favor de un ente u órgano presenta varias características. En primer término, la atribución debe ser expresa: los órganos y entes públicos sólo son competentes para ejercitar los poderes que expresamente hayan sido otorgados por el ordenamiento. En ese sentido, se afirma que la atribución de competencias no puede presumirse, sino que debe derivar de un acto normativo expreso. Por otra parte, si bien se afirma como un principio general de Derecho Administrativo que la competencia es expresa, el ordenamiento acepta la titularidad de potestades implícitas, consecuencia de la definición de los fines que corresponde concretizar al ente y de la propia competencia expresamente atribuida a éste. Se ha dicho que:

"En los supuestos en los que el ordenamiento atribuye a un ente u órgano la competencia sobre una materia o sector de la realidad de forma indeterminada, sin precisar las concretas potestades conferidas, debe entenderse, en principio -y salvo lo que pueda resultar de las atribuciones normativas en favor de otros entes u órganos-, que aquél asume la titularidad de todas las potestades públicas de actuación normativamente previstas en relación con tal materia."

(ENCICLOPEDIA JURIDICA BASICA, II, Madrid: Editorial Civitas, 1ra. ed., 1995, p. 1210)".

La resolución N° 6362-94 de 1° de noviembre de 1994 de la Sala Constitucional señala al respecto:

"... la teoría de la ejecutoriedad de los actos administrativos, aún cuando no expresamente formulada en el texto de la Constitución, obedece a la teoría de las facultades implícitas de los órganos públicos, por lo que, ante el vacío legislativo, debe considerarse el órgano investido de aquellas facultades suficientes y necesarias para cumplir los fines impuestos por el legislador -y no más-. De otra manera la Administración se enfrentaría a la disyuntiva de tener que producir determinados resultados impuestos por la ley, pero carecer de las atribuciones y potestades para ello..."

El poder para actuar en un caso concreto y de una manera determinada puede ser, entonces, consecuencia del resto de funciones y atribuciones que se le han asignado a un ente. Todo lo cual evidencia que no en todo supuesto la competencia debe ser atribuida por ley.

Puesto que el ordenamiento atribuye competencias para satisfacer el interés público, se considera que la competencia es un poder- deber. Por ende, debe ser ejercida por la Administración, sin posibilidad alguna de que la delegue -salvo autorización del ordenamiento-. La autoridad no es "competente" para decidir no actuar cuando el ordenamiento la obliga a hacerlo. En ese sentido, se afirma que las potestades administrativas tienen un carácter funcional: se otorgan no para satisfacer el interés del órgano público, sino el interés general o de la colectividad. Lo que explica que el órgano no sea libre para determinar si actúa o no: el ejercicio de la competencia es un acto debido en la medida en que sea necesario para satisfacer el interés público encomendado.

El principio es que la competencia es reserva de ley cuando se trate de potestades de imperio o su ejercicio incida en forma directa en los derechos fundamentales de la persona. Procede recordar, al efecto, que la regulación de esos derechos es materia de reserva de ley. La Ley General de la Administración Pública regula este punto, al disponer:

"Art. 59.-

1.La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio. 2. La distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia".

"Art. 124.-

Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas, ni otras cargas públicas".

El reglamento constituye una norma válida de creación y asignación de competencias cuando éstas no comprenden potestades de imperio y, por ende, no pueden afectar derechos fundamentales de los administrados.

De lo anterior se sigue que el ejercicio de la competencia es imperativo e indisponible, sin que sea lícito a su titular renunciar a su ejercicio. El órgano al que le haya sido otorgado un poder para actuar, para emitir ciertos actos, está obligado a ejercer dicho poder a menos que exista otra norma posterior que otorgue dicha competencia a otro órgano, derogando tácita o expresamente la competencia originalmente atribuida. Empero, el ordenamiento autoriza realizar ciertos cambios en el orden de las competencias, entre ellos la delegación.

Delegación que, en principio, está prohibida a los órganos colegiados. En efecto, de conformidad con el artículo 90, inciso e) de la Ley General de la Administración Pública, está prohibida la delegación de las competencias propias de los órganos colegiados, salvo autorización de ley. En aplicación de lo cual habría que señalar desde ya que la Junta Directiva de Correos de Costa Rica está impedida de delegar las competencias que le hayan sido atribuidas en forma expresa, salvo que una norma lo autorice.

B.- LA APROBACION DE CONTRATOS

Se consulta si la Junta Directiva de Correos puede aprobar contratos “modelo” para la actividad ordinaria de la empresa, sin que sea necesario someter cada uno de los contratos que se suscriba a su aprobación.

La competencia para aprobar contratos es establecida por el artículo 8 de la Ley de Correos, en tanto dispone:

“ARTÍCULO 8.-

Funciones de la Junta Directiva

Serán funciones y deberes de la Junta Directiva de Correos de Costa Rica:

(...).

h) Aprobar, a propuesta del Gerente General, los contratos en que sea parte la empresa (...).”

La Junta , órgano colegiado jerarca de Correos de Costa Rica, es la competente para definir y dictar las políticas institucionales, incluida la estrategia de desarrollo empresarial, así como las políticas de inversión de los recursos; definir sobre la organización administrativa, determinar cómo se evalúa la empresa, aprobar los presupuestos a propuesta del Gerente General. El conjunto de funciones determina que es la Junta la que dirige y orienta el accionar de la empresa tanto en sus estrategias de mercado y prestación de servicio como en cuanto a las decisiones de organización interna, incluida la política de personal. La Junta por su propia naturaleza no puede ser un órgano de ejecución. No obstante lo cual le corresponde aprobar los contratos que celebre la Empresa.

La Ley 7768 menciona en diversas disposiciones al Gerente General, pero no contiene disposiciones específicas sobre este órgano. En ese sentido no existe una disposición que establezca cuáles son sus competencias, salvo la establecida en el inciso l) del referido artículo 8, que le atribuye la representación judicial y extrajudicial con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma. Esa representación extrajudicial conlleva la suscripción de los contratos de la Empresa. En ausencia de mayores disposiciones sobre su competencia, hay que estarse al Reglamento Ejecutivo a la Ley de Correos, que en su artículo 23 atribuye funciones a este órgano. Funciones que son de administración y gestión.

Como se indicó, corresponde a la Junta Directiva aprobar los contratos en que sea parte Correos de Costa Rica. Anotamos que dicho inciso no diferencia entre los contratos. La competencia que se otorga es para aprobar los contratos en que sea parte la Empresa. Lo que podría llevar a concluir que todos los contratos que suscriba Correos deben ser aprobados por la Junta, sin que el Gerente o la Administración estén autorizados para ejecutar contrato alguno que no haya sido aprobado por la Junta Directiva.

Es claro, sin embargo, que una interpretación literal de ese artículo podría llevar a una parálisis de la entidad. Ello en el tanto en que la actividad de la empresa se realiza precisamente a través de

contratos, contratos que muchas veces no requieren ser formalizados por escrito. En efecto, Correos de Costa Rica es una empresa pública que presta servicios y estos servicios implican una relación con los usuarios; relación que no es precisamente de carácter unilateral. Por el contrario, es contractual.

Además, de esas relaciones contractuales dirigidas a la prestación de servicios Correos de Costa Rica requiere contratar bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones. La contratación administrativa es una actividad instrumental que se rige por los principios constitucionales de la contratación administrativa aunque no le resultan aplicables los procedimientos de contratación establecidos en la Ley de Contratación Administrativa. En efecto, el artículo 16 de la Ley de creación de Correos excepciona en su inciso a) la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 de 2 de mayo de 1995. Así, la Contraloría General ha manifestado que:

“Específicamente, en cuanto a la materia de contratación la ley en referencia ha establecido que no le aplica a Correos de Costa Rica S. A. el régimen de contratación general establecido en la Ley de Contratación Administrativa, lo cual, tal y como lo ha señalado reiteradamente esta Contraloría General a la luz de la jurisprudencia constitucional, no implica que exista una liberalidad absoluta en cuanto al uso de los fondos públicos que administra esa entidad, sino que a través de ese sistema particular de contratación se debe garantizar un uso adecuado y eficiente de los recursos públicos inmersos en esa actividad. De ello se deriva igualmente que, aun cuando los procedimientos y requisitos particulares de contratación regulados en la Ley de la Contratación Administrativa no le sean aplicables, Correos de Costa Rica S. A. debe ajustar su actuación a los principios constitucionales sobre contratación administrativa, referidos entre otros a la libre concurrencia, la igualdad de trato entre los interesados, la publicidad, la eficiencia y transparencia. Se trata de esa forma de asegurar a través de esos lineamientos esenciales, que los fondos públicos utilizados en las contrataciones sean empleados en aras del bien común y del logro de los fines que dan origen a la entidad en referencia”. Oficio N° 01514 de 16 de febrero de 2004 (FOE-PR-0063).

En relación con esos contratos, Correos aparece como la Administración contratante. En esa condición define el objeto del contrato, las condiciones del mismo y es la llamada a seleccionar la mejor oferta para los intereses de la Empresa. El contrato se convierte en una fuente de obligaciones que le genera un gasto a Correos. Ergo, es una forma de uso de los recursos que corresponden a la Empresa; recursos que deben tenerse por públicos de acuerdo con el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. De allí que la Junta Directiva deba tener competencia en materia de estos contratos. No puede olvidarse que es la Junta no solo la que aprueba el presupuesto de Correos sino también a quien le corresponde establecer la política de inversión de los recursos de la Empresa.

Correos presta servicios postales, según lo indicado. Estos servicios abarcan tanto el servicio postal universal en los términos del artículo 6 de su Ley como otros servicios de carácter más comercial o especial. Servicios que no son exclusivos de Correos, por el contrario, la Empresa compete en el mercado con otras empresas para la prestación de esos servicios a diversas entidades, públicas y privadas. En razón de lo cual, Correos puede participar en diversos tipos de procesos contractuales dirigidos a obtener la prestación exclusiva de los servicios que ofrece.



Correos aparece en este caso como oferente o en caso de que su oferta sea adjudicada, como cocontratante. En esa condición podrá comparecer a firmar un contrato que será elaborado por la Administración o la entidad adjudicante y no por la Administración de Correos. Resulta evidente que la Junta Directiva debe aprobar la participación de Correos en esa contratación y en su caso, examinar y avalar el contrato que se propone a la Empresa, pero que esas facultades no se ejercen de la misma forma que cuando Correos es la Administración contratante.

Ahora bien, en la consulta se hace referencia a la actividad ordinaria de la entidad. Del texto de la Ley de Correos no es posible determinar qué entendió el legislador por actividad ordinaria de Correos de Costa Rica. No obstante, como dicha definición se requiere en torno a la competencia para contratar, estima la Procuraduría que dicho concepto debe derivarse de lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa como excepción de los mecanismos normales de contratación. Conforme lo dispuesto en el artículo 2, inciso a) de esta última Ley, la actividad ordinaria es:

“el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines”.

La Sala Constitucional, en resolución N° 6754-98 de 22 de septiembre de 1998 interpretó la definición ordinaria en el sentido de que se trata de la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no ejecutivo."

Aplicado lo anterior a la empresa Correos de Costa Rica tendríamos que su actividad ordinaria es la prestación del servicio postal a los usuarios del mismo. Una actividad que debe entenderse restringida al servicio postal sin que comprenda otras actividades que si bien relacionadas no constituyen propiamente un servicio postal. Se trata esencialmente de la recepción, transporte y distribución de correspondencia. Es decir, de cartas, impresos, postales, cecogramas, pequeños paquetes, papeles postales, encomiendas postales, por lo que no se refiere a cualquier actividad de transporte y distribución de objetos y mercancías, así como tampoco otros servicios afines. En ese sentido, la actividad ordinaria de la Empresa no se confunde con el llamado servicio público de comunicación social, cuyo ámbito quedó circunscrito por disposición de ley, artículo 6, a las "cartas clasificadas como correspondencia "LC" según el convenio de la Unión Postal Universal".

A esta actividad ordinaria le resultan aplicables los principios que rigen el accionar de Correos, dispuestos en los artículos 1 y 4 de su Ley. Conforme el artículo 1, la actividad postal se sujeta al principio de secreto postal, inviolabilidad de la correspondencia, libertad de acceso, en tanto que el artículo 4 agrega la sujeción a los principios de eficacia, eficiencia, calidad, seguridad y oportunidad de sus servicios. Por lo que la prestación del servicio debe realizarse con alto grado de eficacia y eficiencia. Y, por ende, se requiere una buena calidad del servicio. Pero, además, esa actividad se confunde con el accionar mismo de Correos, pudiendo decirse que esta Empresa existe en función de ellos. Se requiere, entonces, que la Empresa adopte mecanismos que procuren la satisfacción plena de los intereses de los usuarios así como del interés público. En el dictamen C-332-2007 de 13 de septiembre de 2007 indicamos sobre estos elementos:

“Para el buen cumplimiento de las funciones asignadas, la Ley otorga a la Junta Directiva de Correos de Costa Rica amplias competencias en materia de administración y política empresarial. Concretamente, el ordinal 8 de la Ley número 7768 concede a la Junta Directiva suficientes potestades para establecer políticas en las áreas de desarrollo empresarial, organizacional, evaluación de servicios, inversión, presupuesto y recurso humano.

De acuerdo con el principio de legalidad, Correos de Costa Rica debe cumplir un “mandato”, a saber, proveer un servicio de comunicación postal eficaz y eficiente que pueda competir en el mercado de las comunicaciones postales, al cual concurren diversas empresas privadas, por lo que el servicio se presta en régimen de competencia.

De esta suerte, debe entenderse que si bien, en virtud de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos, Correos de Costa Rica S.A. se encuentra sujeta a las directrices de la Autoridad Presupuestaria en materia de política salarial, también es cierto que estas directrices deben ser respetuosas del grado mínimo de autonomía que la Ley otorga a la empresa. Luego deben ser congruentes con la naturaleza y fines de la empresa, la cual debe proveer sus servicios en el marco de un mercado abierto a la competencia, salvo en lo que se refiere al artículo 6. (...).

El legislador ha decidido que la empresa preste determinados servicios postales en condiciones de competencia. Y dentro del mercado correspondiente debe sujetarse a los principios de calidad, eficacia y eficiencia. Pero, además, se le exige ser rentable de manera que pueda ser competitiva y dar cobertura del servicio en todo el territorio nacional, al mismo tiempo que satisface el servicio postal social. Si estas son exigencias que derivan de la ley y si además la existencia de la empresa se presenta como ineludible, en razón del servicio postal social, las decisiones administrativas que se adopten deben tomar en cuenta lo dispuesto por el legislador”.

La prestación del servicio postal por parte de Correos no requiere normalmente de una formalización de contratos; incluso cabría considerar que para el grueso del público usuario del servicio este no comporta un contrato. Por lo que esa prestación no se realiza conforme un formato de contrato estandarizado ni tampoco cabría pensar que la Junta Directiva va a aprobar un contrato para esa prestación. La Junta, empero, fija las condiciones que regirán el servicio. En su caso, dependiendo del tipo de servicio de que se trate, aprobando toda norma o circular que pretenda normar la prestación del servicio.

Empero, habrá prestación de servicios que requieran formalizarse en un contrato, en cuyo caso, cobra importancia la existencia de formatos de contrato o en términos de la consulta, los contratos modelos. Contratos modelos, machotes, que tendrían que ser aprobados por la Junta Directiva.

Lo anterior no comprende los contratos que celebra Correos de Costa Rica para obtener los bienes y servicios requeridos para su funcionamiento, respecto de los cuales es de plena aplicación el artículo 8, inciso a) de la Ley de Correos. Estos contratos deben ser aprobados por la Junta Directiva, salvo que se haya producido una desconcentración en otros órganos de la Empresa. Desconcentración que es permitida expresamente por el ordenamiento, en tanto que el artículo 106

de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley 8131 de 18 de septiembre de 2001, autoriza expresamente a todo titular de un órgano de los regulados por dicha Ley a desconcentrar las contrataciones administrativas. Dispone dicha Ley:

“ARTÍCULO 106.-

Delegación para suscribir contratos

Los jefes de los órganos o entes del sector público podrán delegar la suscripción de los contratos asociados al proceso de contratación, de conformidad con la reglamentación que se establezca para el efecto”.

Tal como lo indicamos en el dictamen N° C-009-2009 de 22 de enero de 2009, la decisión de contratar y la selección del procedimiento de contratación es una de las potestades del jefe. Potestad que encuentra fundamento en el artículo 7 de la Ley de Contratación Administrativa, al disponer:

“Artículo 7°—Inicio del procedimiento. El procedimiento de contratación se iniciará con la decisión administrativa de promover el concurso, emitida por el jefe o titular subordinado competente”.

Esa potestad del titular subordinado competente puede ser consecuencia de una norma que la otorgue o bien, de un proceso de desconcentración con base en el referido artículo 106.

Manteniéndonos en el ámbito de la organización administrativa, cabría decir que si se puede delegar la suscripción de los contratos administrativos celebrados con un carácter instrumental, regulados por las normas sobre la contratación administrativa, con mucha mayor razón puede considerarse que respecto de la actividad ordinaria de la Empresa cabe un proceso de desconcentración, de modo tal que en los supuestos en que el contrato deba ser formalizado, este sea suscrito por el Gerente General sin requerir su sometimiento a aprobación por parte de la Junta Directa. Esta como titular de la potestad de contratar tendrá, empero, que definir bajo cuáles supuestos puede contratar directamente la Gerencia y, en su caso, aprobar los contratos modelo correspondientes. Esa aprobación le permitirá definir las cláusulas contractuales, los requisitos y condiciones de la contratación, en general las obligaciones y derechos de Correos de Costa Rica y los propios del usuario del servicio. En esa medida, podrá mantener la dirección y el control de la prestación del servicio.

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

1. La actividad ordinaria de Correos de Costa Rica está referida a los servicios postales prestados directamente al usuario del mismo. En concreto, la recepción, transporte y distribución de correspondencia al usuario.

2. A esta actividad ordinaria le resultan aplicables los principios que rigen el accionar de Correos, dispuestos en los artículos 1 y 4 de su Ley; es decir, los principios de secreto postal, inviolabilidad de la correspondencia, libertad de acceso, de eficacia, eficiencia, calidad, seguridad y oportunidad de sus servicios. Principios que podrían no ser satisfechos si todos y cada uno de los contratos tuviesen que ser aprobados por la Junta Directiva de Correos.

3. La Junta Directiva, en ejercicio de su competencia, puede decidir aprobar contratos modelos, de adhesión, que definan las condiciones bajo las cuales se prestará al usuario el servicio postal en cuestión. Dicha aprobación debe concernir las cláusulas que se incluirán en los contratos, los requisitos y condiciones de la contratación y, en general, las obligaciones y derechos de Correos de Costa Rica y los propios del usuario del servicio. Esa determinación le permite mantener la dirección y el control de la prestación del servicio postal.

Opinión Jurídica: O.J 20-2001

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]³

OJ-020-2001

San José, 15 de marzo del 2001

Licenciado

Alvaro Trejos Fonseca

Presidente

Comisión Relaciones Internacionales

Asamblea Legislativa

S. D

Estimado señor Diputado:

Con la aprobación del señor Procurador General, nos referimos a su atento oficio del 27 de febrero del 2001 en el que la Comisión Permanente de Relaciones Internacionales solicita el criterio de este órgano técnico-consultivo sobre el nuevo texto aprobado por el proyecto de ley denominado "Autorización al Instituto Costarricense contra el Cáncer para la celebración de contratos con motivo de la construcción y equipamiento de un hospital, capacitación del personal y desarrollo de un sistema oncológico", expediente No. 14.180.

De previo a referirnos al proyecto legislativo, se aclara que la opinión consultiva que se emite no

ostenta carácter vinculante en tanto la consulta proviene de los señores Diputados de la Asamblea Legislativa y no de un órgano de la Administración Pública activa. Sin embargo, se emite como muestra de colaboración de este Organismo con el Poder Legislativo en razón de la trascendencia de las funciones que le son propias.

El proyecto de ley sometido a consulta regula dos supuestos que deben ser analizados de forma diferenciada dada la especial naturaleza de cada uno. Por una parte, el proyecto autoriza al Instituto Costarricense contra el Cáncer (ICCC) para que contrate con el Gobierno de Canadá los aspectos técnicos relacionados con los diseños, planos, la asesoría, supervisión, capacitación y transferencia tecnológica para el Hospital contra el Cáncer, y por otra, establece las disposiciones que regularán la construcción y el equipamiento del Hospital.

De este modo, el análisis que se realiza parte de la clara diferenciación que existe entre los dos supuestos señalados y comprende, específicamente, los siguientes aspectos: la procedencia del contrato entre el ICCC y el Gobierno de Canadá al amparo del Convenio de Cooperación Técnica Canadá-Costa Rica, la autorización al ICCC para contratar en forma directa con el Gobierno de Canadá, la problemática de los subcontratistas de la CCC, el análisis de las disposiciones relativas a la construcción y el equipamiento del hospital y, finalmente, algunas observaciones sobre disposiciones específicas del proyecto.

A.-LA CONTRATACIÓN CON EL GOBIERNO DE CANADA BAJO EL CONVENIO DE COOPERACIÓN TÉCNICA CANADA-COSTA RICA

El proyecto de ley sometido a consulta por la Comisión de Relaciones Internacionales de la Asamblea Legislativa se fundamenta en el Convenio de Cooperación Técnica entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Costa Rica, aprobado mediante la ley No. 5544 del 30 de julio de 1974, según se deriva de la lectura del artículo 1. Resulta, entonces, necesario referirse al citado Convenio de Cooperación a fin de determinar su naturaleza para, posteriormente, determinar la conformidad del proyecto de ley con el referido Convenio.

1.-El Convenio de Cooperación Técnica entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Costa Rica

El Convenio de Cooperación Técnica Costa Rica-Canadá tiene como objetivo fortalecer las relaciones entre los países firmantes, así como desarrollar la cooperación técnica "...de conformidad con los objetivos de desarrollo económico y social de la República de Costa Rica...". Se trata de un convenio de cooperación dirigido, esencialmente, al mejoramiento de las condiciones sociales y económicas de Costa Rica. Y es que la naturaleza del convenio no sólo se encuentra determinada por su denominación o título sino, además, por el binomio país desarrollado-país en vía de desarrollo, en el que el primero cuenta con recursos humanos especializados, así como con recursos financieros destinados a brindar asistencia para el segundo. Esta misma situación de cooperación de los países desarrollados hacia Costa Rica se puede observar en diferentes convenios tales como el de Cooperación Técnica con Alemania Federal, Ley No. 3654 del 23 de diciembre de 1965 (artículos 2 y 3), el Acuerdo de Cooperación Técnica y



Científica con la Confederación Suiza, Ley No. 5049 del 4 de agosto de 1972 (artículos 4 y 6) y el Acuerdo de Cooperación Técnica con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ley No. 5681 del 5 de mayo de 1975 (artículos 2, 8 y 9), entre otros.

Específicamente, el artículo primero del Convenio de Cooperación Técnica Costa Rica-Canadá dispone que el programa de cooperación comprende becas y bolsas de capacitación profesional para costarricenses en Canadá o en terceros países, el envío de expertos canadienses para que trabajen en Costa Rica, el suministro de equipo y materiales para la ejecución de los proyectos de cooperación técnica en Costa Rica, la elaboración de estudios y proyectos diseñados para contribuir al desarrollo social y económico de Costa Rica, así como cualquier otra forma de asistencia que se convenga de mutuo acuerdo.

Dentro de este orden de ideas, el Convenio consagra las responsabilidades del Gobierno de Canadá y las del Gobierno de Costa Rica para la implementación del Acuerdo. El Gobierno de Canadá se compromete a pagar los salarios del personal canadiense, así como los gastos de transporte de Canadá a Costa Rica del personal canadiense y sus dependientes, de sus efectos personales y del equipo técnico y profesional necesario para desempeñar sus funciones. En el caso de la capacitación profesional de costarricenses en Canadá o en un tercer país, el Gobierno de Canadá se compromete a pagar los viáticos durante la estadía del o los beneficiarios costarricenses, un subsidio para la ropa, los libros y demás suministros necesarios para la realización del programa, los derechos de inscripción y afines, los servicios médicos, el boleto de ida y regreso del beneficiario, así como el transporte dentro del Canadá o dentro del tercer país que requiera el programa (Anexo A). Por su parte, el Gobierno de Costa Rica, en relación con la visita de expertos canadienses, se compromete a pagar los viáticos que cubran su estancia en Costa Rica (vivienda y alimentación), así como los gastos de transporte interno (con inclusión de los efectos personales y del equipo profesional y técnico) y los gastos médicos, entre otros, de conformidad con las disposiciones del Anexo B del Convenio.

Resulta de importancia mencionar, además, que según disposición expresa de los artículos segundo y tercero del Convenio, los Gobiernos de Costa Rica y Canadá se comprometen a asumir las responsabilidades arriba señaladas. No obstante lo cual existe la posibilidad de realizar modificaciones en cuanto a las responsabilidades asumidas por cada Gobierno en relación con programas o proyectos particulares, en cuyo caso el artículo undécimo del Convenio requiere de la suscripción de acuerdos subsidiarios entre los Gobiernos, o sus respectivos representantes, en la forma de intercambio de notas, cartas o memorandos.

2.-La conformidad del Proyecto de Ley con el Convenio de Cooperación Técnica

Aspecto fundamental del proyecto de ley es su realización bajo el amparo del Convenio de Cooperación Técnica Costa Rica-Canadá. Regulación ésta que únicamente resulta válida si ambas figuras jurídicas son compatibles. Caso contrario, la remisión al Convenio resultaría errónea y, por ende, debería ser eliminada.



¿Cuál es, entonces, la figura jurídica que se consagra en el proyecto de ley en cuestión? Como se mencionó anteriormente, el proyecto consagra dos figuras diferentes: mientras que el artículo 1 del proyecto autoriza al ICCC a contratar con el Gobierno de Canadá, representado por la Corporación Comercial Canadiense (CCC), los aspectos técnicos relacionados con los diseños, planos, la asesoría, supervisión, capacitación y transferencia tecnológica para el Hospital del ICCC, el artículo 2 dispone que la construcción y el equipamiento del Hospital será realizada por el ICCC mediante los procedimientos de licitación. De esta forma, la contratación del artículo 1 con el Gobierno Canadiense es la que se encontraría sometida al Convenio de Cooperación, puesto que la construcción y equipamiento del Hospital estará a cargo del ICCC y se realizará mediante licitación pública.

Procede entonces analizar los aspectos financieros de la contratación con el Gobierno Canadiense, así como la naturaleza de la CCC, a fin de determinar si el Convenio de Cooperación Técnica Costa Rica-Canadá resulta aplicable en la especie.

a.-La contratación entre el ICCC y la CCC

El artículo 6 del proyecto autoriza al ICCC a contratar los créditos necesarios para la construcción y equipamiento del Hospital hasta por un monto de veinticinco millones de dólares americanos, así como a aportar, para el mismo fin, la suma de veinte millones de dólares americanos de los recursos que le son propios. La figura de la construcción y el equipamiento del Hospital se diferencia entonces de la contratación que se pretende realizar con el Gobierno de Canadá de los diseños, planos, la asesoría, supervisión, capacitación y transferencia tecnológica.

De conformidad con lo anterior es claro que la suma prevista de cuarenta y cinco millones de dólares está destinada, exclusivamente, a la construcción y el equipamiento del Hospital (artículos 2 y 6 del proyecto), para lo cual deben utilizarse los procedimientos de licitación pública para seleccionar a la o las empresas encargadas de realizar las obras y suministrar los bienes correspondientes. Y por ende, la autorización para que el ICCC contrate directamente con el Gobierno Canadiense los aspectos técnicos relacionados con los diseños, planos, asesoría, etc., no cuenta con contenido económico alguno según los términos del proyecto actual, en tanto ni siquiera se estableció el precio del contrato en cuestión.

Cabe preguntarse, entonces, si la intención del proyecto es consagrar la cooperación gratuita del Gobierno Canadiense con el ICCC o si, por el contrario, se está ante una contratación, como expresamente lo indica el proyecto, aun y cuando existe omisión sobre el financiamiento de la contraprestación de los servicios que se pretenden obtener de la CCC (diseños, planos, asesoría, supervisión, capacitación y transferencia tecnológica). Del primer proyecto de ley presentado ante la Asamblea Legislativa, de la documentación que ha sido puesta en conocimiento del público a través de los periódicos nacionales, así como del proyecto de ley actual que menciona expresamente la figura del "contrato", claramente se deriva que nos encontramos frente a una contratación administrativa directa onerosa y no gratuita, conclusión ésta que se refuerza con la información que sobre el referido proyecto consta en la página web de la CCC, a la cual nos referiremos posteriormente.



En realidad, se está en presencia de una autorización para contratar en forma directa que carece de limitación alguna en orden al monto por contratar y, en su caso, del mecanismo de financiación correspondiente. Interesa resaltar que el proyecto no autoriza al ICCC para endeudarse para tal objeto. Por lo que sobre este punto tendrá que sujetarse a su ley constitutiva.

Ahora bien, la omisión en el establecimiento del precio no modifica ni altera la figura jurídica en cuestión, o sea, el contrato directo entre el ICCC y la CCC que se pretende autorizar. Y es bajo esta perspectiva que posteriormente se analizará la relación de este contrato con el Convenio de Cooperación Técnica Costa Rica-Canadá.

b.-La Corporación Comercial Canadiense (CCC)

En este apartado se hace referencia a la naturaleza de la Corporación, así como a los objetivos que persigue. Igualmente, se hace referencia específica al proyecto del "Cancer Care International" que es el relacionado directamente con la consulta formulada a esta Institución. Este análisis se realiza con base en la información obtenida de la CCC en Internet.

* Naturaleza de la Corporación

La Corporación Comercial Canadiense (CCC) es una agencia del Gobierno de Canadá con un amplio mandato legislativo para promover el desarrollo del comercio de su país con otras naciones. A tal fin, la CCC se encuentra autorizada a firmar contratos en nombre de sus exportadores con gobiernos (entidades públicas) y entidades privadas del extranjero, así como a otorgar, en los casos que sea procedente, una garantía gubernamental sobre el cumplimiento de los contratos suscritos, lo que se constituye en un efectivo instrumento de promoción de las exportaciones canadienses en los mercados internacionales (http://www.ccc.ca/english/tnh_default.cfm).

En tanto entidad gubernamental, la CCC tiene como objetivo asistir a los exportadores canadienses a fin de mejorar su acceso a los mercados internacionales. La CCC ofrece servicios sobre ventas de exportación y servicios sobre negociaciones contractuales, tanto con instituciones privadas como con gobiernos del extranjero. Estos servicios incluyen el ayudar a los exportadores canadienses a encontrar oportunidades de exportación, asesorarlos en la formalización de las ventas de exportación, así como en la obtención del pago acordado en los contratos suscritos (http://www.ccc.ca/english/cca_services.cfm). Para ello, la CCC cuenta con un equipo especializado de profesionales encargado de asesorar a los exportadores en materia de ventas de exportación, así como en estrategias de negociación contractual, a fin de que las ventas canadienses a terceros mercados se realicen en los términos más favorables para sus nacionales.

Entre los servicios que ofrece la CCC están, entre otros, los servicios pre-contractuales en los que se asesora a los exportadores canadienses en la preparación de las ofertas (a winnig bid) o en los que se evalúa la oferta de la empresa canadiense a fin de que la misma sea presentada en los mejores términos al posible contratante. En este caso, el asesoramiento del equipo especializado



de la CCC está dirigido a que los exportadores canadienses puedan cumplir con los requisitos exigidos en otros países, así como con los procedimientos y la legislación de los mercados extranjeros, los cuales en muchas ocasiones son complejos y engorrosos. Cuando el exportador utiliza este servicio, la CCC actúa como Primer Contratante, de forma tal que es esta entidad la encargada de remitir la oferta o propuesta al comprador directamente (http://www.ccc.ca/english/ccd_services_international2_bids.cfm).

La CCC también puede facilitar el acceso a fuentes comerciales de financiamiento para las ventas de exportación a través del "Progress Payment Program", dirigido a pequeñas y medianas empresas, para lo cual trabaja en forma conjunta con 19 instituciones financieras canadienses (http://www.ccc.ca/english/cce_services_expfinance.cfm). También, en materia de financiamiento, debe señalarse que en la página de Internet de la CCC se enumeran diversas instituciones que promueven el desarrollo de las exportaciones canadienses a través de la dotación de los recursos necesarios al efecto. Así, por ejemplo, la Corporación para el Desarrollo Exportador (Export Development Corporation) es reconocida por otorgar financiamiento comercial a empresas de todos los tamaños, con el fin de ayudarlas a colocarse exitosamente en el mercado internacional (http://www.ccc.ca/english/ptl_links.cfm).

El apoyo de la CCC a diferentes empresas canadienses ha favorecido su participación en concursos internacionales así como la adjudicación de las contrataciones correspondientes. Así, por ejemplo, la Corporación de Desarrollo Aeroportuario de Canadá ganó la licitación internacional para el financiamiento, diseño, construcción y operación de una nueva terminal de pasajeros, así como la renovación de la terminal existente, del aeropuerto internacional Ferihegy de Budapest, aun y cuando enfrentó la fuerte competencia de compañías francesas y estadounidenses en el concurso que se realizó. Esta contratación tuvo un valor de US\$140 millones. Igualmente, Global Thermoelectric Inc. utilizó los servicios contractuales de la CCC lo que le facilitó la obtención del contrato para el desarrollo y suministro de unos calentadores de diseño especial para la fuerza militar de los Estados Unidos, por un valor de \$18 millones. En 1998, con la ayuda de la CCC, Neptec Design Group Ltd. ganó un contrato por \$20 millones para proveer a la NASA (National Aeronautics Space Administration) con un Sistema de Visión para el Espacio Orbital.(1)

(1) Traducción propia de la página web (<http://www.ccc.ca/english/storiesmain.cfm>).

* El caso de "Cancer Care International"

En la página web de la CCC, también se hace referencia al proyecto de "Cancer Care International" con Costa Rica. Se indica al respecto que en febrero del 2000 el Presidente de Costa Rica, Miguel Angel Rodríguez, firmó una carta de entendimiento con Douglas Patriquin, Presidente de la CCC, para cooperar en el desarrollo del primer centro para el tratamiento del cáncer en Costa Rica. Al respecto, se señala lo siguiente:

"... (the) Canadian Commercial Corporation worked with the Canadian Embassy in Costa Rica to bring the Costa Rican Government and Cancer Care International together. The US\$1.56 million contract is the first step in building a new US\$40 million cancer treatment facility in the Costa Rican capital of San José. Set for completion within two years, the medical centre project will include



Canadian design, construction, medical equipment and technology transfer. Cancer Care International is the Canadian company now undertaking the assessment and first phase of the project..." (<http://www.ccc.ca/english/storiesmain.cfm?id=19>).

De la información anterior se deriva que se firmó un contrato por \$1,56 millones el cual es el primer paso para la construcción de un nuevo Hospital para el tratamiento del cáncer en Costa Rica, valorado en US\$40 millones. Igualmente se indica que el centro médico incluirá el diseño, construcción, equipamiento médico y transferencia de tecnología canadiense.

Cancer Care International es una empresa con fines de lucro que ofrece consultorías, educación para los pacientes y para el público en general, entrenamiento profesional y servicios de tecnología e investigación, entre otros. Igualmente, los procesos y sistemas de Cancer Care International están destinados a lograr diversos objetivos como la planeación de la estrategia nacional de control del cáncer, el entrenamiento de profesionales en el cuidado de la salud, el desarrollo de sistemas de software, la construcción de nuevos centros contra el cáncer, la obtención de fuentes de financiamiento, etc. (<http://www.cancercare.on.ca/cc/about/home.html>).

Ahora bien, aun cuando el texto sustitutivo sometido a consulta varía los términos del proyecto original a suscribir con el Gobierno de Canadá, ya que la construcción del hospital y su equipamiento se realizará a través de los procedimientos de licitación, lo cierto es que se mantuvo la contratación del ICCC con la CCC en lo relativo a la transferencia de tecnología, así como en los aspectos técnicos relacionados con los diseños, planos, asesoría, supervisión y capacitación para el hospital. Razón por la cual, y de conformidad con la información que suministra la misma CCC, se deriva que Cancer Care International tendrá a su cargo al menos una parte del proyecto en cuestión, no obstante el señalamiento de la operación deficitaria de la empresa desde 1995, según publicación del periódico La Nación del 4 de febrero del año en curso.

c.-El contrato entre el ICCC y la CCC no tiene aplicación en los términos del Convenio de Cooperación Técnica Costa Rica-Canadá

Tal y como se indicó líneas atrás, el Convenio de Cooperación Técnica entre Costa Rica y Canadá tiene como objetivo mejorar las condiciones económicas y sociales de Costa Rica. A tal fin, el Convenio determina las responsabilidades de los países contratantes, de forma tal que distribuye los gastos de los proyectos y especifica claramente los costos que le corresponde cubrir a cada uno de los países. No obstante lo anterior, esta distribución de los gastos puede ser modificada por las partes contratantes, si a bien lo tienen, siempre y cuando sea realizada por los organismos competentes y mediante el intercambio de notas, cartas o memorandos, tal y como expresamente lo exige el artículo undécimo del Convenio.

Es evidente que en el caso que se analiza lo que está de por medio es un contrato administrativo directo entre el ICCC y la CCC. No se trata, en la especie, de un proyecto de cooperación entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Costa Rica sino, simplemente, de un contrato según el cual la CCC se compromete a venderle a Costa Rica, a cambio de un precio determinado, los aspectos



técnicos relacionados con el diseño, planos, la asesoría, supervisión, capacitación y transferencia tecnológica para el Hospital contra el Cáncer. Igualmente, resultaría erróneo afirmar que para el caso del Hospital contra el Cáncer, Costa Rica se compromete a cubrir todos los costos del proyecto, como en efecto le corresponde, y que aún así el proyecto se enmarca dentro del Convenio de Cooperación Técnica. Evidentemente, si Costa Rica está pagando todos los costos del proyecto lo que existe es una compra del ICCC a la CCC de los servicios en cuestión, razón por lo cual la referencia al Convenio de Cooperación Técnica es improcedente.

Refuerza lo anterior la naturaleza misma de la CCC que, como se mencionó líneas atrás, es una agencia del Gobierno de Canadá cuyo objetivo es promover el desarrollo del comercio de su país con otras naciones. La CCC tiene como fin primordial la promoción de las exportaciones canadienses en terceros mercados para lo cual está autorizada, incluso, para firmar contratos con entidades privadas o gubernamentales de otros países, en nombre de sus empresas, y en cuyo caso los contratos cuentan con la garantía de cumplimiento por parte del gobierno canadiense.

De esta forma, la CCC es una agencia gubernamental que responde a la política integral del gobierno canadiense en la búsqueda del mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes a través de la promoción de las exportaciones canadienses. Su creación y funcionamiento ha sido de indudable beneficio para las empresas canadienses que, al contar con el apoyo gubernamental tanto para la formulación de ofertas destinadas a licitaciones públicas realizadas en terceros países, así como con la garantía de cumplimiento del gobierno canadiense en los contratos suscritos por la CCC en su nombre, se encuentran en una posición de ventaja en relación con las empresas de otros países que no cuentan con un apoyo similar de sus gobiernos cuando participan en concursos internacionales destinados a la compra de bienes o servicios. De allí, precisamente, el éxito que han tenido las empresas canadienses en la obtención de contrataciones en terceros países, con el apoyo de su gobierno, tal y como se deriva del apartado anterior.

Ahora bien, la participación de la CCC en el contrato que se pretende suscribir entre el ICCC y esa entidad, y cuya autorización se consagra en el proyecto de ley, no se diferencia en forma alguna de los contratos que en anteriores ocasiones la CCC ha suscrito con otros gobiernos o entidades privadas de terceros países, pues se trata de una relación comercial. Si bien la CCC garantiza el cumplimiento del contrato, y esto implica la garantía del gobierno canadiense, la ejecución del contrato en su totalidad será realizada por la empresa o las empresas canadienses seleccionadas al efecto las cuales son, precisamente, las entidades capacitadas para su ejecución. La CCC es una agencia gubernamental no capacitada para suministrar directamente los bienes y servicios en cuestión.

En el caso que nos ocupa, y según la información obtenida de la página web de la CCC la empresa canadiense que tendrá a cargo la primera parte de la ejecución del contrato en cuestión es "Cancer Care International". Lo que se reafirma en el oficio No. 6528 del 30 de junio del 2000 de la Contraloría General de la República en el que se señala que "...se indica que los trabajos derivados del contrato no los realizará la CCC, sino que ésta se apoyará para tales efectos en su asesor técnico, Ellis-Don Construction Ltd., quien a su vez se apoyará en sus asesores técnicos Cancer Care International, para el sistema oncológico, y otros asesores técnicos en áreas tales



como la arquitectura...".

De esta forma es claro que la relación entre el ICCC y la CCC es una mera relación comercial que, por ende, no puede ser calificada válidamente como cooperación técnica bajo el Convenio Costa Rica-Canadá de 1974. Aspecto éste sobre el que ya había advertido la Contraloría General de la República al referirse al proyecto inicial y que continúa siendo aplicable en la especie:

"...es lo cierto, que por la naturaleza del proyecto para la construcción de un hospital especializado en la atención de pacientes con cáncer, donde se involucra tanto el diseño de las obras, su edificación y la capacitación del personal, nos surge la inquietud si la contratación promovida podría enmarcarse en el Convenio suscrito entre los Gobiernos de Costa Rica y Canadá. Por ello, debería la Administración verificar si no se está efectuando una interpretación de dicha norma, que exceda los alcances iniciales para los cuales se suscribió el Convenio."

(oficio No. 9188 del 7 de setiembre del 2000).

B-. LA AUTORIZACIÓN AL INSTITUTO COSTARRICENSE CONTRA EL CANCER PARA CONTRATAR EN FORMA DIRECTA CON EL GOBIERNO DE CANADA

El proyecto de ley en cuestión autoriza al ICCC para contratar directamente con el Gobierno de Canadá, representado por la CCC, los aspectos técnicos relacionados con los diseños, planos, la asesoría, supervisión, capacitación y transferencia tecnológica para el Hospital del ICCC.

Como puede observarse, el proyecto de ley en cuestión autoriza la contratación directa en un caso que, por su propia naturaleza, normalmente requiere del seguimiento estricto del procedimiento licitatorio, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa, Ley No. 7494 del 2 de mayo de 1995. No obstante lo anterior, mediante el proyecto de ley en cuestión el legislador pretende recurrir a la excepción a los procedimientos concursales establecida en el inciso g) del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa. Disposición según la cual la contratación directa procede en todos los supuestos en que una nueva ley así lo disponga.

Es de advertir, sin embargo, que el legislador no tiene un ámbito de libertad absoluta para permitir contrataciones directas. Para que sea procedente la excepción a los principios constitucionales de la contratación administrativa, la autorización legal debe estar plenamente justificada. Caso contrario la autorización, aun cuando sea otorgada por la ley, podría ser acusada de inconstitucional y, eventualmente, ser así declarada por la Sala Constitucional, órgano competente en la materia. Al efecto la Sala ha señalado:

"...Y ello es así, porque para que pueda prosperar una excepción al principio del artículo 182 constitucional y sus demás principios derivados (sentencia 0998-98), debe existir un alto contenido de razonabilidad y de proporcionalidad entre el caso concreto y los fines que se persiguen, lo que solo es susceptible de valorar por la vía del control constitucional, ... requisito sin el cual, no puede legítimamente realizarse esa contratación directa..." (Voto No. 6754-98).

"...si el nuevo sistema ha variado los principios para convertir la licitación privada en el sistema de



contratación por antonomasia -entiéndase la restringida y por registro en cuanto a la aplicación de los principios señalados y en el control respectivo-, entonces se irrespetaría el artículo 182 constitucional, al resultar la norma desproporcionada e irrazonable; es decir, la norma afecta directamente la forma como se verifica la contratación del Estado, reduciendo o suprimiendo, según el caso, los principios constitucionales que la informan y también, desde luego, el sistema de control, con lo que se convierte en un evidente problema de constitucionalidad, susceptible de ser revisado en esta vía...". (Voto No. 998-98) (El subrayado no es del original).

Los principios constitucionales de la contratación administrativa derivados del precepto constitucional de licitación (artículo 182 de la Constitución Política), esencialmente, los principios de libertad de concurrencia, igualdad y publicidad (Voto 998-98), únicamente pueden ser excepcionados mediante la contratación directa si, tal y como lo ha manifestado la Sala Constitucional, existe "...un alto contenido de razonabilidad y de proporcionalidad entre el caso concreto y los fines que se persiguen...". Esta afirmación conlleva, por ende, y en primer lugar, la necesaria motivación del acto legislativo a través del cual se pretende hacer valer la mencionada excepción, todo con el fin de apreciar esa razonabilidad. Motivación ésta que debe consistir en la expresión clara y precisa de las razones que justifican la excepción, en el caso concreto, de la aplicación de los principios constitucionales de la contratación administrativa. A título de ejemplo, valga citar razones de urgencia, de seguridad, existencia de un único proveedor para la realización de la obra en cuestión, de cooperación (ausencia de fines de lucro), etc. Razones que no sólo deben ser enunciadas por el legislador, sino que se requiere que existan tal y como se enuncian.

Debe recordarse que en la contratación directa se está ante una excepción a los principios constitucionales sobre contratación administrativa, establecidos como garantía del manejo de los fondos públicos y de la plena satisfacción de los intereses públicos. De allí que la falta de motivación si bien en principio no vicia un acto y menos la ley, sí podría tenerse como indicio de la inexistencia misma del motivo que justifica la desaplicación de los principios constitucionales en la materia. Supuesto, repetimos, que convierte la autorización legal para contratar de forma directa en dudosamente constitucional, aspecto que en todo caso corresponde determinar a la Sala Constitucional.

El texto sustitutivo cuya consulta se realiza debe observarse a la luz de la Exposición de Motivos del proyecto de ley presentado ante la Asamblea Legislativa, según el cual existió una valoración previa de diferentes ofertas y según la cual, a juicio de los proponentes del proyecto, se determinó que la oferta canadiense es la más completa:

"...Fue precisamente durante esta etapa que se presentó al Instituto la oferta del Gobierno de Canadá de diseñar, construir y equipar el complejo hospitalario, además de ofrecer un elemento no aportado por ningún otro interesado: el desarrollo de un sistema oncológico nacional que acompañara la construcción del centro médico..." (el subrayado no es del original)

De conformidad con lo anterior, la autorización de contratar directamente entre la ICCC y la CCC parece encontrarse fundamentada, exclusivamente, en la valoración sobre la conveniencia de la oferta canadiense, ya que en el proyecto no se mencionan otros motivos que justifiquen esta decisión, tales como la existencia de un único proveedor, razones de urgencia o de cooperación (ausencia de fines de lucro), entre otros. No obstante lo anterior, es de esperar que la motivación

pueda deducirse del acuerdo de Junta Directiva del ICCC en el que se decidió proceder a contratar de forma directa con la CCC, pues tal y como lo dispone el artículo 7 de la Ley de Contratación Administrativa, el procedimiento de contratación debe iniciarse con la decisión motivada de la Administración en la que debe indicarse "...por lo menos, una justificación de su procedencia, según el programa de actividades de la Administración o el Plan Nacional de Desarrollo".

C.-LA PROBLEMÁTICA DE LOS SUBCONTRATISTAS DE LA CCC

El texto sustitutivo del proyecto, a diferencia del texto original, no autoriza expresamente a la CCC a realizar las subcontrataciones que estime convenientes a fin de satisfacer el objeto contractual y el interés público. Sin embargo, el artículo 5 del proyecto sustitutivo, el cual hace referencia a las prohibiciones, presume la existencia de subcontratistas de la CCC:

"Artículo 5.-

Prohibiciones

Para los efectos de las contrataciones que se autorizan en la presente ley, será aplicable el régimen de prohibiciones establecido en el artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494 del 3 de mayo de 1995 y sus reformas. Dichas prohibiciones también alcanzan a los subcontratistas incluidos los de la CCC."

(el subrayado no es del original)

El artículo propuesto parte de una realidad: de suscribirse un contrato con la CCC para la construcción del hospital contra el cáncer será indispensable que la CCC acuda a la subcontratación. Por ello puede afirmarse que esta autorización encuentra su razón de ser en la naturaleza misma de la Corporación. En efecto, la CCC es una agencia del Gobierno de Canadá con un amplio mandato legislativo para promover el desarrollo del comercio de su país con otras naciones. A tal fin, la CCC se encuentra autorizada para firmar contratos en nombre de sus exportadores, con gobiernos (entidades públicas) y entidades privadas del extranjero, así como para otorgar, en los casos que sea procedente, una garantía gubernamental sobre el cumplimiento de los contratos suscritos (<http://www.ccc.ca>).

En tanto la CCC es una agencia estatal representante de los exportadores canadienses, lo cierto es que no se encuentra en posibilidad alguna de realizar por sí misma las obras a cuya ejecución se compromete. Razón por la cual, la CCC requiere realizar las subcontrataciones necesarias para cumplir con el objeto del contrato.

Ahora bien, la Ley de la Contratación Administrativa en su artículo 62 establece el derecho del contratista de subcontratar hasta un 50 por ciento del total de la obra, previa autorización de la administración correspondiente. En tanto este artículo se refiere a las "obras" podría interpretarse que existe autorización para subcontratar libremente en los contratos que no son de obras. Empero, cabe recordar que el contratista es elegido por su capacidad para ejecutar el objeto del contrato y que en principio tiene el deber de ejecutarlo por sí mismo. Así, en el caso que nos ocupa

y dada la naturaleza de la CCC, es de suponer que ésta requiere subcontratar el 100 por ciento del objeto del contrato, razón por la cual sería necesaria una autorización legal expresa en tal sentido que permita excepcionar el límite del artículo 62 citado. En este caso, y si la subcontratación puede exceder ese 50 por ciento de las obras, resultaría imperioso que, al igual que se consagra en el artículo 62 citado, se establezca la responsabilidad de CCC en la ejecución total del contrato. Al efecto, podría utilizarse una redacción parecida o similar a la del artículo 62 que, en lo que interesa, dispone:

"...la subcontratación no relevará al contratista de su responsabilidad por la ejecución total del contrato."

D.-LA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPAMIENTO DEL HOSPITAL CONTRA EL CANCER

El artículo 2 del proyecto de ley dispone que para la construcción y equipamiento del Hospital contra el Cáncer el ICCC utilizará los procedimientos de licitación establecidos en el artículo 182 de la Constitución Política y en la Ley de la Contratación Administrativa. Por su parte, el artículo 6 autoriza al ICCC a contratar los créditos necesarios a tal fin hasta por un monto de veinticinco millones de dólares americanos, que tendrán las garantía del Estado, así como a aportar la suma de veinte millones de dólares americanos de los fondos que le son propios.

Esta normativa relacionada con la construcción y el equipamiento del hospital no innova el ordenamiento jurídico costarricense, ya que éste exige que la construcción y el equipamiento del Hospital contra el Cáncer sea realizada previa licitación pública, dada la figura jurídica que se pretende utilizar. Tanto la Constitución Política como la Ley de la Contratación Administrativa no dejan duda al respecto. Desde esta realidad normativa, cabría cuestionarse la necesidad de esta disposición. Pero además no debe olvidarse que la Ley de Creación del Instituto Costarricense contra el Cáncer, Ley No. 7765 del 17 de abril de 1998, faculta expresamente al ICCC a realizar los trámites necesarios para la construcción y equipamiento del Hospital, tal y como se deriva de la lectura de los artículos 2 y 18 y el Transitorio V de la ley en mención:

"Artículo 2.-

Naturaleza. La naturaleza jurídica del Instituto será la de un ente público corporativo de carácter no estatal, con personería jurídica propia.

Para cumplir con sus fines, el Instituto podrá celebrar toda clase de actos, contratos y convenios con entidades y personas públicas y privadas, tanto nacionales como internacionales.

Artículo 18.-

Construcción de centro hospitalario. Determinase como un objetivo primordial del Instituto la construcción de un centro hospitalario, el cual funcionará bajo su cuidado y responsabilidad, y albergará las salas para el tratamiento, la investigación y la docencia relacionadas con el cáncer; además, contará con otros espacios requeridos por el Instituto para cumplir con los fines consignados en la presente ley."

"TRANSITORIO V.-

Inmediatamente después de nombrada, la Junta Directiva del Instituto deberá abocarse a la planificación, el diseño y el estudio de la construcción de las obras de infraestructura e instalaciones hospitalarias, así como a otras actividades necesarias para el funcionamiento del Instituto, y de los costos previstos, operativos, de inversión y los flujos de caja requeridos. Asimismo, deberá gestionar y negociar los créditos nacionales e internacionales para construir las obras y equipar las instalaciones". (El subrayado no es del original).

Debe también indicarse que además de resultar innecesario el artículo 2, porque el ICCC se encuentra facultado para proceder a la construcción y equipamiento del Hospital y que dada la naturaleza de la contratación que se persigue el único procedimiento válido a tal fin es el de la licitación pública, también resultan innecesarias las previsiones que se consagran para el financiamiento del Hospital en cuestión como se indicó anteriormente.

En efecto, la autorización que se realiza al ICCC para obtener un crédito por la suma de hasta veinticinco millones de dólares americanos está implícita en el mismo artículo 2 y en el Transitorio V de la Ley No. 7765. Es más, debe recordarse que en tratándose de la aprobación de créditos internacionales la Constitución Política requiere que sean aprobados mediante ley aprobada por las dos terceras partes del total de los votos de los miembros de la Asamblea (artículo 121 inciso 15 de la Constitución Política), como derivación directa de la función de control político que le compete ejercer al parlamento sobre el endeudamiento del Estado. Esta aprobación conlleva, necesariamente, la valoración del cómo, cuándo y porqué del endeudamiento, y debe abarcar aspectos tales como la forma de pago, la tasa de interés negociada y el plazo acordado, entre otros. Ergo, la autorización que nos ocupa no exime de la necesaria aprobación legislativa del préstamo en cuestión. Es decir, la aprobación legislativa debe concernir directamente las condiciones financieras del convenio y esta aprobación no puede ser sustituida de forma alguna por una simple autorización de realizar convenios de crédito externo.

Por otra parte, igualmente innecesaria resulta la autorización que se pretende otorgar al ICCC de aportar de sus propios fondos la suma de veinte millones de dólares americanos para la construcción del Hospital, puesto que la disposición de los recursos de la institución es un asunto que compete exclusivamente a la administración correspondiente, siempre y cuando cumpla con los principios presupuestarios que rigen la materia.

En efecto, principio básico del sistema jurídico costarricense lo es el principio de legalidad presupuestaria. Principio según el cual la Administración sólo puede realizar los gastos cuyo monto ha sido previamente autorizado en el presupuesto. En consecuencia, un compromiso de gasto únicamente puede ser autorizado si existen los fondos necesarios para cubrirlo, de lo contrario no será válido. De allí, que el ICCC puede válidamente, sin necesidad de autorización legal alguna, presupuestar los montos que se destinarán para la construcción del Hospital, siempre y cuando cuente con los ingresos suficientes para cubrirlos. Y lógicamente, al presupuestarse los gastos para la construcción del Hospital el ICCC deberá garantizar reserva de recursos para las funciones de investigación, docencia y prevención del cáncer establecidas en los artículos 1 y 18 de la Ley No. 7765, ya que de lo contrario se estaría ante una flagrante violación de la ley. Todo lo cual conduce a reiterar el carácter innecesario del artículo 6 del proyecto de ley.

E.-OBSERVACIONES ESPECIFICAS SOBRE ALGUNOS DE LOS ARTICULOS DEL PROYECTO

Aun y cuando en las líneas anteriores se han analizado las disposiciones principales del proyecto de ley, a continuación se hará referencia específica a los artículos 3 y 4.

1.-Artículo 3

Tal y como se indicó en la Opinión Jurídica No. OJ-001-2001 del 3 de enero del 2001 de esta Procuraduría, las políticas estatales en materia de salud, incluidas la relacionadas con la prevención y el tratamiento del cáncer, deben ser emitidas por el Poder Ejecutivo (Presidente y Ministro de Salud). Desde esta perspectiva, la redacción del artículo en cuestión debe conformarse a derecho, ya que tal y como está redactado incurre en error al indicar que la formulación de las políticas públicas del sector salud le competen al Ministerio de Salud.

Por otra parte, el párrafo 2 del artículo 3 limita indebidamente el acceso al Hospital a los "costarricenses" en tanto, como bien es sabido, el derecho a la salud es un derecho humano fundamental que debe ser garantizado por el Estado costarricense a todos sus habitantes. Múltiples han sido los pronunciamientos de la Sala Constitucional en este sentido (1915-92, 2678-93, 4423-93, 6240-93, 4070-94, 5130-94, 7089-98), derivados de la interpretación de la Constitución Política y de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos:

"La salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado como una de sus prioridades (...)" (Voto No. 7089-98).

"La salud se considera, entonces, como el resultado del desarrollo orientado hacia las necesidades de la población y, como tal, es indispensable para mejorar los indicadores básicos del desarrollo propiamente dicho. La convicción de que el derecho a la salud es un derecho humano digno de reconocimiento, ya sea en el plano nacional o en el internacional, se encuentra estrechamente vinculada a la idea de que todo ser humano es sujeto de derechos fundamentales civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y que es deber de todos los gobiernos proveer al goce de los mismos (...)" (Voto No. 4423-93) (el subrayado no es del original).

"Si dentro de las extensiones que tiene el derecho a la vida está el derecho a la salud o de atención a la salud ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades". (Voto 1915-92).

Siendo así, el derecho a la salud se constituye en un principio constitucional que rige el funcionamiento del Estado costarricense y que, como tal, debe ser garantizado a todos los habitantes de la República. De lo contrario, se atentaría directamente contra la Constitución Política y, con ello, contra la dignidad misma del ser humano cuya protección se encuentra claramente garantizada en la Carta Fundamental.

A nivel internacional, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Ley No. 4229 de 11 de diciembre de 1966, consagra el derecho a la salud, así como la garantía que en tal sentido deben brindar los Estados Partes a sus habitantes:

"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

Pero no sólo la Constitución Política y la normativa internacional se han encargado de resguardar la prestación adecuada de los servicios para la protección de la salud física y mental de los habitantes. La universalización del derecho a la salud o, lo que es lo mismo, la universalización de los seguros, se plasma en la Ley No. 5349 de 24 de setiembre de 1973, emitida para efectos de la "universalización del Seguro de Enfermedad y Maternidad", con ocasión del cual se dictó el Reglamento del Régimen de Asegurados por Cuenta del Estado de la Caja Costarricense del Seguro Social, Decreto Ejecutivo No. 17898-S del 2 de diciembre de 1987, que en lo que interesa dispone:

"Artículo 1.

Con el fin de garantizar la atención integral de la salud a toda la población, se reconoce el derecho de los "Asegurados por cuenta del Estado" a recibir servicios para la protección de su salud sin el pago directo de su parte, en las instalaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social. Para garantizar ese derecho se considera que los ingresos correspondientes a las instituciones traspasadas a la Caja, de acuerdo con la Ley 5349 y las rentas estatales extraordinarias ahí previstas, equivalen al pago de las cuotas de este sector de la población.

Artículo 2.

Se define como "Asegurado por cuenta del Estado", el usuario de los servicios de salud que no está comprendido en alguno de los regímenes, categorías y convenios propios de la Caja y que además no tenga capacidad de pago, conforme con las disposiciones de este Reglamento.

Artículo 3.

No se podrá negar la prestación de los servicios integrales de salud a ninguna persona en particular, sin perjuicio de las posteriores comprobaciones y de los cobros correspondientes cuando procedan". (el subrayado no es del original).

Por su parte, el Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social, adoptado en sesión No. 7082 del 3 de diciembre de 1996 de la Junta Directiva, dispone:

"Artículo 1. De la Universalidad del Seguro de Salud.

De conformidad con lo que ordena el artículo 177 de la Constitución Política, el Seguro de Salud es universal y cubre a todos los habitantes del país, con sujeción a este Reglamento y las que específicamente dictare en el futuro la Junta Directiva. La afiliación de quienes califiquen para ser asegurados voluntarios, se fomenta para lograr la concreción del principio de universalidad.

Artículo 2. Del principio de igualdad.

Todo asegurado es igual ante la ley y ante este Reglamento. No podrá hacerse discriminación alguna por razones económicas, étnicas, religiosas, ideológicas, y de ninguna otra naturaleza que ofenda la dignidad humana. Sólo se harán las diferencias que procedieren en relación con el tipo de padecimiento o enfermedad". (...)

Artículo 10.

Para los efectos de este Reglamento se entiende por: (...)ASEGURADO POR CUENTA DEL ESTADO. Asegurado directo o familiar que adquiere esa condición por su imposibilidad para cubrir las cotizaciones del Seguro de Salud, según la ley 5349 de 1973 y Decreto Ejecutivo 17898-S. Las cotizaciones de estos asegurados son cubiertas por el Estado, mediante un mecanismo especial de financiamiento, basado en núcleos familiares" (el subrayado no es del original).

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico costarricense regula detalladamente el régimen de los servicios de salud para los habitantes del país, sin discriminar en razón de la nacionalidad ni en razón de la capacidad económica de quien requiere de la prestación de los servicios . De allí que el Hospital contra el Cáncer, como parte integral del servicio público de salud, debe entonces adecuarse plenamente al régimen establecido.

En razón de lo anterior, es necesaria una reformulación del artículo 3 del proyecto a fin de que el mismo se ajuste a derecho.

2.-Artículo 4

Los párrafos 1 y 2 del artículo 4 disponen que una vez cancelados los créditos contraídos para la construcción del hospital contra el Cáncer, éste será traspasado del ICCC al Estado.

No obstante lo anterior, y a fin de lograr la adecuada regulación jurídica de lo que el legislador pareciera pretender, es necesario modificarlo a fin de que el hospital sea traspasado a la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS).

Como bien se sabe, mediante la ley No. 5349 del 24 de setiembre de 1973 se le encomendó a la CCSS el otorgamiento de las prestaciones de salud en el territorio nacional con el fin de lograr un sistema integral de salud. Para lo anterior se le traspasaron a la CCSS las instituciones que dependían del Ministerio de Salubridad Pública, las Juntas de Protección Social y los Patronatos a cargo de instituciones médicos-asistenciales. De esta forma, dado que la operación del Sistema Hospitalario Nacional es competencia de la CCSS, es evidente que es a esta institución a la cual se le debe traspasar el Hospital contra el Cáncer.

Finalmente, se considera que el texto del párrafo 3 del artículo 4 puede ser sustituido por una simple derogatoria del artículo 24 de la Ley No. 7765 ya que de su redacción se desprende que ésta es la intención que persigue el legislador. Al efecto bien puede mantenerse la facultad del

ICCC de dar el Hospital en administración a la CCSS mientras no le haya sido traspasado.

CONCLUSIONES:

Por lo antes expuesto es criterio de la Procuraduría General de la República que:

1. La autorización para que la ICCC contrate directamente con la CCC los aspectos técnicos relacionados con el diseño, planos, asesoría, supervisión, capacitación y transferencia tecnológica para el Hospital contra el Cáncer, no encuentra aplicación el Convenio de Cooperación Técnica entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Costa Rica, en tanto se trata de una relación comercial y no de una relación de cooperación.
2. La validez de las contrataciones directas autorizadas por ley se encuentra sujeta a los parámetros de constitucionalidad. Es criterio reiterado de la Sala Constitucional que la contratación directa es acorde con la Carta Fundamental si existe un alto grado de razonabilidad y proporcionalidad entre el caso concreto y los fines que se persiguen (razones de urgencia, seguridad, cooperación, etc.).
3. Dada la naturaleza de la CCC, la cual es una agencia canadiense con un amplio mandato legislativo para promover el desarrollo del comercio de su país con otras naciones, se encuentra imposibilitada a ejecutar por sí misma el objeto del contrato. De allí la necesidad de que exista una autorización legal para que la CCC subcontrate la ejecución de la totalidad de las obras en el caso de que el contrato a suscribir entre la CCC y la ICCC sea válido.
4. La normativa del proyecto referente a la construcción y el equipamiento del Hospital al obligarlo a someterse al procedimiento de licitación pública no innova el ordenamiento jurídico costarricense, ya que éste exige la utilización de los procedimientos de licitación pública para esos fines. El legislador puede omitir los artículos 2 y 6 del proyecto, sin que se afecte la situación jurídica del ICC que, por ende, estará obligado a contratar mediante licitación pública.

Opinión Jurídica OJ 116-99

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁴

O.J. 116-99

San José, 05 de octubre, 1999

Señor Carlos A. Villalobos Arias Diputado Estimado señor Diputado: Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me es grato referirme a su oficio CVA-158-1999 del 21 de setiembre de 1999, recibido el 23 de ese mismo mes, a través del cual solicita el criterio de este órgano superior técnico-jurídico sobre:

"a) Pueden atribuirse a los Consejos Directivos, Presidencias Ejecutivas o Gerencias Generales de las Instituciones Autónomas, otras funciones diferentes a las contempladas en el Ordenamiento Jurídico Vigente? b) Pueden acaso ser modificadas por la Presidencia Ejecutiva o por el Consejo Directivo de una Institución Autónoma, las funciones normales de administración que el Ordenamiento Jurídico Vigente -en forma clara y contundente- define como responsabilidades de una Gerencia General? c) Pueden las Presidencias Ejecutivas intervenir unilateralmente y cuando consideren necesario, en los asuntos Administrativos de las Instituciones Autónomas, sin acuerdo previo del Consejo Directivo, contradiciéndose el espíritu del artículo 8 del Decreto Ejecutivo N° 11846, del 9 de setiembre de 1980, donde se expresa que: 'La relación del Presidente Ejecutivo con el restante personal técnico y la administración general de la institución, será solo a través de la Gerencia y aquel girará instrucciones a tales niveles técnicos solo a través de la gerencia'.

d) Pueden las Presidencias Ejecutivas, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico vigente intervenir directamente y sin coordinación con las Gerencias Generales, en la firma de contratos, reclutamiento de nuevo personal, formulación de instrucciones al personal ya existente, decidir nombramientos administrativos, tener subalternos directos, y trasladar funciones administrativas? e) Pueden las Presidencias Ejecutivas, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico vigente, intervenir unilateralmente y sin coordinación con las Gerencias Generales para decidir sobre la representación frente a terceros, en la modificación de presupuestos, en la aprobación de compras y licitaciones, en la autorización de viajes y gastos, en la asignación de vehículos y en fin todas aquellas actividades administrativas que de acuerdo a las leyes de la República corresponden a las Gerencias Generales? f) Cuáles son las consecuencias jurídicas y administrativas, así como la validez frente a terceros, de aquellas decisiones hechas por los Consejos Directivos, las Presidencias Ejecutivas y las Gerencias Generales que han tomado sin coordinación entre ellas y fuera del ordenamiento jurídico vigente? g) En virtud de la facultad que les otorga el artículo 55 y 58 de la Ley General de Administración Pública y con el objeto de normalizar las actividades administrativas de las Instituciones Autónomas, es acaso necesario que los Consejos Directivos sobre la base de sus propios méritos, reviertan las decisiones de aquellas acciones que el propio Consejo, las Presidencias Ejecutivas o Gerencia Generales han tomado de forma irregular".

Es necesario aclarar que el criterio que a continuación se expone, es una mera opinión jurídica de la Procuraduría General de la República y, por ende, no tiene ningún efecto vinculante para la Asamblea Legislativa, por no ser Administración Pública y se hace como una colaboración en la importante labor que desempeña el Diputado.

I.-ANTECEDENTES.



CRITERIOS DE LA PROCURADURÍA RELACIONADOS CON EL TEMA.

1.-DICTAMEN C-142-74 DEL 4 DE JULIO DE 1974.

En lo que interesa se indicó:

" (...) En razón de ello, es que en las instituciones autónomas cuya Ley Orgánica respectiva se reforma expresamente, por medio de la citada ley [se refiere a la Ley N° 5507 de 19 de abril de 1974] , se crea el cargo de Presidente Ejecutivo, que es el funcionario de mayor jerarquía para efectos de gobierno de la institución, a quién corresponde fundamentalmente velar por la ejecución de las decisiones que toma la Junta Directiva, que preside, asumiendo también las funciones del Presidente de la Junta Directiva, así como cualquier otra que le asigne la propia Junta.

La misma ley, en su artículo 6, expresamente dispone que los Gerentes de la Institución continuarán siendo los principales funcionarios administrativos, de tal manera que conservan sus funciones, lógicamente bajo la jerarquía del Presidente Ejecutivo de la respectiva institución".

2.-DICTAMEN C-170-92 DEL 21 DE OCTUBRE DE 1992.

Si bien es cierto este dictamen está referido al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, dado su estrecha relación con el tema que estamos abordando, nos permitimos transcribir parte de sus conclusiones:

"En resumen, al Presidente Ejecutivo se le asignó la materia de gobierno del SNAA y todas sus atribuciones debe estimarse dentro de ese marco. En su relación con el Gerente, éste debe subordinarse a las directrices, criterios, metas, fines, programas, medios y control que en ejercicio de la función superior de gobierno señale el Presidente Ejecutivo. Sin perjuicio, de la jerarquía funcional respecto de ambos de la Junta del ICAA.

El Gerente debe prestar asistencia al Presidente Ejecutivo en la definición de sus funciones administrativas para que armonicen con las de gobierno del segundo. Misma armonía que debe darse en la labor de ambos como ejecutores de las decisiones de la Junta y representantes del SNAA. Por fin, la Junta continúa siendo el máximo jerarca funcional del SNAA, por lo cual resuelve en última instancia todos los asuntos.

Por lo expuesto, en respuesta a su interrogante, me permito manifestarle que el Gerente en el ejercicio de la actividad administrativa debe subordinarse al Presidente Ejecutivo, cuando éste actúe en ejercicio de su función superior de gobierno del ICAA, sin perjuicio de lo que disponga la Junta Directiva. Aunque, como se dijo el Presidente no puede ejercer potestades de jerarca respecto del Gerente que solo corresponden a la Junta".



Así, pues, la relación jerárquica entre el Presidente Ejecutivo y Gerente sería parcial, no comprensiva de lo administrativo.

3.-DICTAMEN C-023-93 DEL 10 DE FEBRERO DE 1993.

En este dictamen se reconsidera, de oficio, el número C-170-92, en cuanto se establece que el Gerente es el jerarca administrativo del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. La norma de la Ley 5507, que señala que los Gerentes de la Institución continuarán siendo los principales funcionarios administrativos:

"... debe interpretarse no como atributiva de una competencia, sino como señalando que dentro del escalafón de la institución de que se trata, el Gerente -salvo disposición legal en contrario- será el funcionario de mayor rango, solo subordinado, entonces, a la Junta Directiva y al Presidente Ejecutivo. Por lo que ni la Junta Directiva ni el Presidente Ejecutivo pueden emitir disposiciones o actos que lesionen esa posición institucional del gerente, o que atribuyan en la practica un mayor rango a otro funcionario ejecutivo, o dejen de lado que ese el órgano de comunicación de la jerarquía con el resto del personal".

La anterior afirmación se sustentada en que el artículo 6 de la Ley 5507 no estatuye que el Gerente sea el jerarca superior en lo administrativo.

"Ello no puede ser así por cuanto si bien la Ley de Presidentes Ejecutivos define al Presidente Ejecutivo como un funcionario político, le atribuye funciones administrativas como lo es lo relativo a la ejecución de los acuerdos de la Junta Directiva".

También se indica, que existe una dificultad para establecer una diferenciación tajante entre la materia de gobierno y la administrativa.

Así las cosas, la relación jerárquica entre el Presidente Ejecutivo y el Gerente sería plena, comprensiva tanto de la materia de gobierno como la administrativa.

II.-NORMATIVA APLICABLE.

A.-LEY NÚMERO 4646 DE 20 DE OCTUBRE DE 1970 Y SUS REFORMAS.

"Artículo 4.-

Las Junta Directivas del Consejo Nacional de Producción, Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo..., estarán integradas de la siguiente manera:

1) Presidente Ejecutivo de reconocida experiencia y conocimiento en el campo de las actividades de la correspondiente institución, designado por el Consejo de Gobierno cuya gestión se registrá por

las siguiente normas:

a) Será el funcionario de mayor jerarquía para efectos de gobierno de la institución y le corresponderá fundamentalmente velar porque las decisiones tomadas por la Junta se ejecuten, así como coordinar la acción de la entidad cuya Junta preside, con las de demás instituciones del Estado. Asimismo, asumirá las demás funciones que por ley le están reservadas al Presidente de la Junta Directiva así como las otras que le asigne la propia Junta; b) Será un funcionario de tiempo completo y de dedicación exclusiva; consecuentemente, no podrá desempeñar ningún otro cargo público, ni ejercer funciones profesiones liberales; c) Podrá ser removido libremente por el Consejo de Gobierno, en cuyo caso tendrá derecho a la indemnización laboral que le corresponda por el tiempo servido en el cargo. Para la determinación de esa indemnización, se seguirán las reglas que fijan los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo, con las delimitaciones en cuanto al monto que ese articulado determina".

"Artículo 6.-

Los gerentes y subgerentes de las instituciones citadas en el artículo 4 de esta ley serán nombrados para períodos de seis años y podrán ser reelectos. Sus nombramientos , así como su reelección, requerirán no menos de cuatro votos favorables de los directores de la Junta respectiva".

B.-LEY NÚMERO 5507 DE 19 DE ABRIL DE 1974 Y SUS REFORMAS.

"Artículo 6.-

Los Gerentes de las instituciones continuarán siendo los principales funcionarios administrativos. En las instituciones indicadas, las ausencias temporales del Presidente Ejecutivo, serán suplidas por un Vicepresidente, que tendrá las mismas facultades; de designación de la Junta Directiva de la respectiva institución".

C.-DECRETO EJECUTIVO NÚMERO 11846-P DE 9 DE SETIEMBRE DE 1980, REGLAMENTO A LA LEY DE PRESIDENTES EJECUTIVOS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS DEL BANCO CENTRAL DE COSTA RICA Y DEMÁS INSTITUCIONES AUTÓNOMAS Y SEMIAUTÓNOMAS NO BANCARIAS.

"Artículo 4º.-

Incompatibilidades del Presidente Ejecutivo: Quien desempeñe el cargo de Presidente Ejecutivo en las entidades a que se refiere el artículo 1º de este Reglamento, no podrá ejercer ningún otro cargo ni actividad profesional alguna. Se exceptúan la prestación de servicios como profesor horario en alguna institución de enseñanza superior, hasta un máximo de cuatro horas semanales y la atención profesional de asuntos personales o de su cónyuge, padres o hijos".

"Artículo 5º.-

El Presidente Ejecutivo y la Representación del Poder Ejecutivo: El Presidente Ejecutivo será el enlace directo entre el Poder Ejecutivo y la institución que representa y será él quien lleve a conocimiento de la Junta Directiva, para su aprobación, las iniciativas de aquel Poder, relacionadas con la definición, formulación y adaptación de la política de Gobierno de la entidad".

"Artículo 6º.-

Atribuciones y Cometidos: El Presidente Ejecutivo, para efectos de gobierno, es el funcionario de mayor jerarquía, de la respectiva institución. Es el superior jerárquico del Gerente, en los términos en que la Ley General de la Administración Pública, lo establece en sus artículos 101 y 102, en nombre de la Junta Directiva.

El Presidente Ejecutivo tiene a su cargo los siguientes cometidos:

- a) Informar a la Junta Directiva sobre las actuaciones de la Gerencia en cuanto al cumplimiento de sus funciones, de suerte que la Junta pueda decidir si actúa colegiadamente en el ejercicio de las potestades aludidas en los artículos 101 y 102 de la Ley General de la Administración Pública.
- b) Presidir la Junta Directiva; convocar sus sesiones ordinarias y extraordinarias, con no menos de doce horas de anticipación; elaborar la agenda de tales sesiones; y velar por la pronta y eficaz ejecución de las resoluciones y acuerdos de dicha Junta Directiva, comunicándolos a la Gerencia con las indicaciones y consideraciones adicionales que él considere pertinentes para garantizar y clarificar aún más el espíritu de tales acuerdos y resoluciones de la Junta.
- c) Programar las actividades generales que se requieran para realizar la políticas y alcanzar los objetivos de la institución, dentro de los lineamientos de la política general del Estado dictada por el Poder Ejecutivo y el Plan Nacional de Desarrollo, y comunicarlas a la Gerencia como marco de referencia obligado para ésta.
- d) Ordenar a la Gerencia una labor sistemática de modernización de la entidad y racionalización del uso de sus recursos, en coordinación con la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica de la Presidencia de la República, al efecto dictará las directrices pertinentes.
- e) Someter a la aprobación de la Junta Directiva, cualesquiera cambios integrales de organización y administración.
- f) Coordinar con el Ministro del ramo y de acuerdo con los lineamientos que el Presidente de la República establezca, las negociaciones tendientes a obtener asistencia técnica y financiamiento, a efecto de cubrir las necesidades que demande la institución.
- g) Coordinar con las demás instituciones autónomas y semiautónomas y con el Gobierno Central las políticas, objetivos, planes y programas de la entidad que preside.
- h) Dirigir y supervisar la unidad de planificación de la respectiva institución y representar a ésta en los órganos asesores y coordinadores que establece el artículo 12 y concordantes de la Ley de Planificación Nacional número 5525 de 2 de mayo de 1974. Para esto toda institución deberá garantizar la existencia de tal unidad técnica.
- i) Formar parte del Consejo de Coordinación Interinstitucional a que se refiere el artículo 19 de la mencionada Ley de Planificación Nacional.

j) Supervisar y evaluar periódicamente los programas de la entidad y, conforme a sus resultados, recomendar a la Junta Directiva lo que estime pertinente para el fortalecimiento, reajuste o terminación de los mismos.

k) Otorgar el visto bueno a los proyectos de presupuesto anual y extraordinarios que se eleven a la Junta Directiva para su aprobación, así como vigilar su correcta ejecución, todo con el fin de asegurar la congruencia de dichos proyectos con la política de la institución.

l) Presentar oportunamente a la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica, previa aprobación de la Junta Directiva, los proyectos de presupuesto y programas de inversión, así como las solicitudes de financiamiento externo, de conformidad con lo establecido por los artículos 9º y 10 de la Ley de Planificación Nacional.

ll) Proponer a la Junta directiva, en ejercicio de sus funciones superiores de gobierno, la organización técnica y administrativa de la institución, a fin de garantizar la eficaz ejecución de sus políticas. Para tales efectos, el Presidente Ejecutivo deberá contar con el dictamen escrito del Gerente o Director Ejecutivo de la Institución y explicar a la Junta Directiva toda divergencia de fondo con el Gerente sobre este particular, y la Junta decidirá.

m) Reunirse las veces que sean necesarias con el ministro del ramo o el Consejo de Gobierno, cuando fuere convocado al efecto.

n) Las demás que le correspondan como funcionario de mayor jerarquía de la institución en materia de gobierno, así como las que le encomiende la Junta Directiva en su o de sus atribuciones y las que encomiende la Junta Directiva en su o de sus atribuciones y las que le sean impuestas por mandato de las leyes y reglamentos pertinentes".

"Artículo 7º.-

Informes del Presidente Ejecutivo: Cada tres meses el Presidente Ejecutivo deberá rendir informes escritos al ministro del ramo, sobre la marcha general de la institución".

"Artículo 8º.-

Relaciones del Presidente Ejecutivo y el Gerente o Director Ejecutivo: El Presidente Ejecutivo formulará un proyecto de reglamento en el que se definan las funciones y atribuciones del Gerente o Director Ejecutivo de la institución. Para ello solicitará la asistencia de este último.

El proyecto deberá contener las normas necesarias para que las funciones de gobierno y de administración se realicen con eficacia y armonía.

Deberá regular que la relación del Presidente con el restante personal técnico y con la administración general de la institución, sea sólo a través de la Gerencia o Dirección Ejecutiva, y que aquél girará instrucciones a tales niveles técnicos sólo a través de la Gerencia o Dirección Ejecutiva; sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso j), o para efectos de obtener información de dicho personal.

El proyecto será conocido, aprobado y puesto en vigencia por la Junta Directiva, a más tardar dos meses después de publicado el presente reglamento".



III.-MARCO TEÓRICO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE LAS JUNTAS DIRECTIVAS, PRESIDENTES EJECUTIVOS Y GERENTES GENERALES DE LAS INSTITUCIONES AUTÓNOMAS.

El asunto que usted nos plantea supone un conflicto de competencias entre los Consejos Directivos y el Gerente General y entre el Presidente Ejecutivo y éste último.

En el dictamen C-126-99 del 22 de junio de 1999, nos referimos al tema de la autonomía de las instituciones autónomas y a las diversas funciones de los Presidentes Ejecutivos y los Gerentes Generales. En él afirmamos que, con la redacción que se le dio a la ley que creó las Presidencias Ejecutivas, el Presidente Ejecutivo sería el funcionario de mayor jerarquía en materia de gobierno y que el Gerente continuaría siendo el principal funcionario administrativo de la institución.

"Ahora bien, revisado el ordenamiento jurídico vigente tenemos las siguientes particulares además de la anteriormente indicadas. El Presidente Ejecutivo es designado por el Consejo de Gobierno; mientras que el Gerente es nombrado por la Junta Directiva de la institución. El nombramiento del primero no se hace por un plazo fijo, aunque puede ser removido libremente; mientras que en el caso del segundo se nombra por períodos de seis años. En relación con las atribuciones del Presidente Ejecutivo, la Ley 4646 dispone que le corresponde, fundamentalmente, velar porque las decisiones adoptadas por la Junta Directiva de la institución se ejecuten, así como coordinar la acción de la entidad, presidir la Junta Directiva y asumir las funciones propias del presidente de este órgano colegiado. El Reglamento a la Ley de Presidentes Ejecutivos de la Juntas Directivas del Banco Central de Costa Rica y demás Instituciones Autónomas y Semiautónomas no Bancarias, le asigna otras funciones, unas de naturaleza gubernamental y otras en el ámbito administrativo. Dentro de las primeras están: la programación de actividades generales que se requieren para realizar y alcanzar los objetivos de la institución, coordinar con el ministro del ramo, de acuerdo con los lineamientos que el Presidente de la República establezca, coordinar con las demás instituciones autónomas y semiautónomas y con el gobierno central las políticas, objetivos, planes y programas de la entidad, formar parte del Consejo de Coordinación Interinstitucional a que se refiere el artículo 19 la Ley de Planificación Nacional, otorgar el visto bueno a los proyectos de presupuesto anual y extraordinario que se eleven a la Junta Directiva, presentar al Ministerio de Planificación y Política Económica, previa aprobación de la Junta Directiva, los proyectos de presupuesto y programas de inversión, etc. Dentro de las segundas están: informar a la Junta Directiva sobre las actuaciones de la gerencia en cuanto al cumplimiento de sus funciones (potestad de vigilancia), ordenar a la gerencia una labor sistemática de modernización de la entidad y racionalización del uso de sus recursos, someter a la aprobación de la Junta Directiva cualquier cambio en la organización y administración, supervisar y evaluar los programas de la entidad y proponer a la Junta Directiva la organización técnica y administrativa de la institución (1)

--- NOTA (1): Algunas de las atribuciones que se le otorgan al Presidente Ejecutivo tiene la característica de que abarca tanto las materias de gobierno y como administrativa. Así las cosas, el hecho de que se les ubique en uno y otro compartimento no significa que se desconozca esa dualidad.

---El hecho de que el ordenamiento jurídico reconozca a favor del Presidente Ejecutivo atribuciones de carácter administrativo, en nada afecta su condición de máximo jerarca en materia de gobierno, por la sencilla razón de lo difícil de establecer una diferencia tajante entre la actividad de gobierno y la administrativa, tal y como acertadamente lo ha establecido el Tribunal Constitucional.

Además, siguiendo el razonamiento de la Sala Constitucional, en los votos atrás indicados, de que administrar conlleva la labor de gobernar, creemos que también la labor de gobernar implica la función de administrar, de manera tal que, es razonable y deseable, que quien ejercer la máxima autoridad en materia de gobierno también despliegue una actividad administrativa que resulta necesaria, consecuente y conveniente para alcanzar los objetivos y las metas de la institución.

Ahora bien, lo anterior no debe inducir a error al operador jurídico. La función administrativa que desarrolla el Presidente Ejecutivo no es su actividad principal, es una consecuencia necesaria, lógica y conveniente del ejercicio de su condición de máximo jerarca en materia de gobierno.

En segundo término, la actividad intrínseca, fundamental, principal y la razón del ser de la naturaleza del cargo de Presidente Ejecutivo es la materia de gobierno. Consecuentemente, la actividad de quien ocupa este puesto tiene que estar direccionada a cumplir cabalmente aquellas tareas que se subsumen dentro de la actividad gubernamental, resultando por ello, la actividades que se encuentran dentro de la materia administrativa, acciones coadyuvantes, secundarias y colaterales a las actividades que constituyen la razón ser la figura administrativa. Desde esta perspectiva, al Presidente Ejecutivo le está vedado el ocuparse de la actividades administrativas como una tarea fundamental o principal, desdeñando, descuidado o relegando por ello las actividades propias de gobierno.

Ahora bien, lo anterior no significa que el Presidente Ejecutivo no puede desarrollar actividades de naturaleza administrativa; cuando el ordenamiento jurídico así lo impone, debe ejercerlas. Lo que estamos afirmando es algo muy distinto, y es que el Presidente Ejecutivo debe abocarse al ejercicio de las funciones propias de gobierno sin pretender abarcar otras funciones de tipo administrativo, que no son el resultado de la actividad en la materia de gobierno".

El otro punto que se plantea en la consulta, es la relación que se da entre los Consejos Directivos y los Gerentes Generales de las instituciones autónomas.

Por regla general, los Consejos Directivos o Juntas Directivas como normalmente se les llama, son los órganos de mayor jerarquía dentro de los entes descentralizados. No sólo por el hecho de que la mayoría de las leyes les dan esa condición expresa o implícitamente, sino por las atribuciones que les asigna el ordenamiento jurídico. En vista de esta situación, los demás órganos que conforman la organización del ente por servicio, entre ellos las Gerencias Generales, se encuentran sometidos a las potestades que se derivan de la relación jerárquica, entre ellas: la potestad de mando, de nombramiento, de vigilancia, disciplinaria, de revisión y de dirimir conflictos de competencias.



En el dictamen 259-98 del 2 de diciembre de 1998, sobre el principio de jerarquía expresamos lo siguiente:

"Como es bien sabido, el principio jerárquico impone a la organización administrativa una estructura piramidal, en cuyo vértice se ubica un jerarca o superior jerárquico supremo, al que se subordinan las sucesivas instancias orgánicas y funcionales de tal estructura, y que da lugar a relaciones jerárquicas múltiples en su seno. Es decir, una instancia se sitúa en un plano de superioridad respecto de otras, las que a su vez se encuentran en la misma posición respecto a otras más, hasta alcanzar el indicado vértice (en este sentido, se puede consultar a Renato Alessi, "Instituciones de Derecho Administrativo", tomo I, Barcelona, Bosch, 1970, pág.103).

Tal y como lo menciona Agustín Gordillo, la relación jerárquica "...vincula entre sí a los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción ..." ("Tratado de Derecho Administrativo", tomo I, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1977, pág. IX-33).

La doctrina ha resumido las atribuciones que deben reconocerse al órgano superior dentro de una relación de jerarquía, en los siguientes términos:

"1° Posibilidad de que el superior jerárquico dirija o impulse la acción del inferior. 2° Posibilidad de dictar normas de carácter interno, de organización o de actuación, tales como instrucciones, circulares de servicios, etc., que sí tienen carácter jurídico, en cuanto que pueden conducir a una responsabilidad de los funcionarios o titulares por su incumplimiento, y en estos casos el titular se transforma en un tercero, e incluso a veces pueden hacerse valer por el administrado. 3° Posibilidad de llevar a cabo el superior los nombramientos de los titulares de los órganos inferiores, así como formalizar los contratos en la rama concreta de su competencia y cuantas vicisitudes de la vida administrativa les correspondan.

4° Posibilidad de suplir, según los casos, a los órganos inferiores.

En este sentido se ha dicho que la jerarquía supone una fungibilidad de los órganos, ya que el superior puede actuar en lugar del inferior. Sin embargo, no somos de esta opinión, ya que por existir en los ordenamientos modernos una delimitación exacta de competencias, no es posible en términos generales pretender dicha suplencia. 5° Posibilidad de delegación y de avocación de facultades de competencia en los términos expuestos. 6° Facultad de control por parte del superior, bien sobre los actos a través del recurso de alzada de carácter normal (o de oficio), bien sobre los propios titulares. 7° Facultades de resolver las competencias y conflictos que se produzcan entre órganos inferiores" (José Antonio García-Trevijano Fos, "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, páginas 430 y 431).

Siguiendo algunos de los lineamientos indicados, nuestra Ley General de la Administración Pública en su artículo 102, vino a regular las potestades del superior jerárquico de la siguiente forma:

"Artículo 102: El superior Jerárquico tendrá las siguientes potestades: a) Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente; b)



Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos; c) Ejercer la potestad disciplinaria; d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo; e) Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de los límites y condiciones señalados por esta ley; y f) Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre órganos inferiores".

El ejercicio de tales poderes de subordinación permite que, no obstante la pluralidad sujetos que integran una organización, la misma pueda tener unidad de voluntad y acción y que sea coherente y eficiente.

Dicha necesidad explica además que, en vía de principio, la pirámide organizativa remate en un vértice único, sea este ocupado por un órgano unipersonal o colegiado. Sólo así es posible alcanzar dichas metas de unidad, eficiencia y coherencia administrativa, las que quedarían seriamente comprometidas con experimentos de bicefalismo institucional.

De ahí que la propia Ley General de la Administración Pública, en sus artículos 103 y 104, prevea la existencia de un jerarca o superior jerárquico supremo, al que le confiere potestades jerárquicas adicionales: a éste le compete, como regla, la representación del ramo administrativo correspondiente y la suscripción de los actos y contratos necesarios, el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma y el nombramiento de los funcionarios; a lo cual se suma el poder de adoptar los actos que agotan la vía administrativa (art. 126 y 127)".

IV.-SOBRE LAS INTERROGANTES PLANTEADAS.

Con base en el marco teórico anterior, procedemos a responder puntualmente cada una de las interrogantes formuladas.

"a) Pueden atribuirse a los Consejos Directivos, Presidencias Ejecutivas o Gerencias Generales de las Instituciones Autónomas otras funciones diferentes a las contempladas en el Ordenamiento Jurídico Vigente?".

De conformidad con el principio de legalidad -técnica de autoridad-, la Administración Pública sólo puede realizar aquellos actos que le están previamente autorizados en una norma jurídica. Desde esta perspectiva, ningún ente u órgano de aquella está habilitado a ejercer potestades que el ordenamiento jurídico no le ha otorgado, ya que si procediera en tal sentido, estaría actuando al margen del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, debemos hacer esta advertencia. Como es bien sabido, el principio de legalidad permite atribuirle a la Administración Pública potestades para que ésta cumpla los fines que le

impone el ordenamiento jurídico, en forma adecuada y cabal, todo en aras del interés público.

Por consiguiente, sucede muchas veces, que la asignación de potestades en el ordenamiento jurídico se encuentra en forma expresa, es decir, la norma, en forma clara y contundente, señala los poderes que ostenta la Administración para alcanzar sus fines. Empero, la situación se torna más compleja debido a la existencia de potestades implícita en el ordenamiento jurídico a favor de la Administración Pública.

"Esta doctrina [se refiere a la de los poderes inherentes o implícitos] fue formulada originalmente en el Derecho Público anglosajón, tanto en el ámbito del Derecho Constitucional (inherent powers de la Federación americana, deducidos de su posición original, no mencionados en el pacto federal o Constitución y que en una aplicación estricta del principio federal hubiera tenido que interpretarse como no transferido a la Unión por los Estados miembros -enmienda X°-; entre ellos está nada menos que el poder de declarar la guerra), como en el del local government (competencia de los entes locales construidas sobre el sistema de lista -y no sobre el de cláusula general-, corregida tal lista con los implied powers)..." "...La inherencia o la implicación han de deducirse, no de una imagen ideal o abstracta de unos supuestos poderes 'normales' administrativos (imagen que arruinaría la exigencia de la legalidad en su función habilitante), sino de otros poderes expresamente reconocidos por la Ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales otros o de tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados)"(2).

--- NOTA (2):GARCÍA ENTERRÍA (Eduardo) y otro. Curso de Derecho Administrativo. Volumen 1, Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la tercera edición, 1980, páginas 377 y 378.

---En consecuencia, ningún ente u órgano de la Administración Pública pueden realizar actos que no sean el resultado del ejercicio de potestades que han sido atribuidas por el ordenamiento jurídico.

"b) Pueden acaso ser modificadas por la Presidencia Ejecutiva o por el Consejo Directivo de una Institución Autónoma, las funciones normales de administración que el Ordenamiento Jurídico vigente -en forma clara y contundente-, define como responsabilidad de una Gerencia General?"

En un Estado social de Derecho, conforme a uno de sus principios cardinales, el de legalidad, la competencia de los entes y los órganos que conforman la Administración Pública está determinada por el ordenamiento jurídico. Eso significa, que cuando éste le atribuye una competencia a un determinado órgano, ésta no le puede ser sustraída por otros, a menos que éstos últimos estén autorizados por el ordenamiento jurídico para actuar en ese sentido.

Evidentemente, si el ordenamiento jurídico, tal y como usted lo expresa, le atribuye, en forma clara y contundente, una determinada función a un órgano, en este caso, al Gerente General, ésta no podría ser modificada por los órganos superiores. Para tal propósito, sería necesario, siguiendo el respectivo procedimiento, reformar la norma que le otorgó la competencia y, una vez modificada ésta, emitir los respectivos actos haciendo los ajustes en la competencia de la Gerencia General.

La anterior conclusión tiene su fundamento en las siguientes razones:

1.-El Consejo Directivo y el Presidente Ejecutivo están sometidos al bloque de legalidad. Con base en lo anterior, sólo pueden realizar aquellos actos que el ordenamiento jurídico los autoriza y, deben respetar, en consecuencia, las normas jurídicas vigentes.

2.-Por otra parte, El Consejo Directivo y el Presidente Ejecutivo están vinculados al principio de la inderogabilidad singular de la norma el cual, según la resolución de la Sala Constitucional 2009-95 (opinión consultiva), tiene rango constitucional, por consiguiente, no pueden desaplicar una norma para un caso concreto. Desde estas perspectiva, mientras una norma esté vigente, el Consejo Directivo y el Presidente Ejecutivo no tienen otra alternativa más que aplicarla, lo que les impide desconocerla o apartarse de su recto sentido o darle un contenido diferente de aquel que le atribuyó el ordenamiento jurídico.

"c) Pueden las Presidencias Ejecutivas intervenir unilateralmente y cuando lo consideren necesario en los asuntos administrativos de las Instituciones Autónomas, sin acuerdo previo del Consejo Directivo, contradiciéndose el espíritu del artículo 8 del Decreto Ejecutivo N° 11846, del 9 de setiembre de 1980, donde se expresa que: 'La relación del Presidente Ejecutivo con el restante personal técnico y la administración general de la institución, será solo a través de la Gerencia y aquel girará instrucciones a tales niveles técnicos solo a través de la gerencia'".

Para responder esta interrogantes es necesario tener claros una serie de aspectos. En primer lugar, El Presidente Ejecutivo es el superior jerarca del Gerente General (artículo 6 del Reglamento a Ley de Presidencias Ejecutivas), atribución que ejerce en nombre de la Junta Directiva, situación que también ha sido reconocida por la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, tal y como lo expresamos en nuestro dictamen C-023-93 del 10 de febrero de 1993.

Por otra parte, y tal y como lo indicamos en el dictamen C-126-99 del 22 de junio de 1999, el Presidente Ejecutivo de una institución autónoma puede abocarse a realizar función administrativa, en aquellos casos en los cuales el ordenamiento jurídico lo autoriza, con la particularidad, de que estas labores no pueden relegar a un segundo plano su función principal, que es la materia de gobierno.

Por último, con base en su posición de superior jerarca del Gerente General, el Presidente Ejecutivo, echando mano a las potestades que se derivan del principio de jerarquía, entre otras, la potestad de revisión y de vigilancia, puede también abocarse a asuntos de naturaleza administrativa.

En síntesis podemos afirmar, y como regla de principio, que jurídicamente no existe ningún problema de que el Presidente Ejecutivo intervenga en forma unilateral en asuntos de naturaleza administrativa. Ahora bien, cuando existe una norma que establece la forma, el procedimiento, o el mecanismo que debe seguir ese funcionario para involucrarse en este tipo de asuntos, no tiene más alternativa que actuar en consecuencia. Si adopta otra vía, su actuación estaría al margen del ordenamiento jurídico.



La norma que usted cita, se refiere a que, en el reglamento en el cual se deben definir las funciones o atribuciones del Gerente o Director Ejecutivo, proyecto de reglamento que compete elaborarlo al Presidente Ejecutivo con la asistencia del Gerente, debe incluirse una norma que regule las relaciones del primero con el restante personal técnico y con la administración general de la institución. Además, debe contener una disposición que establezca el mecanismo, a través del cual, únicamente por medio del Gerente, el Presidente Ejecutivo puede girar instrucciones a ese personal técnico, salvo cuando se trata de funciones de supervisión, evaluación y de obtener información.

En las instituciones autónomas que existe el reglamento donde se define las funciones o atribuciones del Gerente, los Presidentes Ejecutivos tienen que utilizar el canal de la Gerencia para relacionarse con el personal técnico y la administración en general, así como para girar las instrucciones a ese personal.

Ahora bien, el problema se plantea en aquellos casos en los cuales no se ha dictado este reglamento, o habiéndose promulgado, se hizo caso omiso de la anterior norma.

En el primer supuesto, el Presidente Ejecutivo está obligado a acatar la disposición que usted cita, por la sencilla razón de que estamos en presencia de una norma de aplicación inmediata, es decir, de una disposición en la cual se establece claramente cual es el medio que debe utilizar el jerarca para relacionarse con el personal de la institución, por lo que no es necesario esperar a que se emita la norma secundaria, para cumplir con el mandato que impone el ordenamiento jurídico.

En la otra hipótesis, que el reglamento de organización desconozca lo que se expresa en el reglamento ejecutivo, estaríamos en presencia de un conflicto de normas en tiempo. En este caso, quien esté legitimado deberá impugnarlo con el fin de que ajuste a la norma de mayor jerarquía, ya que de lo contrario, y pese a su ilegalidad, mientras que ésta no sea declarada por el órgano competente, los órganos administrativos deberán ajustarse a él.

"d) Pueden las Presidencias Ejecutivas, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico vigente intervenir directamente y sin coordinación con las Gerencias Generales, en firma de contratos, reclutamiento de nuevo personal, formulación de instrucciones al personal ya existente, decidir nombramientos administrativos, tener subalternos directos, y trasladar funciones administrativas?"

La interrogante que usted plantea presenta varias aristas. Trataremos de referirnos a cada punto en concreto.

Si el Presidente Ejecutivo de una institución autónoma ostenta la representación extrajudicial del ente, no existe ningún problema legal de que firme los contratos. En esta hipótesis, está ejerciendo una competencia otorgada por el ordenamiento jurídico. Si por el contrario, quien la ostenta es el Gerente en forma exclusiva, lógicamente el Presidente Ejecutivo tendría un impedimento jurídico para firmar los contratos. Por consiguiente, en cada caso, será necesario revisar la normativa de cada institución autónoma para determinar a quién corresponde la representación extrajudicial del ente.



Lo relativo al reclutamiento de personal también debe ser analizado caso por caso y teniendo como marco de referencia, las normas que regulan la organización, el funcionamiento y los procedimientos de cada institución autónoma. En consecuencia, si el ordenamiento jurídico le asigna estas potestades al Presidente Ejecutivo, éste puede reclutar el personal y hacer nombramientos administrativos. Si por el contrario, esta competencia se le otorga al Gerente, es a éste y no a aquel a quien compete reclutar el personal y hacer los nombramientos respectivos.

El tema de la formulación de instrucciones al personal ya fue analizado a la hora de responder a la anterior interrogante, por lo que nos referiremos de nuevo a este tópico.

No encontramos ningún problema de que un Presidente Ejecutivo tenga subalternos directos, siempre y cuando ese personal esté ubicado dentro del Despacho de la Presidencia Ejecutiva o en otros órganos consultivos de apoyo técnico a las funciones que realiza este funcionario.

El artículo 59, inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública permite la distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, siempre y cuando se haga mediante un reglamento autónomo de organización. Así las cosas, si el traslado de funciones administrativas se hace utilizando esta técnica, y el reglamento autónomo de organización es emitido por el órgano competente, no existe ningún problema jurídico en que se trasladen funciones administrativas de un órgano a otro. De conformidad con el inciso e) del artículo 6 del Reglamento a la Ley de Presidencias Ejecutivas, es a las Juntas Directivas a quien compete adoptar el reglamento autónomo de organización, a propuesta del Presidente Ejecutivo.

Ahora bien, si se omite la anterior norma, y se recurre a las potestades que se derivan de la relación jerárquica, en especial la de mando, para hacer traslados de las funciones administrativas entre los diversos órganos internos que conforman el ente o cambios integrales de la organización o de la administración, estaríamos en presencia de una actuación al margen del ordenamiento jurídico.

Por último, nos pregunta si el Presidente Ejecutivo debe o no coordinar con las Gerencias Generales cuando actúa en el ámbito administrativo.

Nos parece que dada la posición que el ordenamiento jurídico le otorga al Gerente de las instituciones autónomas (principal funcionario administrativo) lo lógico, lo oportuno y lo más conveniente para el interés público, es que exista una adecuada coordinación entre el Presidente Ejecutivo y él. De darse una descoordinación entre ambos funcionarios, podrían presentarse serios problemas en el accionar de la entidad, lo cual dejaría en entredicho el interés público. Máxime que la coordinación no significa subordinación de un órgano a otro, o que se esté en presencia de un caso de un órgano complejo, ya sea de complejidad igual o desigual, sino que el Presidente Ejecutivo mantiene, en todo caso, su posición de superior jerarca del Gerente en representación de la Junta Directiva, lo que le permite escucharlo, oír sus puntos de vista, objeciones o sugerencias, sin que se encuentre en la obligación de aceptarlas.

Tampoco se debe perder de vista de que, para la buena marcha de una institución, es menester que las relaciones entre el Presidente Ejecutivo y el Gerente sean lo más transparente posible, a pesar de que ambos tengan puntos divergentes en determinadas materias. El trato franco, objetivo y directo entre los dos funcionarios que ocupan los puestos más relevantes en una entidad autónoma



constituye un elemento esencial para el buen funcionamiento de la institución.

"e) Pueden las Presidencias Ejecutivas, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico vigente, y sin coordinación con las Gerencias Generales decidir sobre la representación frente a tercero, en la modificación de presupuestos, en la aprobación de compras y licitaciones, en la autorización de viajes y gastos, en la asignación de vehículos y en todas aquellas actividades administrativas que de acuerdo a las leyes de la República corresponden a las Gerencias Generales?".

Como puede deducirse del presente informe, la regla elemental para que una actuación de la Administración Pública se válida y eficaz, es que esté conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico (artículo 128 de la Ley General de la Administración Pública). Por consiguiente, toda actuación de un funcionario público debe ser el resultado del ejercicio de potestades legítimamente atribuidas por el ordenamiento jurídico. Por lo anterior, si una potestad se le otorgar a un órgano no puede otra sustraérsela. En este supuesto, estaríamos en presencia de un vicio por razones de incompetencia.

De conformidad con el inciso k) del artículo 6 del Reglamento a la Ley de Presidencias Ejecutivas, dentro del ámbito de la competencia del Presidente Ejecutivo, está la facultad de otorgar el visto bueno a los proyectos de presupuesto anual y extraordinario que se elevan a la Junta Directiva para su aprobación, así como vigilar su correcta ejecución, todo con el fin de asegurar la congruencia de dichos proyectos con la política de la institución.

Con base en lo anterior, corresponde también al Presidente Ejecutivo darle el visto bueno a las modificaciones presupuestarias, las cuales deben ser aprobadas por la Junta Directiva. Es por ello, que el Presidente Ejecutivo no podría hacer ninguna modificación presupuestaria, ya que el ordenamiento jurídico es claro en relación con su participación en este ámbito.

Por regla general de mando jerárquico, la aprobación de compras y licitaciones, así como la autorización de viajes y gastos, son competencias que corresponden a las Juntas Directivas de las Instituciones Autónomas, salvo disposición en contrario(3).

--- NOTA (3): Como ocurre en la Caja Costarricense del Seguro Social, que mediante disposiciones complementarias en relación con el Reglamento de Normas y Procedimientos para la Obtención de Bienes y Servicios en forma Desconcentrada, adoptadas por la Junta Directiva, en el artículo 17, acuerdos segundo y tercero de la sesión número 7162, celebrada el 30 de setiembre de 1997, se fijan los niveles de adjudicación de bienes y servicios así: Instancia. Monto o procedimiento.

Junta Directiva Más de 60 millones.

Gerentes División Operaciones De 30 millones hasta 60 millones.

Director de Recursos Materiales De 15 millones hasta 30 millones.

Jefe Departamento Adquisiciones Hasta 15 millones.

Director unidad ejecutora local Licitación Restringida, licitación por registro.

Administrador unidad ejecutora local Compra directa.

Director/jefe unidad ejecutora de sede central Compra directa.

---En el primer caso, la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento no definen cuál es órgano competente para realizar las adjudicaciones en los diversos procesos licitatorios. La única mención al tema es tangencial, y se encuentra en el artículo 7 de la Ley, que establece que el procedimiento de contratación se inicia con la decisión administrativa de promover el concurso, emitida por el funcionario o el órgano competente. El artículo 9 del Reglamento, reproduce la misma norma. Ante esta situación, el operador jurídico debe recurrir a las normas que regulan la organización y el funcionamiento del respectivo ente para determinar quién es el órgano competente. En caso de ausencia, se debe echar mano a las normas generales que regulan la competencia de los órganos, las cuales se encuentran en la Ley General de la Administración Pública.

Ante la ausencia de norma, como regla general, el órgano competente para hacer las adjudicaciones sería la Junta Directiva quien ostenta la condición de máximo jerarca de la institución. Además, dada la trascendencia que para la institución tiene la materia de contratación y para el interés público, lo lógico, recomendable y transparente es que el acto lo adopte un órgano colegiado y no un órgano individual.

En los supuestos de la autorización de viajes y gastos, también es competencia de las Juntas Directivas adoptar este tipo de actos, salvo norma en contrario.

En lo que atañe a la asignación de vehículos es necesario analizar en cada institución si existe una norma que le atribuya esta competencia, en forma exclusiva, al Gerente. De no ser así, corresponderá al máximo jerarca de institución (Juntas Directivas) establecer los lineamientos en este campo. Ahora bien, ya se que la competencia le corresponda al Gerente o, ante la ausencia de norma, a la Junta Directiva, en ambos casos, se deben respetar las normas que se encuentran en la Ley N° 7331 de 13 de abril de 1993, Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres en los artículos 221 al 227, que regulan el uso de los vehículos oficiales.

Por último, en aquellas actividades administrativas que por ley corresponden a las Gerencias Generales, es evidente que no pueden ser ejercidas por otros órganos, verbigracia: el artículo 14 del Ley N° 449 de 8 de abril de 1949, que le asigna al Gerente del Instituto Costarricense de Electricidad el acordar la creación de nuevas plazas. En este supuesto, no podría la Junta Directiva ni el Presidente Ejecutivo ejercer esa competencia.

"f) Cuáles son las consecuencias jurídicas y administrativas, así como la validez frente a terceros, de aquellas decisiones hechas por los Consejos Directivos, las Presidencias Ejecutivas y las Gerencias Generales que se han tomado sin coordinación entre ellas y fuera del ordenamiento jurídico vigente?".

Las consecuencias jurídicas, que es lo que nos corresponde determinar como órgano técnico consultivo en materia jurídica, de las decisiones de los Consejos Directivos, las Presidencias Ejecutivas y las Gerencias Generales adoptadas fuera del ordenamiento jurídico, sería la nulidad de los actos respectivos. Al respecto, el artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública señala:

"Artículo 158.-

(...) 2. Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico."

Ahora bien, dependiendo de la violación cometida, podríamos estar en presencia de una nulidad absoluta o relativa (artículo 165 LGAP). Se da el primer caso, cuando falten uno o varios elementos constitutivos, real o jurídicamente, del acto (artículo 166 de LGAP). Se da la segunda, cuando sea imperfecto uno de los elementos constitutivo del acto, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad sería absoluta (artículo 167 LGAP).

En el supuesto del acto absolutamente nulo, no se puede arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación (artículo 172 LGAP); empero, de conformidad con el artículo 175 de LGAP, la Administración cuenta con plazo de cuatro años para impugnarlo en la vía administrativa y jurisdiccional, de lo contrario, caduca esa potestad.

Cuando se trata de un acto relativamente nulo se presume legítimo, mientras no se declare lo contrario en firme en la vía jurisdiccional (artículo 176 LGAP). A diferencia del acto absolutamente nulo, puede ser convalidado o saneado (artículos 187 y 188 LGAP).

Con base en lo anterior, habría que analizar cada caso para, en primer lugar, determinar la clase de nulidad. Posteriormente, si se trata de un acto absolutamente nulo, sería necesario establecer si ha operado o no el plazo del artículo 175 LGAP. Si estamos en presencia de un acto que contiene un vicio de nulidad relativa, se hace también indispensable determinar si ha sido convalidado o saneado.

"g) En virtud de la facultad que les otorga el artículo 55 y 58 de la Ley General de Administración Pública y con el objeto de normalizar las actividades administrativas de las Instituciones autónomas, es acaso necesario que los Consejos Directivos sobre la base de sus propios méritos, reviertan las decisiones de aquellas acciones que el propio Consejo, las Presidencias Ejecutivas o Gerencias Generales han tomado en forma irregular".

Invoca usted los artículos 55 y 58 de la LGAP regulan, entre otras cosas, los recursos de revisión y de revocatoria en el seno de los órganos colegiados. Con base en esas normas, los Consejos Directivos revisan y revocan los actos adoptados, en los cuales se constata que existe un vicio(4), siempre y cuando los recursos se hayan interpuesto dentro del término de ley, es decir, en el caso del recurso de revisión, se haya presentado a más tardar al discutirse el acta. Ese recurso, a diferencia del revocatoria, tiene la particularidad de que únicamente están legitimado para interponerlo, quien ostenta la condición de miembro del órgano colegiado y debe resolver en la misma sesión.



--- NOTA (4): También se puede revisar o revocar un acuerdo de un Junta Directiva por razones de oportunidad.

---En el caso del recurso de revocatoria, debe ser interpuesto por el interesado o afectado con la decisión del órgano colegiado dentro del término de tres días, tratándose del acto final y de veinticuatro horas en los demás casos, ambos plazos contados a partir de la última comunicación del acto (artículo 346 LGAP). El Consejo Directivo debe resolver el recurso dentro del plazo de ocho días posteriores a su presentación (artículo 352 LGAP).

Ahora bien, qué sucede si han caducado los plazos para plantear los recursos que usted señala. En esta hipótesis, el ordenamiento jurídico considera competente, en la vía administrativa, para declarar la nulidad de una acto al órgano que lo dictó, al superior jerárquico del mismo, actuando de oficio o en virtud de recurso administrativo, o al contralor no jerárquico (artículo 180 LGAP).

Con base en lo anterior, y siempre no haya operado el plazo de los cuatro años si se trata de un acto absolutamente nulo, el Consejo Directivo estaría facultado para declarar la nulidad de los actos adoptados. Debemos aclarar que, si el acto es declarativo de derecho y no estamos en presencia de una nulidad evidente y manifiesta (artículo 173 LGAP), tendría que declarar lesivo el acto a los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza, dentro de un plazo de cuatro años, a contar de la fecha en que se hubiere dictado, y se tendría que plantear la respectiva demanda ante el juez de lo contencioso administrativo.

Si se trata de actos relativamente nulos, la Junta Directiva no estaría en obligación de anularlos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 174 de la LGAP, que señala que la anulación de oficio es discrecional en el supuesto de la nulidad relativa, y de procederse a ello, la anulación debería estar justificada por un motivo de oportunidad, específico y actual.

Las Juntas Directivas, como superior jerárquico, también tendrían competencia para anular, de oficio o a petición de parte, los actos adoptados por el Presidente Ejecutivo o las Gerencias Generales siempre y cuando se ajuste a las reglas y plazos a que hemos hecho referencia anteriormente.

V.-CONCLUSIONES.

a.-Ningún ente u órgano de la Administración Pública pueden realizar actos que no sean el resultado del ejercicio de potestades que han sido atribuidas por el ordenamiento jurídico.

b.-Si el ordenamiento jurídico, tal y como usted lo expresa, le atribuye en forma clara y contundente, una determina función a un órgano, en este caso al Gerente General, ésta no podría ser modificada por los órganos superiores. Para tal propósito, sería necesario, siguiendo el



respectivo procedimiento, reformar la norma que le atribuyó esa competencia y, una vez modificada ésta, emitir los respectivos actos haciendo los ajustes en la competencia de la Gerencia General.

c.-Los Presidentes Ejecutivos tienen que utilizar el canal de la Gerencia para relacionarse con el personal técnico y la administración en general, así como para girar las instrucciones a ese personal.

d.-Si el Presidente Ejecutivo de una institución autónoma ostenta la representación extrajudicial del ente, no existe ningún problema legal de que firme los contratos. En esta hipótesis, está ejerciendo una competencia otorgada por el ordenamiento jurídico. Si por el contrario, quien la ostenta es el Gerente, en forma exclusiva, lógicamente el Presidente Ejecutivo tendría un impedimento jurídico para firmar los contratos.

e.-Lo relativo al reclutamiento de personal debe ser analizado caso por caso y teniendo como marco de referencia, las normas que regulan la organización, el funcionamiento y los procedimientos de cada institución autónoma.

f.-No encontramos ningún problema de que un Presidente Ejecutivo tenga subalternos directos, siempre y cuando ese personal esté ubicado dentro del Despacho de la Presidencia Ejecutiva o en otros órganos consultivo de apoyo técnico a las funciones que realiza este funcionario.

g.-El traslado de funciones administrativas debe hacerse a través de un reglamento autónomo de organización emitido por el órgano competente.

h.-Dada la posición que el ordenamiento jurídico le otorga al Gerente de las instituciones autónomas (principales funcionarios administrativos) lo lógico, lo oportuno y lo más conveniente para el interés público, es que exista una adecuada coordinación entre el Presidente Ejecutivo y él, cuando el primero interviene en asuntos de naturaleza administrativa.

i.-El Presidente Ejecutivo no puede hacer ninguna modificación presupuestaria, ya que esa competencia corresponde a la Junta Directiva de la institución autónoma.

j.-Ante la ausencia de norma, como regla general, el órgano competente para hacer las adjudicaciones serían las Juntas Directivas quienes ostentan la condición de máximo jerarca de la institución. Además, dada la trascendencia que para la institución tiene la materia de contratación y para el interés público, lo lógico, recomendable y transparente es que el acto lo adopte un órgano colegiado y no un órgano individual, salvo norma en contrario. Lo anterior también es válido para los supuestos de autorización de viajes y gastos.

k.-En lo que atañe a la asignación de vehículos es necesario analizar en cada institución si existe una norma que le atribuya esta competencia, en forma exclusiva, al Gerente. De no ser así, corresponderá al máximo jerarca de institución (Juntas Directivas) establecer los lineamientos en este campo.

l.-Aquellas actividades administrativas que por ley corresponden a las Gerencias Generales, es evidente que no pueden ser ejercidas por otros órganos.

ll.-Las consecuencias jurídicas de las decisiones de los Consejos Directivos, las Presidencias Ejecutivas y las Gerencias Generales adoptadas fuera del ordenamiento jurídico, sería la nulidad de los actos respectivos.

m.-Las Juntas Directivas de los entes autónomos pueden anular todos aquellos actos adoptados que no se conformen sustancialmente con el ordenamiento jurídico, ajustando a las reglas y plazos que establece la Ley General de la Administración Pública. También, como superior jerárquico, están autorizadas para anular, de oficio o a petición de parte, los actos emitidos por el Presidente Ejecutivo o las Gerencias Generales que sean violatorios del ordenamiento jurídico.

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 Asamblea Legislativa. Ley de Contratación Administrativa. Ley : 7494 del 02/05/1995 N° Gaceta: 110 del: 08/06/1995 Alcance: 20
- 2 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-147-2009. 26 de mayo, 2009
- 3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica. OJ-020-2001. San José, 15 de marzo del 2001
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica. O.J. 116-99. San José, 05 de octubre, 1999.