



## Informe de Investigación

### TÍTULO: LA AVOCACIÓN DE LA COMPETENCIA EN MATERIA ADMINISTRATIVA

|  |   |
|--|---|
| <b>Rama del Derecho:</b><br>Derecho Administrativo   | <b>Descriptor:</b><br>Administración Pública  |
| <b>Tipo de investigación:</b><br>Compuesta           | <b>Palabras clave:</b><br>Relaciones interorgánicas, Transferencias de competencias, Administración Pública, Relaciones de jerarquía, Relaciones de coordinación. |
| <b>Fuentes:</b><br>Doctrina Normativa Jurisprudencia | <b>Fecha de elaboración:</b><br>08/10   |

### Índice de contenido de la Investigación

|  |          |
|--|----------|
| <b>1. RESUMEN.....</b>   | <b>1</b> |
| <b>2. DOCTRINA.....</b>  | <b>2</b> |
| a) La avocación de la competencia.....                                     | 2        |
| i. Definición de la avocación.....   | 2        |
| ii. Requisitos.....  | 3        |
| iii. Límites.....  | 4        |
| iv. Sujetos.....   | 4        |
| v. Objeto.....   | 4        |
| vi. Crítica a la regulación legislativa de la avocación.....               | 5        |
| <b>3. NORMATIVA.....</b>   | <b>8</b> |
| a) Ley General de la Administración Pública.....                           | 8        |
| <b>4. PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.....</b> | <b>9</b> |
| a) Procedencia de la transferencia de competencias.....                    | 9        |
| i. Delegación.....   | 14       |
| ii. Avocación.....   | 16       |
| b) La representación no es avocable.....                                   | 21       |

#### 1. RESUMEN

El presente informe de investigación contiene una recopilación de información sobre la avocación de las competencias materia administrativa, se incluye doctrina nacional, la normativa vigente de la Ley General de la Administración Pública que la regula, y pronunciamientos emitidos por la



Procuraduría General de la República al respecto.

## 2. DOCTRINA

### a) *La avocación de la competencia*

[JINESTA LOBO]<sup>1</sup>

#### i. Definición de la avocación

*“La avocación es la transferencia interorgánica de la competencia para conocer y resolver un asunto determinado del inferior por el superior, dispuesta por voluntad del último cuando ha sido habilitado por ley. A través de esta figura, el órgano superior puede decidir casos planteados al órgano inferior antes que éste se pronuncie.*

*En doctrina, algunos han sostenido que es una delegación de signo inverso, puesto que, el superior absorbe o atrae para sí el conocimiento de un asunto determinado. Sin embargo, existen diferencias fundamentales, así en la delegación se transfiere temporalmente el ejercicio de una o varias competencias en abstracto, en tanto que la esencia de la avocación es el conocimiento y decisión de un asunto concreto y determinado que, normalmente, le corresponde al inferior. En tal sentido, el artículo 93, párrafo 1o, LGAP establece que “El superior podrá, incluso por razones de oportunidad, avocar la decisión de asuntos del inmediato inferior...” (la negrita no es del original). Obsérvese, que, a diferencia de la delegación, que amplía el radio de acción del inferior, la avocación reduce el ámbito competencial del inferior para ampliárselo al superior.*

*De iure conditio, se puede definir como el acto, previamente habilitado por el ordenamiento jurídico, por cuyo medio el órgano superior atrae o avoca para sí la competencia del inferior jerárquico inmediato cuando este último ejerce una competencia exclusiva y, por consiguiente, no existe*

recurso.

## **ii. Requisitos**

*Requisito indispensable, a la luz de la legislación vigente, es que el superior no pueda revisar, examinar o ajustar la conducta del inferior a la legalidad y conveniencia a través de un recurso administrativo ordinario, al ejercer el último una competencia exclusiva. Sobre el particular, el artículo 93, párrafo 1o, LGAP establece «El superior podrá, incluso por razones de oportunidad, avocar la decisión de asuntos del inmediato inferior cuando no haya recurso jerárquico contra la decisión de éste...» (la negrita no es del original). Parece ser que para el legislador si el superior conoce en grado, a través de un medio de impugnación (recurso de alzada o apelación), las actuaciones del inferior pudiendo anularlas, revocarlas o reformarlas, la avocación pierde todo sentido y utilidad, conclusión que no nos parece acertada. De acuerdo con lo que establece la LGAP, en la avocación la competencia del inferior ha de ser absolutamente exclusiva y excluyente, puesto que, de lo contrario el superior podría conocer el negocio determinado o tipo de negocio por revisión oficiosa (competencia relativamente concurrente) o por medio de un recurso jerárquico (competencia relativamente exclusiva). La avocación en la LGAP es un instrumento jurídico expreso y excepcional para habilitar al superior para que conozca y resuelva un tipo o determinado negocio, que de otra forma le estaría vedado por la competencia absolutamente exclusiva del inferior. Lo anterior significa, a tenor de lo establecido con la LGAP, que en la hipótesis de competencias relativamente concurrentes o relativamente exclusivas la avocación no se puede dar, puesto que, la comunidad de competencias le permite al superior resolver, eventualmente, por la vía del recurso jerárquico, lo que le compete al inferior sin necesidad de norma expresa. Por consiguiente, para el legislador de 1978 donde hay recurso jerárquico o una competencia relativamente concurrente o relativamente exclusiva no puede existir avocación. Más adelante criticaremos esta conclusión legislativa indirecta que hace imposible la avocación en la práctica.*

*La avocación, en la LGAP, por constituir una excepción al carácter taxativo e improrrogable de las competencias, debe ser establecida por una norma expresa igual a la que crea la competencia.*



*Rige, sobre el particular, el requisito sustancial formal de los cambios de competencia indicado en el artículo 85, párrafo 1o, de la Ley General de la Administración Pública. Para la hipótesis particular de la avocación no jerárquica o de competencias del inferior no jerárquico se precisa de ley formal expresa que la autorice (artículo 93, párrafo 6o, ibidem).”*

### **iii. Límites**

*“En lo atinente a los límites de la avocación, el numeral 93, párrafo 5o, de la Ley General de la Administración Pública remite de forma expresa, y en lo que sea compatible, a los propios de la delegación, esto es, al artículo 90 ibidem.*

*La tipología de la avocación es, esencialmente, la misma de la delegación, con excepción de la intersubjetiva o impropia, toda vez, que la avocación sólo se da entre órganos de un mismo ente, admitiéndose, a lo sumo, la avocación no jerárquica o de las competencias de un inferior que no sea el inmediato (artículo 93, párrafo 6o, ibidem).”*

### **iv. Sujetos**

*“Son el avocante (superior) y el abogado (inferior).”*

### **v. Objeto**

*“Recae sobre el conocimiento y decisión de un asunto concreto y determinado (artículos 93,*

párrafo 1o, y 94 LGAP), en cuyo caso el órgano inferior es privado de su competencia para conocerlo y resolverlo. También puede darse para una serie de actos creando, de esa forma, competencias alternativas sobre la materia, de modo y manera que cada uno puede actuar con su competencia propia, así el párrafo 4o del artículo 93 LGAP admite la avocación de un "tipo de negocio"

#### **vi. Crítica a la regulación legislativa de la avocación**

*"La LGAP (artículo 93, párrafo 1°), de forma incorrecta, circunscribe la avocación a la relación existente entre superior e inferior inmediatos siempre y cuando entre los mismos no exista un recurso jerárquico, con lo que la excluye respecto de los superiores e inferiores mediatos y de los superiores o inferiores inmediatos cuando existe un recurso jerárquico y el inferior no agota la vía administrativa. En realidad, la ley debería permitir que cualquier superior, incluso mediato con igual competencia por razón de la materia, avoque siempre que se encuentre habilitado por una norma reglamentaria. De igual forma, debería proceder la avocación entre superior e inferior inmediatos aunque exista recurso jerárquico y el inferior no agote la vía administrativa.*

*Precisamente, por ello el artículo 102, incisos d) y e), LGAP establece con naturalidad que el superior tiene, entre otras potestades, la de ajustar la conducta del inferior a la ley y buena administración en virtud de recurso y la de avocar las funciones del inferior -se rompe con el concepto de asunto específico o determinado-, con lo cual queda claro que la avocación y los recursos jerárquicos no son excluyentes. En efecto, la avocación se efectúa antes que el órgano inferior competente resuelva, precisamente para decidir el asunto concreto en lugar del mismo, en tanto que la fiscalización por vía de recurso supone la decisión previa por el órgano inferior.*

*En suma, para que sea procedente la avocación, a tenor del artículo 93, párrafo 1o, LGAP, el inferior jerárquico inmediato debe agotar la vía administrativa y, consecuentemente, no debe existir*

*recurso jerárquico. Como se ve, se trata de una hipótesis realmente remota y aislada, en realidad el único ejemplo existente es la relación que se verifica entre el Consejo Superior del Poder Judicial y la Corte Plena -ambos órganos del Poder Judicial que ejercen función administrativa-, dado que, lo que resuelva el primero en materia de su competencia agota la vía administrativa y no tiene recurso jerárquico ante la segunda (artículo 83 LOPJ), motivo por el que se previó en el artículo 59, inciso 11o, LOPJ la potestad de avocación de la Corte Plena respecto de un asunto determinado que conozca el Consejo.*

*La LGAP no admite la avocación para los supuestos en que se encuentra previsto el recurso y el inferior no agota la vía, exclusión que no obedece a ninguna justificación objetiva y razonable. Bajo esta interpretación, el Jerarca o superior jerárquico supremo nunca podría avocar el conocimiento de un asunto determinado, puesto que, es a ese órgano al que le corresponde, ordinariamente, agotar la vía administrativa (artículo 126, incisos a y b, LGAP). Esta confusa redacción, podría conducir, incluso, a la interpretación extrema y errónea de que los asuntos específicos de conocimiento de un órgano desconcentrado en grado máximo -que ordinariamente agota la vía administrativa, artículo 126 inciso c), LGAP- pueden ser avocados por el superior formal (v. gr. que el Ministro de Hacienda podría avocar el conocimiento de un asunto determinado del Tribunal Fiscal Administrativo o del Tribunal Aduanero Nacional), lo cual no resulta lógico ni conveniente, en función del ejercicio de una competencia técnico-exclusiva, la imparcialidad y la objetividad buscadas con la desconcentración.*

*Adicionalmente, la LGAP contiene normas rígidas y contradictorias sobre el particular como la exigencia general de la ley de habilitación previa (artículo 85, párrafos 1o y 2°, LGAP) -en el caso de que la competencia avocada haya sido creada por ley-, la cual se justifica, única y exclusivamente, para la hipótesis de la avocación no jerárquica por su carácter excepcional (párrafo 6° del artículo 93 ibidem). En realidad, en aras de una flexibilidad organizacional que produzca una mayor eficacia y eficiencia, es suficiente con una habilitación legislativa genérica.*

*Falta regular en la LGAP, la posibilidad que la avocación se produzca a instancia del interesado o*



*interesados en el asunto concreto y determinado y que no se limite a una avocación oficiosa. Los interesados bien podrían poner en conocimiento del superior las razones de oportunidad, conveniencia o mérito que justifiquen el avocamiento.*

*La LGAP es omisa en cuanto a los recursos procedentes contra el acto dictado por el avocante, sin embargo, al reputarse ese como propio de ese órgano los recursos procedentes deben ser aquellos que caben contra cualquier otro dictado por el avocante.*

*Resulta lógico, aunque la LGAP no lo indique, que la avocación se extinga con el conocimiento y resolución del asunto concreto y determinado.*

*Establece el párrafo 2° del artículo 93 que la avocación no crea una subordinación especial entre avocante y abogado, ahora bien habría que preguntarse, entonces, cuál es, entonces, la relación existente entre los sujetos de la avocación, esto es, el superior y el inferior jerárquicos inmediatos.*

*El párrafo 3o del artículo 93 establece que el abogado no podrá vigilar, supervisar o fiscalizar la conducta del avocante ni es responsable por ella, norma que resulta lógica, puesto que, para todos los efectos jurídicos el acto dictado por el avocante se entiende dictado por éste y, desde luego, el inferior-avocado no tiene esas potestades sobre su superior.*

*El artículo 94 LGAP establece que "El órgano delegante puede avocar el conocimiento y decisión del cualquier asunto concreto que le corresponda decidir al inferior en virtud de la delegación general" (la negrita no es del original), en realidad este artículo recoge la hipótesis de una revocación parcial de la delegación y decimos parcial, puesto que, está referida a un asunto concreto y determinado."*



### **3. NORMATIVA**

#### ***a) Ley General de la Administración Pública<sup>2</sup>***

**ARTÍCULO 70.-** La competencia será ejercida por el titular del órgano respectivo, salvo caso de delegación, avocación, sustitución o subrogación, en las condiciones y límites indicados por esta ley.

**ARTÍCULO 84.-** Las competencias administrativas o su ejercicio podrán ser transferidas mediante: a) Delegación; b) Avocación; c) Sustitución del titular o de un acto; d) Subrogación; y e) Suplencia.

#### **SECCIÓN CUARTA. De la Avocación**

##### **ARTÍCULO 93.-**

1. El superior podrá, incluso por razones de oportunidad, avocar la decisión de asuntos del inmediato inferior cuando no haya recurso jerárquico contra la decisión de éste y en tal caso la resolución del superior agotará también la vía administrativa.
2. La avocación no creará subordinación especial entre avocante y avocado.
3. El avocado no tendrá ninguna vigilancia sobre la conducta del avocante ni es responsable por ésta.
4. Cuando se refiera a un tipo de negocio, y no a uno determinado, deberá publicarse en el Diario Oficial.
5. Tendrá los mismos límites de la delegación en lo compatible.
6. La avocación no jerárquica o de competencias de un órgano que no sea el inmediato inferior



requerirá de otra ley que la autorice.

**ARTÍCULO 94.-** El órgano delegante podrá avocar el conocimiento y decisión de cualquier asunto concreto que corresponde decidir al inferior en virtud de la delegación general.

#### **4. PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

##### ***a) Procedencia de la transferencia de competencias***

[OPINIÓN JURÍDICA OJ-061-98]<sup>3</sup>

*“La primera de las interrogantes gira en torno si las facultades, prerrogativas y responsabilidades que tanto por la Ley, como por la Constitución Política de la República, se confieren al “Poder Ejecutivo” o al respectivo Ministro de Gobierno, ambos entendidos como Órganos Constitucionales Superiores de la Administración del Estado, pueden ser delegadas o transferidas en otro Órgano. Lo anterior, fundamentalmente en relación con lo que se dispone en los artículos 9, 140, 141 y 149 de la Constitución Política, y en los artículos 21 siguientes y concordantes de la Ley General de la Administración Pública.*

*Debe precisarse que conforme al artículo 21 supra citado, los órganos constitucionales superiores de la Administración del Estado son: el Presidente de la República, los Ministros, el Poder Ejecutivo - Presidente de la República y Ministro del Ramo- y el Consejo de Gobierno.*

*Principio fundamental de todo el actuar administrativo es el contenido en los numerales 11 de*

*nuestra Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, esto es el principio de legalidad, de acuerdo con el cual la Administración se encuentra sujeta a todo el ordenamiento jurídico y sus funcionarios públicos no pueden arrogarse facultades que la Ley nos les concede.*

*"(...) La Constitución Política en el artículo 11 señala: "los funcionarios públicos son simples depositarios de la ley", igual disposición normativa establece el artículo 11 de la Ley General de Administración Pública. Ambas disposiciones exigen que las actuaciones públicas se fundamenten en una norma expresa que habilite la actuación del funcionario, prohibiéndole realizar todos aquellos actos que no estén expresamente autorizados, lo que involucra, desde luego, el principio de interdicción de la arbitrariedad. En nuestro caso el amparo..." (Sala Constitucional, Voto 3887-94 de 3 de agosto de 1994)*

*Como consecuencia del anterior principio se deriva la obligación de que exista una norma que atribuya competencia a los distintos órganos del Estado para que éstos puedan actuar, exigiéndose ley cuando se atribuyan potestades de imperio. Por reglamento autónomo se puede regular la distribución interna de competencia, la creación de servicios sin potestades de imperio, y las relaciones entre órganos, pero todo subordinado a cualquier ley futura al respecto (artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública -en adelante LGAP). Obviamente, tales regulaciones se encuentran supeditadas a lo dispuesto en cualquier ley ya existente (artículo 6 de la LGAP). Asimismo, deviene obligatorio el ejercicio de la competencia (artículo 66 LGAP), la cual debe ser ejercida por el titular del órgano respectivo, salvo caso de delegación, avocación, sustitución o subrogación, en las condiciones y límites que señala la propia Ley General (artículo 70 LGAP).*

*Lo que se nos consulta tiene relación directa no sólo con el tema de la competencia, sino, sobretodo, en lo que a cambios de competencia se refiere.*

*Doctrinariamente, se ha indicado que "El cuadro de competencias establecido por el sistema normativa no es, lógicamente, inamovible.*

*Razones de oportunidad o conveniencia política, o de pura mejora técnica, fuerzan a frecuentes reajustes en la distribución competencial, a cuyo objeto el Derecho positivo establece un conjunto de técnicas o procedimientos típicos." (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Apuntes de Derecho Administrativo, 5ª edición, Madrid, 1987, pág. 614)*

*Ese conjunto de técnicas o procedimientos típicos a que hace referencia el autor citado, los encontramos en la Ley General de la Administración Pública, la que respecto prescribe:*

*"Artículo 84.- Las competencias administrativas o su ejercicio podrán ser transferidas mediante:*

*a) Delegación; b) Avocación; c) Sustitución del titular o de un acto; d) Subrogación; y e) Suplencia."*

*"Artículo 85.-*

*1. Toda transferencia de competencias externas de un órgano a otro o de un servidor público a otro, tendrá que ser autorizada por una norma expresa, salvo casos de urgencia.*

*2. En toda hipótesis, la norma que autoriza la transferencia deberá tener rango igual o superior al de la que crea la competencia transferida.*

*3. No podrán hacerse transferencias por virtud de práctica, uso o costumbre."*

*"Artículo 86.- No podrán transferirse las competencias de los órganos constitucionales de la Administración que estén regulados únicamente en la Constitución."*

*Es claro entonces, que para que cualquier órgano de la Administración pueda actuar debe tener una competencia asignada por el ordenamiento jurídico. Algunas de ellas se encuentran establecidas constitucionalmente, otras legal o reglamentariamente.*

*Obviamente, es determinante el nivel jerárquico de la norma que la atribuye en el estudio de los cambios de competencia, máxime si se trata de competencias otorgadas constitucionalmente.*

*De acuerdo con el numeral 86 supra transcrito no se pueden transferir las competencias de órganos constitucionales de la Administración que estén reguladas únicamente en la Constitución. Cuando se discutió el proyecto de ley de la ahora Ley General de la Administración Pública, sobre este artículo se indicó:*

*"Lic. Ortiz Ortiz: Esto consagra una inquietud del Lic. Retana Sandí más bien, él decía que no se podía permitir que los órganos constitucionales pudieran delegar sus atribuciones constitucionales y potestades constitucionales, entonces, tratando de establecer un deslinde entre lo que son atribuciones constitucionales y lo que no lo son, se estableció la norma de que son aquellas atribuciones que estén reguladas nada más por la Constitución no podrán transferirse, las que en cambio estén reguladas por ley, podrán transferirse." (folio 11 del Acta N° 97 del 17 de marzo de 1970)*

*El Presidente de la Comisión precisa "Pero podría haber algunas que estén en la Constitución y en la ley, esas también podrían, pero en realidad el principio básico es que si están únicamente en la Constitución no se pueden transferir." (folio 11 del Acta N° 97 del 17 de marzo de 1970).*

*Como puede observarse, el principio que se plasmó en el artículo 86 de la Ley General es que no son transferibles las competencias de los órganos constitucionales cuando estén únicamente previstas constitucionalmente. Lo cual implicaría, a contrario sensu, tal y como se manifestó por el Presidente de la Comisión, que si la competencia está atribuida por Constitución y por Ley, sí se podrían transferir.*

*Pero lo anterior debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 85 anteriormente transcrito, en el que se fijan ciertos requisitos para que proceda una transferencia de competencias. Veamos: Debe existir una norma expresa que la autorice y esa norma deberá tener un grado igual o superior al de la que crea la competencia transferida. Por lo tanto, en tratándose de competencias constitucionalmente asignadas -a pesar de que puedan estar reiteradas o desarrolladas en una ley- únicamente podrán ser transferidas si una norma también constitucional lo autorizara.*

*En referencia a la jerarquía de la norma que autoriza la transferencia de competencias, esta Procuraduría ha señalado que: "Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico que disciplina los actos que dicte la Defensoría, el artículo 14 los define como actos de "control de legalidad" que tienen como fin "recomendar y prevenir al órgano respectivo" cuando haya incurrido en un acto contrario a la ley, más no sustituir el acto en cuestión -por avocación impropia- (arts. 86 b) y 93 LGAP), que se enfrentaría al insalvable obstáculo constitucional de la distribución de Poderes -funciones- definidas por el artículo 9, en tanto la Defensoría se avocaría a un acto de otro Poder (considerando como tal al Tribunal Supremo de Elecciones) o de una institución descentralizada; aparte de que, definidas por Ley las competencias de la Administración Pública -y las de la Defensoría tienen ese rango- no pueden ser modificadas ni transferidas sino por otra norma de similar jerarquía (arts. 59 y 85 de la LGAP)." (Pronunciamiento C-050-95 de 15 de marzo de 1995)*

*De lo anterior, se puede extraer una primera conclusión que ya se había adelantado, en el sentido de que las competencias atribuidas constitucionalmente no pueden ser transferidas, salvo autorización de la propia Carta Magna. Por lo tanto, las facultades, prerrogativas y responsabilidades derivadas del ejercicio u omisión de ejercicio de esas competencias no pueden ser transferidas a otro órgano.*

*Análisis distinto requiere el supuesto en que la competencia a un determinado Órgano Constitucional se encuentre otorgada en la ley, más no en la Constitución. En primer término, deviene aplicable lo ya señalado supra en el sentido de que, como norma general, de acuerdo con los numerales 84 y siguientes de la LGAP, debe existir una norma legal expresa que autorice la transferencia de competencias. Asimismo, también resultarían de aplicación el resto de las normas contenidas en la LGAP sobre cambios de competencia.*

*La Ley General contiene otras disposiciones que regulan particularmente esa materia, resaltándose dos de los instrumentos que tienen relevancia para efectos de la presente consulta: la delegación y la avocación. Por ello, se considera necesario hacer referencia a éstos, con el objeto de determinar los supuestos en los que pueden ser aplicados y los efectos que en cuanto a la responsabilidad de*



*los funcionarios producen.”*

## ***i. Delegación***

*“En nuestro ordenamiento jurídico, es la Ley General de la Administración Pública, la que contiene la previsión legal de los supuestos en que pueden plantearse los cambios de competencia, según ya se indicó.*

*La delegación ha sido entendida como “...el procedimiento a través del cual un órgano traspasa a otro la tarea de ejercitar parte de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha conferido.” (Diez, Manuel María. Derecho Administrativo II, Editorial Omeba, Argentina, 1965, pág. 43)*

*Precisando sobre ese tema, se ha señalado que la delegación consiste “...en un acto en virtud del cual un órgano administrativo transfiere a otro jerárquicamente subordinado el ejercicio de funciones que tiene atribuidas de forma alternativa conservando la titularidad de las mismas”. (Entrena Cuesta, Rafael. Curso de Derecho Administrativo, Volumen I/2, Madrid. Editorial Tecnos, 9 edición, 1988). A partir de la anterior definición, el autor antes citado enumera los siguientes requisitos para que pueda proceder la delegación: a. La competencia para acordar la delegación corresponde al titular de la función que se delega, y entre el delegante y el delegatario debe existir una relación de dependencia jerárquica, pues la posibilidad de delegación forma parte del contenido de la jerarquía administrativa; b. Para que pueda delegarse el ejercicio de una función es necesario que ésta sea atribuida de forma alternativa, o, lo que es igual, que la delegación esté prevista por la ley (previsión que puede ser genérica -para todas las funciones atribuidas a un órgano determinado- o específica -para funciones concretas-; c. Para que surta efectos el acto de delegación debe ser publicado; d. Lo que se delega es el ejercicio y no la titularidad de la función, por lo que los actos dictados en el ejercicio de una función delegada se considera que proceden del órgano delegante, el que además puede dirigir, fiscalizar y revisar por la vía del recurso, los actos que dicte el delegatario en ejercicio de las funciones delegadas; e. La delegación es revocable en cualquier momento por el órgano que la confirió. (Op. Cit., págs. 86 y 87)*



*En nuestro ordenamiento jurídico, los artículos 89 a 91 son los que vienen a establecer los presupuestos, requisitos y límites de la delegación, siguiendo muy de cerca lo que doctrinariamente se ha entendido sobre ella. Veamos.*

*Se establece la posibilidad de que el servidor público pueda delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza; obviamente este supuesto se refiere a presupuestos en que exista una relación jerárquica. Tratándose de una relación no jerárquica o en diverso grado, se requiere de otra norma expresa que la autorice. La delegación debe ser publicada en el Diario Oficial cuando sea para un tipo de acto y no para un acto determinado.*

*No es posible la delegación cuando la competencia haya sido otorgada al delegante en razón de su específica idoneidad para el cargo.*

*Como límites a la delegación, se imponen los siguientes:*

- a. Puede ser revocada en cualquier momento por el órgano que la ha conferido.*
- b. No pueden delegarse potestades delegadas.*
- c. No puede hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o que justifican su existencia.*
- d. No puede hacerse delegación sino entre órganos de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función.*
- e. El órgano colegiado no puede delegar sus funciones, sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario.*

*Finalmente, y en materia de responsabilidad, se señala que el delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia.*

*Sólo habrá culpa en la elección cuando ésta haya sido discrecional (art. 89 LGAP). Lo anterior, debe relacionarse además, con lo dispuesto en el numeral 112 de ese mismo cuerpo normativo, que dispone que "Cuando el incumplimiento de la función se haya realizado en el ejercicio de una facultad delegada, el delegante será responsable si ha incurrido en culpa grave en la vigilancia o en la elección del delegado."*

## **ii. Avocación**

*"Por su parte, la avocación presupone un "...acto por medio del cual el superior jerárquico, por sí mismo, asume funciones que le competen al inferior. El superior jerárquico se avoca al conocimiento de ciertos asuntos que debe resolver el inferior, sin recurso por parte de éste.*

*La avocación sólo puede operar dentro de ciertas limitaciones, siendo necesario, en primer lugar, que una norma expresa de una ley lo autorice. Por lo demás, la avocación no es posible en aquellos supuestos en que la competencia del inferior le ha sido atribuida en razón de su específica idoneidad." (Diez, Manuel María. Derecho Administrativo II, Editorial Omeba, Argentina, 1965, pág. 38)*

*Esta figura se encuentra regulada en detalle en el artículo 93 de la Ley General, disponiéndose al efecto:*

*"Artículo 93.-*

- 1. El superior podrá, incluso por razones de oportunidad, avocar la decisión de asuntos del inmediato inferior cuando no haya recurso jerárquico contra la decisión de éste y en tal caso la resolución del superior agotará también la vía administrativa.*
- 2. La avocación no creará subordinación especial entre avocante y avocado.*
- 3. El avocado no tendrá ninguna vigilancia sobre la conducta del avocante ni es responsable por*



ésta.

4. Cuando se refiera a un tipo de negocio, y no a uno determinado, deberá publicarse en el Diario Oficial.
5. Tendrá los mismo límites de la delegación en lo compatible.
6. La avocación no jerárquica o de competencias de un órgano que no sea el inmediato inferior requerirá de otra ley que la autorice."

*En el numeral 94 se precisa que el órgano delegante podrá avocar el conocimiento y decisión de cualquier asunto concreto que corresponda al inferior en virtud de la delegación general.*

*En el pronunciamiento de esta Procuraduría que ha continuación se transcribe, se explica claramente la figura de la avocación.*

*"Como es sabido, el principio de legalidad que rige el accionar administrativo determina que el otorgamiento de las competencias públicas es expreso. No obstante, el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de que se den cambios de competencia, que entrañan transferencias de potestades de un órgano a otro. Entre esos cambios, la Ley General de la Administración Pública admite la posibilidad de que se den cambios de competencia, que entrañan transferencias de potestades de un órgano a otro. Entre esos cambios, la Ley General de la Administración Pública admite la posibilidad de avocación del superior de las competencias del inferior (artículos 84 y 93 de la Ley General).*

*Es de advertir que la posibilidad de esas transferencias no es ilimitada. Por el contrario, la Ley General estipula las condiciones bajo las cuales pueden operar. Así, en tratándose de competencias externas de un órgano a otro, el artículo 85 de ese cuerpo normativo, dispone que esa transferencia "tendrá que ser autorizada por norma expresa, salvo casos de urgencia". Además, se prescribe que la norma que autoriza la transferencia debe tener rango igual o superior a aquélla que crea la competencia transferida. La consideración de estas disposiciones, nos permitiría, desde ya, señalar un obstáculo legal para que la Junta Directiva del INFOCOOP avocara*

en su favor la representación legal de ese Instituto. En efecto, la facultad de representar un ente es de carácter externo, por lo que su avocación debe ser autorizada por norma legal expresa. Además, dispone la ley que la transferencia de competencia deberá ser temporal y limitada en su contenido por el acto que le da origen, asimismo el acto de transferencia debe ser, en principio, motivado (artículo 87 de la Ley General).

Ahora bien, preceptúa el numeral 93 del mismo cuerpo normativo: "1. El superior podrá, incluso por razones de oportunidad, avocar la decisión de asuntos del inmediato inferior cuando no haya recurso jerárquico contra la decisión de éste y en tal caso la resolución del superior agotará también la vía administrativa. (...)

4. Cuando se refiera a un tipo de negocio, y no a uno determinado, deberá publicarse en el Diario Oficial.

5. Tendrá los mismos límites de la delegación en lo compatible." El inciso 1º de ese artículo nos sitúa en el supuesto del ejercicio de un poder de decisión por parte del inferior. De modo que el superior puede avocar la competencia decisoria, sustituyéndose al inferior en la resolución de esos asuntos, en el tanto que ese superior no tenga que conocer de ellos a través del recurso jerárquico. En el caso de la representación del ente, la Ley del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo no prevé la existencia de un recurso jerárquico y si eso es así, se debe que la representación expresa una facultad diferente de decisión, así como tampoco ésta entraña la representación. Veámoslo en la práctica institucional, en los entes descentralizados el poder de decisión reside esencialmente en un órgano colegiado, pero la representación del ente no la ejerce ese órgano -lo cual desde el punto de vista administrativo sería improcedente- sino el funcionario ejecutivo de más rango. En el ejercicio de esa representación, el representante actúa a nombre y por cuenta del Ente, comprometiéndolo en todo su accionar. Pero para que el funcionario comparezca a tal efecto, se requiere que otros órganos y, en su caso, él mismo, hayan tomado las decisiones correspondientes que fundamentan las obligaciones que asume contractual o judicialmente el ente. De allí que la representación se dé incluso respecto de actos que son de la competencia de la Junta Directiva, y acerca de los cuales el funcionario ejecutivo puede tener, simplemente, una competencia de ejecución. Desde esta perspectiva, se comprende que cuando el representante comparece lo hace

*porque existe una decisión que lo ampara, sea adoptada por el órgano colegiado, sea por el propio representante, actuando dentro de la esfera de su competencia.*

*Por otra parte, la potestad de avocación está sujeta a los límites establecidos para la delegación de competencia por los artículos 89 y 90 de la Ley General. Lo que implicaría la improcedencia de la avocación cuando la competencia ha sido otorgada al inferior en razón de su específica idoneidad para el cargo. En ese sentido, se ha sostenido que: "La avocación es un instituto que tiene una esfera de aplicación más amplia que la delegación, pero ambas, avocación y delegación deben ejercerse dentro de ciertas limitaciones. En primer lugar, es necesario que la ley autorice tanto la avocación como la delegación. Por lo demás, la avocación es legítima cuando la competencia del inferior no le ha sido atribuida en razón de su específica idoneidad. En tales supuestos, afirma D'Alessio, es necesario interpretar la voluntad del legislador, con el objeto de establecer si ésta ha querido confiar la competencia a un determinado órgano en mérito a su particular idoneidad para ciertos asuntos, o si tal fin no ha estado presente en su espíritu...". M, DIEZ: El acto administrativo, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 173-174.*

*Lo anterior nos permitiría cuestionar si cuando la ley expresamente confía la representación de un ente al funcionario ejecutivo, lo hará por la "específica idoneidad" de ese funcionario -y no por el órgano colegiado- para ejercer tal cargo. No puede olvidarse, al efecto, que si bien el artículo 103 de la misma Ley General otorga al superior jerárquico supremo la "representación extrajudicial de la Administración Pública en su ramo", expresamente dispone en su inciso 2 que: "Cuando a la par del órgano deliberante haya un gerente o funcionario ejecutivo, éste tendrá la representación del ente o servicio." Entendemos, en el presente supuesto, que el funcionario ejecutivo tiene una "específica idoneidad" para ejercer la representación institucional por su propia condición de órgano unipersonal y ejecutivo. La pluripersonalidad y el carácter deliberante de la Junta Directiva resultan incompatibles con las condiciones necesarias para que opere en forma eficaz y eficiente, una representación judicial o extrajudicial de los derechos e intereses del ente público. (...)"*

***Nótese las particularidades de la avocación que en efecto tiene una esfera más amplia de aplicación que la delegación, pero sujeta a los límites regulados para la delegación, como es la específica idoneidad antes analizados. Nótese que en el caso de la avocación la***



**responsabilidad de los actos o actuaciones recaerá exclusivamente sobre el avocante y no sobre el abogado.**

*Finalmente, sobre este tema, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el artículo 25.2 de la Ley General.*

*"Salvo lo que dispone la Constitución Política respecto del Poder Ejecutivo, el Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio, sin perjuicio de la potestad del Presidente de la República para avocar el conocimiento, conjuntamente con aquél, de cualquiera de los asuntos de su competencia."*

*Entonces, y como conclusión de principio, las competencias que se le hubiesen asignado por medio de una ley a un órgano constitucional -y que no se encuentren atribuidas por Constitución- quedan sujetas a lo prescrito en los numerales antes citados de la Ley General de la Administración Pública. Debe recordarse que no son delegables sus competencias constitucionales, ni tampoco podrán ser las mismas avocadas en razón de ser los órganos superiores.*

*No se analizan los otros cambios competenciales por ser innecesario para los efectos de esta consulta.*

*Análisis de la Ley 5662 y los Decretos N° 23310 y N° 23670 en cuanto a cambios de competencia.*

*En virtud de que la consulta se plantea en relación con esa normativa en particular, se procederá, a partir de lo ya estudiado en cuanto a la regulación existente sobre cambios de competencia, a analizar si la normativa por ustedes señalada contiene normas que permitan afirmar que éstas identifican cambios competenciales, sus particularidades y sujeción al régimen general referido. (...)"*

## **b) La representación no es avocable**

[CRITERIO C-101-96]<sup>4</sup>

### **"B-. LA REPRESENTACION NO ES UNA COMPETENCIA AVOCABLE**

*Como es sabido, el principio de legalidad que rige el accionar administrativo determina que el otorgamiento de las competencias públicas es expreso. No obstante, el ordenamiento reconoce la posibilidad de que se den cambios de competencia, que entrañan transferencias de potestades de un órgano a otro. Entre esos cambios, la Ley General de la Administración Pública admite la posibilidad de avocación del superior de las competencias del inferior (artículos 84 y 93 de la Ley General).*

*Es de advertir que la posibilidad de esas transferencias no es ilimitada. Por el contrario, la Ley General estipula las condiciones bajo las cuales pueden operar. Así, en tratándose de competencias externas de un órgano a otro, el artículo 85 de ese cuerpo normativo, dispone que esa transferencia "tendrá que ser autorizada por una norma expresa, salvo casos de urgencia". Además, se prescribe que la norma que autoriza la transferencia debe tener rango igual o superior a aquélla que crea la competencia transferida. La consideración de estas disposiciones, nos permitiría, desde ya, señalar un obstáculo legal para que la Junta Directiva del INFOCOOP avocara en su favor la representación legal de ese Instituto. En efecto, la facultad de representar un ente es de carácter externo, por lo que su avocación debe ser autorizada por norma legal expresa. Además, dispone la ley que la transferencia de competencia deberá ser temporal y limitada en su contenido por el acto que le da origen, asimismo el acto de transferencia debe ser, en principio, motivado (artículo 87 de la Ley General).*

*Ahora bien, preceptúa el numeral 93 del mismo texto normativo: "1. El superior podrá, incluso por razones de oportunidad, avocar la decisión de asuntos del inmediato inferior cuando no haya recurso jerárquico contra la decisión de éste y en tal caso la resolución del superior agotará*



*también la vía administrativa. (...).*

*El inciso 1º de ese artículo nos sitúa en el supuesto del ejercicio de un poder de decisión por parte del inferior. De modo que el superior puede avocar la competencia decisoria, sustituyéndose al inferior en la resolución de esos asuntos, en el tanto en que ese superior no tenga que conocer de ellos a través del recurso jerárquico.*

*En el caso de la representación del ente, la Ley del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo no prevé la existencia de un recurso jerárquico y si eso es así, se debe a que la representación expresa una facultad diferente de la potestad de decisión. Representar no encierra una potestad de decisión, así como tampoco ésta entraña la representación.*

*Véamoslo en la práctica institucional, en los entes descentralizados el poder de decisión reside esencialmente en un órgano colegiado, pero la representación del ente no la ejerce ese órgano -lo cual desde el punto de vista administrativo sería improcedente- sino el funcionario ejecutivo de más alto rango. En ejercicio de esa representación, el representante actúa a nombre y por cuenta del Ente, comprometiéndolo en todo su accionar. Pero para que el funcionario comparezca a tal efecto, se requiere que otros órganos y, en su caso, él mismo, hayan tomado las decisiones correspondientes que fundamentan las obligaciones que asume contractual o judicialmente el ente. De allí que la representación se dé incluso respecto de actos que son de la competencia de la Junta Directiva, y acerca de los cuales el funcionario ejecutivo puede tener, simplemente, una competencia de ejecución. Desde esa perspectiva, se comprende que cuando el representante comparece lo hace porque existe una decisión que lo ampara, sea adoptada por el órgano colegiado, sea por el propio representante, actuando dentro de su esfera de competencia.*

*Por otra parte, la potestad de avocación está sujeta a los límites establecidos para la delegación de competencia por los artículos 89 y 90 de la Ley General. Lo que implicaría la improcedencia de la avocación cuando la competencia ha sido otorgada al inferior en razón de su específica idoneidad para el cargo. En ese sentido, se ha sostenido que: "La avocación es un instituto que tiene una esfera de aplicación más amplia que la delegación, pero ambas, avocación y delegación deben*



*ejercerse dentro de ciertas limitaciones. En primer lugar, es necesario que la ley autorice tanto la avocación como la delegación. Por lo demás, la avocación es legítima cuando la competencia del inferior no le ha sido atribuida en razón de su específica idoneidad. En tales supuesto, afirma D'Alessio, es necesario interpretar la voluntad del legislador, con el objeto de establecer si éste ha querido confiar la competencia a un determinado órgano en mérito a su particular idoneidad en ciertos asuntos, o si tal fin no ha estado presente en su espíritu....". M, DIEZ: El acto administrativo, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 173-174.*

*Lo anterior nos permitiría cuestionar si cuando la ley expresamente confía la representación de un ente al funcionario ejecutivo, lo hará por la "específica idoneidad" de ese funcionario -y no del órgano colegiado- para ejercer tal cargo. No puede olvidarse, al efecto, que si bien el artículo 103 de la misma Ley General otorga al superior jerárquico supremo la "representación extrajudicial de la Administración Pública en su ramo", expresamente dispone en su inciso 2 que: "Cuando a la par del órgano deliberante haya un gerente o funcionario ejecutivo, éste tendrá la representación del ente o servicio".*

*Entendemos, en el presente supuesto, que el funcionario ejecutivo tiene una "específica idoneidad" para ejercer la representación institucional por su propia condición de órgano unipersonal y ejecutivo."*

**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.

- 1 Jinesta L, E. (2009). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. 2da edición. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica. Pp 465-470.
- 2 Ley General de la Administración Pública. Ley No 6227 del 02 de mayo de 1978.
- 3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica OJ-061-98 del 16 de julio de 1998.
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Criterio C-101-96 del 25 de junio de 1996.