

# **Organización de la Administración Pública: La Teoría del Órgano**

Rama del Derecho: Derecho Administrativo	Descriptor: Administración Pública
Palabras clave: Órganos Administrativos, Teoría del Órgano, Doctrina del Órgano, Organización de la Administración Pública, Representación de la Administración Pública, Función Administrativa, Órgano Administrativo Colegiado, órgano Administrativo Individual, Órgano Administrativo Constitucional.	
Fuentes: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 07/08/2012

## **Índice de contenido de la Investigación**

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Doctrina.....</b>	<b>2</b>
Definición de Órgano Administrativo.....	2
La Doctrina del Órgano.....	2
Definición.....	2
Elementos Constitutivos.....	2
Personalidad del Órgano.....	3
Responsabilidad del Estado.....	3
Criterio Objetivo.....	3
Criterio Subjetivo.....	3
Clasificación de los Órganos.....	4
Órganos Constitucionales.....	4
Órganos-de Relevancia Constucional.....	4
Órgano Colegiado.....	4
Órgano Individual.....	4
<b>3 Normativa .....</b>	<b>4</b>
Órganos Constitucionales.....	4
Órganos Colegiados.....	4
Competencias de los Diversos Órganos.....	7
Relaciones entre los Órganos.....	8
El Servidor Público.....	9
Responsabilidad de los Órganos de la Administración Pública.....	10
<b>4 Jurisprudencia.....</b>	<b>10</b>
Concepto del Estado como Patrono Único.....	10
De los Órganos Colegiados.....	12
El Presidente de un Órgano Colegiado.....	15
Competencia de los Órganos Colegiados: Caso: ARESEP.....	18
Competencia de los Órganos Colegiados: Caso IMAS.....	22
Potestad Disiplinaria de los Órganos de la Administración Pública.....	23
Potestades de Imperio de los Órganos de la Administració Pública.....	26



Órgano Director de un Proceso Administrativo.....	27
Poder de Dirección de los Órganos de la Administración Pública.....	29
Responsabilidad Civil Objetiva de los Órganos de la Administración Pública.....	31
Responsabilidad de los Órganos de la Administración Pública en Materia Laboral.....	33
Responsabilidad Penal en los Órganos de la Administración Pública.....	36

## 1 Resumen

El presente informe de investigación realiza un análisis del tema de la Teoría del Órgano en sede Administrativa; para lo cual se incluye el aporte de la doctrina, legislación y jurisprudencia.

En cuanto a la normativa se transcriben varios artículos de la Ley General de la Administración Pública, los cuales brindan una definición de tal instituto jurídico, sus formas de manifestación y funcionamiento.

La doctrina realiza una definición de la Teoría del Órgano o Doctrina del Órgano, como la denomina el autor Francisco Ulloa, lo cual incluye su fundamento, presupuestos, requisitos, naturaleza jurídica y tipo de órganos que la componen.

En cuanto a la jurisprudencia la misma aporta el concepto y requisitos para la configuración del concepto antes citado y a su vez expone las competencias, régimen de responsabilidad, y composición de tales órganos.

## 2 Doctrina

### ***Definición de Órgano Administrativo***

La expresión «órgano» ha sido tomada por el Derecho desde la Biología (como parte de un cuerpo vivo, que desempeña una función) y se utiliza en sentido metafórico, con referencia a las partes de que consta una organización administrativa.

El órgano administrativo tiene un elemento objetivo, las funciones y atribuciones legalmente a él conferidas para que, a su través, se cumplan los fines a los que se contraiga la total actividad de dicha organización. El elemento subjetivo, el titular del órgano, es la persona física singular que vivifica el órgano o el conjunto de ellas, que configuran los llamados órganos colegiados.

Según LÓPEZ PELLICER, los órganos administrativos se pueden definir como: «los diversos centros o unidades funcionales en que se divide la organización administrativa de cada ente público y a cada uno de los cuales se adscribe como titular una determinada persona física o pluralidad de personas físicas, a fin de actuar las correspondientes funciones y atribuciones jurídicas, cuya actuación o ejercicio se imputa directamente al ente del que forman parte».

El órgano administrativo carece de personalidad jurídica distinta del ente o Administración al que pertenece (salvo disposición legal que la otorgue a ciertos órganos y que reciben, por ello, la denominación de organismos autónomos).<sup>1</sup>



## **La Doctrina del Órgano**

### **Definición**

Precisa Dromi "tiene por objeto justamente explicar porqué la organización administrativa continúa permanentemente a través de los tiempos y a pesar de los cambios de las personas físicas que actúan para ella".

Es importante señalar que el término órgano, no ha de confundirse con la aceptación de organismo biológico pues para nuestro fin, atendemos a su carácter etimológico y por tanto utilizamos el término en su acepción de instrumento.

### **Elementos Constitutivos**

Según lo planteado por Dromi los elementos que conforman el órgano son: subsistivo y subjetivo.

- a) El elemento subsistivo: Se haya integrado por la competencia, la cual se constituye por los medios definidos legalmente, a través de los cuales el órgano ejecuta en nombre del Estado los fines para los cuales ha sido creado. Al respecto señala Ortiz: "La cantidad de medios jurídicos o materiales (potestades para realizar actos jurídicos o facultades para actuar materialmente) puestos por la Ley a disposición del Estado, vista a través de ese centro parcial de acción, se llama competencia"...
- b) Elemento subjetivo: Debemos considerar que a pesar de la variación de los órganos-individuo (funcionarios públicos) el Estado y sus órganos-instituciones permanecen invariables. Nuestra Const. P. en sus artículos 11 y 148 estipula: la responsabilidad personal de la autoridad pública, del Presidente y ministro actuando en colaboración y en ejercicio de la competencia que se les atribuye.

Estos artículos señalan: (Art 11). "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes, la acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública..."<sup>2</sup>

### **Personalidad del Órgano**

Por ser un instrumento que lleva a cabo, los objetivos del ente, del cual forma parte, sea el Estado o ente menor, el órgano no es sujeto de derecho y carece de personalidad jurídica...

El valor de la doctrina del órgano, radica en que fundamenta la responsabilidad del Estado a través de los actos ejecutados por los titulares de sus órganos en ejercicio de sus funciones.<sup>3</sup>

### **Responsabilidad del Estado**

#### **Criterio Objetivo**

1. **Criterio objetivo:** Considerar el fin que quiso alcanzar el funcionario al actuar. Acorde con este criterio si la voluntad del funcionario es consecuente con los fines del órgano, el mismo cumple la voluntad estatal, si es contradictorio, actúa como simple persona física particular.

### **Criterio Subjetivo**

2. **Criterio subjetivo:** Este criterio considera solamente los objetivos realizados, en él existen dos posiciones:
  - a) Legitimidad: El órgano físico, sea este el funcionario, actúa jurídicamente como órgano cuando lo hace dentro del marco específico de su competencia.
  - b) Reconocibilidad: Sujeta la atribución al Estado de los actos o hechos, en la proporción en que éstos, se reconozcan como propios de la función atribuida al órgano.<sup>4</sup>

### **Clasificación de los Órganos**

#### **Órganos Constitucionales**

Surgen de la Const. Pol, poseen rango superior. En nuestro sistema jurídico son: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República. Se caracterizan por ser independientes e indispensables.

#### **Órganos-de Relevancia Constitucional**

Los órganos de relevancia constitucional son: aquellos órganos desconcentrados con una competencia exclusiva, se fundamentan en los artículos y 185 de la Const. Pol.

También existen los Organos Constitucionales Superiores, contemplados en el artículo 21 de la **LGAP** cual señala: Inciso primero. "Los órganos constitucionales superiores de la Administración del Estado serán: El Presidente de la República, los Ministros, el Poder Ejecutivo y el Consejo de Gobierno". Inciso segundo: "El Poder Ejecutivo lo forman: El Presidente de la República y el Ministro del ramo".

#### **Órgano Colegiado**

Se haya compuesto por varias personas, sus actos se denominan deliberativos y se llevan a cabo mediante procedimientos estipulados a través de una ley, o de reglamento interno cuyas etapas básicas son: convocatoria, debate y votación.<sup>5</sup>

#### **Órgano Individual**

Son aquellos órganos unipersonales. Por su función se clasifican en internos y externos.

El órgano individual interno es aquel que actúa en relación con otro órgano o para otro órgano.

Generalmente poseen carácter auxiliar. Nuestra **LGAP** regula por su parte las relaciones interorgánicas en su Título cuarto, artículos 99 y 100.

El órgano individual externo actúa en relación con el particular con otros órgano en nombre del ente al cual pertenece.<sup>6</sup>

### **3 Normativa**

#### **Órganos Constitucionales**

Artículo 21.-



1. Los órganos constitucionales superiores de la Administración del Estado serán: El Presidente de la República, los Ministros, el Poder Ejecutivo y el Consejo de Gobierno.
2. El Poder Ejecutivo lo forman: El Presidente de la República y el Ministro del ramo.

### **Órganos Colegiados**

#### Artículo 49

1. Cada órgano colegiado tendrá un Presidente nombrado en la forma prescrita por la ley respectiva o en su defecto por lo aquí dispuesto.
2. Salvo norma contraria, el Presidente será nombrado de entre los miembros del órgano colegiado, por la mayoría absoluta de ellos y durará en su cargo un año, pudiendo ser reelecto.
3. El Presidente tendrá las siguientes facultades y atribuciones:
  - a) Presidir, con todas las facultades necesarias para ello, las reuniones del órgano, las que podrá suspender en cualquier momento por causa justificada;
  - b) Velar porque el órgano colegiado cumpla las leyes y reglamentos relativos a su función;
  - c) Fijar directrices generales e impartir instrucciones en cuanto a los aspectos de forma de las labores del órgano;
  - d) Convocar a sesiones extraordinarias;
  - e) Confeccionar el orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas al menos con tres días de antelación;
  - f) Resolver cualquier asunto en caso de empate, para cuyo caso tendrá voto de calidad;
  - g) Ejecutar los acuerdos del órgano; y
  - h) Las demás que le asignen las leyes y reglamentos.

Artículo 50: Los órganos colegiados nombrarán un Secretario, quien tendrá las siguientes facultades y atribuciones:

1. Levantar las actas de la sesiones del órgano;
2. Comunicar las resoluciones del órgano, cuando ello no corresponda al Presidente; y
3. Las demás que le asignen la ley o los reglamentos.

Artículo 51: En caso de ausencia o de enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justa, el Presidente y el Secretario de los órganos colegiados serán sustituidos por el Vicepresidente, o un Presidente ad-hoc y un Secretario suplente, respectivamente.

#### Artículo 52.

1. Todo órgano colegiado se reunirá ordinariamente con la frecuencia y el día que la ley o su reglamento. A falta de regla expresa deberá reunirse en forma ordinaria en la fecha y con la frecuencia que el propio órgano acuerde.
2. Para reunirse en sesión ordinaria no hará falta convocatoria especial.

3. Para reunirse en sesión extraordinaria será siempre necesaria una convocatoria por escrito, con una antelación mínima de veinticuatro horas, salvo los casos de urgencia. A la convocatoria se acompañará copia del orden del día, salvo casos de urgencia.
4. No obstante, quedará válidamente constituido un órgano colegiado sin cumplir todos los requisitos referentes a la convocatoria o al orden del día, cuando asistan todos sus miembros y así lo acuerden por unanimidad.

#### Artículo 53

1. El quórum para que pueda sesionar válidamente el órgano colegiado será el de la mayoría absoluta de sus componentes.
2. Si no hubiere quórum, el órgano podrá sesionar válidamente en segunda convocatoria veinticuatro horas después de la señalada para la primera, salvo casos de urgencia en que podrá sesionar después de media hora y para ello será suficiente la asistencia de la tercera parte de sus miembros.

#### Artículo 54

1. Las sesiones del órgano serán siempre privadas, pero el órgano podrá disponer, acordándolo así por unanimidad de sus miembros presentes, que tenga acceso a ella el público en general o bien ciertas personas, concediéndoles o no el derecho de participar en las deliberaciones con voz pero sin voto.
2. Tendrán derecho a asistir con voz pero sin voto los representantes ejecutivos del ente, a que pertenezca el órgano colegiado, salvo que éste disponga lo contrario.
3. Los acuerdos serán adoptados por mayoría absoluta de los miembros asistentes.
4. No podrá ser objeto de acuerdo ningún asunto que no figure en el orden del día, salvo que estén presentes los dos tercios de los miembros del órgano y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de todos ellos.

#### Artículo 55

1. Caso de que alguno de los miembros del órgano interponga recurso de revisión contra un acuerdo, el mismo será resuelto al conocerse el acta de esa sesión, a menos que, por tratarse de un asunto que el Presidente juzgue urgente, prefiera conocerlo en sesión extraordinaria.
2. El recurso de revisión deberá ser planteado a más tardar al discutirse el acta, recurso que deberá resolverse en la misma sesión.
3. Las simples observaciones de forma, relativas a la redacción de los acuerdos, no serán consideradas para efectos del inciso anterior, como recursos de revisión.

#### Artículo 56.-

1. De cada sesión se levantará una (sic) acta, que contendrá la indicación de las personas asistentes, así como las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos.
2. Las actas se aprobarán en la siguiente sesión ordinaria. Antes de esa aprobación carecerán de firmeza los acuerdos tomados en la respectiva sesión, a menos que los miembros presentes acuerden su firmeza por votación de dos tercios de la totalidad de los

miembros del Colegio.

3. Las actas serán firmadas por el Presidente y por aquellos miembros que hubieren hecho constar su voto disidente.

#### Artículo 57

1. Los miembros del órgano colegiado podrán hacer constar en el acta su voto contrario al acuerdo adoptado y los motivos que lo justifiquen, quedando en tal caso exentos de las responsabilidades que, en su caso, pudieren derivarse de los acuerdos.
2. Cuando se trate de órganos colegiados que hayan de formular dictámenes o propuestas, los votos salvados se comunicarán junto con aquellos.

#### Artículo 58

1. Cabrá recurso de revocatoria contra los acuerdos del órgano colegiado.
2. Cabrá recurso de apelación exclusivamente cuando otras leyes lo indiquen.

### **Competencias de los Diversos Órganos**

#### Artículo 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.
3. Las relaciones entre órganos podrán ser reguladas mediante reglamento autónomo, que estará también subordinado a cualquier ley futura.

#### Artículo 60.-

1. La competencia se limitará por razón del territorio, del tiempo, de la materia y del grado.
2. Se limitará también por la naturaleza de la función que corresponda a un órgano dentro del procedimiento en que participa.

#### Artículo 61

1. Para determinar la competencia administrativa por razón del territorio serán aplicables las normas respectivas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia civil.
2. Si no son compatibles, será competente el órgano que ha iniciado el procedimiento, o aquel más próximo al lugar de los hechos que son motivo de la acción administrativa.
3. Para determinar los otros tipos de competencia se estará a lo que dispongan las reglas específicas pertinentes.

Artículo 62: Cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente u órgano compuesto por varias oficinas, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar, y, si no la hay, la de grado superior, o la que ésta disponga.

#### Artículo 63.-

1. Habrá una limitación de la competencia por razón del tiempo cuando su existencia o

ejercicio esté sujeto a condiciones o términos de extinción.

2. No se extinguirán las competencias por el transcurso del plazo señalado para ejercerlas, salvo regla en contrario.

Artículo 64: La competencia por razón del grado y los poderes correspondientes dependerán de la posición del órgano en la línea jerárquica.

Artículo 65

1. Todo órgano será competente para realizar las tareas regladas o materiales internas necesarias para la eficiente expedición de sus asuntos.
2. La potestad de emitir certificaciones corresponderá únicamente al órgano que tenga funciones de decisión en cuanto a lo certificado o a su secretario.

Artículo 66

1. Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.
2. Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.
3. El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes.

Artículo 67.

1. La incompetencia será declarable de oficio en cualquier momento por el órgano que dictó el acto, por el superior jerárquico o, a instancia de parte, por la autoridad de contralor.
2. El órgano que en definitiva resulte competente continuará el procedimiento y mantendrá todo lo actuado, salvo que ello no sea jurídicamente posible.

Artículo 68: Cuando la incompetencia sea declarada en relación con una petición o instancia sujeta a término, se tendrá ésta por presentada en tiempo si el órgano competente pertenece al mismo Ministerio, tratándose del Estado, o al mismo ente, tratándose de entidades descentralizadas.

Artículo 69: El órgano que declina su competencia podrá adoptar las medidas de urgencia necesarias para evitar daños graves o irreparables a la Administración o a los particulares, comunicándolo al órgano competente.

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.

### ***Relaciones entre los Órganos***

Artículo 99

1. Habrá relación de dirección cuando dos órganos de administración activa tengan diversa competencia por razón de la materia y uno de ellos pueda ordenar la actividad, pero no los actos, del otro, imponiéndole las metas de la misma y los tipos de medios que habrá de emplear para realizarlas, dentro de una relación de confianza incompatible con órdenes, instrucciones o circulares.
2. La jerarquía implicará la potestad de dirección, pero no a la inversa.

**Artículo 100**

1. Cuando un órgano tenga potestad de dirección sobre otro podrá impartirle directrices, vigilar su cumplimiento y sancionar con la remoción al titular que falte a las mismas en forma reiterada y grave, sin justificar la inobservancia.
2. El órgano director no tendrá como tal potestad jerárquica sobre el dirigido, y éste tendrá en todo caso discrecionalidad para aplicar las directrices de acuerdo con las circunstancias.
3. El órgano director tendrá también potestad para coordinar al dirigido con otros, siempre dentro de los límites antes indicados.

***El Servidor Público*****Artículo 111**

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.
2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.
3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

**Artículo 112**

1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.
2. Las relaciones de servicios con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3º, del artículo III, se registrarán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.
3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativa, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo.
4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos.

**Artículo 113**

1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.
2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.
3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.

**Artículo 114**

1. El servidor público será un servidor de los administrados, en general, y en particular de cada individuo o administrado que con él se relacione en virtud de la función que desempeña; cada administrado deberá ser considerado en el caso individual como representante de la colectividad de que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar.
2. Sin perjuicio de lo que otras leyes establezcan para el servidor, considérase, en especial, irregular desempeño de su función todo acto, hecho u omisión que por su culpa o negligencia ocasione trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados.

***Responsabilidad de los Órganos de la Administración Pública*****Artículo 194**

1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.
2. En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante.
3. El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo.

Artículo 201: La Administración será solidariamente responsable con su servidor ante terceros por los daños que éste cause en las condiciones señaladas por esta ley.<sup>7</sup>

**4 Jurisprudencia*****Concepto del Estado como Patrono Único***

"II. Con relación al primer aspecto, es de interés indicar que la demandada inició relaciones con el Estado en 1963, cuando celebró el Contrato de Protección y Desarrollo Industrial, con acuerdos adicionales que requirieron aprobación de la Asamblea Legislativa, por cuanto se convenía el traspaso de acciones en forma periódica a favor del Estado. Con el transcurso del tiempo, la totalidad de las acciones de esa sociedad anónima, pasaron a pertenecer al Estado -Ley N° 5508 del 8 de abril de 1974-, por lo que para esa fecha, ya se estaba en presencia de una empresa estatal estructurada como sociedad mercantil, de hecho así la calificó el Reglamento emitido por Decreto Ejecutivo N° 7927-H de 12 de enero de 1978. Por ello, su regulación operó igual que todas las demás sociedades similares y se rigió fundamentalmente por el derecho privado, lo que se confirmó mediante el artículo 3° inciso 2° de la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 de 2 de mayo de 1978, el que en lo que interesa indica: "El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes". Sin embargo, actualmente la situación varía, ya que existe un interés directo del Estado que supera la aplicación del derecho privado para regular cierto tipo de relaciones en la empresa, las que pasaron a estar establecidas a través del derecho público. Este punto fue ampliamente analizado por esta Sala, mediante Voto N° 8 de las 14:20 horas del 10 de enero de este año, que al respecto señaló: "2.- MOTIVOS DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO PARA CONSIDERAR A RECOPE, S.A. COMO EMPRESA PUBLICA: a.- POR LA



**PROPIEDAD DEL CAPITAL SOCIAL:** Ha quedado debidamente clarificado que, a través de la Ley N° 5508, de 17 de abril de 1974, el Estado costarricense adquirió la totalidad de acciones de capital de la Refinadora Costarricense de Petróleo, Sociedad Anónima. Así las cosas, atendiendo a la doctrina citada, RECOPE es una empresa pública, porque su órgano administrativo de máxima jerarquía, se encuentra dominado por el Estado, representado por el Poder Ejecutivo, que lo integra con los miembros del propio Consejo de Gobierno; de donde resultan las decisiones a tomar y la fijación de las políticas de gestión de la empresa, sin sujeción a la voluntad de otros grupos de control accionario, que ya no existen. b.- **POR EL CONTROL DE MANDO QUE EJERCE EL PODER EJECUTIVO SOBRE RECOPE S.A.:** Dado el pleno control del capital social, con que cuenta el Poder Ejecutivo, es éste el que tiene acaparadas las facultades de administración y de dirección de la empresa, con lo que la influencia de los criterios de Sector Público y de la política del Gobierno, en materia económica, salarial y energética, son incuestionables. Tómese nota de que el Consejo Directivo, o Junta Directiva, de la Refinadora está integrado por todos los miembros del Consejo de Gobierno, órgano colegiado de especial importancia dentro del seno del Poder Ejecutivo (artículos 22 y 29 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública); con lo que se excluye toda participación privada o ajena a los poderes públicos, en la toma de decisiones, amén de la inexistente participación particular en el capital social. c.- **POR LA RELACION DE INSTRUMENTALIDAD EXISTENTE ENTRE EL ESTADO Y RECOPE S.A.:** Ha quedado definido que, a través de RECOPE, el Estado costarricense explota una actividad económica esencial y lo hace con un carácter de exclusividad -cuasi monopolio-, en el que de no calificar esa empresa como pública, se estaría contrariando el numeral 46 de la Constitución Política. De la información recabada, se desprende que, desde inicios de la década de los años setenta, surgió, en el seno del Gobierno de turno, la inquietud de ubicar en la órbita estatal la actividad de procesamiento y comercialización del petróleo y sus derivados; pero sin crear una nueva entidad estatal que la asumiera, de ahí que imperó la tesis de tomar el control accionario de la empresa privada que la explotaba y que la misma continuara operando la actividad bajo ese mismo esquema. Retomando las palabras del Profesor Eduardo Ortiz Ortiz, vertidas en un estudio inédito por él realizado, sobre las empresas públicas, "una sociedad anónima en la que el Estado o cualquier otro ente público, como ..., sea socio único o mayoritario, es necesariamente un ente público, que constituye una empresa pública y que no puede en ningún caso ser catalogada como entidad privada. Esa sociedad se rige por el Derecho Público, en la medida de lo necesario para la realización del fin público que persigue, así como por el Derecho Mercantil cuando así también sea aconsejable en función del mismo fin público". ch.- **POR EL CARACTER DE SERVIDORES PUBLICOS QUE SE LE HA DADO A LOS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE RECOPE S.A.:** Efectivamente, esa categoría les ha sido otorgada por los Tribunales de Trabajo, al exigírseles el cumplimiento del numeral 395, inciso a), párrafo 2º, del Código de Trabajo, en cuanto ordena el agotamiento de la vía administrativa, de previo a interponer, en estrados, un proceso ordinario laboral contra "el Estado o sus instituciones". Además, en cuanto a despidos, la jurisprudencia laboral ha empleado el criterio de juzgar con rigurosidad las faltas cometidas, por formar parte del bloque de instituciones públicas. Igualmente, se ha venido aplicando el criterio de Estado patrono único, para efectos de reconocimiento de la antigüedad en otras instituciones del Sector Público. Finalmente, como dato también relevante, en la "Convención Colectiva de Trabajo, Recope-Sitrapequia, 1980-1982", en la cláusula 143, se dispuso remunerar los viáticos y gastos de transporte de los trabajadores, conforme al Reglamento de Gastos de Viaje y Transporte para Funcionarios o Empleados del Estado, aprobado por la Contraloría General de la República (en cumplimiento del Decreto Ejecutivo N° 7927-H de 12 de enero de 1978). Por otro lado, en la cláusula 146, se pactó que, a los empleados les resultaría aplicable la escala de salarios, establecida en la Ley de Salarios de la Administración Pública. d.- **POR LA APLICACION DE LA LEY N° 6588 DE 30 DE JULIO DE 1981 Y DEL DECRETO EJECUTIVO N° 7927-H DE 12 DE ENERO DE 1978 Y SU REFORMA POR DECRETO EJECUTIVO N° 14666-H DE 9 DE MAYO DE 1983:** Sirve esta normativa para



dejar inmersa a RECOPE dentro del marco propio de los entes y de las entidades sujetos al Derecho Público. De esa manera queda ubicada dentro de los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo y de la fiscalización superior, en materia financiera, de la Contraloría General de la República. 6.- POR LA APLICACION DE LOS DECRETOS EJECUTIVOS Nos. 8444-T DE 5 DE MAYO DE 1978, 11145-E-OP DE 5 DE FEBRERO DE 1980 Y 10855-H DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1979 EN RELACION CON EL 11464-H DE 13 DE MAYO DE 1980: Por medio de esa normativa se ratifica la naturaleza jurídica de la Refinadora como empresa pública, su ubicación dentro del sector público no financiero y su participación en el Sector Energía integrado por el Poder Ejecutivo. e.- POR LA APLICACION DE LA LEY DE CREACION DE LA AUTORIDAD PRESUPUESTARIA -Nº 6821 DE 19 DE OCTUBRE DE 1982-: De acuerdo con la clasificación institucional que formula esa Ley, RECOPE S.A. se encuentra comprendida dentro del "sector público no financiero" y, por ende, sujeta a todos los lineamientos y directrices formulados por la Autoridad Presupuestaria, pues su actividad no es típicamente financiera, sino de procesamiento y comercialización del petróleo y sus derivados -aunque bien se conoce la práctica estatal reiterada de tomarla como entidad de crédito, para solventar los apuros financieros del Gobierno, lo que se hace por actos administrativos o por "normas atípicas". Esa clasificación institucional ha venido siendo repetida, entre otras, por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica -véase La Gaceta Nº 30 del martes 12 de febrero de 1991 en sus páginas 22 y 23-, donde se ubica a RECOPE en el Sector Público, concepto éste mucho más amplio que el de Estado -que emplea la Constitución Política-, o el de Administración Pública -que utiliza la Ley General de la Administración Pública-. Por cierto, que esta última normativa, de carácter general, resulta implícitamente modificada por la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, en cuanto posterior y especial, de ahí que deba adecuarse la aplicación tajante del artículo 3º, inciso 2º, de aquélla, en cuanto excluye de la aplicación del Derecho Público a las empresas estatales constituidas como sociedades mercantiles, calificando entonces, para todos los efectos, a sus empleados y funcionarios, como servidores públicos y, a la entidad, como empresa pública. f.- POR LA APLICACION DE LA LEY Nº 6835 DE 22 DE DICIEMBRE DE 1982: Esta Ley, que tuvo como antecedente la Ley General de la Administración Pública y la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, en cuanto a la unificación del concepto de Estado, viene a plasmar, normativamente, la teoría que la doctrina, y nuestros Tribunales Laborales, habían dado en llamar "Estado: patrono único"; por medio de la que se tiene al Estado como un único empleador, para el reconocimiento de la antigüedad laborada (Véase sentencia número 1388, del Tribunal Superior de Trabajo, dictada el 3 de noviembre de 1958 y el fallo de la antigua Sala de Casación, número 95, del 6 de agosto de 1975). Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Nº 6835, conocida como de "la escala salarial", el concepto de "Estado: patrono único", es reforzado con la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público -Ley Nº 6955 de 24 de febrero de 1984-. La vigencia de ese marco normativo, apreciado en conjunto, hizo que el concepto de Estado, empleado por la jurisprudencia, se ampliara al de Administración Pública, hasta llegar, finalmente, al actual de Sector Público.". Así las cosas, la Sala, avala la tesis del estudio rendido por el Magistrado Alvaro Fernández Silva, que otorga naturaleza jurídica de empresa pública, a la Refinadora Costarricense de Petróleo, Sociedad Anónima, a la que se le ubica, institucionalmente dentro del Sector Público no financiero, calificando a sus empleados y a sus funcionarios, para todos los efectos, como servidores públicos."<sup>8</sup>

### ***De los Órganos Colegiados***

**"Sobre la naturaleza del contrato celebrado entre las partes .Quinto :** Que el INS es –todos los sabemos- un ente público autónomo, creado por Ley Nº 12 de 30 de octubre de 1924, con el objeto de contratar y realizar los seguros del Estado, en forma de monopolio (artículos 1º de la Ley de



Reorganización, N° 33 de 23 de diciembre de 1936; 46, 188 y 189 de la Constitución Política). Su actividad económica ordinaria es la venta de distintos seguros -de vida, incendios- y, en general, contra toda suerte de riesgos (artículo 1° de la Ley de Seguros N° 11 de 2 de octubre de 1922). Esa actividad *está regulada por el derecho privado* (artículo 3.2 de la Ley General de Administración Pública). Supuesta la capacidad de derecho público y privado que goza la Administración pública en general (artículo 1°, *ibídem*), y el INS en particular (artículo 6 de la citada N° ley 12 de 1924), éste tiene libertad de elegir si esa actividad la ejerce por sí o por medio de un tercero. En ejercicio de esa libertad de elección, el INS promulgó el precitado Reglamento para regular sus relaciones comerciales con las personas jurídicas que se autoricen como intermediarios en la venta de seguros y fianzas, a quienes él contrate para comercializar la venta de sus productos o servicios; los agentes en las relaciones mercantiles que establezcan, actuarán por cuenta y a nombre del INS, a quien se considera la parte principal del negocio (artículos 1, 2 y 3). En el cartel y en el contrato celebrado entre las partes, se reproducen estas disposiciones normativas. La cláusula IV del contrato, relativa a la naturaleza del contrato, expresa: "*De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley General de la Administración, y considerando que se trata de actividad de giro privado, la relación entre el Instituto, las Agencias comercializadoras, sus Apoderados y Agentes será estrictamente mercantil, de acuerdo con lo regulado en el Código de Comercio.*"

. Expresamente se calificó de mercantil la relación nacida entre las partes, y se sometió su regulación al Código de Comercio, lo que permite residenciar la figura sin ninguna duda en el típico contrato mercantil de comisión, sujeto a la ley mercantil, como agente auxiliar del comercio (artículos 1° y 272 del Código de Comercio, y sentencia de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia, N° 873-F-2004 de 8.20 horas de 7 de octubre, considerando III). Es comisionista "... *el que se dedica profesionalmente a desempeñar en nombre propio, pero por cuenta ajena, encargos para la realización de actos de comercio. {...} Puede también el comisionista actuar a nombre de su representado, caso en el cual lo obliga, y el tercero que con él contrata, adquiere derechos y contrae obligaciones con el mandante y no con el comisionista.*" (artículo 273 *ibídem*). La Agencia Comercializadora figura como intermediario; es un instrumento del que se vale el INS, mediante un contrato, para expandir la colocación de sus productos; para promover, gestionar, cobrar, inspeccionar y colocar seguros (artículo 3° del citado Reglamento). En consecuencia, no se trata de un contrato administrativo típico, ni se está en presencia de una relación de especial sujeción, como afirma el Juzgado de instancia. **Sobre las prerrogativas de la Administración Sexto** : Que la naturaleza mercantil del contrato celebrado entre las partes, sujeto al Código de Comercio, no modifica el carácter de ente público autónomo que tiene el INS. La *organización* de éste, *siempre será pública, sujeta al derecho público*, por tratarse de un ente público (artículos 3.1, 11 y 13 de la Ley General de Administración Pública, en relación con el 11 de la Constitución Política). Como ente económico, no se sustrae del ámbito de vinculación al Derecho público cuando actúe de acuerdo con el Derecho privado, al no desprenderse de sus prerrogativas públicas, por carecer de autonomía privada. En la actuación conforme al Derecho privado, existen fundamentalmente las mismas vinculaciones que son típicas para la actuación jurídico- pública (Stober, Rolf. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONOMICO, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, páginas 218 a 221; González- Varas Ibáñez, Santiago. EL DERECHO ADMINISTRATIVO PRIVADO, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1996, páginas 93 y siguientes). Por consecuencia, la Administración no renuncia ni puede enajenar unas prerrogativas que previamente tiene conferidas por el Derecho; siempre hay que sobreentender en el contrato una cláusula tácita -en el caso de que expresamente no se haga la salvedad de rigor- que impide tal enajenación (Garrido Falla, Fernando. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Volumen II, XI Edición, Tecnos, Madrid, 2002, página 61). En materia de contratos, el INS está sujeto a la legislación negocial del Estado, cuyo ámbito de cobertura rige "*la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la*



Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, *el sector* descentralizado territorial e *institucional*, los entes públicos no estatales y las empresas públicas." (artículo 1º, párrafo 1º, de la Ley de Contratación Administrativa; las bastardillas no son del original), lo que afirma la vinculación de su actuación al principio de legalidad. Por tanto, dado el supuesto de hecho previsto en la norma respectiva y en el contrato, el INS como Administración activa, tenía -y tiene- la potestad y el deber irrenunciable de emprender las acciones pertinentes, para restablecer el orden quebrantado, entre esas opciones, la de resolver el contrato y ejecutar la garantía (artículos 8 y 14 *ibídem*, en relación con el 66.1 de la Ley General de Administración Pública). **Sobre la falta de aplicación de la cláusula arbitral Sétimo** : Que la afirmación según la cual "*al comprometerse voluntariamente las partes a resolver sus diferendos por medio de un arbitraje, renunciaron a cualquier otro mecanismo de solución de controversias, quedando obligadas por su soberana voluntad, a cumplir con el acuerdo arbitral introducido en el contrato.*"

(folio 228), lejos de encontrar albergue en el Derecho de la Constitución y la jurisprudencia constitucional que lo informa, lo contradicen. Esa obligatoriedad, con renuncia preceptiva del derecho a la jurisdicción, fue lo que la Sala Constitucional sancionó, al aclarar que el arbitraje es un medio alternativo para la solución de conflictos de naturaleza patrimonial, facultativo y nunca forzoso (Cfr. Sentencia N° 2307-95 de 16.00 horas de 9 de mayo de 1995, inserta en la N° 4387-95 de 15.39 horas de 8 de agosto de 1995). A lo expuesto hay que añadir que el examen del punto no tiene ninguna utilidad práctica. La pretensión de la actora propende a que en sentencia se declare la nulidad de los actos que resolvieron el contrato, con daños y perjuicios. Si la demanda no tiene como objeto inmediato y directo que se declare el cumplimiento forzoso del contrato, carece de sentido analizar el debate planteado en este sentido. **Sobre el agravio relativo a la competencia del órgano que resolvió el contrato Octavo** : Que el apelante aduce como motivo para demandar la nulidad de los actos impugnados, la falta de competencia del órgano y funcionario que los dictaron; afirma que es incorrecta la conclusión del Juzgado de instancia que deniega su reproche, porque: *a)* las disposiciones sobre el procedimiento administrativo para entidades comercializadoras de seguros y agentes acreditados, publicado en el Alcance N° 63, a la Gaceta N° 182 de 18 de septiembre de 1998, no fueron dictadas por la Junta Directiva, único órgano competente para dictar reglamentos autónomos; *b)* estas disposiciones fueron dictadas con posterioridad a la firma del contrato, no siendo posible aplicarlas retroactivamente para reformar o modificar implícitamente contratos anteriores, y *c)* es prohibido regular derechos fundamentales a través de reglamentos autónomos, según lo dispone el artículo 19 de la Ley General de Administración Pública. El *primer* y *segundo* argumento, son nuevos; no fueron planteados en la demanda, ni al contestar la audiencia sobre la contestación; por tanto, contradicen el principio de preclusión que inspira a todo proceso, y que subyace en el artículo 574 del Código Procesal Civil, en relación con el 24.1 de la Ley que regula esta jurisdicción. La competencia del *ad quem* se orienta a *revisar* la decisión impugnada, con el objeto de determinar si se respetaron las reglas del derecho procesal u objetivo, por un lado y, por el otro, si se han interpretado y aplicado las normas substantivas conforme al Derecho de la Constitución (artículos 41, 49, 153 y 154 de la Constitución Política). Ergo, no constituye una segunda primera instancia que abre a las partes la posibilidad de ofrecer y producir argumentos y pruebas novedosas o suplir omisiones. El derecho de defensa de la contraparte y las reglas de la lealtad, probidad y buena fe, impiden introducir al debate cuestiones de manera sorpresiva (artículo 98 del mismo Código). Respecto del *tercer* argumento, hay que señalar que ciertamente el régimen de los derechos constitucionales está reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos que correspondan (artículo 19 citado). Pero aquí no se trata de regular derechos y obligaciones de los ciudadanos como tales, limitar su libertad, crear penas, etc. Consiste en establecer normas reguladoras de las relaciones nacidas entre el INS, la Agencia Comercializadora y los Agentes de Seguros concesionarios de una licencia o acreditados por las Agencias. En virtud del contrato, el INS no traslada a la Agencia, la competencia para

organizar, controlar y fiscalizar la actividad de seguros. Solo otorga una habilitación para el ejercicio de una actividad o prestación de un servicio. De manera que el agente tiene el derecho y la obligación de ejecutar la prestación, quedando la titularidad en manos de la Administración aseguradora, quien detenta el monopolio. En este sentido, la Sala Constitucional, a propósito del artículo 9 del Reglamento de Licencias para Agentes Vendedores de Seguros de Agencias Comercializadoras, expresó: "*En síntesis, de la jurisprudencia constitucional se desprende que no es ilegítimo que mediante reglamento se prevean determinadas conductas como necesarias para el buen funcionamiento del servicio, siendo que si son quebrantadas, no sólo se puede, sino que también, se debe aplicar el régimen disciplinario que asegure la debida y correcta marcha de la actividad administrativa, con observancia de los principios y derechos fundamentales que se han indicado.*"

(Sentencia N° 2003-08460 de 15.37 horas de 12 de agosto, considerando IV, *in fine*, folio 57). Obvio es que la distribución interna de competencias, puede hacerse por reglamento autónomo (artículo 59.2 de la Ley General de Administración Pública). Desde luego que las leyes N° 12 de 30 de octubre de 1924 y N° 33 de 23 de diciembre de 1936, no atribuyen esa función, de manera específica y excluyente, a la Gerencia, Presidencia Ejecutiva o Junta Directiva, como para afirmar que se ha infringido el principio de indelegabilidad de competencias. **Sobre la ejecución de garantía**

**Noveno** : Quede establecido que la Ley y el Reglamento de Contratación Administrativa, facultan a la Administración para hacer efectiva la garantía de cumplimiento cuando el contratista u oferente incurra en incumplimiento; la ejecución será total o parcial hasta por el monto necesario para resarcir los daños y perjuicios imputables al contratista, y se emprenderá en acto motivado, una vez firme la decisión administrativa de resolver el contrato, debiendo darse audiencia previa al contratista para que exponga su posición (artículos 14, 33 y 34 de la Ley, en relación con el 13.2.6, 35.1 y 36.1 del Reglamento). Constituye un procedimiento especial, de corte incidental, posterior a la firmeza de la decisión de resolver el contrato, en el que se define la cuantía y alcances de los daños y perjuicios causados con el incumplimiento. Ciertamente en el informe final del órgano director, # OD-23-2002 de 1 de marzo de 2002, se indica –en relación con los daños y perjuicios– que debe exigirse a la actora "*el pago de las sumas retenidas, y el reintegro de sumas indemnizadas con ocasión de siniestro*", por el monto total de ₡654.469, y que en el acto final se requirió el pago de esa suma. Pero nótese bien que esa indicación se hizo dentro del procedimiento dirigido a resolver el contrato, y no con ocasión del acto de ejecución y liquidación de la garantía. El INS no limitó el daño a ese monto, ni renunció a exigir el pago de las diferencias o de otros renglones. Dicho extremo forma parte del monto total de la liquidación; no es el único, ni excluía la incorporación de otros. En concreto, consta en el legajo administrativo que la Intendencia de Comercialización del INS, certificó que el total de los dineros cobrados para el pago de emisiones o renovaciones de contratos de pólizas y pago de siniestro, y no reportados, asciende a ₡3.477.342 (ver oficio INTCO-0008-2003 de 10 de enero, inserto en el oficio PROV-1347-2003 de 29 de marzo, folios 9 a 12 y folios 114 a 116, numeración al pie del Legajo Administrativo, Tomo II). Esa certificación demuestra la cuantía del daño inferido al INS, y pone de relieve que éste ejecutó la garantía completa en pago de los daños causados con el incumplimiento contractual. Como el INS procedió de esa manera, ajustándose a las normas que gobiernan la materia, no hay apropiación indebida del monto de la garantía de cumplimiento, siendo inatendible el reproche levantado."<sup>9</sup>

### ***El Presidente de un Órgano Colegiado***

"III. El representante legal de la entidad demandada, aduce, en esencia, una falta de legitimación ad causam activa apoyado en el argumento de que como parte del gobierno local, el señor Campos



Sánchez no puede impugnar la decisión adoptada el primero de mayo por el Presidente ad hoc del Concejo Municipal de Alajuela. No puede cuestionar, afirma, un acto de la Municipalidad de la que forma parte, sobre todo si de dicho acto no se genera o se afecta ninguno de sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Se hace necesario en consecuencia reiterar el concepto de legitimación que descansa, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en la necesaria correspondencia que ha de existir entre el actor demandante y el titular del derecho o interés legítimo pretendido. Constituye como se sabe, un presupuesto esencial de la relación jurídico procesal, imprescindible para una sentencia estimatoria. La ostenta, por lo general, aquella persona (física, jurídica, pública o privada), que sufre una lesión a consecuencia de una conducta administrativa (activa u omisiva), contra la que protesta ante el Juez, en requerimiento de la protección de su situación jurídica o de aquella que pertenece al colectivo que integra. Deriva, como se puede ver, del vínculo o relación que se mantiene con la pretensión procesal formulada. Empero, como regla general de derecho, los miembros de un órgano o ente público (al ser parte de él), no pueden acudir al abrigo jurisdiccional frente aquellas decisiones adoptadas por el ente u órgano del que forman parte, cuando de ellas solo se deriven consecuencias jurídicas a terceros, desvinculadas de su propia esfera jurídica. Para el cuestionamiento de la decisión del órgano que integran, disponen, en la mayoría de los casos, de los denominados recursos internos. Pero una vez agotados éstos, a dicho funcionario le queda vedada la vía jurisdiccional. Como consecuencia, en tesis de principio, ningún funcionario puede impugnar, jurisdiccionalmente, aquella conducta administrativa con efectos jurídicos a terceros, emitida por el órgano o ente del que forma parte, bien por no haber participado, bien por haber resultado perdedor. Esto es así, no solo por la construcción dogmática de la teoría del órgano, sino además, por respeto a las jerarquías orgánicas, a la preclusión de las etapas procesales y a la seguridad jurídica. Sin embargo, la situación es muy diversa, cuando el funcionario perteneciente a la organización pública, sufre lesión directa en su propia situación jurídica, precisamente a causa de la conducta adoptada por dicha organización. En este segundo supuesto, abandona, en una especie de desdoblamiento posicional, su rol funcional, con acciones legales restringidas, para convertirse en un administrado más, que lesionado por la conducta pública, tiene todo el derecho de acudir a las instancias pertinentes, en aras de la tutela efectiva de sus intereses subjetivos, ya sea en el ámbito administrativo o en la sede judicial. En el caso que nos ocupa, es evidente, que don Roberto Campos articula no frente a una decisión administrativa con efecto a tercero, sino, ante una decisión del Concejo Municipal, en la que él estima, se afectaron sus derechos e intereses personales. Actúa entonces como regidor-administrado inconforme por una resolución que le afecta personalmente (por sus aspiraciones) en su cargo de regidor. Tal situación indudablemente merece tutela en esta sede, al tenor de lo establecido en los cardinales 9, 11, 33, 41, 49 de la Carta Magna y 1, 10 inciso a) y 42 del CPCA. Ello dice, de la adecuada legitimación que para el caso tiene el demandante, lo que convierte el agravio en improcedente.

**V. Sobre la elección del Presidente del Concejo Municipal.** De conformidad con el Ordenamiento Jurídico, el Gobierno Municipal estará compuesto por un cuerpo deliberativo denominado Concejo, e integrado por los regidores que determine la ley, además, por un alcalde y su respectivo suplente, todos de elección popular (artículos 169 Constitucional y 12 del Código Municipal). El Concejo es un cuerpo deliberante y estará integrado por regidores de elección popular, así como por los síndicos que representan a los distritos que componen el correspondiente cantón (aunque estos últimos sólo tienen el derecho de hacerse oír en el referido Concejo, por cuanto carecen de voto, artículos 171 y 172 de la Constitución Política) y por el Alcalde (numeral 169 ibídem). Le corresponde ejercer el gobierno local y adoptar los lineamientos de política territorial de nivel cantonal. Tal y como es lo propio de un órgano deliberativo y colegiado, el Presidente tiene a su cargo funciones de control y de dirección de las sesiones en el seno del Concejo Municipal; al punto que sus potestades consisten en disciplinar el uso de la palabra dentro



de las discusiones a lo interno de este órgano y así ordenar el debate respecto de los asuntos que se someten a su consideración y votación, velar por el correcto y ordenado desarrollo de las sesiones del Concejo y, por último, nombrar a los regidores que conformaran las comisiones ordinarias y especiales que se integren dentro del Concejo. Se desprende con claridad que la relación entre el Presidente Municipal y el resto de los regidores es horizontal, de acuerdo con las atribuciones conferidas por el ordenamiento al primero; por ende, no es posible sostener que existe algún grado de jerarquía de aquél sobre los demás regidores. Precisamente por ello, todo regidor está legalmente facultado para apelar ante el Concejo Municipal las resoluciones de su Presidente, así como llamarlo al orden cada vez que en el desempeño de su cargo contravenga los mandatos legales y reglamentarios que lo rigen (norma 27 del Código Municipal). El Presidente del Concejo durará en su cargo dos años y podrá ser reelegido (artículo 33 del Código de referencia). Ahora bien, en cuanto al proceso de elección, establece el cardinal 29 ibídem, que los regidores y síndicos deben tomar posesión de sus cargos el primer día del tercer mes posterior a la elección correspondiente (1 de mayo). Deberán concurrir al recinto de sesiones de la municipalidad los propietarios y suplentes, la sesión solemne ha de iniciar a las doce horas. Debe formarse un Directorio Provisional y juramentarse ante los regidores propietarios y suplentes. Posteriormente, el Directorio Provisional juramentará a los regidores. Este Órgano, estará formado por los regidores presentes de mayor edad que hayan resultado electos. El mayor ejercerá la Presidencia y quien le siga, la Vicepresidencia. Mediante votación secreta, los regidores propietarios deben elegir al Presidente y Vicepresidente definitivos (estos son escogidos únicamente entre los regidores propietarios). Para su elección, es necesaria la mayoría relativa de los votos presentes. En caso de empate, dispone la norma de referencia, la suerte decidirá al ganador.

**VI. [...]** Como se analizó en el apartado quinto, existe todo un procedimiento para la elección del Presidente y el Vicepresidente del Concejo; este procedimiento en términos generales se articula en tres actos fundamentales que deben ser respetados: la votación, la proclamación y la documentación. En este tanto, debe resaltarse que todo órgano colegiado está integrado por varias personas físicas que se encuentran en un plano que puede ser llamado horizontal, de forma que sea la manifestación ideológica (voluntad o juicio) colectivamente expresada por todas esas personas, la que se considere manifestación del órgano. Al decir horizontal, se alude a la posición de igualdad recíproca en que se encuentran los distintos miembros del Colegio para el ejercicio simultáneo de la propia función, porque todos intentan producir un mismo acto jurídico. El Colegio debe forjar una voluntad en su propio seno, a partir de la reunión simultánea de los diversos individuos que lo conforman, de esta manera cobra particular importancia la regulación de su convocatoria, la cual puede ser legal como en el presente caso (artículo 29 Código Municipal). El Concejo normalmente dicta sus actos por medio de deliberaciones o del voto, son actuaciones internas que indudablemente sirven de fundamento para sustentar sus acuerdos; incluso pueden estar antecedidos de actos administrativos de cualquier tipo y alcance. Entonces, para la formación del acto colegial es necesaria la votación, con la eventual formación de minorías, pero una vez que se presenta la elección, estas últimas no cuentan y el acto colegial resulta constituido exclusivamente por el voto mayoritario, formando una unidad (canon 54 inciso 3 de la LGAP), salvo para la responsabilidad personal. Esta es la voluntad del órgano, la que se desprende del criterio de mayoría y la que indefectiblemente debe prevalecer sobre cualquier otro acontecimiento, salvo que se encuentre viciada por algún tipo de patología, como sería el caso por ejemplo, de la celebración de la sesión en otro lugar, sin la convocatoria requerida, o que el voto haya sido emitido por alguien que no estaba legitimado para ello. El criterio de mayoría representa un acto complejo, producto de las voluntades coincidentes en cuanto a contenido y fin. En el sub júdece, los Regidores concurren a ejercer su derecho y deber al voto en torno a la elección del Presidente y Vicepresidente definitivos del Concejo, al tenor del canon 29 del Código Municipal. La función de cada regidor propietario en el proceso de elección, consistía en participar en la formación de la



voluntad del colegio a través de la emisión de su voto. A través de su participación, se formó una voluntad colectiva, simultánea y válida; diferente de la de cada uno de ellos, y que se solidificó en el debate, en la votación secreta que al efecto se realizó. La intención de la mayoría de elegir como Presidente al señor Campos Sánchez, fue producto de esa actuación y no de un acuerdo predeterminado, ya que la decisión se tomó en el seno mismo de la sesión realizada el 1º de mayo de 2010 y no fuera de ella. La voluntad era clara y definida, dado que del conteo de cada uno de los votos, se desprendió que la mayoría favoreció al candidato Campos Sánchez (seis votos contra cinco de su adversario); por lo que se puede determinar con certeza, que esa fue la verdadera intención del órgano, la cual debe prevalecer en este asunto, en apego al principio democrático y de simultaneidad (o de unidad de tiempo y de lugar). En virtud de estas razones, de acuerdo al artículo 54.3 y 56 de la Ley General de la Administración Pública y por lo que se acaba de explicar, es claro que al analizar las actas emanadas de la sesión del Concejo, el Tribunal debía analizar la votación que ahí se presentó, para determinar si existía una voluntad mayoritaria que emanara del órgano, máxime que esa voluntad en ningún momento ha sido cuestionada. En mérito de lo expuesto, lleva razón el recurrente en relación a que no debieron aplicarse las normas del Código Electoral (las reglas sobre la validez y nulidad de los votos dispuestas en el Capítulo IV del Título IV artículos 193 al 196), dado que ese cuerpo normativo fue ideado exclusivamente para el proceso de elecciones populares de cualquier naturaleza, pero no para la elección de los miembros de un Concejo Municipal. Esas disposiciones fueron contempladas para fines de organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, pero no para una elección interna municipal. Lo anterior cobra relevancia cuando se observa que el propio Tribunal de Elecciones en la resolución no. 3676-E1-2010 de las 12 horas 20 minutos del 14 de mayo de 2010, confirmó expresamente la competencia de la sede contencioso administrativa para reclamar la nulidad alegada, dado que la materia no es electoral (folios 1 al 13 del expediente administrativo). Sin embargo, el planteamiento del casacionista lleva a que se dé un supuesto de casación inútil, toda vez que, al no cuestionarse la voluntad del órgano en sí, al margen de la aplicación de preceptos electorales, la conclusión sería idéntica, dado que la voluntad del órgano fue clara y precisa en los términos ampliamente expuestos y sin ningún vicio ni duda en la voluntad individual de sus miembros, razón por la cual, la sentencia se mantendría incólume. El órgano colegiado forjó la voluntad en su propio seno, a partir de la reunión simultánea de los diversos individuos que lo conforman, la cual se materializó en el voto de mayoría a favor del candidato Campos Sánchez.

**VIII.** En cuanto a la nulidad de las resoluciones del Presidente provisional que resolvieron las impugnaciones presentadas por el señor Campos Sánchez, resulta dable transcribir lo resuelto por el Tribunal. Es este sentido, los jueces consideraron: “(...) *Conforme lo dispone el 27 del Código Municipal, el Regidor puede apelar ante el Concejo las resoluciones del Presidente Municipal, con lo cual el señor Campos estaba más que facultado para presentar el recurso formulado; y debió conforme lo establece la norma, el señor Presidente Municipal, trasladar el mismo al Concejo Municipal para que fuera resuelto, por lo que el rechazo ad portas realizado por el Presidente Municipal resulta ilegal al no ser el órgano competente para conocer de dicho recurso y menos aún para establecer su rechazo ad portas (...)*” (grabación del dictado de la sentencia al ser las 9 horas 10 minutos del 12 de mayo de 2011). Al rechazar de plano los recursos formulados por el candidato Campos Sánchez (según la grabación del juicio oral y público al ser las 9 horas 58 minutos del 5 de mayo de 2011), el Presidente del Concejo erró en su actuar, puesto que el cardinal 27 inciso d) del Código Municipal, claramente señala que los regidores tendrán entre sus facultades: “*Apelar ante el Concejo las resoluciones del Presidente Municipal*”. Cuando el Presidente tomó la decisión de anular el voto otorgado a favor del recurrente, este último en su condición de Regidor, podía solicitar, como en efecto lo hizo, tanto la revocatoria de la actuación, como la apelación subsidiaria de la decisión. Este último recurso debía ser resuelto por el Concejo. Nótese que el artículo 34 *ibídem*, en ningún momento le otorgó al Presidente, la potestad exclusiva de resolver los recursos



de apelación contra sus propias decisiones, por la simple razón de que es un recurso de alzada para que el Concejo en su integridad, revise las decisiones de la Presidencia. En este entendido, la censura debe rechazarse. ”<sup>10</sup>

### **Competencia de los Órganos Colegiados: Caso: ARESEP**

“ **III. SOBRE EL CASO CONCRETO.** Según se expuso en el Considerando anterior, en el presente asunto se discute sobre la legalidad de los artículos 2, 16, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus Órganos Desconcentrados”, dictado por la Junta Directiva de la ARESEP. Estima la parte accionante que dichas normas son absolutamente nulas al violentar el Principio de Jerarquía Normativa establecido en los artículos 7 de la Constitución Política y 6 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP); el Principio de Legalidad establecido en el numeral 11 de la Carta Magna y de la citada Ley General, así como el Principio de Fundamentación de los Actos Administrativos establecido en los numerales 133 y 136 de la LGAP. Así, el punto medular a definir versa sobre si las conducta administrativas impugnadas exceden lo dispuesto en la Ley No. 7593. Por la naturaleza de lo debatido, estima este Tribunal que resulta necesario señalar que el Principio de Plenitud Hermética del Ordenamiento Jurídico Administrativo se encuentra regulado en el canon 9 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual *“El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otras ramas del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.”*

A partir de lo anterior, resulta de vital importancia establecer que conforme a los numerales 6 y 7 de la misma ley, el ordenamiento jurídico administrativo se estructura jerárquicamente en una escala de fuentes atendiendo a la potencia y resistencia de éstas. Ese Principio de Jerarquía de Fuentes supone la subordinación de las normas inferiores frente a las disposiciones de rango superior. Expuesto lo anterior, debe indicarse que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos es creada mediante Ley No. 7593, de 5 de setiembre de 1996, como un ente con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como autonomía técnica y administrativa. El artículo 5 de la mencionada Ley señala que dicho ente fijará los precios y tarifas de los servicios públicos que ahí mismo se establecen y velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima de aquéllos. Cabe señalar que esos servicios públicos son el suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización; el suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, incluso el agua potable, la recolección, el tratamiento y la evacuación de las aguas negras, las aguas residuales y pluviales, así como la instalación, la operación y el mantenimiento del servicio de hidrantes; el suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, dentro de los que se incluyen: 1) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados a abastecer la demanda nacional en planteles de distribución y 2) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados al consumidor final; el riego y avenamiento, cuando el servicio se presta por medio de una empresa pública o por concesión o permiso; cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo; los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales; el transporte de carga por ferrocarril y la recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales. Luego, el artículo 45 de la norma legal de cita señala los órganos que integran dicho ente, a saber, la Junta Directiva, un Regulador General y un Regulador General Adjunto; la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) y la Auditoría Interna. Indica, además, esa norma que la Autoridad Reguladora estará facultada para establecer su organización interna, a fin de cumplir sus funciones. Finalmente, para una mejor comprensión de lo que más adelante se indicará, debe indicarse que los numerales 53 y 57 de la mencionada Ley No. 7593, establecen los deberes, atribuciones y funciones de la Junta Directiva y el Regulador General y el Regulador General Adjunto de ese ente respectivamente. En

lo que a este proceso atañe, resulta indispensable examinar cada una de las normas reglamentarias cuya invalidez se reclama a efectos de constatar si se presentan los vicios endilgados. Un primer grupo de las normas se impugnan en tanto crean nuevos órganos no contemplados en la estructura establecida en el artículo 45 de la Ley No. 7593. El artículo 2 del mencionado reglamento regula la estructura organizativa de la ARESEP, indicando que ese ente estaría compuesto por la Junta Directiva, el Despacho del Regulador, las Superintendencias de Telecomunicaciones, Energía, Agua y Saneamiento, y Transporte Público. De inicio, debe aclararse que estamos frente a un reglamento de organización dictado por un ente que goza de autonomía administrativa y técnica. Desde esta perspectiva, si bien el artículo 45 de la Ley No. 7593 dispone una estructura inicial, lo cierto es que también habilita al ente a establecer su organización interna, para un mejor cumplimiento de las competencias asignadas. Esa atribución se confirma en el ordinal 53 inciso l) de la misma ley, en la que se establece que corresponde a la Junta Directiva aprobar la organización interna de la Autoridad Reguladora y el estatuto interno de trabajo. Así, es claro que fue el propio legislador quien habilitó al ente la posibilidad de crear los órganos que considerara necesarios para una adecuada salvaguarda de los fines públicos que le fueron encomendados; razón por la cual lo regulado en el citado artículo 2 no amplía el numeral 45 legal (que expresamente contempló la posibilidad de que el ente se diera su propia organización) sino que se ajusta al bloque de legalidad y en nada violenta el Principio de Jerarquía de las Fuentes. Claro está, que el ejercicio de esa potestad debe ajustarse a lo que disponen los artículos 59 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública. Se impugna también el numeral 16 del reglamento de rito. Se recrimina que dicha norma se contrapone al 45 legal, según el cual la ARESEP cuenta con una única superintendencia, y no cuatro como señala la norma reglamentaria. Por las razones ya expuestas, debe concluirse que la conducta administrativa que se ataca no incurre en exceso alguno, toda vez que existe una habilitación legal (artículos 45 y 53 inciso l) que permite al ente aprobar su propia organización (que conlleva la posibilidad de crear órganos), con las limitaciones legales que correspondan. Así, no se observa lesión alguna al Principio de Jerarquía de Fuentes o de Legalidad. Tampoco se está modificando contra legem la estructura organizativa de la ARESEP, toda vez que, se insiste, fue el propio legislador quien autorizó a la Junta Directiva a establecer y aprobar la propia organización interna del ente; facultad que se concretó con el dictado del citado reglamento por parte del órgano competente, esto es, la Junta Directiva.

**IV.** Se impugnan también las normas reglamentarias que otorgan competencia a cada una de las superintendencias que señalan los preceptos 2 y 16 ya indicados. En este sentido, los artículos 20, 22 y 24 establecen la competencia general de las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes (en adelante SUAGUA, SUENERGÍA y SUTRANSPORTE), respectivamente. Es criterio de este Tribunal que, en general, la competencia asignada a cada uno de esos órganos encuentra total sustento en el artículo 5 de la citada Ley No. 7593. En efecto, el artículo 20 indica que SUAGUA ejerce la regulación integral, tanto técnica como económica, del suministro de los servicios de acueductos y alcantarillados, la recolección, el tratamiento y la evacuación de las aguas negras, las residuales, las aguas pluviales, hidrantes, riego y avenamiento cuando se preste por medio de una empresa pública, por concesión o permiso, recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales, salvo los que presten las municipalidades y estén cubiertos por la autonomía municipal. En los términos redactados, la norma citada no crea competencia alguna, sino que reproduce la que ya ha sido otorgada al ente en el artículo 5 incisos c), e) y i) de la Ley No. 7593, razón por la cual no se produce quebranto alguno al Principio de Legalidad ni Jerarquía de Fuentes. De igual forma, el numeral 22 señala que SUENERGÍA ejerce la regulación económica integral de los servicios de suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización, suministro de combustibles derivados de hidrocarburos. Por idénticas razones, siendo que esa competencia ya fue atribuida a ARESEP en



los incisos a) y d) del citado artículo 5, no se produce lesión alguna al Principio de Legalidad ni Jerarquía de Fuentes. En lo que atañe a SUTRANSPORTE, el precepto 24 reglamentario indica que el citado órgano ejerce la regulación integral, tanto técnica como económica, sobre la prestación de los servicios de cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo. También tiene competencia para la regulación de servicios marítimos y aéreos en puertos nacionales, servicios de carga por ferrocarril y los servicios postales. Se reitera que esa competencia también fue atribuida legalmente al ente en los incisos f), g) y h) del citado artículo 5, razón por la cual tampoco se lesiona el Principio de Legalidad ni Jerarquía de Fuentes. Por demás, debe tenerse presente que, aunque el título del reglamento podría llamar a alguna confusión, lo cierto es que ninguna de las normas reglamentarias impugnadas (artículos 2, 16, 20, 22 y 24) crean órganos con desconcentración máxima o con personalidad jurídica instrumental, para lo que se hubiera requerido, en principio, una habilitación legal, tal y como lo dispone el numeral 83 de la Ley General de la Administración Pública. Ejemplo de este último supuesto es la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), la cual, conforme al artículo 59 de la Ley No. 7593, es órgano desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, con personalidad jurídica instrumental propia, para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones. Así, es claro que la naturaleza jurídica de SUAGUA, SUENERGÍA y SUTRANSPORTE es distinta a la de SUTEL. Desde esta perspectiva, no observa este Tribunal que las disposiciones reglamentarias impugnadas violentan el Principio de Jerarquía de Fuentes o de Legalidad. Primero, porque no se crean órganos desconcentrados. Segundo, porque las normas impugnadas se limitan a distribuir competencias que ya habían sido establecidas por ley. En conclusión, no existe vicio alguno que deba declararse. Por otra parte, estiman estos juzgadores las normas citadas se encuentran debidamente motivadas, en tanto desarrollan preceptos legislativos preexistentes.

**V.** Finalmente, se cuestiona la validez de los ordinales 21, 23 y 25 del "Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados". Se atribuye el mismo vicio que en los supuestos anteriores, sea, violación a los Principios de Jerarquía de la Norma y Legalidad; así como que carecen de motivación y fundamentación. Examinadas las normas de cita, no encuentra este órgano colegiado vicio alguno que deba declararse. En ellas se regulan distintas funciones de regulación, gestión y en materia de procedimientos para cada uno de los órganos en estudio (SUAGUA, SUENERGÍA y SUTRANSPORTE), todas ellas derivadas de la competencia que, conforme al numeral 5 de la Ley No. 7593, fue atribuida a cada uno de éstos. Teniendo presente que no se está creando competencia alguna vía reglamento (porque ésta fue creada en el artículo 5 de la Ley No. 7593), es claro que, de conformidad con el artículo 59 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, es posible su distribución interna vía reglamento, sujeto éste, claro está, a cualquier ley futura sobre la materia. A mayor abundamiento, nótese que las competencias definidas en el artículo 5 legal indicado, fueron atribuidas en forma genérica al ente (ARESEP). Además, los numerales 45 y 53 I) reservan a la Junta Directiva la facultad de establecer su organización interna, a fin de un mejor cumplimiento de sus funciones. Se reitera que esa facultad fue, precisamente, la que se ejerció con el dictado del Reglamento que se impugna, delegando en los mencionados órganos las distintas competencias legales atribuidas al ente. Delegación que, por demás, se ajusta a los límites que establece el ordinal 90 de la LGAP. Por otra parte, cabe destacar que, en virtud de que se trata de órganos que carecen de personalidad jurídica instrumental, lo que ellos resuelvan sobre cada una de las funciones asignadas será conocido, vía recurso, por la Junta Directiva de la ARESEP, órgano que en su condición de jerarca supremo, será el encargado de agotar la vía administrativa, según se establece en el artículo 53 inciso b) de la Ley No. 7593 en relación con los numerales 102 y 106 de la LGAP y el artículo, acápite 2, incisos g) y h) del propio

reglamento que aquí se analiza. Conforme a lo explicado, no se observa quebranto alguno a los Principios de Jerarquía Normativa ni de Legalidad que deba ser declarado. Asimismo, en cuanto a las normas impugnadas, existe suficiente motivación y fundamentación en tanto, se insiste, éstas reproducen o desarrollan preceptos legales ya existentes. Así las cosas, procede confirmar la validez de las normas impugnadas en tanto se ajustan sustancialmente con el ordenamiento jurídico y declarar sin lugar la demanda en todos sus extremos.”<sup>11</sup>

### **Competencia de los Órganos Colegiados: Caso IMAS**

**IX. SOBRE LA COMPETENCIA DEL IMAS PARA CONCEDER AUTORIZACIONES A LOS MOTELES. PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE FUNCIONES.** En sus últimos cargos la accionante recrimina la ausencia de habilitación legal que conceda competencia al IMAS para autorizar el funcionamiento de los Moteles y negocios afines. A diferencia de lo que alega la accionante, la competencia que la Ley No. 8343 concede al IMAS no versa solamente sobre la facultad de calificación de los moteles y establecimientos similares. Por el contrario, una simple lectura de la norma permite llegar a una conclusión diversa, en el sentido de que sus competencias abarcan no solamente la categorización, sino además la autorización del funcionamiento de estos centros de reunión. Para ello, basta referirse a lo regulado por el canon 61 del cuerpo legal de comentario, que en su tenor literal señala: *“Créase un impuesto, a favor del Instituto Mixto de Ayuda Social, (IMAS); será pagado por los negocios **calificados y autorizados, por dicho Instituto**, como moteles, hoteles sin registro, casas de alojamiento ocasional, salas de masaje, “night clubs” con servicio de habitación y similares. **Además, se faculta al IMAS para que califique los establecimientos en tres categorías**, según el número de habitaciones y la calidad de los servicios complementarios que ofrezcan; asimismo, podrá incluir en esas categorías los establecimientos que, aun cuando tengan registro de hospedaje, lleven a cabo actividades que a juicio del IMAS puedan incluirse en la calificación antes mencionada. Para operar, esos negocios de previo deberán inscribirse y ser calificados por el IMAS, tomando en consideración que no podrán estar ubicados en un radio de quinientos metros de un centro educativo, oficialmente reconocido por el Estado. ”* Como se observa, la norma en cuestión indica que la competencia del IMAS lo es para la autorización y calificación de los negocios sujetos al impuesto. El hecho de que luego la misma norma señale que además, se encuentra facultado para categorizar esos centros en tres niveles, no supone la ausencia de la competencia autorizatoria que echa de menos la demandante. Véase que a tono con las disposiciones de los numerales 59 y 66 de la Ley General de la Administración Pública y 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, es mediante ley que se crea el impuesto y se señala la asignación competencial para autorizar y calificar a los moteles por parte del ente demandado. En ese tanto, cabe acotar, la misma ley de comentario aclara que el IMAS, para los efectos del tributo objeto de examen es Administración Tributaria, según se colige del mandato 68 de la Ley No. 8343 (ver artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios). Desde ese plano, ante la claridad de la norma y su contundencia respecto del punto debatido, no resultan de recibo las argumentaciones esbozadas que remiten a la supuesta inexistencia de competencia legal para los efectos comentados. Esta competencia a partir de la emisión de la citada Ley No. 8343 fue conferida de manera exclusiva al IMAS, a diferencia de lo que anteriormente regulaba la Ley No. 5554, en cuyo artículo inicial confería tal potestad al Ministerio de Gobernación conjuntamente con el IMAS. Las manifestaciones que presenta la accionante no permiten contradecir lo diáfano de la norma citada, por lo cual, sin más el cargo debe ser desechado. Vale acotar que la autorización conferida por el IMAS implica la autorización para actuar como agente retenedor del impuesto con las implicaciones ya comentadas en este fallo. Cabe destacar incluso, los reproches planteados resultan contradictorios entre sí. Nótese que se alega la falta de competencia pero en el cargo inmediato posterior se acusa que la competencia autorizatoria que

otorga el canon 61 aludido es contraria al Derecho de la Constitución. En esa misma línea, no resulta atendible el reproche de inconstitucionalidad del precepto que confiere la competencia de marras. Al margen del deber de todo juzgador de aplicar el Ordenamiento Jurídico según la escala jerárquica de sus fuentes, según lo dispone el canon 7 de la Carta Magna en relación al artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la declaratoria de inconstitucionalidad de una determinada norma legal, como aquí se cuestionada, es resorte exclusivo de la Sala Constitucional, según lo preceptuado por el mandato 10 de la Constitución Política. Ciertamente dentro del ámbito de competencias de esta jurisdicción se encuentra la posibilidad de realizar un control de la conducta pública conforme al Derecho Público, empero, ello no supone la posibilidad de declarar contraria a la Carta Fundamental una disposición legal, emitida por la Asamblea Legislativa conforme al procedimiento legislativo normal de emisión de ley, como pretende el accionante. Tal defecto tampoco se observa en la letra del Decreto No. 33874-H del 22 de octubre del 2007 publicado en La Gaceta No. 202, por cuanto las normas que en esa norma se expresan son fiel desarrollo de los aspectos que indica la Ley No. 8343 en cuanto al tributo a los moteles y competencias asignadas al IMAS. Los aspectos regulados en esa normativa no desconoce el campo de acción de los entes locales municipales, sino que se trata de regulaciones propias de un campo económico que por sus particularidades, se asignó la competencia de autorizar y calificar para efectos tributarios al IMAS, tratamiento en el cual, no se observan los defectos en que la actora cimenta su acción. Por ende, no se presenta la lesión al principio de separación de poderes que endilga la demandante lo que supone, por esas causas, el rechazo del cargo (*ver sentencia número 2673-09 de las ocho horas del veintiséis de noviembre del dos mil nueve, dictada por la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda*).<sup>12</sup>

### **Potestad Disciplinaria de los Órganos de la Administración Pública**

#### **“Tercero: Fundamento, alcances y fines de la potestad administrativa sancionadora**

Que la potestad sancionadora de la Administración –todos lo sabemos- aunque distinta a la penal, proviene o forma parte del genérico *ius puniendi* del Estado, que es único, pero está invadida o coloreada por el Derecho Penal, por la necesidad de garantizar en un mínimo los derechos fundamentales del encausado (Cfr. Alejandro Nieto García, <DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR>, II Edición ampliada, Tecnos, Madrid, 1994). Entre una y otra, media una relación de género a especie (Cfr. Sala Constitucional, sentencias #3929-95 de 15.24 horas de 18 de julio, considerando VII, y #5594-94 de 15.48 horas de 27 de septiembre de 1994, considerando II). Sobre la naturaleza y fines de la responsabilidad administrativa o disciplinaria, la Sala Constitucional en la precitada sentencia # 5594-94, expresó:

**“II. EL REGIMEN DISCIPLINARIO** . La responsabilidad administrativa o disciplinaria es la que nace de la transgresión de una obligación administrativa o de un deber impuesto a un funcionario o empleado, que se hace efectiva cuando el sujeto comete una falta de servicio o de comportamiento, transgrediendo las reglas de la función pública. La transgresión de los deberes administrativos tiene su sanción característica en la responsabilidad administrativa del funcionario, que se hace efectiva por el procedimiento dirigido a hacer cumplir la obligación debida, o por la sanción administrativa que se impone. Por ello, el concepto de sanción disciplinaria se refiere necesariamente al funcionario o empleado, o mejor dicho, a los derechos del funcionario. [...] Se puede concluir que en realidad, el fin de la responsabilidad disciplinaria es asegurar la observancia de las normas de subordinación y, en general, del exacto cumplimiento de todos los deberes de la función. Así, el derecho disciplinario presupone una relación de subordinación entre el órgano sometido a la disciplina y el órgano que la establece o aplica, más que para castigar, para corregir, e incluso educar al infractor de la norma, de ahí el carácter correctivo de las sanciones

disciplinarias. [...]”.

En el Poder Judicial, por ejemplo, el régimen disciplinario de sus servidores tiene por objeto *<asegurar la eficiencia, corrección y decoro de las funciones encomendadas al Poder Judicial y garantizar a los ciudadanos una correcta administración de justicia.>* (artículo 174 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En lo fundamental este es *<un medio de tutela del ciudadano contra las degeneraciones de la administración de la justicia en el plano de la corrección y de la eficiencia>* (Trocker, *<La responsabilidad del giudice>*, citado por Perfecto Andrés Ibañez, en su obra *<EL PODER JUDICIAL>*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1986, página 145).

#### **Cuarto: Nacimiento y extinción de la responsabilidad disciplinaria**

Que la potestad disciplinaria siempre ha estado vinculada y se ha justificado en términos sustanciales en función del principio de jerarquía; la disciplina que el superior tiene la obligación de mantener sobre sus subordinados ha contado siempre con este instrumento (Cfr. Ramón PARADA, *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, páginas 215 a 235). De este modo, la responsabilidad disciplinaria sólo puede exigirse a quienes *sean* funcionarios, mientras se encuentren activos. Comentando el sistema español, el profesor Manuel SANCHEZ MORON señala que: *no es posible exigir responsabilidad disciplinaria por actos posteriores a la pérdida de la condición de funcionario (art. 11.1). Más aún, es imposible exigir responsabilidad a quien ha dejado de ser funcionario (salvo, en ciertos supuestos, si vuelve a serlo), pues las consecuencias del régimen disciplinario (la más grave es la separación del servicio, precisamente) son de orden puramente interno. Pero esta circunstancia no le libera de la responsabilidad civil o penal contraída por faltas cometidas antes de perder aquella condición (art. 11 RRD). Si durante la sustanciación del procedimiento sancionador el inculpado pierde su condición de funcionario, se ha de declarar extinguido el procedimiento ordenándose el archivo de las actuaciones, salvo que <<por parte interesada>> (no sólo por el inculpado, pues) se inste la continuación del expediente (art. 19.2 RRD).>* (DERECHO DE LA FUNCION PUBLICA, Editorial Tecnos, II Edición, Madrid, 2000, páginas 282 y 283. Las bastardillas no son del original).

En nuestro medio, la Sala Constitucional en sentencia # 1265-95 de 15.36 horas de 7 de marzo de 1995, considerando III, *in fine*, citada en la #2005-02995 de 14.41 horas de 16 de marzo, considerando V, resolvió [además de lo establecido en la sentencia # 5594-94 supra citada]: “... En cambio, *el poder disciplinario* del sector público es creado en virtud de un acto bilateral, pero en su desenvolvimiento, la actividad del funcionario público queda exclusivamente sujeta a la voluntad de la Administración Pública, desde la creación hasta la extinción de la relación, de manera que el servidor se encuentra en un status de especial dependencia con respecto al Estado. El individuo voluntariamente acepta la designación, pero se sitúa en una esfera de sujeción con respecto a la Administración, reglada por el Derecho Objetivo, donde es incuestionable la situación de desigualdad jurídica de las partes en la relación de empleo público; la Administración Pública asume, en consecuencia, una superioridad o preeminencia que se traduce en el poder jerárquico, cuyo correlativo es el poder disciplinario. *Este poder, por su propia finalidad se detiene en el círculo de los deberes funcionales del agente, y por lo tanto, las sanciones disciplinarias no pueden, jurídicamente, serle impuestas sino durante la existencia de la relación de empleo, es decir, mientras perdure el status de dependencia.* De manera que, *el poder disciplinario y sus sanciones están condicionados siempre al ejercicio jurídico del empleo público o de la función, por lo que, sin la existencia del vinculum iuris entre la Administración y el agente, las sanciones disciplinarias son inaplicables.*” (Las bastardillas y subrayado no son del original).

Y en la precitada sentencia #2005-2995, se expresó:

“Al tenor de lo anterior, *la aplicación del régimen disciplinario se limita a las actividades del*



*individuo en su carácter de agente o funcionario público, para compeler y asegurar, preventiva y represivamente, el cumplimiento de los deberes jurídicos del empleo, de la función o del cargo. ...”* (Considerando V *in fine*).

Queda claro que cualquiera que sea el régimen disciplinario de que se trate, el ejercicio de dicha potestad presupone la condición de empleado, funcionario, servidor o trabajador; de modo que la disciplina y su orientación correctiva *se aplica a quienes son funcionarios o servidores activos*; pues el objeto inmediato y directo de su ejercicio es la corrección en la prestación del servicio. Es una garantía de control objetivo de cumplimiento de las competencias asignadas, aplicable sólo a los detentadores transitorios o temporales de esas funciones, para garantizar a los ciudadanos el buen funcionamiento de la organización, la correcta prestación de los servicios o actividades confiados a la Administración. El servidor público en general tiene por la naturaleza de su cargo, una serie de deberes y obligaciones cuya trascendencia alcanza normas, valores y principios constitucionales. La probidad, imparcialidad, objetividad, dignidad, fidelidad, discreción, moralidad, ética, etc., son notas que debe observar durante el ejercicio del cargo y cuyo incumplimiento el régimen disciplinario pretende salvaguardar (Cfr. Sala Constitucional, sentencia #2005-2995 de 14.41 horas de 16 de marzo de 2005, considerando IV). De suerte que cuando se infringen, por acción o por omisión, es preciso ejercer dicha potestad con el objeto de restablecer el orden quebrantado. Conforme a lo anterior, en Costa Rica, en el instante que el servidor encausado deja de serlo –por ejemplo, durante la instrucción del procedimiento, renuncia al cargo- el procedimiento disciplinario iniciado en su contra, para exigirle responsabilidad por faltas cometidas durante el ejercicio del cargo, se extingue como natural consecuencia de la extinción de la responsabilidad disciplinaria; esta cesa cuando se deja de ser funcionario por la razón que sea [jubilación, renuncia], pues no se puede corregir disciplinariamente a quien ya no es empleado o funcionario público. Más claro, preciso y terminante aún: *la potestad disciplinaria no se puede ejercer contra un ex-empleado* (Sala Constitucional, sentencia #2005-08738 de 15.14 horas de 5 de julio de 2005, considerando III, reiterada en la #2009-015375 de 16.46 horas de 29 de septiembre de 2009).

**Quinto:** Que en Derecho administrativo, la competencia está limitada por razón del territorio, del tiempo, de la *materia* y del grado, lo mismo que por la naturaleza de la función que corresponda a un órgano dentro del procedimiento administrativo en que participa [consultivo, auxiliar] (artículo 60 de la Ley General de Administración Pública -LGAP). Y el 65.1 *ibidem* dispone: <Todo órgano será competente para realizar las *tareas regladas* o *materiales internas* necesarias para la eficiente expedición de sus asuntos> (las bastardillas no están en el original). Las consecuencias del régimen disciplinario son puramente internas. Si la persona encausada deja de laborar para la Administración antes de resolverse la causa, a partir de ese instante cesa y se extingue la competencia y, por conexión, deben archivarse las actuaciones emprendidas. El efecto útil del ejercicio de la potestad disciplinaria se pierde, carece de trascendencia; la tutela ciudadana que el régimen pretende garantizar, se encuentra a salvo con la separación voluntaria (caso de renuncia) del servidor. Así lo entendió, por ejemplo, la Administración superior del Poder Judicial, al ordenar archivar las causas disciplinarias presentadas contra el exfiscal General de la República, por haber dejado el cargo, aduciendo básicamente razones de [*in*] competencia y nulidad absoluta de lo resuelto por esa carencia (Cfr. Corte Plena, sesiones #21-2010, celebrada el 9 de agosto, artículo II; #22-2010, celebrada el 16 de agosto, artículo I, #23-2010, celebrada el 30 de agosto, artículo III, y #24-2010, celebrada el 6 de septiembre, artículo IX).

**Sexto:** Que ciertamente en la sentencia de Sala Constitucional #622-93, se expresó:

“[...] Finalmente, corresponde expresar que en asuntos como éste, no es aceptable la tesis de la "falta de interés" para el archivo de los procedimientos disciplinarios, precisamente porque puede darse el caso de que el interesado, que ya se desempeñó interinamente, solicite en el futuro un



puesto dentro de la organización judicial, y la única forma válida en que podrían consignarse hechos como esos en su expediente, que se produjeron dentro del período de su nombramiento, es mediante la observancia de las garantías constitucionales que se señalaron. [...]”.

Dicho precedente ha sido reiterado en otros posteriores, tales como: #2958-08 [sic] de 10.27 horas de 23 de abril de 1999; #2002-05424 de 11.10 horas de 31 de mayo, considerando II *in fine*; #2005-04555 de 16.08 horas de 26 de abril; #2006-07882 de 15.35 horas de 31 de mayo; #2008-7198 de 14.08 horas de 25 de abril, considerando III; #2009-15374 de 16.46 horas de 29 de septiembre. Tratándose de procedimientos iniciados contra ex-servidores, se indica que su apertura no quebranta derecho fundamental alguno (#2009-15375); respecto de funcionarios que cesan su relación estando en curso la investigación disciplinaria, se afirma que su continuación y terminación por acto final tiene por objeto que conste en su archivo personal por si solicita ser nuevamente nombrado o recontratado por la Administración (#2958-1999, #2002-5424 y #2006-07882; ésta última en franca contradicción con lo resuelto en las sentencias #2005-8738, #2005-2995, #1995-1265 y #1995-1264). Sin embargo, en sentencia # 2010-15257 de 9.04 horas de 17 de septiembre de 2010, la Sala Constitucional hizo una precisión en esta materia. Los antecedentes del caso (recurso de amparo) consisten en una persona que laboraba para una corporación municipal; esta le abre procedimiento administrativo disciplinario; estando en curso, la trabajadora presenta su renuncia al cargo, no siendo aceptada por estar en trámite el procedimiento disciplinario, debiendo reservarse –se le dijo- hasta que dicho procedimiento finalice. La Sala dispuso la nulidad del acto que negó aceptar la renuncia, así como los actos posteriores, entre estos, el acto que dispuso el despido, por violación al derecho [y libertad] al trabajo, puntualizando: “... Se advierte a la Municipalidad recurrida que, ante la extinción de la relación de empleo por renuncia, solo podría continuar el procedimiento administrativo hasta su culminación y dictar la resolución que corresponda, para efectos de establecer una eventual responsabilidad civil de la ex servidora, derivada del vínculo que unió a las partes. ...” (Considerando IV, *in fine*). Esta conclusión concuerda con lo resuelto en la sentencia #2005-08738, en lo relativo a que del irrito ejercicio de la potestad disciplinaria pueden salir las bases para exigir otra modalidad de responsabilidad como la civil, o incluso penal.

**Sétimo:** Que el objeto de la jurisdicción constitucional es *garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales* y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica (artículo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Como consecuencia del reconocimiento expreso de este principio de supremacía constitucional, *lex superior*, se deriva otro según el cual *la jurisprudencia y los precedentes* de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes* [*fuerza de ley*], salvo para sí misma (artículo 13 *ibidem*), lo que equivale a admitir la fuerza normativa de la Constitucional y su carácter expansivo vinculante directo para todos los jueces y tribunales [y para la Administración lo mismo que los ciudadanos, desde luego] (Cfr. Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1994, páginas 35 a 61; Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, traducción de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 2010; Sentencia de 1803 de la Corte Suprema Norteamericana, caso *Marbury vs. Madison*; Germán J. BIDART CAMPOS, *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2004). Entendemos por *precedente* la decisión en un caso por parte de un tribunal que se considera que provee de ejemplaridad para un caso idéntico o similar que apareciera posteriormente (Cfr. Juan Vicente SOLA, *Derecho Constitucional*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2006, páginas 110 y 111; sobre el mismo tema: Michele TARUFFO, *Páginas sobre Justicia Civil*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid,

2009, páginas 541 a 579). Incluso autores como MacCormick admiten que esa decisión puede ser tanto expresa como implícita (Citado por SOLA, página 111).<sup>13</sup>

### ***Potestades de Imperio de los Órganos de la Administración Pública***

**CARÁCTER IMPRESCRIPTIBLE DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.** El ordinal 164 del Código Notarial se encuentra emplazado, desde un punto de vista sistemático, en el Capítulo III, intitulado “Prescripción de la acción disciplinaria” del Título VII llamado “Del Régimen Disciplinario de los Notarios”. A partir de esa constatación es fácil concluir que la norma impugnada está referida a la potestad disciplinaria o sancionadora, la cual es por antonomasia de naturaleza administrativa. Las potestades administrativas, por esencia, son imprescriptibles, irrenunciables e intransferibles (artículo 66, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), consecuentemente, la regla general es su carácter inextinguible. Al respecto, es preciso recordar que las competencias o potestades de imperio, esto es, en cuanto repercuten negativamente –mediante actos administrativos de gravamen o desfavorables- en la esfera del administrado o de un funcionario público sometido a una relación de sujeción especial, son reserva de ley (artículo 59, párrafo primero, de la Ley General de la Administración Pública), de modo que su extinción por el transcurso del tiempo, ya sea por caducidad o prescripción, debe ser, también, un asunto reservado a la ley (artículo 63, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública). Precisamente por lo anterior, el legislador ordinario, en muchas ocasiones, somete el ejercicio de la potestad disciplinaria o sancionadora a plazos de caducidad o prescripción por razón de seguridad jurídica, tal y como acontece con el párrafo primero del numeral 164 del Código Notarial. Bajo esta inteligencia, la extinción de las potestades y competencias públicas o administrativas no puede ser analizada bajo la óptica de los derechos en el ámbito del Derecho Privado o de las penas en el campo del Derecho Penal, so pena de incurrir en serias inconsistencias jurídicas.<sup>14</sup>

### ***Órgano Director de un Proceso Administrativo***

"IX. Para determinar la competencia de un órgano de la Administración debe acudirse, en primer término, a la ley, y en ausencia de ella, al reglamento, a lo que se haya acordado sobre delegación para un tipo de acto o para un acto determinado, y por último a los lineamientos impuestos por el jerarca a la luz de la estructura organizativa de la entidad. El órgano de mayor jerarquía se identifica, por disposición expresa o implícita de la ley, atendiendo a la naturaleza de sus funciones, entre ellas, la potestad de delimitar las tareas de los demás órganos que le están subordinados según la materia que a cada cual corresponde y justifica o define su propia existencia. El jerarca supremo suele actuar como decisor y, por lo general, agota la vía administrativa. En el caso de la Caja Costarricense del Seguro Social, el artículo 14 de su Ley Constitutiva le confiere esa condición a la Junta Directiva, asignándole las tareas de dirigir la institución y fiscalizar sus operaciones, así como nombrar a los Gerentes de División quienes “tendrán a su cargo la administración en sus respectivos campos de competencia, la cual será determinada por la Junta Directiva” (artículo 15). Estas gerencias, con la reforma introducida al artículo 55 ibídem, por Ley N° 6914 de 28 de noviembre de 1983, resuelven, también, con apelación ante la Junta Directiva, las controversias surgidas con motivo de la aplicación de esa ley y sus reglamentos. Es importante referir, y en lo que al tema interesa, que por Decretos Ejecutivos Nos. 8979-P de 28 de agosto y 9469-P de 18 de diciembre, ambos meses de 1978, la Ley Constitutiva de la Caja y la materia de contratación administrativa, están exceptuados de la aplicación de los procedimientos administrativos previstos en la Ley General de Administración Pública lo que, desde luego, no limita la vigencia y obligado respeto a sus principios generales garantes del debido proceso y su correlativo derecho de defensa, así como su aplicación supletoria en aquellos casos en que, por laguna o insuficiencia,



sea necesario integrar el derecho, lo que resulta relevante, al no existir norma expresa en la Ley de la Caja, en la de la Administración Financiera de la República (aplicable al caso por la fecha en que sucedieron los hechos) y en el Reglamento de Aproveccionamiento (al que remite en materia de contratación la ley de última cita), sobre el procedimiento que debe seguirse para resolver contratos en ejecución. Es así como resulta incuestionable, a tenor de la citada Ley General, la obligación de la Institución, en materia de contratación, de averiguar la verdad real de los hechos mediante el correspondiente procedimiento administrativo dentro del cual, todo acto debe ser dictado por el órgano competente o por aquél a quien se le haya delegado “en las condiciones y límites indicados por esa ley” (artículos 59, 70, 89 y 129). Este procedimiento administrativo es, en algunos casos, un precedente obligado para la validez del acto que en definitiva se adopte, pero no siempre deben concurrir en un mismo sujeto la instrucción y la decisión. Sin embargo, cuando el acto final deba ser adoptado por una Junta Directiva, el procedimiento sólo puede ser delegado en su Secretario, por así disponerlo el artículo 90 inciso e) *ibídem*. Cabe entonces preguntarse qué ocurre, cuando, cómo en la especie sucedió, la instrucción no sólo no recayó en el Secretario, sino en un funcionario no designado por la Junta Directiva ni por una instancia a quien ésta delegara hacer ese nombramiento? Desde un punto de vista sustancial, la doctrina *ius administrativista* es conteste en afirmar que el sujeto es un elemento esencial del acto administrativo, lo que recoge a su vez el ordinal 129, privilegiando la tesis de que el sujeto es uno sólo, esto es, que el órgano instructor y el decisor deben ser uno sólo (artículos 90 y 314 *ibídem*), respondiendo a su vez a los principios de oralidad e inmediación de la prueba previstos en los numerales 309 y 314 *ibídem*. En el caso concreto esa tarea fue encomendada al Ingeniero Víctor Rodríguez Araya, nombrado para ese efecto por el Gerente Administrativo, sin que en autos conste, autorización o delegación alguna para hacerlo. Esta situación provoca sin duda una irregularidad en el nombramiento del órgano del procedimiento pues su designación fue hecha por un funcionario sin competencia para ello, lo que vicia el acto en uno de sus elementos esenciales. El artículo 182 *ibídem*, en lo conducente establece: “1. El Juez no podrá declarar de oficio la invalidez del acto, salvo que se trate de infracciones sustanciales relativas **al sujeto**, al procedimiento o la forma, casos en los cuales deberá hacerlo. 2. Para efectos de este artículo **el sujeto se entenderá como elemento comprensivo** de la existencia del ente y su capacidad, de la existencia del órgano y su competencia **de los requisitos necesarios para el ejercicio de ésta** y de la regular investidura del servidor público...” (Lo resaltado no es del original). Esta norma debe relacionarse a su vez, con lo dispuesto en el ordinal 129 en cuanto dispone: “El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia”. Determinado el vicio, que en sus agravios reprocha el casacionista, es preciso establecer si con ello se produce una nulidad absoluta o relativa. En tesis de principio, la nulidad por la nulidad misma no existe, para que ello ocurra, es menester que se hayan omitido formalidades sustanciales, entendiendo por tales, aquellas “cuya realización correcta hubiere impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o cuya omisión causare indefensión” (artículos 166 y 223 *ibídem*) situaciones que, en la especie, se echan de menos. El recurrente no procuró prueba en ese sentido y su derecho de defensa, en los aspectos a que el recurso se contrae, fue respetado como más adelante se expone. Por otra parte, la Junta Directiva, al adoptar el acto final, no hizo reparo alguno a lo actuado, subsanando cualquier irregularidad en el procedimiento, lo cual es legalmente posible en consideración a que no se trata de la inexistencia del elemento sujeto como para sustentar una nulidad absoluta (166 *ibídem*) sino de su imperfección, en atención únicamente al origen de su nombramiento (167 *ibídem*), siendo importante destacar aquí que se trató de un profesional ligado al objeto en discusión y con conocimiento sobre la materia. Finalmente y al amparo de la teoría finalista, es claro que los actos cuestionados cumplieron el fin esencial del actuar administrativo, sea la satisfacción del interés público (113 *ibídem*). En consecuencia, en criterio de la Sala, al haber sido dictado el acto final por

la Junta Directiva de la Caja, órgano competente para hacerlo (artículos 129 y 319 ibídem), no haberse causado indefensión, pues se respetó el debido proceso, se satisfizo el interés público no es procedente declarar la nulidad por la nulidad misma, por lo que el recurso, en cuanto a este agravio, debe rechazarse.

**X.** También invoca Edificadora una nulidad del procedimiento administrativo por violación al derecho de defensa. El propósito de esta instrucción, es conciliar el cumplimiento de los fines de la Administración y el respeto a los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, siendo su objeto más importante verificar la verdad real de los hechos que servirán de motivo al acto final, de ahí que las partes tengan garantizado su derecho de defensa, pudiendo para ese efecto, conocer el expediente y alegar todo cuanto estimen pertinente a sus intereses y aportar la prueba correspondiente (artículos 214 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública). El inicio del procedimiento administrativo se produce, no con la designación del órgano instructor, porque éste es un acto interno sin efectos en la esfera de los administrados, sino cuando el órgano designado así lo decreta, convocando a las partes a una comparecencia oral y privada enumerando brevemente y poniendo a disposición la documentación que obre en su poder, previniéndoles que aporten toda su prueba antes o durante la comparecencia. Allí la parte tiene, además, derecho a que ésta se admita, aclare, amplíe o a reformar su defensa, proponer alternativas probatorias y formular conclusiones acerca de ellas y de los resultados de la diligencia. Concluida esa fase, queda el asunto listo para el dictado del acto final (artículos 308 y siguientes de la ley en mención). Antes de esa convocatoria, la Administración tiene la potestad de realizar una investigación previa para determinar, entre otros, si es pertinente la apertura del procedimiento, y justificar su motivación, etapas en las cuales, no está obligada a darle participación al administrado, sin perjuicio desde luego de poner a su disposición la prueba recabada en la forma en que se ha expuesto (Sala Constitucional, voto N° 598, de las 17 horas 12 minutos del 1° de febrero de 1995). En este sentido, no hay quebranto al derecho de defensa por no haber sido comunicados a la contratista los actos de nombramiento del órgano director y su consecuente integración y del que dispone constituir prueba mediante acta notarial en la construcción de Puerto Viejo, por cuanto al no afectar derechos o intereses de la parte, la notificación que se echa de menos no es pertinente, según se obtiene del artículo 239 ibídem. Las restantes censuras, incorporadas en este agravio, relativas a la falta de pronunciamiento de la Junta Directiva de los recursos de nulidad y queja interpuestos, el rechazo de una apelación aduciendo que no se identificó el proceso y por estimar, no fueron tomadas en cuenta las pruebas de descargo, resultan informales al no ajustarse a la técnica de casación, en los términos que de seguido se exponen."<sup>15</sup>

### ***Poder de Dirección de los Órganos de la Administración Pública***

“**V.** En primer término, resulta importante definir si en la especie el acto impugnado, sea el R-SINAC-DG-010 emitido por el Director General del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, independientemente de su denominación, es una directriz. El poder de dirección es la facultad de orientar y guiar la acción de otro órgano, pero no sus actos, imponiéndole metas y los tipos de medios que ha de utilizar para realizarlas y así lograr la satisfacción de los intereses públicos. Cabe señalar, que este poder se ejerce a través de diversos instrumentos, como por ejemplo, la directriz, que consiste en un acto general, destinado a regular ciertas relaciones entre la misma Administración, cuyo contenido es un conjunto de orientaciones o definiciones de política, para el cumplimiento de fines públicos. Es este el lineamiento que sigue la Ley General de la Administración Pública en sus preceptos 99 y 100. Las directrices no integran el ordenamiento jurídico, puesto que no son normas, ni forman parte la jerarquía de las fuentes del Ordenamiento Jurídico Administrativo (artículo 6 de la Ley de referencia), por lo que su infracción no produce la nulidad del acto concreto, sino la sanción disciplinaria del funcionario que falta a ellas, a tenor del



numeral 100 ibídem, que a la letra expresa: “1. Cuando un órgano tenga potestad de dirección sobre otro podrá impartirle directrices, vigilar su cumplimiento y sancionar con la remoción al titular que falta a las mismas en forma reiterada y grave, sin justificar la inobservancia. 2. El órgano director no tendrá como tal potestad jerárquica sobre el dirigido, y éste tendrá en todo caso discrecionalidad para aplicar las directrices de acuerdo con las circunstancias. 3. El órgano director tendrá también potestad para coordinar al dirigido con otros, siempre dentro de los límites antes indicados.” Según el concepto transcrito, a pesar de que en el acto cuestionado expresa que su intención es dictar directrices, su contenido no corresponde a tales. Resulta más bien, una especie de manual o un instructivo que regula y detalla paso a paso, los órganos que deben intervenir y los trámites puntuales para la entrega y empleo de guías y placas plásticas en el transporte de madera, dentro de lo que se incluye, por ejemplo, el diseño de las boletas de autorización y quién debe firmarlas, así como las condiciones que han de cumplir necesariamente los informes que emitan los regentes forestales o los certificados de origen. Incluso, el acto contiene requerimientos hacia los regentes forestales que contravienen lo previsto en el Reglamento a la Ley Forestal, tal es el caso del apartado 1.2.1.11, el cual establece: “Las modificaciones al plan de manejo a las que se refiere el artículo 23 inciso 4 del Reglamento a la Ley Forestal... solo podrán ejecutarse en el campo una vez que se haya aprobado por la AFE (previa inspección del campo) mediante resolución administrativa que modifique la resolución original...”. Es claro que, lo pretendido fue introducir también condiciones que no están enmarcadas en el Reglamento. Eso está fuera del alcance de la potestad de dirección. Se concluye entonces que lo impugnado no es un conjunto de directrices, sino un acto general, cuyo contenido va más allá de las relaciones internas entre órganos de la Administración, para tener incidencia en los administrados.

**VI.** Aclarada la naturaleza del acto cuestionado, la Sala opta por conocer en primer término, el **cuarto agravio** formulado por el casacionista, al versar sobre uno de sus elementos esenciales, cual es la competencia del órgano que lo emitió. Considera el recurrente, que el Decreto 24652-MIRENEM fue derogado implícitamente por los cánones 22 al 26 de la Ley de Biodiversidad. Sobre este particular resulta trascendental hacer un análisis de las normas que están vinculadas. El artículo 5 de la Ley Forestal de 1996 estipula que la Administración Forestal del Estado, estará a cargo del Ministerio del Ambiente y Energía; la estructura de su manejo prevé, se rija por lo estipulado en el Reglamento a esa ley. En este, en el numeral 3 se crea el Sistema Nacional de Áreas de Conservación y el cargo de Director General. Se indican, además, las atribuciones de este funcionario, remitiendo a lo estipulado en el Decreto de cita. En 1998, se promulgó la Ley de Biodiversidad, la que de nuevo trae a colación al Sistema como ente rector en materia de Administración Forestal del Estado. En el ordinal 23 ibídem se crea como parte del SINAC el Consejo Nacional de Áreas de Conservación, que según indica el precepto 24 siguiente, está conformado entre otros por un Director Ejecutivo, quien funge como su secretario. Entonces, corresponde de previo hacer un estudio de cada una de las figuras con el fin de determinar si incumben al mismo cargo o por el contrario, si son distintos. El Director General al cual hace referencia el Reglamento a la Ley Forestal, remite en su canon 3 al puesto de Director Superior de Recursos Naturales descrito en el Decreto; lo que evidencia que se refieren a un mismo cargo o puesto. La duda surge respecto de las funciones otorgadas por la Ley de Biodiversidad al Director Ejecutivo (artículo 26); allí se instituye que será el responsable de ejecutar la directrices y decisiones del Consejo Nacional de Áreas de Conservación, así como supervisar y dar seguimiento a los reglamentos, políticas y directrices emanadas en la materia. El numeral 25 de la Ley de Biodiversidad, enumera las funciones que va a tener ese Consejo, entre otras señala: supervisar y fiscalizar la correcta gestión técnica y administrativa de las Áreas de Conservación; coordinar la elaboración y actualización de la estrategia nacional para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad; definir las estrategias y políticas relacionadas con la consolidación y el desarrollo de las áreas protegidas estatales, así como supervisar su manejo; dictar los lineamientos y directrices

para hacer coherentes las estructuras, mecanismos administrativos y reglamentos de las Áreas de Conservación; otras funciones necesarias para cumplir con los objetivos de la ley. Por otro lado el Decreto le daba competencia al Director para ejercer la coordinación superior técnica sobre las Áreas de Conservación, así como emitir directrices para la elaboración de los planes operativos regionales, velar por su aplicación y ejecución. Entonces, basta hacer una lectura de las potestades dadas al Consejo para reconocer que lo que se había recargado en el Director General, hoy día le compete al Consejo Nacional, de tal forma que la Ley de Biodiversidad lo que hizo fue eliminar ciertas potestades de aquel, sometiéndolo a un órgano superior y trabajando en función de este en cuanto a los acuerdos que allí se tomen. Tanto así, que la ley le otorga al Consejo la potestad de emitir directrices y al Director la obligación de velar porque estas se cumplan. Bien se puede afirmar que la Ley de Biodiversidad deja sin efecto la figura del Director General y crea la del Director Ejecutivo. Esta normativa es muy específica en determinar las funciones que le atribuye a cada órgano que conforma el Sistema Nacional de Áreas de Conservación. No cabe ninguna duda que la coordinación y el planteamiento de políticas en el tema, está dado al Consejo, quien es el encargado de emitir la directriz sobre la entrega y empleo de guías y placas plásticas para el transporte de maderas. Según lo expuesto, lleva razón el recurrente en su alegato, y lo impugnado es nulo por ser disconforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, ya que no fue dictado por el órgano competente y el servidor designado al momento de emanarlo (artículos 128 y 129 de la Ley General de la Administración Pública). En este sentido, una vez más se acude al canon 166 de la misma ley, que impone la nulidad absoluta, por ser un vicio insubsanable. Acorde a lo razonado, este agravio deberá acogerse, lo cual torna innecesario conocer de las otras alegaciones formuladas.”<sup>16</sup>

### **Responsabilidad Civil Objetiva de los Órganos de la Administración Pública**

“V. En virtud del contenido de la censura esgrimida, resulta esencial referirse al tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre el que esta Sala se ha pronunciado, entre muchos otros, en resolución de las 13 horas del 9 de junio de 2010 que responde al voto n.º 000687-F-S1-2010, en el que, en lo que al caso interesa señalo: “XI.-

*(...) el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración se incardina dentro del espectro más general del principio ya comentado de la responsabilidad estatal, es decir, el primero constituye una manifestación del segundo. A partir de lo anterior, la LGAP desarrolla los distintos elementos que, en caso de presentarse, facultan al particular a exigir una reparación, y establece los parámetros jurídicos bajo los cuales surge este derecho como consecuencia de un actuar administrativo. En primer término, es preciso que se haya producido una lesión a la esfera jurídica del administrado. En este sentido, el daño abarca, no sólo afectaciones materiales, sino también de índole subjetiva, como lo es el caso de aquellas que recaigan sobre derechos extrapatrimoniales. En todo caso, independientemente de su naturaleza, el menoscabo sufrido debe ser efectivo, evaluable e individualizable, según lo preceptúa el numeral 196 ibídem. En segundo lugar, es imprescindible el establecimiento de un nexo causal entre este y la conducta administrativa activa o pasiva, esto es, el daño debe haber sido irrogado por la Administración. Sobre este aspecto, si bien existen diversas teorías mediante las cuales se pretende explicar este ligamen, la que se ha considerado como la más apropiada es la de causalidad adecuada. Según esta, “existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 2008, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006).” (voto 300-F-S1-2009 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009). No obstante, la legislación prevé una serie de eximentes de responsabilidad, las cuales, de concurrir,*



implican que en el caso se da una ruptura de dicho vínculo causal. Así, el numeral 190 ejúsdem las regula expresamente, enumerando la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima. (...)Es importante destacar lo referente al caso fortuito, el cual, entendido como un evento interno (relacionado con la organización), previsible de manera abstracta pero imprevisible en el acto concreto en que se materializa, y por ende inevitable, no constituye una eximente que elimine, jurídicamente, el nexo de causalidad. Como lo ha indicado esta Sala, “se reconoce, de esta manera, que la propia organización del aparato estatal (evento interno a efectos de lo expuesto) constituye un medio que puede ser utilizado para la producción de un hecho dañoso, por lo que la forma en que se encuentra estructurada la función o el servicio público es un factor a considerar dentro de las causas que pueden concurrir para la producción de un daño irrogado a un particular.” (voto 769-F-S1-2008 de las 9 horas 40 minutos del 13 de noviembre del 2008). El anterior razonamiento es igualmente aplicable a la prestación de servicios. De lo expuesto, resta referirse a los criterios de imputación establecidos en el artículo 190 de la LGAP, a saber, los de conducta lícita e ilícita, así como funcionamiento normal o anormal. Resulta claro a partir de lo anterior, que abarca tanto aquellos daños generados por conductas afectadas por alguna patología (a lo cual hacen referencia los conceptos de ilicitud y anormalidad), como aquellas que resulten sustancialmente conformes con el ordenamiento jurídico (cuando el actuar es lícito o normal), con las limitaciones que para este último supuesto se indicaran. De igual forma, conviene precisar que tanto la noción de licitud, como su antítesis, se encuentran ligadas a aquellas conductas o manifestaciones de actividad (e inactividad) formal desplegada por los entes públicos (...). En estos casos, a efectos de la responsabilidad, lo determinante es valorar si la conducta a la cual se le imputa el daño, resulta conforme o no con las estipulaciones normativas aplicables al caso concreto. Por su parte, la normalidad o anormalidad del funcionamiento se encuentra básicamente vinculada, a las actuaciones materiales. En estos casos, lo que interesa es determinar si dichos comportamientos se desarrollaron dentro de los parámetros que imponen las reglas de la ciencia, la técnica y la lógica, cuyo cumplimiento puede ser revisado por el juez “como si ejerciera contralor de legalidad” (artículo 16 de la LGAP). (...) Por ello, según lo ha indicado esta Sala, la anormalidad “atiende a conductas administrativas, que en sí mismas, se apartan de la buena administración (conforme al concepto utilizado por la propia Ley General en el artículo 102 inciso d., que entre otras cosas incluye la eficacia y la eficiencia) o de la organización, de las reglas técnicas o de la pericia y el prudente quehacer en el despliegue de sus actuaciones, con efecto lesivo para la persona. Esto permite señalar que la anormalidad puede manifestarse a través de un mal funcionamiento; un funcionamiento tardío, o una ausencia total de funcionamiento.” (voto 584-F-2005 de las 10 horas 40 minutos del 11 de agosto de 2005). Dentro de este esquema general sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, cabe indicar que, de conformidad con el numeral 194 de la LGAP, cuando esta se derive de una conducta lícita o de un funcionamiento normal, debe darse la concurrencia de uno de los siguientes requisitos adicionales, ya sea que se de una pequeña proporción de afectados, o que la lesión sufrida sea de una intensidad excepcional. En ambos casos, la indemnización “deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante”. Ahora bien, un supuesto específico y excepcional en que se pueden dar estas situaciones es cuando existe una anormalidad en el resultado, a pesar de que el comportamiento desplegado haya sido el correcto, y se hayan seguido todas las exigencias propias de la ciencia o la técnica, siempre y cuando se logre acreditar la existencia de un nexo causal. Finalmente, un presupuesto esencial para el surgimiento del deber de reparar es la existencia de una antijuricidad antecedente o de base, la cual se identifica con el hecho de que el sujeto afectado no se encuentre en la obligación jurídica de soportar el daño.”

**V. [...]** Como ya se expuso, la determinación del vínculo causal en cada caso concreto implica una valoración realizada por el órgano jurisdiccional a partir de las pruebas constantes en autos, que permitan concluir que el daño es consecuencia de una determinada conducta. Desde el plano



jurídico, y según quedó indicado en el considerando anterior, la causalidad dice de un concepto que va más allá de una relación directa causa-efecto, en donde lo que interesa es determinar, con cierto grado de certeza, y según el cuadro fáctico que se logró acreditar, que la lesión fue irrogada por el actuar administrativo. Resulta pertinente distinguir el concepto de causalidad desde el punto de vista jurídico al utilizado en las ciencias médicas. Respecto de la primera ya se hizo referencia en el considerando anterior, y para lo que interesa, se rescata que es una valoración de probabilidad realizada por el juez de acuerdo a la totalidad del acervo probatorio, por lo que en su determinación, confluyen los distintos medios de prueba. En el segundo, y de acuerdo a la prueba técnica recabada, queda claro que se regula por las normas del método científico, en donde se requieren, para efectos de validez, comprobaciones empíricas, documentadas estadísticamente, conclusiones exactas, observaciones y anotaciones durante un período prolongado, etc. Ambas nociones son complementarias, de forma tal que los datos técnicos informan la determinación del nexo causal en el plano jurídico. Empero, en aquellos casos de incerteza, en donde se afirme que no se ha logrado demostrar ni descartar una causalidad desde el punto de vista científico, nada impide que así se declare en sede jurisdiccional, siempre y cuando tal conclusión encuentre respaldo en el cuadro fáctico del caso concreto, que permitan inferir el resultado o conclusión. En este sentido, debe señalarse que para efectos del régimen de responsabilidad, en el tanto se acredite que el actuar administrativo sin que medie aún culpabilidad tenga como consecuencia, aún indirecta, un daño, y se logre establecer el debido nexo de causalidad, existirá el deber de reparar, porque la norma constitucionalmente citada en el fallo recurrido prevé la reparación para el ofendido. Para el caso en estudio, conviene aclarar que del acervo probatorio, es dable reconducir el daño a la operación de transplante de cadera llevada a cabo por la demandada y por ende, al actuar de la Administración. En la especie, se logró comprobar que la segunda intervención quirúrgica a la cual fue sometida el señor Familier Berstein, en fecha 22 de octubre de 2001, se produjo a consecuencia del aflojamiento inusual de la prótesis de la cadera derecha, la cual se dio solo año y medio después de que fue implantada por la CCSS (ello el 2 de mayo del año 2000). Prótesis que, según indicó la perita Bolaños Loría, tiene una duración aproximada de 10 a 15 años una vez que es implantada en el cuerpo. Siendo así, existe una relación de causalidad entre el servicio médico que se prestó y el daño reclamado, que se enmarca dentro de lo establecido en los artículos 41 de la Constitución Política, 190 y 194 de la Ley General de la Administración Pública, al tratarse de una lesión derivada de un funcionamiento normal de la Administración, que reviste un carácter excepcional por su intensidad. De tal manera que no es correcto afirmar, como lo hace la casacionista, que por un error en la apreciación de la prueba, el Tribunal estableció la existencia del nexo de causalidad e impuso el pago de los daños a la CCSS. Para esta Sala, los juzgadores cimentan tal condenatoria en una valoración integral de los elementos probatorios aportados a los autos con base en el sistema de valoración de la sana crítica, de los cuales se desprende un funcionamiento normal por parte de la institución demandada en la atención brindada al paciente Familier Berstein, pese a la cual se produjo un daño que dicho señor no debía soportar, pues, así como manifiestan los juzgadores, la segunda intervención quirúrgica nunca debió darse. Por otra parte, tampoco existe prueba alguna en cuanto a una posible causa legal eximente de responsabilidad a favor de la demandada, en correcta aplicación del mandato 190 de la LGAP. Por lo expuesto, en la especie no se puede descartar la existencia de un nexo causal en virtud del cual deba responder la Administración Pública, como pretende el recurrente. En este sentido, y de conformidad con el análisis realizado en el presente considerando, se puede apreciar que el acervo demostrativo recibido y practicado permite confirmar la conclusión a la que arribó el Tribunal en cuanto consideró que sí existe nexo causal. De igual forma, esta Sala comparte que se trata de un supuesto de responsabilidad por funcionamiento normal, con una anormalidad en el resultado, por lo que procede rechazar las violaciones acusadas y en consecuencia desestimar el cargo.”<sup>17</sup>

## **Responsabilidad de los Órganos de la Administración Pública en Materia Laboral**

“III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: Valorados los agravios de la recurrente, la Sala concluye que el fallo impugnado merece ser confirmado. El punto esencial del presente litigio es determinar si los actores tienen o no derecho a que el demandado les pague los intereses sobre las sumas que dejaron de percibir en forma oportuna, por la omisión de haberles pagado correctamente el plus de prohibición, a partir del 1° de enero de 1994. En ese sentido, el acuerdo del Consejo Superior, adoptado en la sesión número 41, del 29 de mayo de 2001 (artículo LXXVI) no consistió en un acto constitutivo de derechos sino declarativo; por cuanto lo que se hizo fue corroborar que, por disposición legal, los accionantes tenían derecho a percibir un porcentaje mayor sobre el salario base por el rubro de prohibición desde el 1° de enero de 1994 y que, consecuentemente, sus salarios les habían sido pagados en forma incompleta desde esa data. Por consiguiente, se ordenó su pago correcto en forma retroactiva a esa fecha. La representante del Estado sostiene que no media norma jurídica alguna que autorice cancelar los réditos reclamados y el Código de Trabajo solo prevé el pago de los daños y perjuicios que establece el numeral 82, cuyos supuestos de hecho no coinciden con la situación que se analiza. Sin embargo, tal y como se ha resuelto acertadamente en las instancias precedentes, se desprende que la norma que se echa de menos sí existe, pues el artículo 15 del Código de Trabajo remite a las leyes de derecho común respecto de los casos que no se hayan previsto. Luego, tal y como lo advirtieron los integrantes del tribunal, el artículo 702 del Código Civil señala que “El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor,...”. En el caso, se desprende que el Estado incumplió su obligación de pagar en forma completa el salario de los demandantes y, por esa razón, resulta responsable por los daños y perjuicios ocasionados. Ahora bien, el numeral 706 ídem establece que “Si la obligación es de pagar una suma de dinero, los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo”. Por consiguiente, si lo adeudado por el Estado fue parte de la remuneración debida a los actores, está claro que los daños y perjuicios se traducen en el pago de intereses. La representante del ente demandado sostiene que por tratarse de relaciones de empleo público deben aplicarse los principios especiales correspondientes a ese tipo de relaciones; no obstante, la naturaleza pública de las relaciones de empleo que ha vinculado a los demandantes con el Poder Judicial no excluye la aplicación de la normativa citada, cuyo cumplimiento más bien se impone por el principio de legalidad que rige la materia (artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública). El artículo 194, inciso 2), de esta última ley, invocado por la recurrente, no es aplicable al caso concreto, pues no se está en presencia de una conducta lícita de la Administración, sino más bien de un funcionamiento ilegítimo o ilícito, dado que no procedió correctamente, pagando a los empleados su salario en forma completa en el momento oportuno, todo en cumplimiento de una ley, ya que la reforma introducida a la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya vigencia se fijó a partir del 1° de enero de 1994, establecía el derecho de los accionantes a percibir un porcentaje mayor por prohibición, tal y como varios años después lo declaró el Consejo Superior, con lo cual queda evidenciada la trasgresión de la citada normativa. Asimismo, cabe señalar que la decisión del Consejo Superior se adoptó con efectos retroactivos, pues mediaba claridad que el derecho de los actores había surgido desde el 1° de enero de 1994 y, por ende, desde esa data se constata el incumplimiento por parte del Poder Judicial y la consecuente obligación de pagar los perjuicios causados. Por último, debe indicarse que esta Sala tuvo la oportunidad de conocer un caso igual al presente, en el cual se concluyó en el mismo sentido al considerar lo siguiente:

“III. FONDO DEL ASUNTO: De acuerdo con los hechos que han sido tenido por acreditados en las



instancias precedentes, está claro que mediante acuerdo tomado en la sesión N° 41-01 de 29 de mayo del 2001, el Consejo Superior del Poder Judicial acordó el reconocimiento de las diferencias adeudadas por concepto de prohibición, a los actores y actoras -empleados del Poder Judicial quienes ocupan cargos de auditores de la Sección de Delitos Económicos y Financieros del Organismo de Investigación Judicial- al constatar que desde la entrada en vigencia de la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en enero de 1994, el porcentaje pagado por ese concepto, fue menor al que correspondía. Esa obligación la cumplió el Poder Judicial, cargándola a los respectivos presupuestos del año 2001 y del 2002; sin embargo expresamente les denegó el pago de intereses sobre esas diferencias; negativa que es precisamente el sustento de esta litis. Lo anterior debido a que, a pesar de que el Consejo Superior del Poder Judicial acordó el reintegro así como las consecuentes diferencias generadas en los rubros de salario escolar, vacaciones y aguinaldo, mediante acuerdo LXXII, tomado en la sesión N° 79-02 de 22 de octubre del 2002, les denegó expresamente la solicitud de inclusión de los intereses respectivos, bajo el criterio de que 'el reconocimiento del 65% por concepto de prohibición no genera para los petentes el derecho al pago de intereses. Se da por agotada la vía administrativa.' (ver folio 24). Los argumentos que expone el recurrente, contra el fallo del Tribunal que dejó sin efecto esa decisión administrativa y estimó la pretensión de los y las actoras, no son de recibo, por los motivos que de seguido se exponen. / IV.- SOBRE EL PAGO DE PROHIBICIÓN COMO UN PLUS SALARIAL.- Bajo los términos establecidos por el artículo 162 del Código de Trabajo, el reconocimiento por pago de 'prohibición' constituye una retribución salarial, ideada como un mecanismo para compensarle al trabajador/a, la imposibilidad que le dicta la ley, de ejercer privadamente la profesión, fuera del puesto desempeñado. Por ser una retribución derivada del contrato de trabajo y constituirse en una ventaja que el trabajador/a percibe con ocasión de su trabajo, es innegable la naturaleza salarial que tiene (ver en este sentido el voto N° 215, de las 9:00 horas del 15 de octubre de 1986) y como tal, vincula al patrono en los mismos términos en los que está concebida la principal obligación patronal de retribuir cumplidamente el salario. Ese plus, que se comenzó a conceder a una parte del sector público, por primera vez, mediante la Ley N° 5867 del 15 de setiembre de 1975, pronto se hizo extensivo a otras áreas del sector público y por Ley N° 6222 de 2 de mayo de 1978 se instituyó, entre otros, a favor de los funcionarios que, a nivel de licenciatura o de egresados laboraban para el Poder Judicial. Particularmente, para los auditores investigadores del Organismo de Investigación Judicial, ese beneficio lo estableció el artículo 7, Transitorio XIII, de la Ley N° 7333 de 5 de mayo de 1993, vigente a partir del 1° de enero de 1994. Como se dijo, de los autos resulta claro que el Consejo Superior del Poder Judicial reconoció el adeudo de diferencias a los y las accionantes, debido a que los porcentajes pagados en concepto de prohibición, no fueron los que les correspondía; es decir, la administración reconoció la existencia de un incumplimiento a un plus salarial que como tal, debió cancelarse íntegro, desde el mismo momento en que surgió el derecho y que como tal se incorporó a sus respectivos patrimonios. Sin embargo, esa obligación fue cumplida sólo de manera parcial hasta después de que el Consejo Superior acordó ese reconocimiento. El artículo 702 del Código Civil, normativa de índole general que regula el incumplimiento de las obligaciones y aplicable en la especie por así autorizarlo el numeral 15 del Código de la materia y el 14 del Código Civil, ante la ausencia de disposición similar en la legislación laboral, expresamente dispone: 'El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.'; daños y perjuicios que el numeral 706 ídem circunscribe, en el caso de obligaciones dinerarias, al pago de intereses. El argumento del recurrente en el sentido de que la actuación del demandado fue diligente, habida cuenta de lo voluminoso que es el sector, no es atendible. De manera reiterada se ha declarado la imposibilidad de admitir esa tesis, que en definitiva pretende cargar en el trabajador/a la burocracia administrativa, sujetándolo a la diligencia que el Estado quiera tener para cumplir con obligaciones fundamentales para con los

trabajadores/as (en este sentido ver el voto N° 328, de las 15:00 horas, del 20 de diciembre de 1993). También el criterio de razonabilidad expuesto por el recurrente carece de todo sustento, pues además del grave incumplimiento cometido por la administración, al calcular indebidamente el porcentaje correspondiente y cancelar de manera incompleta el salario de los y las actoras (artículo 169 del Código de Trabajo) no puede la representación del demandado alegar una diligencia en su actuar cuando a pesar de que el derecho lo otorgó la norma desde el año 1994, no fue sino hasta el año 2001 cuando la situación salarial de los actores y actoras, fue normalizada. De lo anterior resulta que, durante más de seis años se les mantuvo en la situación de no retribuirles correctamente, el fundamental derecho al salario, con lo que, a no dudarlo, su patrimonio y el de sus familias fueron gravemente afectados. Contrariamente a lo que se alega en el recurso, no es posible desconocer que el salario constituye el medio normal de ingresos por el cual las personas proveen a las necesidades básicas suyas y las de su familia. El salario es de ordinario, el principal instrumento por medio del cual las personas se procuran los bienes y servicios que incrementan su acervo patrimonial material, moral e incluso cultural. De modo que no es posible negar, el menoscabo patrimonial derivado para los funcionarios y funcionarias demandantes, del incumplimiento patronal propiciado por la entrega incompleta del salario debido, hecho que justifica, al amparo de las normas citadas, el reconocimiento de ese daño, traducido en los intereses que acertadamente acordó el fallo del Tribunal; el cual, por lo mismo, merece ser confirmado". (Voto número 593, de las 10:05 horas de 29 de agosto de 2007).<sup>18</sup>

### ***Responsabilidad Penal en los Órganos de la Administración Pública***

"En efecto, tal como lo informa el Fiscal General de la República, los hechos que ha denunciado la Municipalidad de Desamparados no son constitutivos de ilícitos penales. Obsérvese (ver folio 10, principalmente los puntos 2- y 4-) que la molestia del representante municipal de ese cantón josefino radica básicamente en que la construcción que desarrolla el Ministerio de Justicia y Gracia en los terrenos del Centro de Atención Institucional El Buen Pastor no cuenta con algunas de las autorizaciones exigidas por la ley. Específica (Hecho "Décimo Octavo" en el folio 9) que podría estarse ante un aprovechamiento no autorizado de aguas de dominio público, lo cual sería constitutivo de una infracción a la Ley de Aguas. Sobre el particular considera este Despacho que es correcto el criterio del Ministerio Público al estimar que la ausencia de permiso para aprovechar dichas aguas es una falta administrativa y no penal. El texto normativo recién aludido (Ley N° 276 del 27 de agosto de 1942) no contempla como delito el aprovechar aguas sin la debida autorización (véanse los artículos 162 y 163 de la ley de comentario). De allí que efectivamente cabe afirmar que el no cumplir con el requisito de obtener un permiso para utilizar las aguas de dominio público es un problema que debe resolverse de conformidad con el Derecho Administrativo y no con el Penal. Lo mismo sucede con la existencia o no de un aval por parte del Ministerio de Salud en lo que se refiere al tema del diseño y construcción de las plantas de tratamiento de aguas residuales. La Ley General de Salud (N° 5395 del 30 de octubre de 1973) contempla en sus artículos del 370 al 372 cuáles son las conductas tipificadas como delitos y no se observa que se reprima penalmente a quien construya las facilidades supra señaladas sin contar con la respectiva autorización tanto del diseño como para el inicio de las obras. De modo que el incumplimiento de este requisito debe ser conocido en sede administrativa y no penal. Esta Sala no entra a valorar si eventualmente alguno de los hechos denunciados sería constitutivo de una contravención, toda vez que decidir tal cosa compete a los Juzgados Contravencionales según los artículos 114 y 117 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y este Despacho no tiene ingerencia sobre dicha materia, ya que está expresamente excluida (artículo 401 del Código Procesal Penal) como tema que pueda ser conocido mediante el procedimiento especial que se prevé para el juzgamiento de los miembros de los Supremos Poderes, salvo que se haya acumulado la causa contravencional a una por delito (lo cual no

sucede en el presente caso). [...] Por último, en lo que atañe al problema de si debía requerirse permiso al ente cantonal mencionado para realizar los trabajos de construcción en el Centro de Atención Institucional El Buen Pastor, debe indicarse que nuevamente le asiste razón al Ministerio Público. Contrario a lo que señala el denunciante, el artículo 75 de la Ley de Construcciones es claro al establecer que los **edificios públicos** (los cuales son definidos como aquellos construidos por el Gobierno de la República) **no necesitan licencia municipal**. Si se parte de lo que el artículo 9 de la Constitución define como “Gobierno de la República”, se llega a la conclusión de que dicho término abarca a los cuatro Poderes del Estado: el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial y el Electoral (en cuanto a este último, adviértase que la Ley Fundamental dispone en el artículo de comentario que el Tribunal Supremo de Elecciones ostenta “el rango e independencia” de los Poderes del Estado y le confiere atribuciones exclusivas, por lo que técnicamente es correcto hablar de un Poder Electoral). Así, si el Ministerio de Justicia y Gracia es un componente del Poder Ejecutivo (artículos 21 y 23 de la Ley General de la Administración Pública), es entonces claro que las obras que construya son atribuibles al Gobierno de la República y en ese sentido no requieren –por disposición inequívoca de ley- de permiso por parte de Municipalidad alguna. Por ello, la ausencia de autorización municipal denunciada tampoco es constitutiva de delito. Algo diferente sucede con la segunda oración del artículo 75 de la Ley de Construcciones, donde se dice que, en principio, las edificaciones construidas por entes públicos **ajenos al Gobierno de la República** (como lo serían las instituciones autónomas o las empresas públicas) requieren de permiso municipal, **excepto** cuando la construcción haya sido autorizada y supervisada en su desarrollo por la Dirección General de Obras Públicas (que es una dependencia del Ministerio de Obras Públicas y Transportes). Relacionándose los hechos denunciados con una edificación del Ministerio de Justicia y Gracia, no cabe aplicarle lo dispuesto en la segunda parte del artículo 75 de la Ley de Construcciones, sino lo que se establece en la primera, por lo que **los trabajos en el establecimiento penitenciario El Buen Pastor no tenían por qué depender de un permiso por parte de la Municipalidad de Desamparados.**<sup>19</sup>

### **Responsabilidad Solidaria de los Órganos de la Administración Pública y los Servidores Públicos**

Ahora bien, la responsabilidad solidaria del Estado se desprende con mayor claridad del artículo 201 de dicho cuerpo normativo, en tanto prescribe que “*la Administración será solidariamente responsable con su servidor ante terceros por los daños que éste cause en las condiciones señaladas por ley*”. La previsión anterior supone que, en caso de sentencia judicial o bien otro medio, que le imponga el pago de una indemnización al servidor público, la Administración deberá responder también en forma solidaria –siempre que se encuentre dentro de los parámetros del numeral 199 referido -.

En este sentido, se entiende que la condenatoria al pago de una indemnización se impone a la Administración y al servidor público de forma conjunta, luego, no se establece de manera concreta el monto que le corresponde asumir a cada uno.

Siguiendo lo anterior, la Administración en principio puede responder por la totalidad del monto a indemnizar; sin embargo, a tenor de lo dispuesto en el Título Séptimo, capítulo segundo, sección segunda de la Ley General de la Administración Pública –artículos 203 y siguientes-, la Administración debe ejercer una **acción de recuperación**, de conformidad con la cual, debe, en la vía ejecutiva, recobrar plenariamente lo pagado por ella para reparar los daños causados a un tercero por dolo o culpa grave de su servidor, para lo cual debe tomar en cuenta su participación en la producción del daño en el supuesto de que la hubiere, o bien, si el grado de responsabilidad que le asiste es suficiente para disminuir el grado de responsabilidad atribuible al servidor.



Sobre lo expuesto, se encuentra vasta jurisprudencia administrativa, en la cual se desarrollan ampliamente los puntos aquí examinados. A modo de referencia, mediante dictamen C-127-1998 del 30 de junio de 1998 se señaló lo siguiente:

*"Retomando el planteamiento inicial, encontramos que los funcionarios pueden ser responsables en tres ámbitos. En eso hay unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia dictaminadora de la Procuraduría General de la República:*

*"Debe tenerse presente que los funcionarios públicos, en el desempeño de las atribuciones asignadas, pueden incurrir en tres tipos básicos de responsabilidad, a saber: PENAL (que se desprende de la ejecución de actos o hechos penalmente sancionables); CIVIL (que parte de la premisa de quien causa un daño a otro o a sus intereses debe repararlo junto con los perjuicios, razón por la que importa el resarcimiento de los daños y de los perjuicios provocados) y DISCIPLINARIA (aquella que se atribuye a un funcionario público que en su relación de servicio con la Administración Pública, infringe con su conducta, activa o pasiva, una o más normas de carácter administrativo, provocando con su accionar doloso o culposo, una lesión al buen ejercicio del cargo o deber público al que se encuentra obligado). Estos tres tipos básicos de responsabilidad se pueden exigir conjunta o separadamente, y se podrían derivar de un mismo acto o hecho atribuible al funcionario. (Procuraduría General de la República, dictamen C-048-94 del 17 de marzo de 1994)*

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

*"En el numeral 199 viene a definirse la responsabilidad del servidor ante terceros. Se advierte que éste es "responsable personalmente" ante terceros cuando haya actuado con "dolo" o "culpa grave" en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo. Sin embargo, la Administración Pública es solidariamente responsable, debiendo recobrar plenariamente lo pagado por ella para responder del hecho doloso o culposo grave. La recuperación administrativa deberá incluir los daños y perjuicios causados por la erogación respectiva (art. 203).*

*Consecuentemente, la falta personal, en los términos del artículo 199 de la LGAP, es generadora de responsabilidad personal cuando esté revestida de dolo o culpa grave." (Procuraduría General de la República, dictamen C - 050 - 92 del 16 de marzo de 1992)*

*Ya desde el seno legislativo, la responsabilidad del funcionario fue objeto de extensas discusiones:*

*"El funcionario va a responder ante la administración y va a responder al particular. Nosotros hemos querido coger toda esa evolución lo que consideramos que es sano. En principio sano consiste en que el funcionario sepa que no obstante que es funcionario debe tener el mismo deber de prudencia o diligencia y respeto a los derechos ajenos que el ciudadano común. No hay razón para que se castigue con responsabilidad a un ciudadano común que le causa un daño a otro, y no se castigue con igual responsabilidad a un empleado público que imprudentemente, negligentemente le causa un daño a un particular. Todavía es más punible nos parece éste último porque se supone que por su condición ha de tener no solo una conducta más ejemplar sino más controlada. El término tal (sic), es que el que viola gravemente sus deberes del cargo en realidad comete una negligencia punible. Sin embargo hemos optado por emplear dos términos que en Costa Rica se han empleado siempre en el Código Civil y en muchos ordenamientos nuestros. El*



dolo o culpa grave, que significa efectivamente una culpa que ya está muy definida por los tribunales. Dependiendo de cada caso, es aquella caso (sic) en dónde o intencionalmente o corriéndose (sic) un riesgo, o con obvia conciencia de que se están violando reglas elementales se causó un daño. En esos casos nosotros consideramos que es moral y además conveniente para el buen andamiento de la administración, desde el punto de vista y que crea y responsabilidad en un funcionario y que éste sea personalmente responsable ante el particular por el daño que le causa. Aparte de la responsabilidad disciplinaria que puede tener, éste señor le va a responder a la administración si la administración tiene que pagarle al particular. Es un freno para el descuido la negligencia grave de la administración, en el desempeño de sus funciones. Por eso hablamos de dolo o culpa grave. Lo que se podría llamar culpa leve o culpa profesional o culpa habitual, esos descuidos explicables en un funcionario esos no se sancionan. Pero lo que es un descuido grave, un olvido de reglas elementales de prudencia en el desempeño de su cargo, esos es sancionado por ofendido y frente a la administración..." (Acta N° 104 de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de 3 de abril de 1970, pág. 10). Sobre el particular que actualmente es el 210, el Lic. Eduardo Ortíz expresó:

"Esto se refiere al caso de que un empleado le causa daños a los bienes del Estado. No es que daño a un tercero, sino que sencillamente destruye un vehículo o le causa daño al equipo, sin que haya intervención de un tercero." (Op. Cit. pág. 12). "(Procuraduría General de la República, dictamen C - 106 - 92 del 9 de julio de 1992)

Por imperativo legal, la Administración debe ejercer la acción que, según la doctrina que informa a la Ley General, podemos llamar de recuperación (artículos 203 párrafo 2) y 210 párrafo 3)), a través de la cual se le cobrarían a los funcionarios responsables:

\*Las sumas pagadas a los terceros como reparación por los hechos dolosos o ejecutados con culpa grave de sus servidores, más los daños y perjuicios que se deriven de dicha erogación, o bien,

\*Los daños y perjuicios que el funcionario cause a la Administración aunque no haya daños a terceros.

A estos efectos, no existe ninguna diferencia si la indemnización a terceros se da en virtud de un fallo judicial o por cualquier otro medio, como podría ser una conciliación dentro del proceso, o bien una satisfacción extraprocesal de la pretensión. (C-127-1998 de fecha 30 de junio de 1998, reiterado en dictámenes C-052-1999 del 16 de marzo de 1999, C-086-1999 del 4 de mayo de 1999, y en la opinión jurídica OJ-112-99 del 20 de setiembre de 1999)

Atendiendo los criterios expuestos, se desprende que la Administración efectivamente es responsable solidariamente con el servidor público frente a terceros; sin embargo, existe una clara previsión legal que le faculta para recobrar lo pagado por concepto de daños y perjuicios –artículo 203-. Ahora bien, a efecto de lo anterior, interesa establecer el procedimiento que debe seguirse con el fin de determinar la responsabilidad atribuible al servidor público –punto medular de la consulta-, de modo que pueda establecerse el monto que le corresponde a éste cubrir, toda vez que, lógicamente, la suma que el servidor debe cancelar debe ser proporcional al grado de responsabilidad en el daño causado al administrado.

En punto a lo anterior, es oportuno retomar el ya mencionado artículo 210 de la Ley General de la Administración Pública, de conformidad con el cual "la acción de recuperación será ejecutiva y el título será la certificación sobre el monto del daño expedida por el jerarca del ente respectivo". Ahora bien, **previo a la emisión de la certificación que menciona el numeral de cita, la Administración se encuentra obligada a realizar el debido procedimiento administrativo ordinario –contemplado en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la**



**Administración Pública-, así como las debidas intimaciones de ley, siendo que es a partir de lo que allí se discuta lo que va a permitir a la Administración la determinación de la responsabilidad del servidor público y el monto que en proporción a esta le corresponde cancelar a la Administración.**

De esta manera, realizado el procedimiento administrativo y hechas las intimaciones de ley, la certificación que se emita sirve como título ejecutivo tanto en la vía administrativa como en la judicial. En este sentido, señalamos en el reiterado dictamen C-127-1998 lo que sigue:

"Para tales efectos –acción de recuperación- , deviene indispensable que la Administración realice el procedimiento administrativo ordinario regulado en los numerales 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.

La Ley General indica que, en cualquiera de las dos hipótesis - daño a terceros indemnizado por la Administración o daño a la Administración sin daño a terceros -, se efectuará la recuperación en la vía ejecutiva, y serán documentos de esa naturaleza "la certificación o constancia del adeudo que expida la Administración, pero cuando haya sentencia por suma líquida la certificación deberá coincidir so pena de perder su valor ejecutivo" (artículo 204) y también "la certificación sobre el monto del daño expedida por el jerarca del ente respectivo" (artículo 210)1.

----- Nota (1): Numerales cuya constitucionalidad ya fue declarada por la Sala Constitucional, mediante Votos 2180-96 de 10 de mayo de 1996 y 2360-96 de 17 de mayo de 1996 -----

Pero, repetimos, para expedir dicha certificación previamente deben cumplirse una serie de etapas: la realización del respectivo procedimiento ordinario y las intimaciones de ley. Esto no sólo por expresa disposición de ley, sino también porque nuestros Tribunales valoran dentro del ejecutivo si se cumplió o no con el debido proceso. A manera de ejemplo, puede citarse la siguiente resolución:

"III. Que el artículo 146 de la Ley General de la Administración Pública otorga a la Administración, la facultad de ejecutar por sí, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado. No obstante esa disposición, y en razón de que el acto final puede causar perjuicio grave al administrado para la mayoría de este órgano es necesario que se lleve a cabo lo que en doctrina se conoce como el debido proceso y que a nuestro entender, es el establecido en los artículos 308 y siguientes de ese cuerpo normativo -procedimiento ordinario-, para luego del acto final hacer uso de los medios coercitivos que brinda la ley y para el caso de autos, resulta ser el inciso a) del artículo 149, como medio de ejecución administrativa, sobre el patrimonio del administrado cuando se trate de un crédito líquido de la Administración. Este artículo preceptúa, que el título ejecutivo lo constituye la certificación del acto constitutivo del crédito expedido por el órgano competente.

IV. Que en el sub-litem y a instancia de la Procuraduría General de la República, la que hizo ver al Ministerio de Obras Públicas y Transportes la necesidad de cumplir con el debido proceso, que se procedió de esa manera obteniéndose del elenco de hecho probados, la realización de la comparecencia oral y privada, la recabación de la prueba y la citación en el término previsto y además, la resolución final emitida por el Organo Director del Procedimiento, lo que permite concluir que hasta ahí, se cumplió con lo establecido por la ley empero, para la emisión del documento base de la acción, lamentablemente dejó de lado lo establecido por el artículo 150 ibid que a la letra reza: "1.- La ejecución administrativa no podrá ser anterior a la debida comunicación del acto principal, so pena de responsabilidad. 2.- Deberá hacerse preceder de dos intimaciones consecutivas salvo caso de urgencia. 3.- Las intimaciones contendrán un requerimiento de cumplir, una clara definición y comunicación del medio coercitivo aplicable que no podrá ser más de uno, y un plazo prudencial para cumplir. 4.- Las intimaciones podrán disponerse con el acto principal o separadamente. 5.- Cuando sea posible elegir entre diversos medios coercitivos, el servidor

competente deberá escoger el menos oneroso o perjudicial de entre los que sean suficientes al efecto. 6.- Los medios coercitivos serán aplicables uno por uno a la vez, pero podrán variarse ante la rebeldía del administrado si el medio anterior no ha surtido efecto." V.- Que de lo expuesto en los acápite precedentes se determina que luego de la culminación del procedimiento ordinario, y, antes de la emisión del título ejecutivo, es requisito indispensable hacer las intimaciones al obligado para la satisfacción de lo debido y es del caso que en el sub examine, no consta que se hayan realizado y tampoco se demostró la urgencia del cobro como para obviarlas, única circunstancia permitida para hacer caso omiso a lo ahí dispuesto. Así las cosas, para la mayoría de este Tribunal, el documento base de la acción no es hábil para el cobro que se intenta en la vía sumaria, al no cumplir a cabalidad, con las exigencias del ordenamiento y en esa inteligencia, el fallo del a quo que declara la falta de ejecutividad, merece la aprobación. (Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, No.289-92 de las 9:15 horas del 31 de marzo de 1992)

Es por ello que resulta indispensable que, junto con la certificación que sirve como título ejecutivo, se acompañe copia certificada de las piezas del expediente administrativo con las cuales se pueda comprobar la existencia del debido proceso.

De lo dicho hasta aquí, se concluye que, en efecto, la Administración Pública puede proceder en sede judicial contra sus funcionarios, pero siempre y cuando haya incurrido en erogaciones por daños causados por ellos, aunque sólo se hayan utilizado los medios y oportunidades que les ofrece el cargo, tal y como lo dice el artículo 199 de la ley citada." (C-127-1998 de fecha 30 de junio de 1998, reiterado en dictámenes C-052-1999 del 16 de marzo de 1999, C-086-1999 del 4 de mayo de 1999, y en la opinión jurídica OJ-112-99 del 20 de setiembre de 1999)

Aunado a lo anterior, y en lo que respecta a la obligación de realizar el procedimiento administrativo como etapa previa a la emisión de la certificación que servirá como título ejecutivo –a tenor del mencionado artículo 210- y a los principios que lo rigen, esta Procuraduría General manifestó:

*"Consecuentemente, la propia Administración debe realizar el procedimiento administrativo ordinario con el objeto de que dentro de éste se determinen las responsabilidades de los funcionarios correspondientes. Procedimiento que debe garantizar los principios del debido proceso, que ha sido resumidos por la Sala Constitucional de la siguiente forma:*

*"I. La Sala ha tenido sobradas oportunidades para examinar cuáles son los elementos básicos constitutivos del debido proceso constitucional en sede administrativa. Fundamentalmente, a partir del voto nº 15-90 de las 16:45 hrs del 5 de enero de 1990 y en repetidos pronunciamientos subsecuentes, se ha dicho que: "... el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamarse en doctrina, principio de 'bilateralidad de la audiencia' del 'debido proceso legal' o 'principio de contradicción' (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada." "... el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibidem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa..." Y*



también: "Esta Sala ha señalado los elementos del derecho al debido proceso legal, (ver especialmente la opinión consultiva n° 1739-92), aplicables a cualquier procedimiento sancionatorio o que pueda tener por resultado la pérdida de derechos subjetivos. La Administración debe, en atención al derecho de defensa del administrado: a) Hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna, los hechos que se imputan; b) Permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; c) Concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa; d) Concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; e) Fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; f) Reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria." (Sentencia n° 5469-95 de las 18:03 hrs del 4 de octubre de 1995). II.- A partir de los anteriores elementos de juicio, estima la Sala que, en la especie, no se aprecia lesión de los preceptos y principios enunciados, al menos en lo que interesa en esta sede. Si durante la tramitación ha habido o no quebrantos de orden legal o invalideces procesales, debe recordarse al interesado que ellas no necesariamente trascienden al ámbito de competencia de esta Sala. Lo anterior sin perjuicio de que, en la instancia administrativa o judicial pertinente, pueda hacer valer y prosperar esos alegatos."

(Voto N° 1271 de 25 de febrero de 1998)

En virtud de lo indicado, debemos manifestar que no constan en el expediente enviado a este órgano las copias que prueben la realización del procedimiento ordinario, en contra de los funcionarios señalados como posibles responsables de la irregularidad ocurrida. De esta forma, es nuestro deber indicar a la Dirección General de la Imprenta Nacional, que hasta tanto no se realice dicho procedimiento, este órgano asesor se ve en la imposibilidad de establecer las acciones tendientes a la determinación de la posible responsabilidad de los funcionarios que intervinieron en el pago ilegal del aumento salarial a los jefes de la Imprenta Nacional. Lo anterior en resguardo de los derechos y garantías de que goza todo ciudadano, manifestados para este caso en el debido proceso.

Una vez realizado el procedimiento al que se hace mención, o bien, una vez aportadas las respectivas copias del expediente que constaten que el mismo ya fue aplicado, será posible iniciar las acciones judiciales reclamadas por la Dirección Nacional de la Imprenta Nacional." **(Dictamen C-086-1999 del 4 de mayo de 1999)**

Viene de lo expuesto, que en el evento de que la Administración haya cancelado el monto total correspondiente al pago de una indemnización a la que se le haya condenado de forma solidaria con el servidor público, ésta se encuentra facultada para ejercer una acción de recuperación, de conformidad con la cual, puede cobrar al funcionario el monto que a éste le corresponde asumir, el cual será proporcional a su grado de responsabilidad.

En orden a lo anterior, a efecto de determinar el grado de responsabilidad del servidor, la Administración está obligada a realizar el procedimiento administrativo previsto en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, así como las respectivas intimaciones de ley –artículo 150-; a partir de ello, podrá certificar el rubro que le corresponda cancelar al funcionario, siendo esta certificación la que vale como título ejecutivo que podrá cobrar tanto en la vía judicial como en la administrativa.

Ahora bien, nótese que el mismo artículo 203.1 de la Ley General de la Administración Pública que se ha venido mencionando, proporciona los parámetros básicos para entrar a una posible fijación de la responsabilidad que le corresponde asumir al funcionario frente a la Administración, en virtud de los daños causados por sus actuaciones y que motivaron la indemnización que hubo de ser pagada al tercero afectado.

Así, la norma lo primero que exige es que exista de por medio dolo o culpa grave en la actuación del servidor. Y es aquí donde cobra suma importancia el seguimiento del procedimiento ordinario administrativo, toda vez que deberá discutirse y analizarse a fondo la conducta en que incurrió el funcionario, todas y cada una de las circunstancias que mediaron en los hechos que originaron el daño, los antecedentes del caso, la posible intervención de otros funcionarios o terceros, etc.

Asimismo, todo ello deberá ser juzgado a la luz del correcto alcance que se le ha dado a estos conceptos, pues, como señaláramos arriba con ocasión de la cita de las actas legislativas que recogen la discusión de estas regulaciones, debe probarse una violación grave a los deberes del cargo, al punto de que se configure una indiscutible negligencia, que justamente por resultar evidente resulta punible.

Tenemos entonces que esa culpa grave demanda la existencia y acreditación una violación a reglas elementales sobre el desempeño del cargo que se ha hecho intencionalmente o corriéndose un riesgo de forma indebida, imprudente o descuidada. De ahí que se haya llamado la atención sobre el hecho de que “lo que se podría llamar culpa leve o culpa profesional o culpa habitual, esos descuidos explicables en un funcionario esos no se sancionan. Pero lo que es un descuido grave, un olvido de reglas elementales de prudencia en el desempeño de su cargo, esos es sancionado por ofendido y frente a la administración...” (Acta N° 104 de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de 3 de abril de 1970, pág. 10).

En segundo lugar, tanto la norma de comentario como el artículo 205.1 de la misma LGAP obligan a tomar en consideración el grado de participación de la propia Administración, el servidor investigado e incluso otros servidores, aún cuando no hayan sido parte en el juicio que haya podido dar lugar a la condenatoria.

Como se ha señalado en doctrina, “el procedimiento administrativo previo, debe observarse tanto si el ente público de forma voluntaria y espontánea, en vía administrativa, resarce a la víctima los daños y perjuicios como cuando se ha dictado sentencia condenatoria en contra de la Administración Pública respectiva. En efecto, cuando media sentencia judicial vertida en el proceso civil de hacienda de responsabilidad seguido contra el ente público, por ejemplo, **puede suceder, que después de substanciarse el procedimiento ordinario resulte, por la distribución de la responsabilidad, que al funcionario le corresponda indemnizar un 25% de la totalidad de los daños y perjuicios irrogados.**” (énfasis agregado. JINESTA LOBO, Ernesto; *Tratado de Derecho Administrativo-II*, Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1ª. Edición, 2005, p.249-250)

Esto último resulta destacable a fin de advertir que la Administración que debió pagar la indemnización al tercero afectado en virtud de una condena por responsabilidad solidaria, no puede, al momento de recobrar lo pagado, limitarse a hacer la simple operación matemática de dividir la suma en partes iguales y de esa forma cobrarle al funcionario la mitad de lo pagado a la víctima. En otras palabras, no cabe aquí una fórmula automática que se limite a repetir el 50% de lo pagado, sino que ese porcentaje podrá variar en cada caso, según todos los elementos de prueba que se hayan valorado en el procedimiento administrativo.

Debe tomarse en cuenta que esos medios de prueba que tienen las partes son todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común. Asimismo, que las pruebas serán apreciadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica (artículo 298 Ley General de la Administración Pública).

Y es precisamente esa valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica que permitirá atender a elementos como el grado y tipo de participación que tuvo el funcionario en los hechos que generaron la condenatoria, la naturaleza, alcance y volumen de las funciones asignadas, el nivel de responsabilidad, su rango, jerarquía, trayectoria, antecedentes, experiencia, los medios que le



proporcionó el cargo, las facilidades, protección y garantías que le brindó –o debió brindarle– la propia Administración, y todos los demás elementos de juicio que se encuentren presentes en el caso concreto. A su vez, todo ese cúmulo de cuestiones circunstanciales habrá de sopesarse cuidadosa y objetivamente a la luz de principios como el de razonabilidad, proporcionalidad, lógica, justicia, conveniencia, así como a los parámetros que brinden la ciencia y la técnica, todo ello en la inteligencia del artículo 16 de la LGAP y al desarrollo que de tales principios ha venido haciendo la jurisprudencia constitucional, tal como lo recoge el criterio legal que se adjunta a la consulta, al reseñar la sentencia de la Sala Constitucional número 8858-98.

En suma, la acción de regreso que se entable contra el servidor en virtud de la indemnización que ha tenido que cancelar la Administración a un tercero, con base en la responsabilidad solidaria, evidentemente arrojará una determinada suma o porcentaje a recuperar dependiendo del caso concreto, una vez aplicados todos los criterios, principios y parámetros señalados.<sup>20</sup>

**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 Órganos Administrativos: Derecho Administrativo. (2012). En *www.encyclopedia-juridica.biz14.com* En Enciclopedia Jurídica. Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/organos-administrativos/organos-administrativos.htm>
- 2 ULLOA LORÍA, Francisco. (1998). Curso Básico de Derecho Administrativo. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.. San José, Costa Rica. Pp 45-46.  
El autor se basa en los aportes de: DROMI, Roberto (1978). Instituciones de Derecho Administrativo. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. ; ORTIZ ORTIZ, (1970) Eduardo. Tesiario de Derecho Administrativo. Edición Mimeografica. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- 3 ULLOA LORÍA, Francisco.op cit. supra nota 1. P 47. Las siglas LGAP, hacen referencia a la Ley General de la Administración Pública.
- 4 ULLOA LORÍA, Francisco.op cit. supra nota 1. Pp 48-49.
- 5 ULLOA LORÍA, Francisco.op cit. supra nota 1. P 51.
- 6 ULLOA LORÍA, Francisco.op cit. supra nota 1. P 55.
- 7 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 6227 del dos de mayo de 1978. Ley General de la Administración Pública. Versión de la norma 8 de 8 del 14/09/2009. Datos de la Publicación Colección de leyes y decretos Año: 1978. Semestre: 1. Tomo: 4. Página: 1403.
- 8 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 155 de las quince horas con veinte minutos del veintidós de mayo de mil novecientos noventa y seis. Expediente: 96-000155-0005-LA.
- 9 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN IV DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 27 de las nueve horas con treinta minutos del ocho de junio de dos mil siete. Expediente: 04-000077-0163-CA.
- 10 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 11 de las nueve horas con veinticinco minutos del doce de enero de dos mil doce. Expediente: 10-001968-1027-CA.
- 11 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN IV DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 3929 de las catorce horas del veinte de octubre de dos mil diez. Expediente: 09-002752-1027-CA.
- 12 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN IV DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 297 de las siete horas con treinta minutos del dos de febrero de dos mil diez. Expediente: 09-001357-1027-CA.
- 13 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN IV DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 147 de las once horas del veintiocho de junio de dos mil once. Expediente: 09-000091-1027-CA.
- 14 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 6320 de las catorce horas con doce minutos del tres de julio de dos mil tres. Expediente: 01-007950-0007-CO.
- 15 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 398 de las quince horas con diez minutos del dieciséis de mayo de dos mil dos. Expediente: 96-000187-0177-CA.
- 16 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1007 de las nueve horas del veintiuno de diciembre de dos mil seis. Expediente: 00-000806-163-CA.
- 17 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1102 de las diez horas con veinte minutos del ocho de setiembre de dos mil once. Expediente: 08-001297-1027-CA.
- 18 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 480 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del cinco de junio de dos mil nueve. Expediente: 03-000355-0166-LA.
- 19 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 261 de las quince horas con seis minutos del veintiuno de marzo de dos mil dos. Expediente: 00-003141-0276-TP.
- 20 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen C-014-2008 del dieciocho de enero de dos mil ocho. Datos de la Publicación: Boletín de la PGR 5 del seis de mayo de dos mil once.