



Criterios de oportunidad y conveniencia en la LGAP

Rama: Derecho Administrativo.	Descriptor: Acto Administrativo.
Palabras Clave: Acto Administrativo, Criterios de oportunidad y conveniencia, LGAP. Sentencias: Sala II: 1190-2013; Sala Const: 3319-2007. Trib. Cont-Adm Sec II: 11-2012. Trib. Cont-Adm Sec I: 3014-2010, 1075-2010. Trib. Cont-Adm Sec IV: 96-2012. Trib. Cont-Adm Sec V: 95-2013. Trib. Cont-Adm Sec VI: 95-2013, 184-2012. Trib. Trab. Sec I: 281-2010.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 16/10/2014.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre los criterios de oportunidad y conveniencia en la Ley General de la Administración Pública, citando los artículos en donde se mencionan, y variada jurisprudencia sobre los mismos.

Contenido

NORMATIVA.....	2
Artículos que hacen referencia a los criterios de oportunidad y conveniencia.....	2
JURISPRUDENCIA	3
1. Avocación administrativa: Conflicto de competencias.....	3
2. Reclamo del recurrente orientado a cuestionar los criterios de legalidad oportunidad y conveniencia empleados por la Administración en vez de denunciar un verdadero problema de constitucionalidad propio de la normativa objetada	5
3. Procedimiento administrativo disciplinario: Elemento temporal y generalidades	10
4. Análisis y alcances de la competencia del Tribunal Contencioso actuando como jerarca impropio	12
5. Pensión del régimen no contributivo: Análisis normativo con respecto a la “revocación sobrevenida”	16
6. Nulidad e ineeficacia del acto administrativo: Declaratoria con respecto a nombramiento de funcionario del Servicio Exterior requiere procedimiento previo.....	19
7. Acto administrativo: Distinción entre la revocación y la nulidad del acto	27
8. Bienes públicos: Características y distinción con los de dominio privado.....	29
9. Permiso de uso de dominio público: Carácter precario en caso de cafetería dentro de institución pública	31
10. Caducidad del procedimiento administrativo: Análisis sobre su improcedencia.....	38

NORMATIVA

Artículos que hacen referencia a los criterios de oportunidad y conveniencia

[Ley General de la Administración Pública]ⁱ

Artículo 93.-

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

Artículo 102.- El superior jerárquico tendrá las siguientes potestades:

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

Artículo 152.-

1. El acto administrativo podrá revocarse por razones de **oportunidad, conveniencia** o mérito, con las excepciones que contempla esta ley.
2. La revocación deberá tener lugar únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin.

Artículo 154.-

Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados

por razones de **oportunidad o conveniencia** sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.

Artículo 265.-

1. Los plazos y términos del procedimiento administrativo, destinados a la Administración, podrán ser reducidos o anticipados, respectivamente, por razones de **oportunidad o conveniencia**, en virtud de resolución que adoptará el director del procedimiento.
2. La resolución que así lo determine tendrá los recursos ordinarios.
3. La reducción de plazos y la anticipación de términos destinados a las partes o terceros sólo podrán ser decretadas por el Poder Ejecutivo, en virtud de razones de urgencia.

Artículo 342.-Las partes podrán recurrir contra resoluciones de mero trámite, o incidentales o finales, en los términos de esta ley, por motivos de legalidad o de **oportunidad**.

JURISPRUDENCIA

1. Avocación administrativa: Conflicto de competencias

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

"II).- ALEGATOS DEL VETO: La señora Alcaldesa se muestra inconforme, por razones de oportunidad y de legalidad, con la decisión antes indicada. Señala que entre el Concejo Municipal y el alcalde, lo que existe son relaciones de colaboración y coordinación, pero que el primero no es superior jerárquico del segundo, ni tampoco de la Administración, en asuntos como la materia disciplinaria, por lo que la avocación decretada es improcedente.- Agrega, que no hay ninguna ley que autorice a los Concejales para avocar asuntos como el presente y que en todo caso, el hecho de que aquéllos hayan abierto una investigación en relación con un servidor administrativo, no impide a la Administración iniciar una nueva causa, ya que conforme al Código Municipal, dice, no es competencia del Concejo abrir procedimientos disciplinarios contra funcionarios que dependen del Alcalde, debiendo en tal supuesto, instar a este último para que lo haga y, finalmente, que "... *la investigación abierta por parte de la Administración involucra otros hechos que no son propios de lo que tiene que ver con las licencias de licores, y que son hechos también propios de la Administración que se pretende investigar con el fin de instruir un expediente para luego tener claro si cabe o no sentar alguna responsabilidad administrativa, civil o en su caso penal contra el o los que resulten involucrados e investigados...*".-

III).- FONDO DEL ASUNTO: La avocación es, junto con la delegación, la sustitución, la subrogación y la suplencia, una de las formas más comunes de transferencia interorgánica de competencias, y como tal se encuentra prevista en la Ley General de la Administración Pública.- Se le define, como el acto mediante el cual, el órgano superior atrae o avoca para sí, la competencia de un inferior

jerárquico inmediato, cuando éste último ejerce de forma exclusiva una competencia y no existe recurso ante el primero, tal y como lo expresa el artículo 93 de dicha Ley, cuando expresa que :

Artículo 93.-

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

En el caso concreto, consta que la alcaldesa de Pococí, inició una investigación preliminar en contra del Administrador Tributario de esa Municipalidad, quien depende de ella estructural y organizativamente.-

Por su parte, el Concejo Municipal, que también realiza una investigación contra el mismo funcionario, decidió, en el acto vetado, avocar el conocimiento del trámite que se realiza en la alcaldía, decisión que en criterio de este órgano, no se ajusta a las reglas antes transcritas.- La nota más característica de la avocación, es la existencia de una relación jerárquica entre avocante y avocado, quienes deben ser por regla general y por su orden, superior e inferior inmediato, de modo que si no se está en tal supuesto, no resulta posible la aplicación de esa figura.- Ahora bien, el Código Municipal, señala claramente en su artículo 17, que el Alcalde es el Jefe de las dependencias municipales y como tal, del personal de la Administración local respectiva, por lo que ejerce respecto de este último, las potestades de nombramiento, promoción y eventualmente remoción, todo con arreglo a la normativa que ese mismo cuerpo legal instituye -incisos a y k-. Se trata, según se desprende de las normas citadas, de una competencia que es además exclusiva, sin que exista norma alguna que le conceda a otro órgano -ni siquiera el cuerpo de ediles-, atribuciones al respecto.- Por otro lado, y sin entrar a analizar aquí, por no corresponder a este Tribunal, la naturaleza de la relación existente entre el Concejo y el alcalde -funcionario ejecutivo-, en los términos en que la regula el numeral 169 de la Constitución Política, es lo cierto que actualmente **no hay a nivel legal**, ninguna disposición que establezca una relación de subordinación de la persona que ocupa la Alcaldía, respecto del Concejo Municipal.- El numeral 12 del texto legal en análisis, señala que el Gobierno Municipal está compuesto "*por un cuerpo deliberativo denominado Concejo e integrado por los regidores que determine la ley, además por un alcalde y sus respectivo suplente, todos de elección popular*", precepto que como se observa, no regula la existencia de relación jerárquica entre ambos órganos.- Luego, los artículos 13 y 17 enumeran las atribuciones de uno y otro, distinguiendo entre las de dirección, gubernativas y normativas -que asignó al Concejo- y las administrativas propiamente dichas -en manos del alcalde o alcaldesa-. Por ello, si el Concejo carece de atribuciones legales para tomar una determinación en firme sobre las labores o eventuales faltas que podrían achacársele al administrador tributario, en virtud del proceso investigativo que se sigue en contra de ese servidor, y si además, la normativa legal aplicable a los municipios y que regula hoy en día su organización y funcionamiento, no subordina las actuaciones del alcalde en esa materia a dicho cuerpo deliberativo, lleva entonces razón la alcaldesa de Pococí, cuando afirma en su oposición, que en el sub examine no se dan los supuestos para que proceda la avocación, lo que obliga a acoger el voto interpuesto y así se dispone."

2. Reclamo del recurrente orientado a cuestionar los criterios de legalidad oportunidad y conveniencia empleados por la Administración en vez de denunciar un verdadero problema de constitucionalidad propio de la normativa objetada

[Sala Constitucional]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“I.-De la lectura del libelo de interposición del recurso, se colige que la inconformidad del recurrente estriba, en el fondo, en el hecho de que no se le invitara la Contratación Directa N° 2007CD-0069-PROV a pesar de que, en última instancia, presentó una mejor oferta que los auténticos participantes en ella, lo cual reputa intrínsecamente violatorio de lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución Política y de los principios de la libre concurrencia o participación, libre contratación, publicidad, transparencia de la contratación, igualdad de oportunidades y no discriminación; siendo que, además, en su criterio se violenta el principio de razonabilidad, puesto que la empresa amparada presentó una oferta más económica que las proveedoras que si fueron convocadas a participar. No obstante, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el mecanismo de la Contratación Directa reviste características peculiares que lo eximen de tales exigencias, sin que ello, en sí mismo, vulnere el Derecho de la Constitución, tal como se señaló en la sentencia N° 98-6754 de las 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998, en la cual se indicó lo siguiente: “...la contratación directa no implica la posibilidad de que la Administración contrate de cualquier manera y hasta en forma arbitraria —según su parecer o antojo—, sino que el procedimiento para hacerlo debe ajustarse y respetar los criterios generales que delimitan la validez de su actuación, tal y como se dispone en el artículo 75.2 del Reglamento General de la Contratación Administrativa —Decreto Ejecutivo número 25.038-H de siete de marzo de mil novecientos noventa y seis—, al indicar:

'La actividad contractual administrativa excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, deberá adaptarse en todos sus extremos a los principios generales, los requisitos previos, los derechos y obligaciones de las partes, los controles y el régimen de prohibiciones y sanciones previstos en la Ley de Contratación Administrativa, [...]'

Téngase presente, en resumen, que la contratación directa es apenas un medio de negociación de la Administración Pública de uso limitado, en tanto procede únicamente cuando el ente administrativo no pueda realizar una licitación pública o procedimiento concursal, lo que debe quedar debidamente justificado, en los términos en que se exige en el artículo 75.3 del citado reglamento:

'La determinación de los supuestos de prescindencia de los procedimientos ordinarios es responsabilidad exclusiva de la Administración. En todo caso deberá dictarse una resolución debidamente motivada y se dejará constancia expresa en el expediente que al efecto se levante de todas las actuaciones que se realicen.'

De todas formas este procedimiento se caracteriza, entre otras, por las siguientes particularidades: 1.- no existe concurrencia entre postores al no haber concurso de ofertas, puesto que la excepción posibilita a la Administración a contratar en forma directa con el contratista, sin que ello sitúe a la Administración en el ámbito del derecho privado. Eventualmente, se podría realizar una consulta de precios sujeta únicamente al control interno de la institución, la que —se aclara— no es obligatoria, puesto que para esta modalidad no resultan exigibles los procedimientos licitatorios ordinarios, lo que constituiría, más bien, una garantía adicional para la transparencia de la propia contratación, puesto que su fin es únicamente promover las condiciones más ventajosas para la Administración y el interés público; 2.- no se debe publicar el proceso en el Diario Oficial, por lo que cobra especial importancia la labor de fiscalización y control que lleva a cabo la Contraloría General de la República. En este sentido, la Sala remite a lo expresado en la sentencia número 00998-98, respecto del control a que está sujeta la contratación administrativa y del órgano constitucional encargado de ello, como uno de los principios pilares esenciales de la contratación administrativa y que necesariamente debe aplicarse en la contratación directa, en razón de la excepción que se hace de los procedimientos ordinarios. Y ello

es así, porque para que pueda prosperar una excepción al principio del artículo 182 constitucional y sus demás principios derivados (sentencia 00998-98), debe existir un alto contenido de razonabilidad y de proporcionalidad entre el caso concreto y los fines que se persiguen, lo que solo es susceptible de valorar por la vía del control constitucional, en este caso, por medio de la Contraloría General de la República, requisito sin el cual, no puede legítimamente realizarse esa contratación directa. Precisamente, este principio encuentra reconocimiento en el citado artículo 75.2 del nuevo Reglamento General de la Contratación Administrativa, en tanto somete los procedimientos de excepción de contratación administrativa:

[...], a la fiscalización superior por parte de la Contraloría General’;

3.- tampoco existen formalidades procedimentales que deba seguir la Administración en el procedimiento de la contratación directa; se trata de un acto jurídico sin etapas preparatorias impuestas por la ley, lo que su desarrollo y conclusión quedan librados a la responsabilidad de la autoridad administrativa, siempre dentro de los límites de la mínima justicia, oportunidad y lógica, en relación con el fin público perseguido con la contratación a realizar. Queda claro que en este tipo de contratación no rigen los principios de libre concurrencia ni el de igualdad de oportunidades o el de publicidad, ni la adjudicación a la mejor oferta, ni los demás principios aplicables al concurso público...”

Más recientemente, en sentencia Nº 2006-006577 de las 12:16 horas del 12 de mayo de 2006, la Sala dispuso:

“EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS (CONTRATACIÓN DIRECTA) Y EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. Como se indicó anteriormente, el principio general que rige la contratación administrativa es que la misma debe verificarse mediante el procedimiento de la licitación pública, y sólo a manera de excepción a esta regla, es que puede justificarse la utilización de los procedimientos de contratación privada, entendiendo por tales la licitación por registro y la restringida reguladas de conformidad con las disposiciones de la Ley y, además, la contratación directa. En relación con esta última, no lleva razón el accionante, en tanto afirma que en virtud de lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución Política, existe una prohibición absoluta para la Administración para utilizar este último procedimiento de contratación. Sobre el tema ha dicho la Sala que la contratación directa encuentra su justificación en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, puesto que su principal característica es que procede en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible o sumamente difícil convocar (sic) a un proceso licitatorio ordinario, bajo la grave amenaza de ver comprometido el interés público y así se indicó —en lo que interesa— en la sentencia número 05947-98 al expresar :

IV.- DE LAS EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS: DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. DE LAS EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS. [...] Son éstas situaciones expresamente regladas y que resultan acordes con el marco constitucional (principios y control de la contratación administrativa) comentado en el considerando anterior, y que han sido reiteradamente reconocidos por la jurisprudencia constitucional, en tanto, se limita la licitación privada a contrataciones menores; y en cuanto la contratación directa, es una excepción a la licitación en tanto encuentra su fundación precisamente en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, ya que procede únicamente en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible para el ente contratante convocar a licitación pública, bajo seria amenaza de ver comprometido el interés público. Se trata de situaciones especiales en las cuáles el uso de los procedimientos concursales ordinarios, y más específicamente el de la licitación pública, más bien implicaría un serio entorpecimiento en el cumplimiento del fin público encomendado a la Administración Pública, donde el cumplimiento ‘per se’ de exigencias legales más bien podría traducirse en serias alteraciones al orden institucional establecido en la propia Constitución Política. Situaciones como la adquisición de bienes para la atención de una emergencia o urgencia apremiante, cuando exista un único proveedor en el mercado, cuando se trate de servicios conceptualizados como ‘actividad ordinaria’ de la institución contratante, o de negociaciones en las que se requieran especiales medidas de seguridad y que se encuentran establecidas precisamente en el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, sin que esta afirmación constituya una valoración

constitucional de cada uno de los supuestos establecidos en esta disposición, los que deberán ser analizados en su oportunidad. En virtud de lo anterior cabe concluir que efectivamente es posible establecer excepciones a los trámites ordinarios establecidos en la Ley de la Contratación Administrativa derivada del artículo 182 constitucional siempre y cuando se respete el marco constitucional (principios y control), y que resulte razonable y proporcional a los fines de la contratación.'

Debe advertirse que la utilización del procedimiento de la contratación directa se encuentra limitado y constreñido a las excepciones creadas por ley, precisamente por tratarse de una vía excepcional de contratación al principio general constitucional, de manera que para que proceda debe existir, previamente, una autorización expresa de origen legal. Sin que implique un prejuzgamiento de la constitucionalidad o no de cada una de las modalidades establecidas, lo que tendría que analizarse en cada caso concreto, para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de la excepción, la materia fue regulada por el artículo 96 de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno y sus reformas —impugnado en esta acción—, en cuanto dispone:

'Artículo 96.- Se establecen excepciones a lo dispuesto en los tres artículos que preceden, conforme con las siguientes reglas:

- a) Puede recurrirse, además, a la contratación directa en los siguientes casos:*
 - 1) Cuando el negocio constituya la actividad ordinaria del ente, conforme a la calificación que de la misma haga la Contraloría General de la República;*
 - 2) Cuando se determine que solo una persona puede comprometerse, habida cuenta de la naturaleza de la operación o de las circunstancias concurrentes;*
 - 3) Cuando la operación requiera seguridades tales que no convengan interesar en ella sino a persona o entidad determinada que puedan garantizarlas;*
 - 4) Cuando se trate de contrataciones entre entidades o personas de Derecho Público;*
 - 5) En otros casos muy calificados, a juicio de la Contraloría General de la República;*
 - 6) Respecto de contratos que se celebren con Gobiernos o entidades de otros países, o con organismos nacionales o extranjeros de utilidad pública o bien social, ajenos al ánimo de lucro; y*
 - 7) Las contrataciones con personas físicas o entidades privadas cuyo afán exclusivo en el caso concreto, sea de evidente ayuda al Estado o sus instituciones, sin lucrar en la operación.*
- b) Las contrataciones directas al amparo de las situaciones contempladas en los numerales 2) y 3) del inciso anterior, requieren la autorización de la Contraloría General de la República, cuando el monto de la operación excede de dos millones quinientos mil colones (₡2.500.000.00); de un millón quinientos mil colones (₡1.500.000.00) o de setecientos cincuenta mil colones (₡750.000.00) respectivamente, según se refiera a las administraciones contempladas en los artículos 93, 94 ó 95; y*
- c) Las contrataciones a que se refiere el inciso precedente, por un monto inferior del allí señalado, serán autorizadas internamente por la Proveeduría Nacional o por la institución interesada, según corresponda, mediante acuerdo debidamente razonado fundando el contrato directo en la excepción respectiva de la ley e indicando las justificaciones del caso, en tanto excedan los límites regulados por los incisos c) de los artículos 93, 94 ó 95.'*

Esta disposición fue derogada por el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, reformada por Ley número 7612, de veintidós de junio de mil novecientos noventa y seis, en cuyo contenido se repite, de alguna manera y que en lo que interesa —sin que tampoco con esto se prejuzgue sobre su constitucionalidad, la que deberá ser estudiada en su oportunidad—, al expresar:

'Artículo 2.- Excepciones.

Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta Ley las siguientes actividades:

- a) La actividad ordinaria de la Administración, entendida como el suministro directo al usuario o destinatario final de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines.*
- b) Los acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional.*
- c) La actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público.*

- d) La actividad de contratación que, por su naturaleza, las circunstancias concurrentes o su escasa cuantía, no se pueda o no convenga someterla a concurso público sea porque sólo hay un único proveedor, por razones especiales de seguridad, urgencia apremiante u otras igualmente calificadas, de acuerdo con el reglamento de esta ley.
- e) Las compras realizadas con fondos de caja chica, según se dispondrá reglamentariamente, siempre y cuando no excedan de los límites económicos fijados conforme al inciso anterior.
- f) Las contrataciones que se realicen para la construcción, la instalación o la provisión de oficinas o servicios en el exterior.
- g) Las actividades que resulten excluidas, de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica.
- h) Las actividades que, mediante resolución motivada, autorice la Contraloría General de la República, cuando existan suficientes motivos de interés público.

Quedan fuera del alcance de la presente ley las siguientes actividades:

1. Las relaciones de empleo.

2. Los empréstitos públicos.

3. Otras actividades sometidas por ley a un régimen especial de contratación.'

Otro criterio para autorizar la contratación directa es el de la cuantía de los negocios, reservándose para las contrataciones menores en cada grupo definido en los artículos 93 inciso c), 94 inciso c) y 95 inciso c) de la Ley de la Administración (en virtud de la declaración de inconstitucionalidad ordenada en la sentencia número 00998-98, por la que se ordenó la anulación del ordenamiento jurídico del artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa); sea, en los casos de enajenación o arrendamientos de bienes, adquisición de inmuebles suministros y todo contrato cuando el monto total de la operación no supere el millón de colones en el primer grupo, los seiscientos mil colones en el segundo y los trescientos mil colones en el tercero. De todo lo anterior se concluye que para que proceda la contratación directa, se necesita una autorización que debe estar previamente establecida en la Ley, de manera que cobra especial significación el principio de reserva legal en esta materia.

VI.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA. Empece (sic) a lo dicho, debe aclararse que la contratación directa no implica la posibilidad de que la Administración contrate de cualquier manera y hasta en forma arbitraria –según su parecer o antojo–, sino que el procedimiento para hacerlo debe ajustarse y respetar los criterios generales que delimitan la validez de su actuación, tal y como se dispone en el artículo 75.2 del Reglamento General de la Contratación Administrativa –Decreto Ejecutivo número 25.038-H de siete de marzo de mil novecientos noventa y seis–, al indicar:

'La actividad contractual administrativa excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, deberá adaptarse en todos sus extremos a los principios generales, los requisitos previos, los derechos y obligaciones de las partes, los controles y el régimen de prohibiciones y sanciones previstos en la Ley de Contratación Administrativa, [...]'

Téngase presente, en resumen, que la contratación directa es apenas un medio de negociación de la Administración Pública de uso limitado, en tanto procede únicamente cuando el ente administrativo no pueda realizar una licitación pública o procedimiento concursal, lo que debe quedar debidamente justificado, en los términos en que se exige en el artículo 75.3 del citado reglamento:

'La determinación de los supuestos de prescindencia de los procedimientos ordinarios es responsabilidad exclusiva de la Administración. En todo caso deberá dictarse una resolución debidamente motivada y se dejará constancia expresa en el expediente que al efecto se levante de todas las actuaciones que se realicen.'

De todas formas este procedimiento se caracteriza, entre otras, por las siguientes particularidades: 1.- no existe concurrencia entre postores al no haber concurso de ofertas, puesto que la excepción posibilita a la Administración a contratar en forma directa con el contratista, sin que ello sitúe a la Administración en el ámbito del derecho privado. Eventualmente, se podría realizar una consulta de precios sujeta únicamente al control interno de la institución, la que -se aclara- no es obligatoria, puesto que para esta modalidad no resultan exigibles los procedimientos licitatorios ordinarios, lo que

constituiría, más bien, una garantía adicional para la transparencia de la propia contratación, puesto que su fin es únicamente promover las condiciones más ventajosas para la Administración y el interés público; 2.- no se debe publicar el proceso en el Diario Oficial, por lo que cobra especial importancia la labor de fiscalización y control que lleva a cabo la Contraloría General de la República. En este sentido, la Sala remite a lo expresado en la sentencia número 00998-98, respecto del control a que está sujeta la contratación administrativa y del órgano constitucional encargado de ello, como uno de los principios pilares esenciales de la contratación administrativa y que necesariamente debe aplicarse en la contratación directa, en razón de la excepción que se hace de los procedimientos ordinarios. Y ello es así, porque para que pueda prosperar una excepción al principio del artículo 182 constitucional y sus demás principios derivados (sentencia 00998-98), debe existir un alto contenido de razonabilidad y de proporcionalidad entre el caso concreto y los fines que se persiguen, lo que solo es susceptible de valorar por la vía del control constitucional, en este caso, por medio de la Contraloría General de la República, requisito sin el cual, no puede legítimamente realizarse esa contratación directa. Precisamente, este principio encuentra reconocimiento en el citado artículo 75.2 del nuevo Reglamento General de la Contratación Administrativa, en tanto somete los procedimientos de excepción de contratación administrativa: '[...], a la fiscalización superior por parte de la Contraloría General'; 3.- tampoco existen formalidades procedimentales que deba seguir la Administración en el procedimiento de la contratación directa; se trata de un acto jurídico sin etapas preparatorias impuestas por la ley, lo que su desarrollo y conclusión quedan librados a la responsabilidad de la autoridad administrativa, siempre dentro de los límites de la mínima justicia, oportunidad y lógica, en relación con el fin público perseguido con la contratación a realizar. Queda claro que en este tipo de contratación no rigen los principios de libre concurrencia ni el de igualdad de oportunidades o el de publicidad, ni la adjudicación a la mejor oferta, ni los demás principios aplicables al concurso público.

VII.- CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA COMO PROCEDIMIENTO DE CARÁCTER EXCEPCIONAL. De conformidad con lo señalado en los considerandos anteriores, no resulta contrario a norma o principio constitucional alguno, excepcionar de los procedimientos de contratación administrativa ordinarios a cierto tipo de negociaciones, precisamente en atención a la especial naturaleza de las mismas, como parte de la idea general de que el propio artículo 182 de la Constitución Política, remite a la ley para la determinación de los diferentes procedimientos de contratación administrativa. Debe advertirse, eso sí, que con lo dicho anteriormente no se contradice la doctrina emanada de este Tribunal en la sentencia número 00998-98, ya que en efecto, la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con esta norma constitucional, se centró en la determinación del procedimiento más apto para que se realizara la contratación administrativa, estableciéndose como regla general el procedimiento de la licitación pública, y para las contrataciones cualitativas y cuantitativamente menores, el de la licitación privada (ver acta número 164 de la Asamblea Nacional Constituyente). En este sentido, lleva razón el Procurador General de la República, en tanto considera que la interpretación de las normas y principios constitucionales debe hacerse conforme a la realidad social e institucional del Estado moderno, de manera que, precisamente en aras de la satisfacción del interés público, es que resulta imposible remitir en forma indiscriminada a los procedimientos licitatorios ordinarios –entiéndase licitación pública– toda la contratación de la Administración Pública; debiendo entenderse justificada la contratación directa, única y exclusivamente como procedimiento de excepción para la elección del cocontratante con la Administración, en primer lugar, y cuando las condiciones especiales de la negociación de que se trate lo ameriten, de conformidad con los supuestos expresa y claramente dispuestos previamente en una norma de carácter legal, en tanto se trata de una excepción a un principio constitucional. En razón de lo anterior es que cabe concluir que en sentido general, ni el artículo 96 inciso a) punto 1) de la Ley de la Administración Financiera de la República, ni el 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, resultan violatorios del artículo 182 constitucional, en cuanto facultan a la Administración Pública contratar bienes y servicios mediante el procedimiento de la contratación directa, como mecanismo excepcional y únicamente en determinadas circunstancias muy

calificadas previamente por Ley formal. (Sentencia 1998-06754 las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y ocho).

De los antecedentes jurisprudenciales parcialmente citados es posible concluir que el principio general que rige la contratación administrativa es que la misma debe verificarse mediante el procedimiento de la licitación pública, y sólo a manera de excepción a esta regla, es que puede justificarse la utilización de los procedimientos de contratación privada, entendiendo por tales la licitación por registro y la restringida reguladas de conformidad con las disposiciones de la Ley y, además, la contratación directa. En relación con esta última, la Sala ha dicho que la contratación directa encuentra su justificación en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, puesto que su principal característica es que procede en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible o sumamente difícil convocar a un proceso licitatorio ordinario, bajo la grave amenaza de ver comprometido el interés público (sentencia número 1998-05947). Por otra parte, existen dos únicas limitaciones contempladas en el artículo 30 de nuestra Constitución Política en cuanto a obtener información de los departamentos administrativos: a) que el asunto sobre el que se requiera información sea de interés público; y, b) que no se trate de un secreto de Estado...."

"...II.- En esta tesitura, como la inconformidad del petente consiste simplemente en el hecho de que se excluyera a la amparada de la contratación directa N°2007CD-0069- PROV, en aplicación de los artículos 2, inciso h, de la Ley de Contratación Administrativa y 136 párrafo cuarto de su Reglamento, a pesar de haber presentado una oferta más ventajosa para la Administración —todo lo cual, en su criterio, violenta el principio de razonabilidad, el numeral 182 de la Constitución Política y de los principios de la libre concurrencia o participación, libre contratación, publicidad, transparencia de la contratación, igualdad de oportunidades y no discriminación—, debe decirse que tal reclamo, al menos en los términos en que es expuesto, en realidad se orienta más a cuestionar los criterios de legalidad, oportunidad y conveniencia que la Administración empleó a la hora de planear esa contratación, que a denunciar un verdadero problema de constitucionalidad propio de la normativa objetada. En consecuencia, el conflicto al que se hace referencia, en el fondo, no corresponde ser conocido en esta sede por la vía del amparo, siendo que la Sala no puede dejar de advertir la situación concreta planteada en el recurso, específicamente en lo que se refiere a la posibilidad que otorga el artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de interponer una acción de inconstitucionalidad sobre la base de un recurso de amparo o de hábeas corpus pendiente ante ella, debiendo indicarse que para estos casos es absolutamente necesario que tales recursos sean admisibles (véase la sentencia N° 2004-05760 de las 8:46 horas del 28 de mayo de 2004), a diferencia de lo que ocurre en cuanto a este extremo....."

3. Procedimiento administrativo disciplinario: Elemento temporal y generalidades

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{iv}

Voto de mayoría

"II.- Generalidades sobre el procedimiento administrativo. En un segundo orden de agravios, el accionante reclama la aplicación de un régimen que no se encontraba vigente al momento de llevar el procedimiento administrativo en su contra. Dado el tema planteado, es necesario realizar algunas consideraciones generales en torno a las formalidades mínimas que debe reunir un procedimiento administrativo de corte disciplinario. El procedimiento administrativo constituye un importante elemento formal de la conducta pública. Cumple una doble finalidad. Por un lado, establece el camino que ha de seguir la Administración para adoptar una determinada decisión, orientando su proceder. Por otro, se impone como un marco de referencia que permite al administrado, establecer un cotejo del proceder público, a fin de fijar un control de que sus actuaciones se hayan manifestado

acorde a las normas que orientan ese proceder. Busca por ende, constituirse en un mecanismo de tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos frente a poder público, así como garantizar la legalidad, oportunidad y conveniencia de la decisión administrativa y correcto funcionamiento de la función pública. Conforme lo señala el canon 214 de la Ley No. 6227, su objeto es establecer la verdad real de los hechos que sirven de motivo al caso final. Este elemento formal resulta imperativo para lograr un equilibrio entre el mejor cumplimiento de los fines de la Administración y la tutela de los derechos del particular, tal y como se expresa en el artículo 225.1 de la Ley General de la Administración Pública. De ahí que el canon 216.1 ibidem, exija a la Administración adoptar sus decisiones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento jurídico. En su curso, el procedimiento pretende establecer las formalidades básicas que permitan al administrado el ejercicio pleno del derecho de defensa y el contradictorio, para llegar a establecer la referida verdad real de los hechos (dentro de las cuales pueden verse las estatuidas en los cánones 217, 218, 219, 297, 317, entre otros, todos de la citada Ley General). Ello adquiere aún mayor relevancia en los denominados procedimientos de control o sancionatorios, siendo que en esos caso, la decisión final puede imponer un marco represivo en la esfera jurídica de una persona. El mismo plexo normativo dispone la sustancialidad de estas garantías mínimas, considerando inválido el procedimiento que no satisfaga esas cuestiones mínimas. Así se desprende del mandato 223 de la Ley de referencia, en cuanto señala que la omisión de formalidades sustanciales causará nulidad del procedimiento. Desde este plano, esta Tribunal ya ha señalado que el control de la función administrativa que confiere a esta jurisdicción el canon 49 de la Carta Magna, supone un cotejo de que la Administración en el curso de esos procedimientos (de corte sancionatorio para este caso), satisfacen las garantías mínimas fijadas por la normativa aplicable, y que en lo medular, se ha tutelado el debido proceso que ha de ser infranqueable en ese proceder. Ahora bien, en virtud de lo alegado, es menester abordar el tema de las funciones que le son propias al órgano director y al órgano decisor del procedimiento. La competencia para emitir el acto final dentro de un procedimiento corresponde al órgano decisor, sea, a quien se ha otorgado la competencia legal para emitir el acto que causa efecto. Empero, en aras de la eficiencia administrativa, las competencias de instrucción son delegables en un órgano encargado de llevar a cabo la instrucción del procedimiento, el que se ha tendido en denominar "órgano director o instructor". Es evidente que la designación de este último corresponde al órgano decisor, para lo cual, su validez se encuentra sujeta a que recaiga en un funcionario adscrito, designado regularmente y en posesión del cargo. De manera excepcional, se ha tolerado que se constituya como órgano director del procedimiento a personas que no son funcionarios regulares, sin embargo, en esa función específica, debe entenderse que cumplen una función pública, con las obligaciones inherentes. En cuanto a sus competencias, el órgano instructor representa a la Administración en el procedimiento y ostenta un rol de instrucción. Le corresponde emitir un análisis fáctico. Si bien puede rendir recomendaciones, ciertamente no serían vinculantes, por lo que sus determinaciones de cara a la adopción de una decisión final se consideran actos de trámite. Por ende, le corresponde dictar el acto de apertura, dar impulso procesal, toda la labor de instrucción del procedimiento, dirigir la comparecencia, resolver cuestiones previas, resolver el recurso de revocatoria que se interponga contra los actos de trámite, rendir un informe al órgano decisor al momento de remitir el expediente para el dictado del acto final. Dentro de sus competencias pueden verse los artículos 221, 227, 230, 248, 249, 267, 282, 300, 301, 304, 314, 315, 316, 318, 323, 326, 333, 349, 352, todos de la Ley General de referencia. Por su parte, el órgano decisor es el jerarca competente que reúne las condiciones necesarias para dictar el acto final que resuelve el procedimiento."

4. Análisis y alcances de la competencia del Tribunal Contencioso actuando como jerarca impropio

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III]^v

Voto de mayoría

II.- DEL VETO MUNICIPAL Y LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL, ACTUANDO COMO JERÁRCA IMPROPIO MUNICIPAL.-

Previo a la resolución del voto que se conoce en esta instancia, es necesario aclarar que, nuestra Ley Fundamental (en inciso 1) del artículo 173), establece un control a lo interno de la organización esencial del gobierno local, que recordemos, se compone por el Concejo Municipal (como cuerpo deliberativo) y por el funcionario ejecutivo (artículo 169 de la Constitución), que en la actual legislación se denomina "*Alcalde Municipal*", que se estatuye en un mecanismo propio del sistema de pesos y contrapesos, de alguna manera, similar al que rige entre los Poderes del Estado (Ejecutivo - Legislativo, respecto de la potestad que ostenta el Presidente de la República, de interponer el voto contra las leyes emitidas por el Poder Legislativo). Así, conforme al indicado numeral 173 constitucional, se le concede al Alcalde Municipal, la facultad de ejercer el voto contra los acuerdos del Concejo Municipal, ***que debemos entenderlo más como una objeción que como un recurso***, en tanto este último, es más bien propio y exclusivo de los administrados. Se trata entonces de una desaprobación oficiosa, que la ley le atribuye al Alcalde, en su carácter de funcionario ejecutivo, parte integrante del gobierno local, para que en el seno del mismo pueda ejercer oposición a los acuerdos que deriven del órgano colegiado, de los cuales no ha participado - en tanto no obstante que asiste a las sesiones del Concejo, no tiene derecho al voto (inciso c) del artículo 17 del Código Municipal)-, pero que sin duda pueden interferir negativamente en su labor de "*gerente general*" de la entidad local y sobre todo en su plan de gobierno, que le exige la misma legislación actual. El Código Municipal desarrolla esta potestad en los artículos artículo 17, inciso d), al establecerla dentro del elenco de atribuciones de este ejecutivo municipal, y 153, 158, 159 y 160, en los que se regulan los presupuestos para su interposición, plazo y forma, así como los efectos del uso de esa facultad. En virtud de lo cual, conforme al artículo 160 del Código Municipal, se excluyen del voto los siguientes acuerdos del Concejo:

- a) Los no aprobados definitivamente.*
- b) Aquellos en que el alcalde municipal tenga interés personal, directo o indirecto.*
- c) Derogado por el artículo 202 inciso 5) del Código Procesal Contencioso Administrativo, número 8508, del veintidós de junio del dos mil seis.*
- d) Los que deban aprobar la Contraloría General de la República o la Asamblea Legislativa o los autorizados por esta.*
- e) Los apelables ante la Contraloría General de la República.*
- f) Los de mero trámite o los de ratificación, confirmación o ejecución de otros anteriores."*

A esta lista, podemos agregar lo dispuesto en el artículo 19 del Código de la materia, según el cual la decisión tomada por el Concejo Municipal, en cuanto a la convocatoria a un plebiscito, donde se decidirá sobre la destitución o no del Alcalde, que por razones obvias, está fuera de la posibilidad de voto por parte de este funcionario. Conforme lo prevé el párrafo primero del artículo 158 del citado Código Municipal, puede interponerse el voto ante el Concejo, tanto por motivos de legalidad como de oportunidad; debiendo de aclararse al respecto, que conforme al citado numeral 173 de la Constitución Política, la competencia que se le confiere al Tribunal Contencioso Administrativo, según desarrollo de la ley (artículos 156 y párrafo final del citado 158 del Código Municipal), es actuando como ***jerarca impropio***, lo cual, conforme al numeral 181 de la Ley General de la Administración Pública, ***lo circumscribe a ejercer un control eminentemente de legalidad de las decisiones administrativas municipales, previo al control jurisdiccional***; por lo que, tales motivos de "*oportunidad*" o "*discrecionalidad*" no son susceptibles de ser revisados en esta

instancia, sino únicamente en sus parámetros o elementos de control, tales como la finalidad de la Administración, el respeto de los derechos fundamentales, la razonabilidad de las actuaciones ("*interdicción de la arbitrariedad*"), y las reglas de la ciencia y de la técnica, que al tenor del artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, integran el bloque de legalidad, por cuanto entrar a analizar tales valoraciones implicarían, no sólo desnaturalizar la figura del jerarca impropio, sino además, un desbordamiento de las competencias constitucional y legalmente asignadas a los jueces que conocen de esta materia, convirtiéndose, por ser materia propia y exclusiva de la "**Administración activa**". (En igual sentido se pronunció este Tribunal con anterioridad, en resoluciones número 425-2010, de las doce horas diez minutos del ocho de febrero y 947-2010, de las quince horas cuarenta minutos del once de marzo, ambas del dos mil diez.) Por ello, el examen que se hace en esta ocasión está constreñido a la legalidad del acuerdo vetado; no pudiendo considerarse ningún elemento de "*oportunidad*" o "*conveniencia*", esgrimido por el Alcalde en su objeción.[...]

IV.- DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL.- Es precisamente al tenor del artículo 170 de la Constitución Política, que ***las municipalidades gozan de autonomía de gobierno***, por lo que gozan de las prerrogativas de la autonomía de primer grado -administrativa-, esto es, tienen la potestad para determinar la forma en que administrará los recursos de la institución, para el cumplimiento de los fines y cometidos asignados, en este caso, la "*administración de los intereses y servicios municipales*", según delega el artículo 169 constitucional; y que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado como la competencia del ámbito municipal, dentro del concepto de "*lo local*" (en este sentido, se pueden consultar las sentencias número 6469-97, 5445-99 y 2001-9677); sino en particular, la potestad de autodirigirse o gobernarse políticamente, lo que se traduce en la definición de los lineamientos, objetivos, metas y fines de la institución.

Lo anterior se traduce, que no son sujetos de directrices y planificaciones de parte del Ente Mayor, debiendo de darse respecto de éste, una relación de **coordinación**, en los términos señalados por la sentencia constitucional 5445-99 (supra citada):

X.- DE LA OBLIGACIÓN DE COORDINACIÓN CON LAS INSTITUCIONES ESTATALES. ... *Es en virtud de lo dispuesto en el artículo 170 constitucional, que las municipalidades (entes corporativos locales) gozan de autonomía funcional, administrativa y financiera en la administración de los intereses y servicios locales (artículo 169 de la Constitución Política), lo que ha sido reconocido en la jurisprudencia constitucional en forma reiterada (en este sentido, entre otras ver sentencias número 01119-90, 02934-93, 00140-94, 03494-94, 06000-94, 03930-95, 02231-96, y 06469-97). Y como se ha señalado en esa jurisprudencia y en los conceptos contenidos en los anteriores considerandos, la esfera de competencia y definición de atribuciones que tienen encomendadas las municipalidades se determinan en la propia Carta Fundamental, en tanto se refieren estrictamente a lo "local". Debe entenderse el mandato constitucional como una reserva de competencia material en favor de los gobiernos locales y de su reglamento para definir "lo local", ámbito que sólo puede ser reducido por ley -por tratarse de materia constitucional y de un verdadero derecho a favor de estas instituciones-, de manera tal que conduzca al mantenimiento de la integridad de los servicios e intereses locales, en los términos señalados por este Tribunal en sentencia número 06469-97, supra citada. No puede, entonces, crearse un conflicto por antagonismo o protagonismo entre la materia que integra el fin general de "los intereses y servicios locales" de los intereses y servicios públicos "nacionales" o "estatales", intrínsecamente distintos unos de otros, pero que en realidad están llamados a coexistir; y ello es así, porque ambos tipos de interés pueden estar, eventualmente, entremezclados y más bien, es frecuente que, dependiendo de la capacidad económica y organizativa de los gobiernos locales, sus limitaciones propias conduzcan a ampliar el círculo de los que aparecen como nacionales o estatales, lo que hace ver que la distinción no debe ser inmutable, sino gradual o variable; pero en todo caso, como lo ha expresado la jurisprudencia antes citada, corresponderá en última instancia al juez decidir si los criterios de distinción se conforman o no con el dimensionamiento constitucional. Definida la competencia material de la municipalidad en una circunscripción territorial determinada, queda claro que habrá cometidos que por su naturaleza son exclusivamente municipales, a la par de otros*

que pueden ser reputados nacionales o estatales; por ello es esencial definir la forma de coparticipación de atribuciones que resulta inevitable, puesto que la capacidad pública de las municipalidades es local, y la del Estado y los demás entes, nacional; de donde resulta que el territorio municipal es simultáneamente estatal e institucional, en la medida en que lo exijan las circunstancias. Es decir, las municipalidades pueden compartir sus competencias con la Administración Pública en general, relación que debe desenvolverse en los términos como está definida en la ley (artículo 5 del Código Municipal anterior, artículo 7 del nuevo Código), que establece la obligación de "coordinación" entre las municipalidades y las instituciones públicas que concurran en el desempeño de sus competencias, para evitar duplicaciones de esfuerzos y contradicciones, sobre todo, porque sólo la coordinación voluntaria es compatible con la autonomía municipal por ser su expresión. En otros términos, **la municipalidad está llamada a entrar en relaciones de cooperación con otros entes públicos, y viceversa**, dado el carácter concurrente o coincidente -en muchos casos-, de intereses en torno a un asunto concreto. En la doctrina, la coordinación es definida a partir de la existencia de varios centros independientes de acción, cada uno con cometidos y poderes de decisión propios, y eventualmente discrepantes; pese a ello, debe existir una comunidad de fines por materia, pero por concurrencia, en cuanto sea común el objeto receptor de los resultados finales de la actividad y de los actos de cada uno. De manera que **la coordinación es la ordenación de las relaciones entre estas diversas actividades independientes, que se hace cargo de esa concurrencia en un mismo objeto o entidad, para hacerla útil a un plan público global, sin suprimir la independencia recíproca de los sujetos agentes**. Como no hay una relación de jerarquía de las instituciones descentralizadas, ni del Estado mismo en relación con las municipalidades, no es posible la imposición a éstas de determinadas conductas, con lo cual surge el imprescindible "**concierto**" interinstitucional, en sentido estricto, en cuanto los centros autónomos e independientes de acción se ponen de acuerdo sobre ese esquema preventivo y global, en el que cada uno cumple un papel con vista en una misión confiada a los otros. Así, **las relaciones de las municipalidades con los otros entes públicos, sólo pueden llevarse a cabo en un plano de igualdad, que den como resultado formas pactadas de coordinación, con exclusión de cualquier forma imperativa en detrimento de su autonomía, que permita sujetar a los entes corporativos a un esquema de coordinación sin su voluntad o contra ella; pero que sí admite la necesaria subordinación de estos entes al Estado y en interés de éste (a través de la "tutela administrativa" del Estado, y específicamente, en la función de control la legalidad que a éste compete, con potestades de vigilancia general sobre todo el sector)**.

La relación de cooperación definida ha sido comprendida por la Sala Constitucional, que en forma reiterada ha señalado que para que puedan llevarse a cabo los proyectos de las distintas instituciones públicas, debe hacerse con respeto del ordenamiento jurídico: en primer lugar, las normas de rango constitucional, y después, las de rango legal y reglamentarias, de manera tal que, para que el Poder Ejecutivo o los otros entes públicos lleven a cabo proyectos de su iniciativa en una determinada localidad, deben contar con los respectivos permisos y licencias municipales, si es del caso, como lo indicó en sentencia de amparo número 02231-96, transcrita, en lo que interesa, en el Considerando VIII de esta sentencia.

Esta obligación de coordinación entre las instituciones del Estado y las municipalidades está implícita en la propia Constitución Política; así por ejemplo, en lo que se refiere a la potestad tributaria municipal, en tanto que, la iniciativa debe ser de los propios Concejos, tanto para su aprobación por parte de la Asamblea Legislativa, como para la exención de los tributos, aún tratándose de la política económica del Estado, como se indicó en sentencia número 2311-95, supra citada; con lo cual, **se está diciendo que debe existir una debida y obligada coordinación entre el Estado y los entes corporativos locales, cumpliéndose así lo ordenado por esta disposición, sin que ello implique una invasión a la autonomía municipal**. Igualmente, estima la Sala que en materia de planificación urbana se debe dar esa misma relación de coordinación, aún cuando se ha definido -por disposición constitucional- que la planificación urbana es competencia de los gobiernos locales, la misma debería ordenarse de conformidad con las directrices y lineamientos generales del Plan Nacional de Urbanismo elaborado por el Poder Ejecutivo (a propuesta de la Dirección de Urbanismo del INVU y el

Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica) e integrado en el Plan Nacional de Desarrollo a que alude la Ley de Planificación Nacional, en el entendido de que ese Plan debe ser aprobado por una ley ordinaria. Con este marco de referencia, es que analizan las normas cuestionadas." (El subrayado es del original.)

Corresponde al Concejo Municipal la definición de política de gobierno de la entidad, según lo prevé inciso a) del artículo 13 del Código Municipal, conforme al programa de gobierno inscrito por el Alcalde municipal, para el período para el que fue elegido. En consecuencia, es el Alcalde quien la ejecuta, a través de su gestión como "administrador general de la corporación local (artículo 17 inciso a) del citado cuerpo legal.)

V.- DE LA IMPROCEDENCIA DEL VETO INTERPUESTO.- Es precisamente con ocasión del contenido del acuerdo objetado, que debe rechazarse el veto interpuesto. Lleva razón el Concejo en sus consideraciones, por las que lo llevaron a rechazar el veto interpuesto -por acuerdo 1257, Artículo II del acta 59, a folios 12 a 62-. En efecto, no estima este Tribunal que el acuerdo vetado sea oscuro, impreciso o esté carente de contenido (como elemento esencial del acto -lícito y correspondiente con el fin-, al tenor del artículo 132 de la Ley General de la Administración Pública), si se le tiene, como indicó el órgano deliberativo, como **lineamientos generales en torno a la búsqueda de solución de un problema concreto, en este caso, al mal manejo de los desechos sólidos del cantón, con la situación apremiante, del vencimiento de un plazo perentorio, para el cierre técnico de un botadero de basura a cielo abierto.** Nótese que el acuerdo hace un detalle de la situación y a continuación propone una serie de acciones, que estima necesarias para solventar la problemática planteada, a modo de reglas generales de acciones (que valga la aclaración, resultan distintas de las instrucciones, propias del poder de mando, conforme al artículo 102 de la Ley General de la Administración Pública), y en tal virtud, que deberá adoptar el Alcalde, pero que en modo alguno se constituyen en órdenes concretas para éste, toda vez que ello reñiría con la naturaleza jurídica propia y particular de las directrices o lineamientos, que se recuerda, son actos administrativos sui géneris, **tanto por su contenido**, en tanto establecen fines, objetivos generales y metas, más no así un contenido concreto a modo de precepto o mandato, lo que permite un ámbito de discrecionalidad para su ejecución; **como por sus efectos**, ya que son de carácter general, pero no normativo. Así, en el caso en estudio, lo anterior se denota, en tanto propone "*un proceso*", y para su éxito, sugiere una serie de elementos que permitan su realización, tales como el sustentarse en estudios técnicos y económicos, el buscar el bienestar general de los municipios, el diseñar un plan de recolección de basura, insinua negociar lo del cierre técnico con el Ministerio de Salud, así como un programa para el tratamiento de los desechos sólidos. Si de las anteriores propuestas, hay acciones que ya se están desarrollando, ello no incide en forma negativa (nulidad) en el acuerdo, por cuanto, corresponde al Alcalde, en su condición de "*administrador general y jefe de las dependencias administrativas*" adoptar las acciones concretas para darle solución final al problema del manejo de los desechos sólidos del cantón, con base en los lineamientos dados por el Concejo.

VI.- DE LA TUTELA DEL AMBIENTE COMO FUNCIÓN PÚBLICA PROPIA DE LAS MUNICIPALIDADES.- Finalmente, aún y cuando no puede este Tribunal valorar si los lineamientos dados son o no "*oportunos*"; si estima necesario recordarle a las Autoridades municipales -tanto a su órgano deliberativo (Concejo), como a su "*funcionario ejecutivo*" (Alcalde)-, su obligación de dar efectivo cumplimiento al mandato constitucional establecido en su artículo 50, en tanto la tutela del ambiente se instituye en una verdadera **función o ptestad pública** para todo el aparato estatal, del que según se indicó, forman parte las Municipalidades (dentro de la estructura constitucional del Estado costarricense); que como tal, **se traduce en obligaciones concretas para las administraciones públicas, condicionando así, los objetivos políticos, y en consecuencia, la acción de los poderes públicos en general, para darle cabal cumplimiento al derecho fundamental** a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para lo cual, pueden y deben actuar de manera coordinada con otras dependencias públicas -caso de los Ministerios de Salud y

Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET), así como la Secretaría Técnica Nacional Ambiental SETENA)-.

VII.- CONCLUSIÓN.- Consecuentemente, al no darse las infracciones legales acusadas por el Alcalde, en tanto el acuerdo impugnado ha sido dictado dentro de las competencias de dirección que le son propias al Concejo; el cual, resulta conforme con la obligación de los gobiernos locales de tutelar de manera efectiva el ambiente en su circunscripción territorial, procede rechazar el voto interpuesto.

5. Pensión del régimen no contributivo: Análisis normativo con respecto a la “revocación sobrevenida”

[Sala Segunda de la Corte]^{vi}

Voto de mayoría

“V.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: El juzgado en su fallo consideró que hubo una causal de cancelación del beneficio, pues a su entender, el actor se ubicaba en el inciso c) del artículo 14 del Reglamento del Régimen No Contributivo. Por su parte el órgano de alzada, estimó que la CCSS debió recurrir a la vía de lesividad, por ello revocó lo fallado. En efecto, tal como lo describe el ad quem, la jurisprudencia de esta Sala ha sido prolífica en especificar que en los casos que se trate de nulidades de actos administrativos favorables al administrado, es exigible el proceso de lesividad y no la supresión unilateral. Sin embargo, en este caso por la forma en que fue abordada la litis, no era necesario que la demandada agotara esa serie de actos, ya que se trata de la revocación del beneficio por una circunstancia surgida de manera posterior a su otorgamiento. Como primer punto, debe resaltarse que la CCSS cuenta con la potestad de revisar y si fuera preciso, revocar los beneficios de aquellos petentes que con el pasar del tiempo, han dejado de reunir los requisitos regulados en las ordenanzas encargadas de regir la materia, porque las pensiones asignadas mediante la Ley n.º 7125 poseen un elemento temporal sujeto a un condición resolutoria, en otras palabras, el mantenimiento de la prestación depende de que el estado de invalidez y la necesidad de auxilio económico se extiendan en el tiempo. La Administración cuenta con la potestad de revocación de actos por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, la cual no debe confundirse con los supuestos de nulidad. Veamos lo dicho por la doctrina nacional al respecto: *“De conformidad con el ordinal 153, párrafo 3º, LGAP, la revocación es la extinción de un acto administrativo por razones de oportunidad, conveniencia o mérito – discrecionalidad -, con lo que se distingue, claramente, de la anulación – por nulidad absoluta o relativa- que procede, fundamentalmente, por motivos de legalidad. Es así como cabe la revocación de actos administrativos válidos, esto es, sustancialmente conformes con el ordenamiento jurídico y que se encuentran produciendo efectos-eficaces- pero inopportunos. Precisamente, en este aspecto se encuentra una de las diferencias fundamentales entre la revocación y la anulación (por nulidad relativa o absoluta) ya que, pueden revocarse, por razones de oportunidad, conveniencia o mérito –discrecionalidad administrativa- actos administrativos completamente perfectos o válidos y que se encuentran produciendo efectos, en total que en la anulación se supone que el acto nunca ha sido válido o perfecto y los efectos que puede haber producido son precarios. La revocación precede cuando se produce un desajuste entre el contenido del acto administrativo y su fin (...)”*. (Jinesta Lobo Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, pp. 601-602). La legislación costarricense reconoce la denominada “revocación sobrevenida” que se basa en la concurrencia de un hecho nuevo objetivo que hace necesario la eliminación del acto original para satisfacer el interés público. Miremos los numerales 152 y 153 de la Ley General de la Administración Pública:

“Artículo 152.-

1. El acto administrativo podrá revocarse por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, con las excepciones que contempla esta ley. / 2. La revocación deberá tener lugar únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin.

Artículo 153.-

1. La revocación podrá fundarse en la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario. / 2. También podrá fundarse en una distinta valoración de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado".

En el sub júdice, es evidente que la CCSS se encuentra amparada en esas disposiciones para inspeccionar esta clase de actos administrativos, amén de que las pensiones previstas en la Ley n.º 7125 son honradas con fondos públicos, por lo cual podría darse una distorsión de los fines de esos recursos, si una persona sigue disfrutando de ese beneficio, a pesar de que haya superado las condiciones por las que se hacía necesario que contara con ayuda del Estado. De conformidad con el principio de auto integración del Derecho Administrativo regulado por el canon 9 de la Ley General de la Administración Pública, debe recurrirse al procedimiento reglamentario específico para la revocación de esta clase de subvenciones. El Reglamento del Régimen No Contributivo de la Caja (aplicable por remisión expresa del canon 2º de la Ley n.º 7125) vigente para la data de la revocación informaba: “*Artículo 14. —La pensión se cancelará: / a. Por muerte del beneficiario. / b. Cuando se compruebe que el pensionado (a) se dedica a labores asalariadas permanentes. /c. Cuando se compruebe que el pensionado (a) adquirió derecho a pensión en alguno de los regímenes contributivos existentes en el país. / d. Cuando cambie la situación económica del beneficiario (a), de modo que cuente con ayudas, ingresos, rentas o pensiones, que originen un ingreso familiar per cápita mensual, superior al que establece el artículo 2º, de este Reglamento. / e. Cuando el pensionado por invalidez supere su estado de incapacidad para generar ingresos. /f. Cuando el beneficiario traslade su domicilio a otro país, ya sea de forma temporal o permanente. /En el caso de muerte del pensionado si quedasen dependientes, y se comprueba que mantienen su estado de necesidad, la pensión podrá reasignarse a aquellos dependientes que reglamentariamente tengan derecho, según lo establecido en el artículo 3º, de este Reglamento. La administración dará prioridad en la resolución de estos casos*” (la negrita es suplida). En esta sede, el dictamen médico legal n.º 2010-1034 emitido por el Consejo Médico Forense estimó que el accionante no estaba inválido, pues sus padecimientos ya no lo situaban en ese estado. Así, concretamente se dijo: “*Don Oscar Felipe de 23 años, estudiante universitario en Derecho con adecuación curricular, sin ocupación remunerada autorizado para ejercer ad honorem por la Universidad del Valle en labor de consejería social, vecino de Alajuelita, con antecedentes médicos de Trastorno Afectivo Bipolar, Retardo Mental Fronterizo, crisis convulsivas (epilepsia parcial), lumbalgia. / En la presente evaluación y haciendo un análisis de la información documentada, contrastándola con los hallazgos clínicos podemos concluir, en forma colegiada, que los antecedentes médicos y psiquiátricos de don Oscar Felipe han evolucionado positivamente y no lo ubican en un estado de invalidez*” (la negrita no es del original) (folio 482). Como puede verse, no se trata de una condición originaria que viciaba el acto administrativo con nulidad (hipótesis del canon 173 de la Ley General de la Administración Pública), sino una situación acontecida después del dictado de la pensión, por lo cual se estima correcta la aplicación de la potestad revocatoria. El criterio médico de cita, es claro que los trastornos estimados por la CCSS para brindar el derecho habían mermado, por lo cual se deduce que en la actualidad no posee ninguna clase de impedimento para procurarse un oficio digno y bien remunerado, habida cuenta que incluso es alumno avanzado de la carrera de derecho. En el caso de estudio, no topamos con actos jurídicos de efecto invariable favorables al administrado o situaciones jurídicas consolidadas (como sería el caso de la pensión por vejez), que obligasen a la Administración a dictar la lesividad y llevar sus pretensiones ante la jurisdicción contenciosa administrativa, razón por la cual, como se afirmó, solamente debía cumplir con el procedimiento exigido reglamentariamente, luego de haberse constatado el cambio en las condiciones del señor

Baltodano Valverde y por ende, la divergencia clara entre los efectos del acto que acordó la pensión y el interés público. Acerca de este tópico, el Reglamento antes citado, para el otorgamiento y cancelación disponía en su ordinal 12 lo siguiente: *"El solicitante o beneficiario que no esté de acuerdo con la resolución de la Caja, en cuanto al estudio de la solicitud de pensión, suspensión y/o cancelación de su pensión, podrá interponer recurso de apelación ante la Gerencia División de Pensiones (órgano de resolución competente), dentro de los 3 días hábiles posteriores a la notificación del acto administrativo. Para atender los recursos de apelación de este programa, esa Gerencia creará la Comisión Nacional de Apelaciones; dicha comisión será de carácter recomendativo. Asimismo, las funciones, atribuciones y demás aspectos relacionados con esta comisión, serán regulados en el instructivo pertinente. /Las solicitudes de pensión denegadas en segunda instancia, facultan a la Gerencia División de Pensiones a dar por agotada la vía administrativa. A los solicitantes de pensión a quienes se les haya denegado el beneficio solicitado, podrán presentar una nueva solicitud de pensión transcurrido 1 año de dicha denegatoria, salvo casos excepcionales a criterio de la Gerencia de Pensiones. / En el caso de los recursos de revocatoria, estos serán resueltos por la jefatura que dictó la resolución administrativa en primera instancia".* A don Oscar no sólo se le cumplió con las garantías reseñadas por la ordenanza en mención, sino que además, se le aplicó un procedimiento análogo al establecido por la Ley General de la Administración Pública en sus disposiciones 308 y siguiente con el objeto de revocar la pensión. De igual manera, estudiadas las actuaciones dictadas a nivel administrativo, se concluye que a lo largo de ese procedimiento el gestor contó con las garantías y facilidades necesarias para hacer uso de su derecho de defensa, razón por la cual no cabe estimar que hubo una concurrencia al debido proceso. A la misma conclusión arribó la Sala Constitucional en su voto 2007-0920 de las 9:57 horas del 26 de enero de 2007, cuando conoció de un amparo interpuesto por el aquí petente por los mismos hechos. Concretamente, en esa oportunidad se dijo: *"Del informe rendido bajo juramento por las autoridades recurridas y de la prueba aportada en autos concluye esta Sala que no lleva razón el recurrente. En la especie se constata, que el informe de Auditoría AO-272-12-2005 del 28 de noviembre de 2005 recomendó no mantener la pensión al amparado en virtud que no padece parálisis cerebral profunda y además se contó con el informe médico emitido por el Hospital Nacional Psiquiátrico. En virtud de lo anterior, mediante resolución No. 1128-30883-06-01 de las 8:00 horas del 19 de junio de 2006 la autoridad recurrida inició el procedimiento administrativo con la finalidad de cancelar del pago del beneficio de pensión al amparado debido que no posee parálisis cerebral profunda, situación que no es contrario a ningún derecho fundamental del amparado por cuanto la administración pública se encuentra facultada a examinar periódicamente la situación de los beneficiarios de una pensión por cuanto tal pensión es un beneficio social, más no un derecho fundamental, por medio del cual el Estado costarricense destina fondos para apoyar económicamente a personas de muy escasos recursos, o, como en el caso concreto que motiva este amparo, a personas que sufren de parálisis cerebral profunda y además no cuentan con los medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades más básicas. En consecuencia, el Estado debe velar porque exista una adecuada distribución y manejo de los recursos públicos, a fin de orientarlos a satisfacer de una mejor forma, las necesidades más importantes de los seres humanos cuyos intereses administra y es por ello que debe de comprobar que los beneficiarios se mantengan en la situación de necesidad que amerita. En ese sentido, no resulta ocioso indicar que como parte de la exigencia de utilizar razonablemente recursos limitados, la Caja también debe contar con mecanismos de control que permitan establecer oportunamente si algún beneficiario dejare de necesitar la pensión, porque esto beneficiaría a otras personas. / Además, una vez comunicada la resolución de marras se le informó al amparado que tenía derecho de interponer los recursos que considerara pertinentes para ejercer su defensa, derecho que ejerció en escrito presentado el trece de julio de dos mil seis. Posteriormente a esta gestión, las autoridades administrativas recurridas elevaron el caso a la Comisión Calificadora del Estado de invalidez de la Caja Costarricense de Seguro Social a efecto de realizar la valoración médica y en la sesión 192 del 23 de octubre del 2006 la Comisión Calificadora recomendó que no era procedente mantenerle la pensión por Parálisis Cerebral Profunda. En consecuencia, mediante resolución No. 41313 de las 7:01 horas del 24 de octubre de 2006 la Gerencia de División Médica declaró sin lugar el recurso de apelación*

interpuesto y dio por agotada la vía administrativa, resolución que le fue notificada al interesado el 28 de noviembre de 2006. / A partir de lo anterior, esta Sala considera que la decisión impugnada en este amparo, cumplió un procedimiento en el que se le dio audiencia al recurrente y éste ejerció los mecanismos que el ordenamiento establece para oponerse a la decisión notificada y hacer sus manifestaciones al respecto, de forma que no se observa arbitrariedad en el acuerdo tomado ni violación del los derechos derivados del principio de debido proceso". Así las cosas, lo procedente es dar revocatoria al fallo que se conoce."

6. Nulidad e ineficacia del acto administrativo: Declaratoria con respecto a nombramiento de funcionario del Servicio Exterior requiere procedimiento previo

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{vii}

Voto de mayoría

"VI.- SOBRE EL FONDO. En criterio de este Tribunal, la demanda planteada debe ser declarada con lugar, por las razones que de seguido se desarolla. En lo medular, la defensa del Estado contra los alegatos del actor descansa sobre la tesis de que, por tratarse la designación de éste en el cargo de Consejero con funciones consulares en Cuba de un nombramiento en comisión, el Poder Ejecutivo estaba habilitado para removerlo libremente y sin necesidad de procedimiento previo. En consecuencia, lo dispuesto en los acuerdos impugnados, en los que se deja sin efecto la indicada designación, no transgrede los derechos del demandante ni adolece de vicio de nulidad alguno. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional citada por el Estado en su contestación de la demanda –que refiere, a su vez, al voto N° 2829-98 de las 15:00 horas del 29 de abril de 1998 de esa misma Sala– resulta de suma utilidad para precisar la categoría de funcionarios del servicio exterior de la que se viene discutiendo:

*"Lo relativo al personal del servicio exterior está regulado especialmente por un Estatuto –el Estatuto del Servicio Exterior de la República– dictado mediante la Ley No. 3530 de 5 de agosto de 1965. De acuerdo con ese Estatuto, el servicio exterior se integra con tres clases de funcionarios: el personal de carrera, el personal en comisión y el personal técnico y auxiliar (artículo 2). La regla general es que las funciones del servicio exterior sean desempeñadas por la primera de esas tres clases –funcionarios de carrera– (artículo 8). El acceso al servicio, en cuanto a esta clase de funcionarios se refiere, es mediante el procedimiento de concurso de oposición (artículo 13), lo que implica que los participantes cumplan con un elenco de requisitos legalmente previstos (en el artículo 14). El origen concursal de sus nombramientos garantiza a los funcionarios de carrera una situación de estabilidad en sus empleos (artículo 11), de manera que la suspensión o la destitución, en su caso, solo son actos válidos si se conforman con las demandas del debido proceso (en los términos de los artículos 42 y 43). A diferencia de los funcionarios de carrera, el nombramiento de los funcionarios en comisión no tiene su origen en el concurso de oposición; ellos son nombrados **libremente** por el Poder Ejecutivo (artículo 49), es decir, sin sujetarse a las reglas del concurso ni al rigor de los requisitos. El nombramiento de funcionarios en comisión solo es dable en tres hipótesis taxativamente previstas, y, por ende, realmente excepcionales: se es llamado al servicio si hay 'especiales razones de conveniencia nacional', o 'por inopia de funcionarios de carrera', o 'por razones de emergencia' (artículo 48)."*

Ciertamente, el numeral 49 del Estatuto del Servicio Exterior dispone:

"Artículo 49.-

Los funcionarios en Comisión serán libremente nombrados y removidos por el Poder Ejecutivo y podrán ser llamados a desempeñar su cargo también ad honórem, siempre que el nombramiento se haga por un plazo no mayor de seis meses."

VII.- En el parecer de este Colegio, el acuerdo de remoción de un funcionario del servicio exterior (al *sub lite* solo concierne el caso de aquéllos nombrados en comisión) es equiparable, para todos los efectos prácticos y jurídicos, a una revocación, en el sentido que plasma la doctrina *ius administrativista* y que regula el capítulo V, Título VI, Libro Primero, de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), supletoriamente aplicable al Estatuto de Servicio Exterior (ley N° 3530 de 5 de agosto de 1965), en razón del carácter general y posterior de la primera y de lo estipulado en sus artículos 364 y 365. En efecto, la revocación o revocatoria es la desaparición definitiva de un acto administrativo ejecutorio, como resultado de otro posterior, que expresamente lo disponga así o que resulte implícitamente incompatible con el primero. Es una causal de ineeficacia sobreviniente del acto. En este sentido y salvo las excepciones legalmente previstas, un acto administrativo puede ser revocado por razones de *oportunidad, conveniencia o mérito*, los cuales son típicos conceptos jurídicos indeterminados. Por su naturaleza, la revocación del acto es excepcional, pues solo debe darse “cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin” (numeral 152 de la LGAP). Puede fundarse en la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario; o bien en una distinta valoración de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado (artículo 153 *ibidem*). Además, la revocatoria de un acto declaratorio de derechos subjetivos está sujeta, como regla general, al procedimiento previsto en el ordinal 155 de la LGAP. Como se puede ver, responde a criterios que surgen con posterioridad al momento en que el acto adquiere validez jurídica y nunca en razón de vicios originarios de éste. Desde esta óptica, la remoción del funcionario del servicio exterior constituye una revocación, precisamente porque responde a la aparición de circunstancias de oportunidad, conveniencia o mérito que sobrevienen *a posteriori* –valga la redundancia– y encontrándose en vigencia el nombramiento. Esto encuentra respaldo precisamente en el mismo lineamiento jurisprudencial constitucional a que se hizo referencia previa, cuando señala:

“Los funcionarios en comisión, a diferencia de los funcionarios de carrera, pueden ser removidos libremente por el Poder Ejecutivo (artículo 49), de modo que, también a diferencia de estos últimos, no tienen estabilidad en el empleo, el que resulta marcadamente provisional. En este contexto, la facultad del Poder Ejecutivo para remover a los funcionarios en comisión sin subordinarse a un procedimiento de la índole del que es inevitable en el caso de los funcionarios de carrera, es consecuencia lógica de su facultad para nombrarlos libremente en cualquiera de los tres supuestos mencionados antes: supuestos evidentemente transitorios y no permanentes, sobre todo el de conveniencia y el de emergencia. Lógicamente, la cesación de los excepcionales motivos que validan el nombramiento, no puede sino producir la separación [sic] de los funcionarios en comisión. En efecto, sería ir a contrapelo del Estatuto si el Poder Ejecutivo prolongase el nombramiento cuando la situación que lo ha justificado ya no existe (tanto, evidentemente, como nombrar funcionarios en comisión cuando no se den los motivos legalmente establecidos para realizar válidamente esta facultad). En esta perspectiva, lo que se precisa para dictar un acto válido de remoción es la constatación de la inexistencia de los motivos que lo hicieron necesario: la alteración de las especiales razones de conveniencia, la solución del problema de la falta de funcionarios de carrera, o la extinción de la emergencia” (el subrayado es nuestro).

Véase como la Sala Constitucional explícitamente sujeta la potestad de remoción, en esencia, a que se compruebe que han cambiado o desaparecido los motivos por los cuales se hizo el nombramiento original, bien sea porque hayan mutado las circunstancias que lo hacían inicialmente conveniente o porque se superó el estado de inopia de funcionarios de carrera o, finalmente, porque cesó la condición de emergencia. Todas estas son causales que ocurren necesariamente *a posteriori*, con relación a la designación inicial. Es decir, se trata de factores sobrevenidos, lo cual ratifica nuestro criterio de que una remoción acordada conforme a dichos parámetros posee la naturaleza jurídica de una revocación. Además, nótese que, aun tratándose el nombramiento de un acto declaratorio de derechos subjetivos, la Sala aclara que la remoción no

precisa que se siga el procedimiento que regula el numeral 155 de la LGAP (es decir, se trata de una excepción a la regla general), precisamente porque la norma especial que rige en este caso –el artículo 49 del Estatuto– dispone que ello lo puede realizar “libremente” el Poder Ejecutivo, siempre y cuando el acto esté debidamente motivado:

*“La remoción, **debidamente fundamentada en el supuesto que corresponda en cada caso**, se aviene con el diseño legal del régimen estatutario de los funcionarios en comisión. En este sentido, la libertad de remoción que atribuye el Estatuto al Poder Ejecutivo –lo mismo que la de hacer los nombramientos– es una facultad discrecional, y no libérrima o ilimitada (como podría pensarse que la concibe el Estatuto con exclusivo apoyo en la letra del artículo impugnado): el adecuado ejercicio de ambas, que implica necesariamente una concreta relación de congruencia entre ellas, solo es válido en el ámbito demarcado por los artículos 48 y 49 del Estatuto (en sentido similar, sobre todas estas cuestiones véase la sentencia No. 8112-97 de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y siete).”*

Es decir, la libertad que tiene el Ejecutivo para acordar la remoción se traduce, justamente, en que para ello no es preciso seguir un procedimiento previo; no que ese acto esté exento de contar con una adecuada fundamentación.-

VIII.- A la luz de lo explicado hasta aquí, ¿por qué estima entonces el Tribunal que la demanda es procedente? En breve: porque lo que aconteció en el caso del accionante no corresponde, en realidad, a una revocación (remoción) sino a una anulación, que es cosa distinta; y, a diferencia del primer caso, la declaratoria de nulidad de un nombramiento como el que es aquí de interés sí precisa que se cumpla con un procedimiento previo (que regula el artículo 173 de la LGAP), en resguardo del debido proceso y para asegurar el correcto funcionamiento de la Administración. En efecto, si bien la invalidación de un acto y su revocatoria surten, en la práctica, el mismo efecto extintivo, la diferencia central radica en que la primera se da por razones de legalidad, mientras que la segunda –como se anticipó– solo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. La declaratoria de nulidad produce la invalidez del acto, mientras que la revocación da lugar a su ineficacia, que es la condición del acto en el que están en regla todos los presupuestos y elementos esenciales, pero que por circunstancias extrínsecas (y no por defectos intrínsecos) se impide (ejemplos: necesidad de aprobación o existencia de condición suspensiva), suspende (como en el caso del artículo 148 de la LGAP) o suprime (por revocatoria) sus efectos.-

IX.- Dos son, en esencia, los elementos a partir de los cuales llegamos a la conclusión de que en el *sub examine* estamos frente a una anulación y no a una revocatoria (es decir, remoción). En primer lugar, el nombramiento del demandante (acuerdo ejecutivo N° 042-11 SE del 7 de marzo del 2011) se dejó sin efecto a causa de un vicio originario que se comprobó en éste, a saber, que resultaba contrario a la prohibición de designar funcionarios en plazas vacantes, contenida en la directriz N° 013-H del 16 de febrero anterior del Ministerio de Hacienda. Es decir, no respondió a la aparición de circunstancias sobrevinientes que llevaran a concluir que la designación había dejado de ser oportuna o meritoria. Más específicamente aun y en línea con lo explicado *supra*: no se debió a que se hubiese solventado el problema de la inopía de funcionarios de carrera para llenar la plaza de Consejero con funciones consulares en Cuba, que fue el motivo por el cual se designó al actor y que, conforme a la jurisprudencia de comentario de la Sala Constitucional, sería el motivo valedero para acordar una remoción. Así pues, los actos aquí impugnados fueron dictados por razones de legalidad y en razón de que se llegó a estimar que haber efectuado el nombramiento del accionante en aquel cargo había sido un error, por infringir la prohibición establecida en la directriz N° 013-H. Eso es ni más ni menos que una anulación, no una revocatoria. Y lo confirma a las claras lo indicado en el memorando DGSE-DC-397-11 de 23 de junio del 2011, dirigido por el Director General del Servicio Exterior al Ministro *a.i.* de Relaciones Exteriores y visible a f. 73 del expediente administrativo, cuando dice:

“... siendo que ya han transcurrido más de tres meses desde el rige de su nombramiento en Cuba, sin que se haya solucionado la imposibilidad de ocupar esa plaza en virtud de la Directriz 013-H, mucho le

agradecería nos gire las instrucciones pertinentes con el fin de: 1. Anular el acuerdo indicado o, 2. Esperar que se gire la excepción por parte de Hacienda para que el señor Velásquez pueda ejercer como Consejero con funciones consulares conforme a lo previsto en el Acuerdo mencionado.” (El subrayado es nuestro.)

X.- El segundo elemento de juicio que nos lleva a concluir que estamos ante una anulación y no una remoción es el hecho de que se haya dado a los actos impugnados (acuerdos ejecutivos N° 102-11 SE y 0157-2011-SE-RE, del 4 de julio y 29 de agosto respectivamente, ambos del 2011) un efecto retroactivo. En efecto, ambas disposiciones señalan en su artículo 2 que la cesación del nombramiento del actor “Rige a partir del 16 de marzo de 2011”, que era la fecha en que aquél debió haber iniciado (ver hecho probado 4). La revocatoria de un acto administrativo únicamente posee eficacia *ex nunc* (a futuro), porque lo que se pretende es que deje de surtir efectos; no que desaparezcan los efectos producidos hasta entonces, lo cual es lógico ya que el revocado es un acto válido y que fue dictado para atender circunstancias que en su momento lo hicieron conveniente, oportuno o meritorio, pero que ahora han cambiado o desaparecido. Así, cuando se dispone la remoción de un funcionario del servicio exterior, lo que se pretende no es que todo lo que éste haya actuado hasta entonces en el ejercicio del cargo quede insubsistente; sino que cese su nombramiento a partir de ese momento y hacia futuro. Por el contrario, la consecuencia típica de una declaratoria de nulidad absoluta de un acto es su eficacia *ex tunc* (retroactiva), pues se trata de suprimir los efectos que el acto viciado hubiera producido a contrapelo de la juridicidad, salvo los derechos adquiridos de buena fe (artículo 171 de la LGAP). En la medida en que los acuerdos cuestionados en el *sub lite* pretendían que el nombramiento del actor no desplegará ninguna clase de efecto desde el momento mismo de su entrada en vigencia, aun cuando para entonces habían transcurrido varios meses desde esa fecha, está claro que lo perseguido era una nulidad.-

XI.- Como se había anticipado, la anulación de actos declaratorios de derechos subjetivos (como en este caso, en que se estaba nombrando al actor en un cargo de la función diplomática) exige, conforme a la LGAP, que se observe un procedimiento particular. En lo conducente:

“Artículo 173.-

1) Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos sea evidente y manifiesta, podrá ser declarada por la Administración en la vía administrativa, sin necesidad de recurrir al contencioso-administrativo de lesividad, previsto en el Código Procesal Contencioso-Administrativo, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República; este dictamen es obligatorio y vinculante. Cuando la nulidad absoluta verse sobre actos administrativos directamente relacionados con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, la Contraloría General de la República deberá rendir el dictamen.

En ambos casos, los dictámenes respectivos deberán pronunciarse expresamente sobre el carácter absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad invocada.

2) Cuando se trate de la Administración central del Estado, el ministro del ramo que dictó el respectivo acto deberá declarar la nulidad. Cuando se trate de otros entes públicos o Poderes del Estado, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Contra lo resuelto cabrá recurso de reposición o de reconsideración, en los términos del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

3) Previo al acto final de anulación de los actos a que se refiere este artículo, la Administración deberá dar audiencia a las partes involucradas y cumplir con el debido procedimiento administrativo ordinario dispuesto en esta Ley.

4) La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo, caducará en un año, a partir de la adopción del acto, salvo que sus efectos perduren.

5) La anulación administrativa de un acto contra lo dispuesto en este artículo, sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser absoluta, evidente y manifiesta, será absolutamente nula, y la Administración estará obligada, además, al pago por daños, perjuicios y costas; todo sin perjuicio de

las responsabilidades personales del servidor agente, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 199.

6) (...)

7) (...)”

Estos requerimientos persiguen garantizar, entre otros propósitos, la vigencia de dos principios que tienen rango no solamente legal, sino incluso constitucional: los de **debido proceso** e **intangibilidad de los actos propios**. Tal como indicó recientemente esta misma Sección:

“En efecto, cuando se habla de ‘seguridad jurídica’, se alude a la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de las normas vigentes. Si bien no está explícitamente contemplado en la Constitución Política, se manifiesta fundamentalmente por medio de las garantías de irretroactividad de la ley e intangibilidad de los actos propios (non venire contra factum proprio). Esta última deriva de la interpretación de los artículos 11 y 34 de la Carta Magna y configura un límite en el proceder del poder público que le inhibe desconocer sus propios actos de contenido y efectos positivos al destinatario. La imposibilidad de ir contra sus propias conductas de contenido favorable funge como un límite fundamental en el accionar de las Administraciones Públicas, que dimana del propio principio de legalidad (numeral 11 de la Constitución Política y 11, 12, 13, 59, 66 y 132 de la Ley General de la Administración Pública) y cuyo tratamiento en la doctrina patria ha sido prolífico (ver, entre muchas otras, las sentencias N° 1635-90 de las 17:00 horas del 14 de noviembre de 1990; 2186-94 de las 17:03 horas del 4 de mayo de 1994; 13447-2006 de las 10:06 horas del 8 de setiembre de 2006 y 16314-2010 de las 15:16 del 29 de setiembre de 2010, todas de la Sala Constitucional). El desconocimiento de sus propias conductas favorables solo es posible para las señaladas Administraciones acudiendo a los mecanismos de supresión de conductas que pone a su disposición el ordenamiento jurídico, a saber: a) la declaración oficiosa de invalidez de actos que padecan de nulidad absoluta, evidente y manifiesta con arreglo al procedimiento y exigencias que fija el ordinal 173 de la LGAP; b) el proceso de lesividad que regulan los preceptos 173 LGAP, 10.5, 34 y 39 del CPC, así como el 165 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios –en esa materia–; o bien, c) acudir al procedimiento de revocación precisado a partir del artículo 155 de la misma LGAP. Se trata de garantías mínimas que emergen a favor del receptor de los efectos benéficos de un acto de poder público, que exigen a la Administración acudir a esas sendas procedimentales legales para suprimir esa conducta, sin lo cual, no podrá, en ningún caso, desaplicar, desconocer o suprimir las consecuencias fácticas y jurídicas de ese acto previo.-

”(N° 51-2012-VI de las 9:00 horas del 21 de marzo del 2012.)

Por esos motivos, la consecuencia de inobservar este trámite previo está claramente fijada en la misma ley: la anulación administrativa del acto contra lo dispuesto en el artículo citado, será, a su vez, absolutamente nula, quedando la Administración obligada, además, a resarcir los daños, perjuicios y costas consiguientes. Así deberá declararse, siendo que, por innecesario, se omitirá entrar a conocer de los restantes motivos de nulidad esgrimidos contra dicha conducta administrativa.-

XII.- SOBRE LAS PRETENSIONES ANULATORIAS. En el caso bajo examen, se tiene que el Poder Ejecutivo “dejó sin efecto” (cosa que, por lo explicado, se tiene claro que equivale más bien a decir “anuló”) el nombramiento del demandante, no una, sino dos veces; mediante acuerdos ejecutivos N° 102-11 SE y 0157-2011-SE-RE, del 4 de julio y 29 de agosto respectivamente, ambos del 2011 (notificados al actor, por su orden, mediante oficios DGSE-0442-11 y DGSE-0834-2011, de 8 de julio y 25 de noviembre siguientes). No está claro el motivo de ello, atribuyéndolo la representación estatal a *“cuestiones administrativas internas del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”*. Sea como fuere, se trata de actos conexos y en al menos uno de los documentos aportados como prueba (el oficio DGSE-0834-2011 del 25 de noviembre del 2011, a f. 62) se indica que, en virtud del segundo, *“queda en firme”* lo anteriormente acordado (se infiere, en el primero). Ahora bien, como primera pretensión, solicita el actor *“que en sentencia se reconozca el carácter ilegal del acto impugnado por las razones de derecho invocadas, de modo que como resultado final de este proceso,*

se me permita el correcto ejercicio de los derechos aquí reclamados, suspendiéndose el efecto de la resolución recurrida que me afecta, de modo que se ordene al Ministro recurrido la suspensión inmediata de la revocatoria de mi nombramiento y la suspensión de la emisión a concurso de mi cargo". En armonía con lo discutido en los considerandos precedentes, efectivamente procede declarar la nulidad de ambos acuerdos ejecutivos citados, junto con la de los actos posteriores que guarden relación de dependencia con aquéllos (numerales 164.1 y 186, ambos a *contrario sensu*, de la LGAP; y 122 incisos a y k del CPCA), incluyendo las citadas notificaciones; todo ello por infracción a los principios constitucionales y legales de debido proceso e intangibilidad de los actos propios. En lo que toca a permitir al demandante "*el correcto ejercicio de los derechos aquí reclamados*", entiende esta Cámara que se refiere a llegar a desempeñar efectivamente el cargo diplomático de interés. En tal caso, estimamos que la pretensión es improcedente y se debe rechazar. En efecto, puesto que –como se explicó– los cargos del servicio exterior son de confianza y, en principio, deben ser desempeñados por funcionarios de carrera, considera el Tribunal que ordenar que el actor –quien no goza de ese estatus– sea investido del cargo de Consejero con funciones consulares en Cuba equivaldría a sustituir la voluntad del Poder Ejecutivo en una materia de suyo delicada, cual es el manejo de las relaciones internacionales de la República. Se ignora, en todo caso, si a la fecha persisten las circunstancias que en aquel entonces requirieron del nombramiento del accionante en comisión. Por ende y en ejercicio de las facultades que otorga el artículo 131.3 del CPCA, por razones de seguridad jurídica relativas al ejercicio del servicio exterior del país, se dispone exceptuar en este caso del efecto declarativo y retroactivo que de otro modo supondría la declaratoria de nulidad de los actos impugnados, lo relativo a que se deba proceder a investir al actor en el cargo, denegando el aludido extremo petitorio. Lo anterior supone que deba el Poder Ejecutivo proceder a dictar un nuevo acuerdo anulatorio del nombramiento del actor, observando esta vez las prescripciones del numeral 173 de la LGAP, teniendo en consideración el plazo estipulado en el inciso 4) de esa norma, dado que los efectos de dicho nombramiento estarían perdurando, a menos –claro está– que para cuando el fallo quede firme, su período de vigencia ya haya expirado.-

XIII.- La pretensión suspensiva de los efectos de la conducta administrativa ya fue conocida y rechazada por el juez tramitador, al conocer de la medida cautelar propuesta por el accionante. En lo que se refiere a la igualmente peticionada declaratoria de nulidad del concurso N° CCSE-0046-11, por medio del cual se abrió nuevamente a concurso la plaza de Consejero con funciones consulares en la República de Cuba, este Tribunal también estima que lo solicitado es improcedente. En efecto, puesto que el nombramiento original del actor se hizo en comisión, por inopia de funcionarios de carrera (situación que es de suponer que resulta puramente transitoria), está claro –a tenor de lo estipulado en el Estatuto de Servicio Exterior y en las consideraciones efectuadas por la Sala Constitucional en el pluricitado fallo N° 6189-2011– que la posibilidad de libre remoción del primero estaría sujeta a que se llegue a constatar que la mencionada inopia ha desaparecido, cosa que –desde luego– solo es posible por medio de sacar la plaza a concurso. Dicha decisión, en consecuencia, en realidad no guarda una relación de conexidad o dependencia con los actos que aquí se anula, dado que aun cuando éstos no se hubieran producido y el interesado hubiera asumido efectivamente su cargo, el Ministerio de Relaciones Exteriores en modo alguno habría estado impedido de tramitar un concurso como el citado en cualquier momento, con el propósito de lograr que, en definitiva, el cargo sea desempeñado por un funcionario de carrera.-

XIV.- SOBRE LAS PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS. El apoderado del actor formula un reclamo pecuniario, que titula en la demanda como “subsidiario”. En específico, solicita que se repare el *“Daño Material: producido por la imposibilidad de realizar el ejercicio del cargo al señor Velásquez Acuña en su condición de Consejero con funciones consulares, en comisión, en la Embajada de Costa Rica en Cuba. Este daño lo estimare pericialmente en la etapa de ejecución del fallo. Daño Moral: El producido por la angustia e inseguridad del señor Velásquez Acuña al dejar sin efecto el nombramiento de mi representado en la plaza de Consejero con funciones consulares en comisión, en*

la Embajada de Costa Rica en Cuba y la suspensión de su fuente de subsistencia. Todo esto por el Acuerdo Ejecutivo No. 102- 11 SE de la Presidencia de la Republica (sic) y del Ministro de Relaciones Exteriores y Culto. Este daño moral lo estimare (sic) pericialmente en la etapa de ejecución del fallo. Todo lo anterior que se establecerá y determinará pericialmente en la etapa de ejecución del fallo. Conjuntamente todo otro daño y perjuicio que sea demostrado serán liquidados en ejecución de sentencia". En razón de que, por los motivos explicados en los dos considerandos precedentes, este Tribunal ha acordado no conceder el extremo petitorio relativo a permitir al accionante que ingrese al ejercicio efectivo del cargo en que se le había designado, resulta pertinente acoger el reclamo indemnizatorio formulado en subsidio, del modo siguiente:

- a) *En cuanto al daño material.* Al haber anulado ilegítimamente el nombramiento del demandante en el cargo de Consejero con funciones consulares en Cuba, considera esta Cámara que el Poder Ejecutivo efectivamente le produjo un daño pecuniario, derivado de la imposibilidad para aquél de ejercer esa función. No obstante, la fijación del *quantum* de ese daño no debe ser relegada a la fase de ejecución, ni determinada pericialmente, como lo pide; ello por cuanto las bases para fijar el monto del reclamo están acreditadas en esta etapa del proceso, todo ello conforme a lo indicado en el numeral 122.m.i del CPCA. En este sentido, está claro que el monto del daño se concreta en la diferencia salarial existente entre el cargo de Secretario Administrativo en Nicaragua desempeñado por el actor al momento de su designación (la suma de dos mil setecientos cuarenta y nueve dólares mensuales o \$2.749: hecho probado 2) y el que hubiera percibido como Consejero con funciones consulares en Cuba (tres mil ochocientos cuarenta y siete dólares -\$3.847- por concepto de salario base y quinientos cincuenta dólares -\$550- por "costo de vida", para un total de cuatro mil trescientos noventa y siete dólares mensuales o \$4.397: hecho probado 11). Se trata, en consecuencia, de una diferencia de mil seiscientos cuarenta y ocho dólares por mes (\$1.648), que equivalen a cincuenta y cuatro dólares con noventa y tres centavos diarios (\$54,93). Dicho diferencial salarial debió haberlo percibido el actor desde la fecha en que entraba en vigencia su nombramiento (16 de marzo del 2011: hecho probado 4) hasta aquella en que se le notificó que éste había sido dejado sin efecto (8 de julio siguiente: hecho probado 6). Es decir, un total de ciento catorce (114) días. Consecuentemente, el monto del daño material debe ser fijado en la suma total de seis mil doscientos sesenta y dos dólares con dos centavos (\$6.262,02).
- b) *En cuanto al daño moral.* En este extremo, reclama la parte actora que se le indemnice *"la angustia e inseguridad del señor Velásquez Acuña al dejar sin efecto el nombramiento (...) en la plaza de Consejero con funciones consulares en comisión, en la Embajada de Costa Rica en Cuba y la suspensión de su fuente de subsistencia"*. El Tribunal coincide con la representación estatal en que, como se ha acreditado, en ningún momento se ha provocado al demandante la alegada *"suspensión de su fuente de subsistencia"*, puesto que la evidencia acredita que se ha mantenido laborando en su cargo previo como Secretario Administrativo destacado en la Embajada de Costa Rica en Nicaragua (hecho probado 2). No obstante, sí estimamos que la ilegítima anulación de su nombramiento consular en Cuba, sin observancia del debido proceso y en razón de un error imputable únicamente a las instancias del Ministerio de Relaciones Exteriores, produjo al actor una lesión moral subjetiva que éste no está obligado a soportar. Al respecto, cabe recordar que el radio de cobertura de las normas y principios que integran y constituyen el sistema de responsabilidad administrativa trasciende la reparación de daños eminentemente materiales, para incluir dentro de su área de tutela, los daños de naturaleza extrapatrimonial, lo que surge como consecuencia natural de un tipo de responsabilidad que se afina en el daño y el riesgo. Lo anterior encuentra fundamento en la doctrina del numeral 41 constitucional, al establecer el *principio de reparación integral del daño*, que a modo de derecho se confiere a las personas en su marco individual, en su propiedad o bien en sus intereses morales. Se trata del resguardo debido de las infracciones a la situación jurídica de la persona, que incluye su haber patrimonial pero, además, su esfera interna. Así en efecto se colige del ordinal 197 de la Ley General de la Administración Pública, en cuanto dispone que *"Cabrá responsabilidad por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión proferida, respectivamente."* Así las cosas, es evidente que el daño moral se verifica cuando se lesionan la esfera de interés extrapatrimonial del

individuo. Sin embargo, teniendo en claro que su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, bien puede ser cuantificado. Por tanto, se ha de distinguir entre **daño moral subjetivo** y **daño moral objetivo**. Sobre el primero, es abundante la jurisprudencia patria. Desde este plano, vale traer a colación la sentencia N° 226-F-S1-2008 de las 15:26 horas del 14 de marzo del 2008 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto señala:

"El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.).' (...) En el [daño moral subjetivo], se está ante una compensación por padecimientos en el fuero interno. Su indemnización atiende a criterios particulares. Al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, y los principios generales del derecho, sin que la falta de prueba acerca de su magnitud, sea óbice para fijar su importe. Se ha admitido su comprobación a través de presunciones inferidas de indicios, debido a que, se reitera, consiste en el dolor o sufrimiento físico, psíquico, de afección o moral infligido con un hecho ilícito. Por ello se ha indicado que normalmente su campo fértil es el de los derechos de la personalidad, debido a que afecta la intimidad personal, en la psiquis, en el alma o contorno de los sentimientos. Supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas, la cual se traduce en disgusto, desánimo, angustia, padecimiento emocional o psicológico, etc. Es posible colegir el menoscabo pues éste [se da] 'in re ipsa'. (...)." (Los puntos suspensivos, así como lo indicado entre paréntesis cuadrados, son nuestros.)

Sobre su cuantificación y por su naturaleza misma, el daño moral subjetivo no requiere de una prueba directa, sea, es de valoración prudencial del juzgador. Esto obedece a que se trata de una afectación que se produce en el seno interno de la persona. En relación, la Sala Primera de previa mención, en sentencia N° 537 de las 10:40 horas del 3 de setiembre del 2003, señaló:

"...Se deduce a través de las presunciones inferidas de indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe 'in re ipsa'. Tampoco se debe probar su valor porque no tiene un valor concreto. Se valora prudencialmente. No se trata, entonces, de cuantificar el sufrimiento, pues es inapreciable, sino de fijar una compensación monetaria a su lesión, único mecanismo al cual puede acudir el derecho, para así reparar, al menos en parte, su ofensa."

Aún esto, es criterio de este órgano colegiado que si bien su otorgamiento no se encuentra condicionado o sujeto a factores probatorios, no sucede lo mismo cuando se trata de establecer el nexo causal que permite solicitarlo. Es decir, la relación de causalidad que permitiría entender por ocurrido el daño moral subjetivo debe ser acreditada, al menos, con la vinculación de un proceder o inercia pública como fuente causante de la lesión interna. Por otra parte, pese a la dispensa demostrativa aludida –relativa en principio a la cuantía– su fijación está sujeta a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. De ahí que en cada caso, la autoridad jurisdiccional debe ponderar las particularidades y alcances del conflicto, a efectos de que su otorgamiento y cuantificación se ajuste a dichos criterios rectores y no desemboque en indemnizaciones excesivas que lleven a beneficios injustificados. Ergo, su fijación ha de guardar un justo equilibrio con el cuadro fáctico específico. Como derivación de lo indicado, tratándose de solicitudes de imputación de responsabilidad de la Administración Pública, aún en el ámbito del daño moral (cuya tutela se desprende del ordinal 197 *ibidem*), se ha de demostrar, al menos, que los hechos en los que se soporta el pedimento, han ocurrido. No basta alegar la existencia de padecimientos internos, debe demostrarse al menos, los hechos que en teoría, han originado tal detrimento. En otras palabras, si bien es cierto que en los supuestos en que se alegue un daño moral subjetivo no es necesario demostrar su cuantía, también lo es que sí debe demostrarse no solo la existencia del daño, sino el nexo de causalidad con la conducta que presuntamente lo provocó, con excepción de aquellos casos en que por la experiencia humana sea evidente el sufrimiento, la angustia o el dolor ocasionado a

consecuencia de una determinada conducta, como por ejemplo: la amputación de una extremidad; el fallecimiento de un ser querido; entre otros. A partir de lo anterior y desde nuestra óptica, en el *sub examine* es dable inferir, a partir de la recién citada experiencia humana, que el hecho de que una persona reciba la noticia de que va a ser designada en un cargo y luego, sin habersele dado siquiera la oportunidad de comenzar a desempeñarlo, se le comunique que el nombramiento queda sin efecto, inobservando los necesarios trámites legales y en razón de un error jurídico que no le es atribuible, necesariamente genera angustia y desánimo. La representación del Estado intenta desvirtuar esta circunstancia, alegando que nunca se le notificó al actor el Acuerdo Ejecutivo N° 042-11 SE en el cual se hizo su nombramiento, de manera que no se enteró del nombramiento del cual había sido objeto sino hasta que se le notificó la revocatoria. Es decir, pretende negar que se haya producido alguna clase de desengaño o pérdida de ilusiones a cuenta de su nombramiento. No obstante, la prueba demuestra (ver hecho 5) que el demandante sí tuvo conocimiento anticipado de la designación, al menos desde el 10 de marzo del 2011, puesto que en esa fecha recibió un correo electrónico del señor Édgar García Miranda, Director General de Política Exterior, relativo a algunos problemas atinentes a la cobertura del seguro médico en Cuba; cosa que desde luego carecería de sentido para él si no es porque previo a eso se le había informado, por alguna otra vía, que había sido nombrado en ese país. En consecuencia, este órgano colegiado se inclina por conceder el rubro peticionado, el cual, de manera prudencial, fija en la suma de un millón de colones.-

c) *Con relación a otros eventuales daños y perjuicios.* Finalmente, pretende el actor que se le repare “*todo otro daño y perjuicio que sea demostrado*” y que “*serán liquidados en ejecución de sentencia*”. Al respecto, debe indicarse a esa parte que, conforme a lo reseñado en los párrafos precedentes, este Tribunal no tiene por demostrada ninguna otra clase de daño más que los ya otorgados, de manera que resulta improcedente su pretensión de discutir cualquier otro en la etapa de ejecución. En lo relativo a los perjuicios, el único que cabe otorgar deriva del hecho de que los daños acreditados constituyen sumas de dinero, sobre las cuales procede fijar el pago de intereses. En efecto, de conformidad con el artículo 706 del Código Civil: “*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 disposición de la ley, cuando la obligación es de las llamadas de dinero o pecuniarias, los daños y perjuicios reclamables consisten en el pago de los intereses moratorios calculados, en ausencia de otra estipulación al respecto, al tipo de cambio legal, que en el caso de las condenatorias en daños y perjuicios –conforme a los ordinarios 706 y 1163 del Código Civil– es igual al que pague el Banco Nacional de Costa Rica por los certificados de depósito a seis meses plazo. Se sigue de todo lo dicho, que lo que procede otorgar en el *sub lite* por concepto de perjuicios, son los intereses legales sobre las sumas conferidas, réditos que deberán correr desde la firmeza de este fallo y hasta la fecha de su efectivo pago, a liquidar en fase de ejecución de sentencia. El otorgamiento de los intereses legales supone de manera implícita la actualización del valor de la obligación para los efectos del ordinal 123 del CPCA.-”

7. Acto administrativo: Distinción entre la revocación y la nulidad del acto

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II]^{viii}

Voto de mayoría

“V) Sobre el primer agravio del Estado: El Tribunal encuentra que el argumento que la representación del Estado presenta no es de recibo, no incurriendo la sentencia de primera instancia en vicio de incongruencia, ni en ***extra petita*** (conceder más allá de lo pedido), como se aduce en el recurso. Se llega a esa conclusión, de la ***revisión integral*** del escrito donde la parte actora dedujo se demanda (folios 100-155), donde se evidencia que la parte actora expresó que su pretensión material, consistía en anular o invalidar las resoluciones 796-01-TAA y 199-02-TAA del

Tribunal Ambiental Administrativo y no propiamente revocar éstas. Se afirma lo anterior, porque si bien es cierto en el acápite denominado "petitoria" (folio 151), se pide que "**(...) se proceda a REVOCAR Y SE DEJE SIN EFECTO Y VALOR LEGAL ALGUNO la resolución recurrida 796-01-TAA, y la 199-02-TAA y por tanto dejar el acto administrativo sin efecto legal alguno (...)**" (las mayúsculas corresponden al original), y no se utilizan las palabras "anular" o "invalidar", del contexto se evidencia que lo pedido por la parte, es precisamente eso último y no revocar, en sentido estricto, dichos actos administrativos. Así, si bien es cierto, la revocación y la anulación de los actos administrativos son considerados conceptos diferentes según la doctrina e incluso tienen un régimen jurídico distinto, es patente del análisis del contexto de dicho escrito, que en este caso lo que se pidió fue la anulación y no la revocación de los actos cuestionados. En el sentido anterior: para la autor español Fernando Garrido Falla (Tratado de derecho administrativo, Volumen I, Madrid, Tecnos, 12^a edición, p. 517), la revocación y la anulación de los actos administrativos se distinguen por dos criterios fundamentales: "**Aunque entre los que admiten la necesidad de la distinción técnica entre ambas nociones no existe opinión unánime respecto de la elección del criterio diferenciador, cabe, empero, afirmar que son dos los criterios fundamentales que se han manejado: a) El criterio del órgano, entendiéndose que hay revocación cuando es la propia Administración la que elimina un acto anterior, y anulación cuando la eliminación del acto corre a cargo de los tribunales contencioso-administrativos. Este es el criterio más admitido por nuestra doctrina y jurisprudencia. b) El criterio del motivo o fundamento, entendiéndose que hay revocación cuando la eliminación del acto administrativo se produce por motivos de oportunidad, mientras que la anulación se dicta por motivos de legalidad, es decir, por falta de adecuación del acto administrativo o de sus elementos (alguno de los cuales está viciado), con el Derecho objetivo**". De esta diferenciación que hace la doctrina, se ha hecho eco nuestro ordenamiento positivo, específicamente los artículos 152 y 158 de la Ley General de la Administración Pública, que disponen:

"Artículo 152.-"

- 1. El acto administrativo podrá revocarse por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, con las excepciones que contempla esta ley.**
- 2. La revocación deberá tener lugar únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin.**

Artículo 158.-

- 1. La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.**
- 2. Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.**
- 3. Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.**
- 4. Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.**
- 5. Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente."**

Dicho lo anterior, si se observa la totalidad de la demanda, se encuentra que la parte actora en todo momento cuestiona que los actos administrativos que se le aplicaron, son contrarios al ordenamiento, aduciendo múltiples razones para impugnarlos, sin que en algún momento plantea que dichos actos son inoportunos o inconvenientes. De esa manera, la sentencia de primera instancia que se comenta, resolvió correctamente sobre la pretensión anulatoria planteada por la parte actora, no existiendo la violación al principio de congruencia que se acusa. Finalmente, cabe acotar que el hecho de haber tomado nota de la aclaración de la pretensión que hizo la parte actora, en su escrito de conclusiones (folio 694), no constituye causal de cambio del objeto del proceso, cuando ya esa posibilidad estaba vedada por el ordenamiento procesal (*mutatio libeli*), como lo reclama la parte demandada, sino más bien constituyó una forma de interpretar razonablemente los alcances de la acción planteada, para no incurrir en denegación de justicia."

8. Bienes públicos: Características y distinción con los de dominio privado

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V]^{ix}

Voto de mayoría

"IV.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE BIENES PÚBLICOS Y PRIVADOS: Respecto al tema de los bienes del Estado; y siendo ese un aspecto de obligatorio tratamiento en el presente caso, conviene transcribir -en lo que interesa- lo aclarado por la Sección Segunda de este Tribunal en el Voto N° 336-2005 de las once horas del veintisiete de julio del dos mil cinco: "(...) *El Estado y las demás entidades públicas, poseen dos tipos de bienes: públicos y privados. El artículo 261 del Código Civil dispone: "Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona". Lo anterior debe relacionarse con el artículo 121 inciso 4) de la Constitución Política, que establece como atribución de la Asamblea Legislativa, decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación". Los bienes de dominio público se caracterizan por ser inalienables, imprescriptibles e inembargables, en consecuencia fuera del comercio de los hombres. Sobre el tema, la Sala Constitucional ha expresado: / "II.- EL CONCEPTO DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LOS MEDIOS JURÍDICOS PARA INTEGRARLO.- Por dominio público se entiende el conjunto de bienes sujeto a un régimen jurídico especial y distinto al que rige el dominio privado, que además de pertenecer o estar bajo la administración de personas jurídicas públicas, están afectados o destinados a fines de utilidad pública y que se manifiesta en el uso directo o indirecto que toda persona pueda hacer de ellos. La doctrina reconoce el dominio público bajo diferentes acepciones, como bienes dominicales, cosas públicas, bienes públicos o bienes demaniales. Sobre este concepto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia expresó en su Sentencia No.189-F-S1-2011, de las nueve horas quince minutos del tres de marzo de dos mil once lo siguiente: / "VI.-...Por ello, resulta fundamental referirse al concepto de dominio público y en particular a los alcances del artículo 261 del Código Civil, el cual diferencia entre bienes públicos privados, así como los criterios con base en los cuales se puede distinguir entre ambos. Al respecto, establece: "Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. / todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona". Como se extrae, la definición de los bienes privados se hace en forma residual, es decir, pertenecen a esta categoría todos aquellos que no presenten ninguna de las características señaladas para los demaniales. La jurisprudencia constitucional, tomando en cuenta lo preceptuado por la norma citada, se ha referido sobre los bienes que integran el dominio público en los siguientes términos: "son aquellos que tienen una naturaleza y régimen jurídico diverso de los bienes privados, los cuales se rigen por el derecho de propiedad en los términos del artículo 45 de la Constitución Política; en tanto por expresa voluntad del legislador se encuentran afectos a un destino especial de servir a la comunidad, sea, al interés público, y que , por ello, no pueden ser objeto de propiedad privada, de modo que están fuera del comercio de los hombres, por lo cual no pueden pertenecer individualmente a los particulares, ni al Estado, en sentido estricto, por cuanto éste se limita a su administración y tutela(...) Así, se trata de bienes cuya titularidad ostenta el estado en su condición de administrador, debe entenderse que se trata de bienes que pertenecen a la Nación, con lo cual conforman parte del patrimonio público; y que, por su especial naturaleza jurídica, presentan los siguientes atributos: son imprescriptibles, lo cual implica que por el transcurso del tiempo, no puede adquirirse el derecho de propiedad sobre ellos, ni siquiera de mera posesión, es decir, no pueden*

adquirirse mediante la usucapión, así como tampoco pueden perderse por prescripción; motivo por el cual, los permisos de uso que la Administración conceda sobre ellos, siempre tienen un carácter precario, lo cual hace que puedan ser revocados por motivos de oportunidad o conveniencia en cualquier momento por la Administración- en los términos previstos en los artículos 154 y 155 de la Ley General de la Administración Pública-, y las mismas concesiones que se otorguen sobre ellos para su aprovechamiento, pueden ser canceladas mediante procedimiento al efecto; son inembargables, que hace que no pueden ser objeto de ningún gravamen o embargo, ni por particulares, ni por la Administración, y son inalienables, lo que se traduce en la condición de que está fuera del comercio de los hombres, de donde no pueden ser enajenados, vendidos o adquiridos, ni a título gratuito ni oneroso, ni por particulares, ni por el Estado, de modo que están excepcionados del comercio de los hombres y sujetos a un régimen jurídico especial y reforzado. Además su uso y aprovechamiento está sujeto al poder de policía, en tanto, por tratarse de bienes que no pueden ser objeto de posesión y mucho menos de propiedad, su utilización y aprovechamiento es posible únicamente a través de actos debidamente autorizados, sea mediante concesión o permiso de uso, otorgado por la autoridad competente; y al control constante de parte de la Administración pública, De manera que comprende bienes inmuebles que tienen una naturaleza y régimen jurídico virtualmente opuesto a la propiedad privada que deriva de lo dispuesto en el artículo 45 constitucional (Voto 2007-2408 de las 16 horas 13 minutos del 21 de febrero de 2007).

V.- SOBRE LA PRESCRIPCIÓN. IMPOSIBILIDAD DE POSEER O USUCAPIR BIENES DE DOMINIO PÚBLICO. Entratándose de bienes demaniales, rigen normas y principios de derecho público administrativo, distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico común, para los bienes privados, como los que se establecen en el Código Civil. Por ello, frente a los derechos reales administrativos, no resultan aplicables los conceptos y principios del derecho civil. Así las cosas, frente a bienes de dominio público, no cabe hablar, como establece el Código Civil y alega el actor de “derechos de posesión”, sino por el contrario, de “permisos de uso de dominio público”, previa solicitud del administrado, -por supuesto-, y acuerdo de la Administración en otorgarlo, los que, en todo caso, son revocables por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad para la Administración (artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública). En el presente caso, el señor Claudio Molina Salazar no ostenta ningún permiso de uso, ni el propietario del terreno le ha reconocido un derecho a título precario, ni siquiera ha demostrado encontrarse en condición de ocupante del inmueble propiedad del INVU. En todo caso aún y cuando, el codemandado Molina Salazar insista en que se encuentra en posesión del referido inmueble, desde hace más de veinticinco años, como lo señala en su contestación, lo cierto es que, los bienes de dominio público, tienen como característica la imprescriptibilidad, por lo que cualquier posesión que se alegue carece de efectos jurídicos, pues no existe posibilidad jurídica de adquirir la propiedad por usucapión, al tratarse de bienes imprescriptibles, de allí que tampoco pueden perderse por prescripción. Así las cosas, debe rechazarse la defensa de prescripción opuesta por el accionado Molina Salazar. En este sentido, debe tenerse en consideración que tratándose de bienes demaniales, éstos se hallan fuera del comercio de los hombres, por lo que, no pueden venderse, enajenarse, hipotecarse, traspasarse o gravarse de cualquier forma. Así las cosas, el bien inmueble descrito en el plano catastrado SJ 278898-95, que forma parte de la finca N° 137.313-000, propiedad del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, no podía ser poseído, arrendado, ni traspasado a particulares, al encontrarse fuera del comercio de los hombres por tratarse de un bien del demanio público. Razones por las que el contrato privado de venta de lote y cesión de derechos de posesión que el señor Róger Mora Valverde realiza en favor de Claudio Molina Salazar con base en el plano catastrado a nombre del señor Mora Valverde número SJ-43538-92 y sobre el que dice haber ejercido una posesión de más de diez años, carece igualmente de efectos jurídicos.”

9. Permiso de uso de dominio público: Carácter precario en caso de cafetería dentro de institución pública

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]^x

Voto de mayoría

"IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS BIENES DEMANIALES: La Constitución Política en el artículo ciento veintiuno inciso catorce, señala: " (...) Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...) 14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación (...)" . Esta disposición constitucional ha sido desarrollada en el Código Civil, en los artículos 261 a 263; el artículo 261 indica: "Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona". Por su parte el artículo 262 menciona: "Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas". Así, como dominio público se entiende el conjunto de bienes sujeto a un régimen jurídico especial y distinto al que rige el dominio privado, que además de pertenecer o estar bajo la administración de personas jurídicas públicas, están afectados o destinados a fines de utilidad pública y que se manifiesta en el uso directo o indirecto que toda persona pueda hacer de ellos o por una utilidad especialmente reconocida por la utilidad. Conforme la normativa citada, el Estado posee tanto bienes de dominio público, como privado; los bienes públicos son aquéllos a los cuales una ley les da un destino para uso público o general, se les denomina "demaniales" y son inalienables, imprescriptibles, inembargables e indenunciables. Sobre este concepto la Sala Constitucional expresó en su Sentencia No. 2306-91 de las 14:45 horas del seis de noviembre de mil novecientos noventa y uno lo siguiente:

"El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son los llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio... En consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público, como las vías de la Ciudad Capital, sean calles municipales o nacionales, aceras, parques y demás sitios públicos, los coloca fuera del comercio de los hombres..." .

En el mismo sentido, la Sala Constitucional en sentencia número 2000-06903 de las 15:48 horas del 8 de agosto de 2000, estimó:

"...II.- En cuanto a la naturaleza de los bienes demaniales o bienes públicos, esta Sala ha dicho en su jurisprudencia que: "... la naturaleza y régimen jurídicos son diferentes tratándose de propiedad privada o de propiedad pública o del Estado, ello por cuanto la primera es regulada de conformidad con el artículo 45 Constitucional y la normativa del Código Civil pertinente, de manera que se protege la inviolabilidad de la misma, introduciéndose el concepto de función social, de manera que no se puede privar a nadie de la suya si no es motivado en un interés social y mediante ley aprobada por la Asamblea Legislativa con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Por su parte, la regulación de la propiedad demanial se fundamenta en el inciso 14.) Del artículo 121 Constitucional,

como ya lo indicó esta Sala por resolución número 2306-91, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del seis de noviembre, de modo que su naturaleza jurídica es virtualmente diferente, la cual indicó que: "El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos de Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdicto para recuperar el dominio. Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión...".

Hasta aquí hemos tratado los bienes de demaniales en una sola clasificación cuando en realidad estamos en presencia de tres categorías diferentes, aún cuando directamente relacionadas. Un primer grupo de bienes lo componen aquellos destinados al uso general, como el caso de las calles, los parques, la playa, entre otros. No está por demás señalar que el listado de este tipo de bienes esta determinado tanto geográficamente, como históricamente, pues mientras en una sociedad un determinado bien encaja en esta categoría un bien, en otra la situación puede ser diametralmente opuesta. La determinación de esa afectación es una decisión jurídico - política a cargo del Estado; sin que sea un aspecto connatural al bien en si mismo. Se trata de una afectación directa al uso público, que justifica su pertinencia y utilidad en corresponder a esta clasificación. El segundo grupo de bienes demaniales lo componen aquellos cuyo uso público es indirecto, correspondiendo a todos aquellos afectos de manera directa a un servicio público. Paranadie es un secreto que el concepto de servicio público ha estado en cuestionamiento y reconstrucción en las últimas décadas a partir de una serie de procesos de liberalización y aperturas de mercado, en el entendido que esas actividades en el fondo no son más que económicas y muy lucrativas, lo que determina el interés privado en su participación. En todo caso y sin pretender entrar más en un concepto por demás frágil e sclaro que al margen de la titularidad del servicio, en tanto público, satisface un interés general o colectivo; de manera que los bienes que lo componen le resultan indispensables para evitar una afectación a la colectividad. Por eso se indica que su relación con la sociedad es indirecto, en la medida que su uso colectivo no es por propia mano con las personas sino en el servicio propiamente dicho. De aquí que de manera reiterada este Tribunal ha señalado en ocasiones anteriores que estos bienes tienen una naturaleza y régimen jurídico diverso de los bienes privados, en tanto, por expresa voluntad del legislador se encuentran afectos a un destino especial de servir a la comunidad , sea al interés público, y que por ello, no pueden ser objeto de propiedad privada, de modo que están fuera del comercio de los hombres, por lo cual, no pueden pertenecer individualmente a los particulares, ni al Estado, en sentido estricto, por cuanto éste se limita a su administración y tutela. Así, lo que define la naturaleza jurídica de los bienes demaniales es su destino, en tanto se afectan y están al servicio del uso público, según lo ha reconocido la doctrina en la materia, así, Marienhoff, Miguel S., en su obra Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1992., pag. 25, consideró: "Para que un bien o cosa sea considerado como dependencia del dominio público, y sea sometido al régimen pertinente, es menester que dicho bien o cosa estén afectados al «uso público», directo o indirecto, debiendo tratarse, en este «último» supuesto, de cosas afectadas directamente -como «bienes finales» o «bienes de uso»- a la utilidad o comodidad común, quedando excluidos de la dominialidad de los bienes el Estado que revistan carácter simplemente instrumental."

Antes de retomar algunos de los conceptos indicados en esa definición se hace necesario incluir la tercera categoría de bienes de esa naturaleza y que corresponde a lo que se entiende como el patrimonio especial del Estado, de suerte que es posible ubicar una serie de bienes (enunciados en la misma Constitución Política pero sin que deba entenderse que esa lista es numerus clausus) son patrimonio del Estado sobre los cuales el comercio se realiza sin posibilidad de apropiación. Se

trata del denominado patrimonio público, donde ciertos bienes no son objeto de comercio ordinario lícito. Una interpretación integral de la norma permite comprender que este retiro ordinario de la actividad económica debe ser para asegurar la distribución de la riqueza en los términos de los artículos cuarenta y cinco y cincuenta constitucional. En todo caso, y al margen de las tres categorías, nótese que el énfasis de la diferenciación de los bienes privados de los de dominio público se da en relación al destino del bien, sea, al hecho de estar afectos a un uso común o al servicio del bien común; tal y como lo consideró con anterioridad la Sala Constitucional en sentencia número 2301-91, de seis de noviembre de mil novecientos noventa y uno. Como ya se indicó, en razón de lo anterior, notas características de los bienes demaniales es que son inalienables, imprescriptibles, e inembargables, es decir, que se trata de bienes que están fuera del comercio ordinario de los hombres, de manera que su dominio o posesión no puede ser traspasado, ni a título gratuito ni oneroso; no pueden perderse por prescripción, así como tampoco, pueden ganarse por usucapión, de modo que son bienes que conservan su vigencia jurídica permanentemente; y no son susceptibles de embargo. Se trata de bienes cuya titularidad ostenta el Estado en su condición de administrador, debe entenderse que se trata de bienes que pertenecen la "Nación", con lo cual, conforman parte del patrimonio público; y que, por su especial naturaleza jurídica, presentan los siguientes atributos: son imprescriptibles, lo cual implica que por el transcurso del tiempo, no puede adquirirse el derecho de propiedad sobre ellos, ni siquiera de mera posesión, es decir, no pueden adquirirse mediante la usucapión, así como tampoco pueden perderse por prescripción; motivo por el cual los permisos de uso que la Administración concede sobre ellos, siempre tienen un carácter precario, lo cual hace que puedan ser revocadas por motivos de oportunidad o conveniencia en cualquier momento por la Administración –en los términos previstos en los artículos ciento cincuenta y cuatro y ciento cincuenta y cinco de la Ley General de la Administración Pública–; y las mismas concesiones que se otorguen sobre ellos para su aprovechamiento, pueden ser canceladas, mediante procedimiento al efecto; son inembargables lo que hace que no pueden ser objeto de ningún gravamen o embargo, ni por particulares, ni por la Administración; y son inalienables, lo que se traduce en la condición de que están fuera del comercio de los hombres; de donde no pueden ser enajenados, vendidos o adquiridos, ni a título gratuito ni oneroso, ni por particulares, ni por el Estado, de modo que están excepcionados del comercio los hombres y sujetos a un régimen jurídico especial y reforzado. Además su uso y aprovechamiento está sujeto al poder de policía, en tanto, por tratarse de bienes que no pueden ser objeto de posesión, y mucho menos de propiedad, su utilización y aprovechamiento es posible únicamente a través de actos debidamente autorizados, sea mediante concesión o permiso de uso, otorgado por la autoridad competente; y al control constante de parte de la Administración Pública. De manera que comprende bienes inmuebles que tienen una naturaleza y régimen jurídico virtualmente diverso a la propiedad privada, que deriva de lo dispuesto en el artículo cuarenta y cinco constitucional. Un bien público puede ser natural o artificial, según se trate de bienes declarados públicos por el legislador considerándolos en el estado en que la naturaleza los presenta u ofrece (un río por ejemplo), o de bienes declarados públicos por el legislador pero cuya creación o existencia depende de un hecho humano (construcción de una calle o un parque público, por ejemplo). La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad y puede efectuarse por ley o por acto administrativo. La doctrina hace la distinción entre "asignación del carácter público" a un bien con la "afectación" de ese bien al dominio público. La asignación del carácter público significa establecer que ese bien determinado tendría calidad demanial; así, por ejemplo, la norma jurídica general diría que todas las vías públicas son integrantes o dependientes del dominio público y ello quiere decir que lo son las actuales y las que se lleguen a construir. En cambio, la afectación significa que el bien declarado dominical queda efectivamente incorporado al uso público y esto tiene que ver con la aceptación y recibo de obras públicas cuando se construyen por administración o por la conclusión de las obras y su recibo oficial, cuando es un particular el que las realiza (construcción de una urbanización o fraccionamiento, por ejemplo).- Es por esto que se dice que la afectación puede ser declarada por ley en forma genérica, o bien por un acto administrativo, el cual, necesariamente,

deberá conformarse con la norma jurídica que le sirve de referencia (principio de legalidad) ..." (Voto No. 3145-96 de 28 de junio de 1996 (...)" Adicionalmente, existe la figura de la "desafectación", que se trata de "la situación jurídica por la que un bien deja de pertenecer al dominio público (...) los bienes que son desafectados se convierten, en principio, en bienes patrimoniales de la Administración titular, que, en su caso, podrá enajenarlos (...)"(voto 035-2009-SVII, Tribunal Contencioso Administrativo).

V.- SOBRE LAS AUTORIZACIONES Y PERMISOS: Contrario de lo que sucede en las concesiones administrativas, en las cuales la Administración transfiere ciertas potestades públicas en un particular, sea persona física o jurídica, en las autorizaciones, la Administración, hace un "*levantamiento de barreras*" para el ejercicio de un derecho que ya se tiene, pero que aún administrativamente no se declara a favor del solicitante y cumplidor con los requisitos que impone el ordenamiento jurídico como un todo. De allí que, siguiendo a Manrique Jiménez (JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA, 1º edición, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997), la Administración que autoriza no delega potestades ni constituye derechos, simplemente los declara, pues los derechos ya existen antes de la respectiva declaración, en razón del cumplimiento del ordenamiento jurídico confirmado por quien solicita, en buen derecho, la autorización misma. Hay entonces, de parte de la Administración autorizante, una declaración de voluntad a favor de aquella persona pública o privada que haya cumplido con todos y cada uno de los requisitos normados, limitándose la Administración a ponderar la legalidad de lo solicitado en el ámbito del interés público que la misma Administración debe tutelar. Se trata en el mejor sentido de la palabra, de un acto constatativo una vez verificados una serie de requerimientos legales. Se sostiene, en principio, que frente al ejercicio de un derecho subjetivo, urgido para su realización de un acto de habilitación de la Administración, no cabe la discrecionalidad administrativa, toda vez que la Administración autorizante está jurídicamente obligada a dictarla, cuando el solicitante haya previamente cumplido con los requisitos normativos, por lo que, encontramos en la autorización, dos dimensiones de actos reglados: los relacionados con el contenido de la autorización y el acto de su declaración que debe ser congruente con los motivos y fines que la justifiquen. Sin embargo, la Administración no pierde por ello, una vez dictado el acto autorizante, las potestades de tutela y control en el uso y disfrute del permiso, de la licencia o autorización. Su prerrogativa originaria como Administración que debe satisfacer y velar por los intereses públicos no desaparece con la simple declaratoria, expresa o implícita de la autorización. En esencia, entonces, no desaparece de la Administración su potestad de revocar o anular licencias o aprobaciones, ante licencias sujetas a condición o licencias ilegalmente otorgadas; claro está, siempre que con ello se haya cumplido el procedimiento legal, que garantice la plena participación del interesado y en especial el derecho de defensa y el debido proceso en general. En efecto, el derecho subjetivo del solicitante de la autorización nace con el cumplimiento cabal del ordenamiento jurídico, sin que la Administración pueda rebatir o desconocer su declaratoria; pero tampoco es válido del solicitante pretender la aplicación individual de una declaratoria de su derecho cuando no haya cumplido con los requisitos normados para la generalidad. Por autorización se tiene como un acto de "habilitación o permisión", entendiéndose como el "*acto administrativo por el cual la administración pública le concede al administrado la potestad de ejercer derechos preexistentes después, de una apreciación discrecional de su oportunidad y utilidad respecto del interés general, la autorización, en tal supuesto, obedece a una petición expresa del administrado pero que, generalmente, es discrecional en cuanto a motivo y contenido. La diferencia entre este tipo de autorización y licencia, en sentido estricto, radica en que la última tiene un efecto similar a la autorización pero normado, esto es, su contenido es reglado.*" (JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké. pág. 449) Por su parte, el permiso se entiende con aquel "*acto que autoriza a una persona - administrado- para el ejercicio de un derecho, en principio, prohibido por el propio ordenamiento jurídico. Es una exención especial respecto de una prohibición general en beneficio de quien lo solicita. Con el permiso se tolera o permite realizar algo muy específico y determinado. Su naturaleza consiste en remover un obstáculo legal para el ejercicio de un poder preexistente, se dice que es una concesión*

*de alcance restringido, puesto que, otorga derechos de menor intensidad y de mayor precariedad" y que además "siempre se otorga un derecho debilitado nuevo que supone una excepción a una prohibición de orden público" (JINESTA LOBO, Op Cit, págs. 456 y 457). En términos generales ambos vocablos suelen confundirse, mas los dos coinciden en que debe mediar un derecho preexistente, en cuanto a los permisos de uso, que es el tema que ahora nos trae, es conveniente señalar lo dispuesto por el artículo ciento cincuenta y cuatro de la Ley General de la Administración Pública que literalmente establece: "**Artículo 154.-** Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación." En igual sentido el canon ciento sesenta y uno del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, reza "**Artículo 161.— Permiso de uso.** En los bienes de dominio público la Administración podrá otorgar permisos de uso, los cuales serán motivados en razones de oportunidad o conveniencia para el interés general, siempre y cuando no implique una desmejora en la disposición del bien.// En todo caso se entenderán otorgados a título precario, por lo que podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración. La revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación." Refiriéndose expresamente sobre el permiso de uso en bienes de dominio público, el Tribunal Constitucional ha señalado: "Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad. El permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa. La precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por la construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública." (Voto 5976-93 de las quince horas con cuarenta y dos minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres, de la Sala Constitucional). En el mismo sentido, señaló: "... están sujetos a un uso público determinado por ley, por lo que la detención privada deviene en excepcional al destino por el que esos terrenos están afectados, requiriendo para legitimarla un acto expreso de la Administración, que en el presente caso consiste en un permiso de uso otorgado vía resolución administrativa. El derecho administrativo regula los permisos de uso en el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública, el cual establece que "Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación", por lo que el permiso de uso constituye básicamente un acto de voluntad unilateral de la Administración Pública, que por razones de conveniencia y en forma temporal permite que un administrado disfrute a título precario de un bien de dominio público, no sometido al comercio de los hombres y que como tal, puede ser revocado por la misma Administración sin responsabilidad, siempre y cuando se cumpla con lo estipulado en el artículo citado. En ese sentido el permiso de uso se caracteriza por ser un acto esencialmente unilateral de la Administración justificado en circunstancias que se ubican dentro de la esfera del poder discrecional, que pone en manos del particular el dominio útil del bien, reservándose el Estado el dominio directo sobre la cosa. Tal y como esta Sala en forma reiterada ha dispuesto, los permisos de uso poseen una característica especial: la precariedad, que le es consustancial y que alude a la posibilidad de que la Administración lo revoque en cualquier momento, sin indemnización alguna, si llegare a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, en cuyo caso debe prevalecer el uso dado por el ordenamiento o la necesidad del estado de ocupar plenamente el bien" (voto 2777-98 de las 11:27*

horas del 24 de abril de 1998). La doctrina italiana tratando de hacer un poco más accesibles los conceptos ha señalado que el medio de facilitación de un bien público a manos privadas sin perder la titularidad se ubica en la figura de la concesión, realizado mediante concurso, por oposición y con plenas garantías administrativas de estarse tomando la persona idónea para cumplir esa labor; mientras que el permiso y la autorización, como figuras menores, la determinación es un acto absolutamente discrecional, ante la ausencia de concurso, lo que determina su precariedad. En consecuencia se trataría de figuras menores en degradación (al respecto es interesante el tratamiento otorgado por Sayagues Lazo al respecto). En teoría no debería conjugar las figura de la concesión, la autorización y el permiso; pero en nuestra realidad y bajo esa posición es posible que convivan, siendo el vivo ejemplo el caso del servicio público en modalidad taxi, donde es posible ubicar concesionarios (escogidos por concurso), permisionarios (personas que satisfacen los requisitos pero no fueron electos mediante concurso) y autorizados (cuando no se reúnen los requisitos, pero se permite el ejercicio de la actividad determinados por el interés público); fenómeno que de manera progresiva la cartera correspondiente ha estado erradicando.

VI. EN CUANTO LA PRETENSIÓN EN CONCRETO: La base de la teoría del caso del actor se sustenta en que al haber cancelado un canon por el permiso de uso que presentaba, sumado al pago de servicios públicos se generó una mutación del instituto jurídico, para estar regido por el régimen inquilinario. Al respecto el Tribunal debe ser más que en efecto en rechazar esa posición. Tanto el artículo ciento cincuenta y cuatro de la Ley General de la Administración Pública, como el ordinal ciento sesenta y uno del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa ya transcritos resultan ser contestes con el carácter precario del permiso de uso, que en este caso sería sobre un bien demanial. Véase como se trata del edificio de la Dirección General de Migración y Extranjería dependencia pública que es bien demanial en cuanto está dedicada de manera directa a la prestación de un servicio público, a saber la emisión de pasaportes, cédulas de residencia, y en general lo referente al estatus migratorio de las personas extranjeras . Cualquier afectación a la dependencia lleva implícito una repercusión al servicio como un todo , lo que lleva aparejado el carácter demanial del bien . Siendo de esa naturaleza el bien, resultaba procedente el otorgamiento de permisos de uso, como en efecto se dispuso; los que como se ha venido señalando resulta manifiestamente precarios y revocables por imperio de ley sin asumir responsabilidad alguna, salvo en los supuestos de resultar intempestiva la orden o en los supuestos de sacrificio especial , singular e intenso que establece la misma Ley General de la Administración Pública (sin perjuicio de que alguna parte de la doctrina ha llegado a sostener que incluso en esos casos tampoco procede indemnización alguna por el carácter ilegal de cualquier reclamo en esas circunstancias) . El concepto precario refiere a la posibilidad de revocación por razones de oportunidad, conveniencia o incluso de legalidad sin responsabilidad de por medio, en tanto no genera derecho subjetivo alguno para el permisionario. Es una mera facilitación de un área del espacio público para la generación de servicios accesorios a juicio de la Administración interesada, pero suprimible en cualquier momento en el mismo nivel de discrecionalidad que el acto que lo generó. Donde no existió concurso, contención alguna, presentación de garantías o en general algún mecanismo que le otorgará algún nivel de estabilidad para el interesado. La posibilidad de revocar es una cláusula implícita en el acto ha dicho la doctrina (ver tesario de Ortiz Ortiz, Eduardo y Jinesta Lobo, Ernesto), en cuando es consabido por el interesado. Advirtiendo que si bien cierto es normal que el acto autorizatorio se plasme en un documento firmado por el interesado y la Administración no por ello se niega el carácter unilateral de la determinación , bajo ningún aspecto estaríamos frente a un acuerdo de voluntades en los términos del derecho privado, con negociación y efecto de ley entre ellos; estamos frente a una determinación unilateral del órgano administrativo que define la situación y en esas condiciones es aceptado por su contraparte; la existencia de un documento a semejanza de un contrato, es únicamente para establecer algunas condiciones básicas y así evitar problemas entre las partes pero no para generarle la condición de contrato. El canon para este caso es la contraprestación pecuniaria que efectuó el usuario del bien demanial a partir de la ventaja obtenida, con la característica que no es impuesta de manera coactiva sino a partir de la gestión

voluntaria del interesado al requerir el permiso. Así a contrario del canon típico de los servicios públicos, donde el interesado que tiene un interés de recibir este, está supeditado al pago de ese importe; en este caso, la persona cancela el rubro por su interés (acto de determinación personal) de seguir disfrutando del permiso de uso; se trata en efecto de una carga jurídica, no de un deber u obligación. Para el establecimiento del importe la Administración está supeditada a las reglas de razonabilidad y proporcionalidad propias de toda actividad pública, en el entendido que no existiendo parámetros es la prudencia administrativa la línea que orienta la conducta de forma tal que no genere un enriquecimiento exorbitante para el interesado, ni llegue a ahogar su actividad . En dicho marco el cobro de un canon no convierte un permiso de uso en un arrendamiento como lo pretende ver la accionante, en el entendido que el primero no presenta como carácter consustancial la gratuitad. La lógica del canon se sustenta en que el interesado recibe un beneficio por su condición, lo que le permitiría generar un enriquecimiento a partir de un bien destinado a la colectividad, de manera que el pago permite compensar los intereses y evitar un lucro sin cancelar en algo a la colectividad. Igual situación ocurre con respecto al pago de los demás servicios públicos, en el entendido que estos se generaban a partir de la actividad económica, no siendo lícito que la Administración los cancelara para generar un servicio particular con lucro hacia una persona ajena al servicio público. Se trata de dos institutos jurídicos totalmente diferentes, marcado por el bien que esta en consideración y las partes relacionadas; lo que las hace incompatible. Al margen que el actor desistió en el juicio oral de discutir la ilegitimidad o anormalidad del acto de desalojo y sobre lo cual tampoco este prueba en ese sentido; no está demás indicar que el desalojo no fue intempestivo en la medida que el mismo documento en el cual se establece el acuerdo entre las partes fija con claridad la posibilidad de revocación en el momento que lo tenga a bien la Dirección en particular y con solo otorgar un plazo mínimo en días para el retiro del actor del bien, que en efecto fue satisfecho con creces; lo que impide que se consolide el supuesto del artículo ciento cincuenta y cuatro ya señalado de encontrarse ante una decisión carente de un tiempo razonable para el interesado. Véase como la cláusula dicha no fue incorporada en la última prórroga del permiso, sino que en los diferentes documentos de este es posible ubicar su existencia, así como la firma del señor Salazar Rojas aceptando dicha estipulación . De manera que tampoco es posible sostener la existencia de una confianza legítima frente al referido señor en esas condiciones. Si bien el interesado realizó inversiones importantes, estas se realizaron al momento de iniciar el permiso que interesa, lo que evidencia que aún cuando fueran requeridas por la Dirección en cuestión, durante el tiempo del uso permitido debió recuperar su aporte, además de corresponder a parte de los insumos para desarrollar la actividad privada que nos ocupa. En la misma línea argumentativa no se satisface el artículo trescientos diecisiete del Código Procesal Civil con respecto al doscientos veinte del Código Procesal Contencioso Administrativo tampoco existe una sola evidencia probatoria que permita establecer que se está generando un sacrificio singular, especial e intenso a partir de dichas reparaciones que permitan derivar responsabilidad alguna; a lo que se suma el desistimiento del interesado a considerar que estemos frente a una conducta anormal, ilegítima o ilegal. En consecuencia no es posible ubicar ninguno de los supuestos derivadores de responsabilidad administrativa, ni por falta en el servicio o por sacrificio singular, lo que haría ilegítimo el reclamo presentado. Por último, pero no menos relevante, debe recordarse que si bien la Administración presenta una doble capacidad de actuar y eventualmente podría utilizar esquemas propios del derecho privado, también es cierto que está supeditada al principio de legalidad, lo que lleva aparejado la imposibilidad de considerar un inquilinato frente al caso, máxime tratándose de un bien demanial. Como regla general el sector público utiliza los institutos propios del derecho público y el uso del derecho privado se únicamente queda para cuando el Estado se somete a ese esquema de derecho, no por mutación, sino plasmado de esa manera con claridad por los intereses. La mutación jurídica es una figura que solo en sucesos aislados puede presentar alguna aplicación en este área del derecho. De manera que no está probado un daño en concreto, tampoco un nexo causal; pero más importante tampoco está probado la existencia de una inducción que permita considerar que estemos frente a un supuesto de responsabilidad. Así las

cosas, no existe el derecho que reclama el actor, debiendo acogerse la excepción de falta de derecho y declarar sin lugar la demanda en todos sus extremos."

10. Caducidad del procedimiento administrativo: Análisis sobre su improcedencia

Nota: única jurisprudencia relacionada al art. 265.

[Tribunal de Trabajo, Sección I]^{xi}

Voto de mayoría

"**III.** La parte actora impugna la sentencia dictada, con fundamento en dos argumentos recursivos. En este considerando y el siguiente, se resumirá y resolverá el reparo sobre el fallo de la caducidad, y en el considerando V, se procederá de igual forma con el otro agravio, opuesto contra el análisis de la responsabilidad achacada al actor. *Se declaró que no operó la caducidad, aunque se acepta que transcurrieron más de seis meses entre la celebración de la audiencia y el dictado de la resolución final. El rechazo se funda en el ordinal 284 de la Ley General de Administración Pública, alegando que se trató de un procedimiento iniciado de oficio. Pero, de los numerales 255, 265 y 340 de la misma Ley, se desprende que la Administración y el administrado deben atenerse a plazos y términos, en procedimientos iniciados de oficio o por denuncia. Además, la juzgadora consideró que fue un acto trascendente para el impulso del proceso, la emisión de oficio mediante el cual se concedía oportunidad a la parte, para que obtuviera fotocopia de la totalidad del expediente administrativo, con inclusión de todo el material probatorio actualizado. Mas los actos de mero trámite no tienen capacidad procesal de dar seguimiento al procedimiento, porque no lo impulsan ni incluyen nuevos elementos. La caducidad brinda protección al administrado contra el abuso del poder sancionador y perseguidor del Estado, evitando procesos que perduren indefinidamente. Se demostró la inactividad durante el término prescrito en el artículo 340, por lo que debió acogerse la caducidad.*

VI. Dicta el artículo 340 en mención: "*artículo 340. 1. Cuando el procedimiento se paralizare por más de seis meses en virtud de causa imputable al interesado que lo ha promovido, se producirá la caducidad y se ordenará enviar las actuaciones al archivo, a menos que se trate del caso previsto en el párrafo final del artículo 339.*

2. No procederá la caducidad cuando el interesado ha dejado de gestionar en virtud de haberse operado el silencio positivo o negativo, o cuando el expediente se encuentre listo para la resolución final, salvo, en este caso, que no haya sido presentado el papel sellado prevenido al respecto por el órgano de la Administración." Estas disposiciones deben interpretarse dentro del contexto conceptual y formalista en que se ubican, en la Ley General de Administración Pública, a saber, el Capítulo Segundo "*De la Terminación anormal*" del Título Séptimo "*De la Terminación del Procedimiento*". Entre las regulaciones así comprendidas, está la de que la Administración tendrá siempre el deber de resolver expresamente dentro de los plazos de ley, porque lo contrario se reputa falta grave de servicio (artículo 329), así como que sólo los interesados pueden desistir de su petición, instancia o recurso, y renunciar a su derecho, cuando sea renunciable, y que en esos casos, sólo a ellos afectarán sus desistimientos o renuncias (artículo 337). Igualmente, la Ley dispone que la caducidad del procedimiento, declarable por causa imputable al interesado que lo promovió, no producirá por si sola la caducidad ni la prescripción de acciones del particular, ni interrumpirá los plazos para que operen esos institutos (artículo 341). En esa línea de ideas, es unívoca la letra y el sentido de la ley, en el artículo 340, respecto de quienes pueden provocar la caducidad del procedimiento, y es claro que son sólo las personas físicas o jurídicas no identificables con la Administración Pública. Hacer otra interpretación, comprensiva de la misma Administración, como parte y órgano resolutorio, podría provocar abusos del derecho y propiciar desviaciones de poder, en tanto podría utilizarse la inactividad de la parte promotora del

procedimiento, como un recurso para evitar que el mismo llegue a su terminación normal, con una resolución fundada, en la que se verifique la verdad real de los hechos investigados (artículo 214 de la misma Ley). En tratándose del principio de legalidad, y del quehacer de la Administración Pública, la limitación del poder de ésta última, es en función estrictamente del interés público, y de las necesidades de la colectividad y de los individuos, no en su perjuicio (artículos 4, 8, 10 y 11 de la Ley General citada). Si bien es cierto, no hubo controversia respecto de que transcurrieron más de seis meses entre la audiencia oral de evacuación de prueba, el numeral 340 comprende como excepción a su propia regla, la de que el expediente esté listo para el dictado de resolución final. Y la inercia de la Administración no excusará la del administrado, para efectos de la caducidad del procedimiento (artículo 222). Aún más, la cuestionada actuación del órgano director, de emitir oficio otorgando al investigado acceso al material acumulado de prueba en forma completa, es una actividad de impulso de las diligencias, no de mero trámite, porque conlleva una audiencia derivada del ejercicio del derecho de defensa, a plenitud, sin reservas. De todas maneras, el órgano director puede ordenar medidas probatorias que estime pertinentes, aún si no fueron propuestas por las partes o contra su voluntad expresa (artículo 221 de la misma Ley). Apréciese además, que la Ley General comprende algunas de las formas de expresarse la actividad defensiva, tales como el derecho a conocer el expediente para hacer valer derechos e intereses, antes de la decisión final, el derecho a una comparecencia oral y privada, la interpretación de normas favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados, y el informalismo en los trámites (artículos 217 a 221, y 223 a 226). Todos esos predicados a su vez, deben concretarse en un procedimiento, que equilibre la dignidad del administrado y la tutela de la conveniencia social. Así las cosas, no habiéndose demostrado que las actuaciones del órgano director y fases del procedimiento administrativo, evidencien supuestos fácticos generadores de la caducidad, se rechaza el agravio formulado al respecto.”

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, de normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final del 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 las citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos (Nº 6683), reproduce libremente las leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de esta ley. 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 CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ Asamblea Legislativa. Ley 6227 del 02/05/1978. Ley General de la Administración Pública. Versión de la norma 13 de 13 del 23/07/2012. Colección de leyes y decretos: Año 1978. Semestre 1. Tomo 4. Página: 1403.

ⁱⁱ Sentencia: 03014 Expediente: 10-001050-1027-CA Fecha: 12/08/2010 Hora: 04:20:00 p.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 03319 Expediente: 07-002405-0007-CO Fecha: 09/03/2007 Hora: 01:01:00 p.m. Emitido por: Sala Constitucional.

^{iv} Sentencia: 00095 Expediente: 11-006148-1027-CA Fecha: 24/07/2013 Hora: 08:20:00 a.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI.

-
- ^v Sentencia: 01075 Expediente: 09-001590-1027-CA Fecha: 18/03/2010 Hora: 03:20:00 p.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III.
- ^{vi} Sentencia: 01190 Expediente: 08-000070-1027-CA Fecha: 18/10/2013 Hora: 09:05:00 a.m. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.
- ^{vii} Sentencia: 00184 Expediente: 11-005479-1027-CA Fecha: 11/09/2012 Hora: 11:50:00 a.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI.
- ^{viii} Sentencia: 00011 Expediente: 02-000562-0163-CA Fecha: 31/01/2012 Hora: 03:45:00 p.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II.
- ^{ix} Sentencia: 00095 Expediente: 08-000285-1027-CA Fecha: 01/10/2013 Hora: 10:00:00 a.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V.
- ^x Sentencia: 00096 Expediente: 11-005603-1027-CA Fecha: 21/09/2012 Hora: 08:00:00 a.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV.
- ^{xi} Sentencia: 00281 Expediente: 02-001095-0163-CA Fecha: 14/09/2010 Hora: 08:55:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Trabajo, Sección I.