

ERNESTO JINESTA LOBO

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO I

(PARTE GENERAL)

BIBLIOTECA JURIDICA  **DIKE**

*Un agradecimiento profundo al distinguido procesalista
costarricense Sergio Artavia Barrantes y a su señora esposa
Dunnia Campos, por su amistad sincera, valiosos consejos y
por la paciencia al soportar todos los desvelos y
preocupaciones que les provocó el autor*

PROPIEDAD BIBLIOTECARIA
Mons. Victor Manuel Quirós M.
ASAMBLEA LEGISLATIVA
Costa Rica

A Cindy, pues un buen día decidí escribir tu nombre en la primera página del libro de mi vida.

PRESENTACION

En nuestro ordenamiento jurídico, el primer paso importante en la autonomía del Derecho Administrativo, se da con la creación, en la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, de un orden jurisdiccional específico encargado de “proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos” cuando fueren lesionados por las administraciones públicas (artículo 49), con todas las limitaciones y restricciones en cuanto al ámbito, extensión y alcance de esa jurisdicción en su texto original que luego serían superadas, con creces, con la reforma parcial de ese precepto constitucional, mediante la Ley No. 3124 del 25 de junio de 1963 -al disponer que su objeto es controlar la legalidad de la función administrativa y la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos-. Esa autonomía jurisdiccional, se ve consolidada con la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (No. 3667 del 12 de marzo de 1966), pese a que se contrapone y separa de la concepción del constituyente derivado del 1963 -control plenario y universal de toda la función administrativa- al consagrar una jurisdicción eminentemente revisora y objetiva -en su artículo 1º, párrafo 1º, estableció que es la encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación, únicamente, con la legalidad de la actividad formal de las administraciones públicas, esto es, de sus actos y disposiciones-.

A pesar de contarse, desde 1949, con una jurisdicción especializada para conocer y resolver de cualquier pretensión deducida con fundamento en una relación jurídico administrativa, la judicatura no va a ser la responsable histórica del diseño y construcción del edificio del Derecho Administrativo, quizá, por la falta de especialización de los jueces designados para administrar justicia en ese ámbito y la ausencia -aún actual- de una Sala de Casación especializada en la materia administrativa. Por lo anterior, podemos afirmar que en nuestro país si bien la jurisdicción especializada precedió al Derecho Administrativo, la primera, por inercia, temor e ignorancia, desperdió la oportunidad preciosa de acuñar pretorianamente, como sucedió en otras latitudes jurídicas -v. gr. en el

sistema francés con el Consejo de Estado-, las principales instituciones de esa disciplina jurídica.

La autonomía científica del Derecho Administrativo, se producirá, en nuestro medio, con la aparición, en la década de los 60, de diversos enfoques y estudios -la mayoría parciales- sobre la materia. Posteriormente, en la década de los 70, jalonada por el legislador y algunos cultores del derecho -entre los que destacó Ortiz Ortiz-, se produce la consolidación de la autonomía legislativa del Derecho Administrativo, con la emisión del primer texto normativo que se preocupa por abordar técnica, sistemática y coherente los institutos generales de nuestra rama jurídica. Lo anterior, pese a la existencia precedente de una serie de leyes sectoriales sobre la materia, pero, en la mayor parte de los casos, carentes de coherencia, rigor técnico y de un apropiado lenguaje jurídico, con el consiguiente caos y confusión en su aplicación y hermenéutica por parte de los operadores del derecho.

Hace más de veintitrés años se promulgó la Ley General de la Administración Pública, que constituye el primer intento de codificación de la parte general del Derecho Administrativo en nuestro país y uno de los pioneros y mejores en el ámbito de la legislación extranjera. Pese a esa maduración legislativa del Derecho Administrativo, en el ámbito doctrinal no ha existido un desarrollo paralelo con un enfoque, también, general de los diversos institutos de esa disciplina científica que conjugue el dato normativo con el jurisprudencial. Pese a lo anterior, podemos afirmar, con plena certeza, que a partir de la década de los 60 y hasta nuestros días se ha creado una considerable plataforma dogmática sobre la cual se puede asentar cualquier estudio general del Derecho Administrativo costarricense. Los aportes -con excepción de las "tesis" de Ortiz Ortiz-, han sido puntuales y fragmentados, sin dejar de constituir valiosas herramientas para la construcción y exégesis de una teoría general del Derecho Administrativo.

Múltiples factores se han confabulado -quizá por el carácter puntual de las contribuciones doctrinales, su falta de claridad expositiva, el excesivo rigor formal y técnico del legislador del 66 y del 78- para que

los estudiantes y los operadores del derecho, que tienen una primera aproximación a esta disciplina científica, la perciban como árida, complicada, de difícil entendimiento y cubierta por un halo misterioso como si se tratara de una ciencia oculta que encierra algún arcano, y que solo puede ser comprendida y manejada por los iniciados -expertos o estudiosos- a los cuales se debe, necesariamente, acudir a consultar. En realidad, el Derecho Administrativo es una rama jurídica bastante sencilla de asimilar y comprender siempre que se utilice un lenguaje accesible y, sobre todo, se cuente, al exponerlo, con una claridad metodológica y sistemática que oriente al neófito adecuadamente por algunos de sus intrincados laberintos.

La presente obra -que abarca lo que podríamos denominar la teoría general- está pensada para los estudiantes de derecho -de licenciatura y niveles superiores de maestría y doctorado- y, en general, para los operadores del derecho que tiene un primer acercamiento al Derecho Administrativo y que no cuentan con suficientes herramientas para conocerlo, comprenderlo y manejarlo. Desde luego, que algunas vertientes del trabajo podrán orientar, también, a los estudiosos, especialistas y expertos en la materia. En el análisis de cada instituto se conjuga el dato doctrinal, con el legislativo y jurisprudencial -los dos últimos en el caso que existan-, sin ser exhaustivo y vertical, puesto que, esas dos características no resultan propias de un Curso de Derecho Administrativo que debe estar guiado, ante todo, por un enfoque general y horizontal.

Brasil de Mora, 5 de enero del 2001.

INDICE

Tabla de Abreviaturas

CAPITULO PRIMERO ADMINISTRACIONES PUBLICAS

1.- Precisiones sobre el concepto "Administración"	1
2.- Definición de Administración Pública.....	1
3.- Organización Administrativa	2
A.- Ente público mayor (estado o administración pública central)	3
B.- Entes públicos menores (administración pública descentralizada)	3
C.- Sistemas de estructuración de la Organización Administrativa (Centralización y Descentralización Administrativas)	4
D.- Centralización Administrativa.....	5
E.- Descentralización administrativa.....	6
E.1.- Concepto y definición	6
E.2.- Consecuencias o efectos de la descentralización administrativa	8
E.3.- Grados de autonomía	9
a) Primer grado de autonomía (administrativa o mínima).....	10
b) Segundo grado de autonomía (política, de gobierno o media)	11
c) Tercer grado de autonomía (organizativa o plena)	12
E.4.- Tutela administrativa (o dirección inter-subjetiva)	18
a) Noción	18
b) Distinción entre tutela administrativa y jerarquía administrativa.....	23

c) Contenido de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva (potestades del estado o ente publico mayor respecto de los entes públicos menores)	25
c.1) Potestad de planificación o programación ..	25
c.1.a) Definición	25
c.1.b) Principios rectores de la planificación ...	26
1.- Democratización y concertación	26
2.- Vinculante	26
3.- Racionalidad	26
4.- Previsión	27
5.- Universalidad	27
6.- Unidad	27
7.- Continuidad	27
8.- Inherencia	27
c.1.c) Tipología de los planes	28
c.1.d) Tipología legal	28
c.1.e) Sujetos planificadores y sistema nacional de planificación	29
c.1.f) Procedimiento de elaboración del Plan Nacional de Desarrollo	29
c.1.g) Naturaleza de la planificación en Costa Rica	30
c.1.h) Propuestas de reforma (<i>de lege ferenda</i>)	32
c.2) Potestad de dirección -directrices-	34
c.2.a) Noción	34
c.2.b) Directrices	35
1.- Concepto	35
2.- Contenido	36
3.- Órgano del ente público mayor (Estado) competente para dictarlas	37
4.- Sujetos jurídico-públicos destinatarios	39
5.- Ejemplo práctico de directriz	39
c.3) Potestad de Coordinación	42
c.3.a) Coordinación sectorial (sectorización) ...	43

c.3.b) Coordinación regional (regionalización) .	44
c.4) Potestad de control	45
c.4.a) Control sobre los actos	46
1.- Autorizaciones	46
2.- Aprobaciones, refrendos y vistos buenos	47
3.- Simples comunicaciones o notificaciones	48
4.- Dictámenes	48
5.- Jerarquías impropias	48
c.4.b) Control sobre las personas	49
c.4.c) Control de actividad o actuación	51
c.5) Potestad de evaluación de resultados	52
c.5.a) Reforma constitucional.....	52
1.- Administraciones publicas, evaluación de resultados y rendición de cuentas	52
2.- Funcionarios públicos, evaluación de resul- tados y rendición de cuentas	57
c.5.b) Normativa vigente antes de la refor- ma constitucional	59
1.- Ley de Planificación Nacional (No. 5525 del 2 de mayo de 1974 y sus reformas)	60
2.- Comisión de Eficiencia Administrativa (Decreto Ejecutivo No. 5642-P del 7 de enero de 1976)	60
3.- Reglamento General del Ministerio de Pla- nificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN) -Decreto Ejecutivo No. 23323-PLAN del 17 de mayo de 1994 y sus reformas-	62
4.- Sistema Nacional de Evaluación (SINE -Decreto Ejecutivo No. 25175-PLAN del 7 de abril de 1995-).....	63
5.- ARESEP y la calidad de los servicios públi- cos (Ley No. 7953 del 28 de marzo de 1996)....	66
6.- Contralorías de servicios públicos (Decre- to Ejecutivo No. 26025-PLAN DEL 18 DE ABRIL DE 1997)	67

c.5.c) Propuestas para el desarrollo legislativo del artículo 11, párrafo 2°, de la Constitución Política.....	70
d) Tutela administrativa y autonomía	75
d.1) Tutela administrativa y autonomía administrativa o de primer grado	75
d.2) Tutela administrativa y la autonomía de segundo grado (política o de gobierno).....	77
d.3) Tutela administrativa y autonomía de tercer grado (organización).....	82
e) Tutela administrativa y sector privado	82
f) Regulación normativa de la tutela administrativa	83
E.5.- Tipología de la descentralización administrativa	86
a) Descentralización territorial	86
b) Descentralización institucional (también denominada funcional, por servicios, instrumental o auxiliar)	88
c) Descentralización Corporativa.....	89
4.- Órgano público	90
A.- Concepto y elementos	90
B.- Clasificación	92
B.1.- Criterio subjetivo.....	93
B.2.- Criterio objetivo.....	93
5.- Organización administrativa en Costa Rica.....	94
A.- Administración central	94
A.1.- Órganos constitucionales	94
a) Poder Ejecutivo.....	95
b) Poder Legislativo	95
c) Poder Judicial.....	96
d) Tribunal Supremo de Elecciones	96
e) Contraloría General de la República.....	97
A.2.- Órganos de relevancia constitucional.....	98
B.- Administración pública descentralizada	98
B.1.- Administración pública descentralizada	

territorial	98
B.2.- Administración pública descentralizada institucional o funcional	99
a) Instituciones Autónomas.....	99
b) Instituciones Semiautónomas	100
c) Entes Públicos no Estatales.	101
B.3.- Administración descentralizada corpora- tiva	102
B.4.- Órgano-persona	104
B.5.- Empresas Públicas.....	108
a) Empresa pública-ente de derecho público ...	113
b) Empresa Pública-órgano público	114
c) Empresa pública-ente de derecho privado...	116
B.6.- Particulares en el ejercicio de funciones públicas (<i>munera publica</i>)	122
a) Notario público	123
b) Contador Público.....	123
c) Concesionario de obras o servicios públi- cos.....	123
d) Otros	124

CAPITULO SEGUNDO ADMINISTRADO

1.- Concepto	127
2.- Categorías de administrados (relaciones de sujeción o de supremacía general y especial).....	128
A.- Administrado simple.....	128
B.- Administrado cualificado.....	128
3.- Situaciones jurídico-sustanciales de los administrados frente a las administraciones públicas	129
A.- Situaciones de poder o activas.....	131
A.1.- Libertades.....	131
A.2.- Potestad	131
A.3.- Derecho subjetivo.....	131

A.4.- Interés legítimo	132
a) Perfil formal	132
b) Perfil sustancial	134
b.1) Interés legítimo personal	134
b.2) Intereses legítimos colectivos	134
b.2.a) Intereses corporativos	136
b.2.b) Intereses difusos	136
B.- Situaciones de deber o pasivas	138
B.1.- Sujeción	138
B.2.- Obligación	138
B.3.- Carga	139
B.4.- Deber público	139
C.- Situaciones mixtas o complejas	139
C.1.- Poderes funcionales	139
C.2.- Status	140

CAPITULO TERCERO

DERECHO ADMINISTRATIVO

1.- Características peculiares del Derecho Administrativo .	141
A.- Ubicuidad	141
B.- Complejidad y dispersión normativas	142
C.- Ingredientes histórico y político de las normas administrativas	143
2.- Noción de Derecho Administrativo	144
3.- Fuentes del Derecho Administrativo	146
A.- Fuentes escritas	146
A.1.- Constitución Política	146
A.2.- Tratados internacionales y normas de la comunidad centroamericana	148
A.3.- Ley	149
A.4.- Actos con valor de ley	152
a) Decretos de facto	152
b) Decretos de urgencia	153
b.1) Estado de sitio	154

b.2) Estado de defensa nacional	155
c) Decretos de urgencia atípicos.....	155
d) Límites de los decretos de urgencia	155
e)Control de los decretos de urgencia	155
A.5.- Reglamento.....	156
a) Concepto de reglamento	156
b) Fundamento y justificación potestad reglamentaria	156
c) Relación reglamento-ley	157
d) Límites del reglamento	158
d.1) Formales	158
d.1.a) Competencia.....	158
d.1.b) Jerarquía normativa	158
d.1.c) Procedimiento de emanación.....	159
d.2) Sustanciales.....	160
d.2.a) Principios generales del Derecho.....	160
d.2.b) Técnicas de control de la discrecionalidad	160
d.2.c) Materia reglamentaria.....	161
d.2.d) Principio de irretroactividad	161
d.2.e) Principio de inderogabilidad singular del reglamento	162
e) Clases de Reglamentos	163
e.1) Reglamentos ejecutivos	163
e.1.a) Concepto y fundamento	163
e.1.b) Objeto	164
e.1.c) Límites	164
e.1.d) Extinción	165
e.2) Reglamentos autónomos o independientes	165
e.2.a) Reglamentos autónomos de organización.....	166
e.2.b) Reglamentos autónomos de servicio.....	167
f) Tratamiento de la potestad reglamentaria en la jurisprudencia constitucional.....	169
f.1) La potestad reglamentaria.....	169

f.2) Límites de la potestad reglamentaria	170
f.2.a) Principio de interdicción de la arbitrariedad	170
f.2.b) Principio de separación de funciones ...	170
f.3) Reglamento Ejecutivo.....	171
B.- Fuentes no escritas.....	172
B.1.- Principios generales del derecho	172
a) Concepto	172
b) Funciones	173
c) Algunos principios generales del Derecho Administrativo	174
c.1) Principio de legalidad -juricidad o reserva de ley-	174
c.2) Principio de razonabilidad o proporcionalidad.....	177
c.3) Principio de necesidad	180
c.4) Principio de protección de la confianza legítima.	180
B.2.- Jurisprudencia	182
B.3.- Costumbre	188
C.- Derecho Privado supletorio	192

CAPITULO CUARTO FUNCION ADMINISTRATIVA

1.- Separación de funciones -división de poderes-.....	193
2.- Principio de separación de funciones en la Constitución Política de 1949	196
3.- Mutación del principio de separación de funciones en el ordenamiento jurídico costarricense	198
4.- Importancia del concepto "función"	206
5.- Dificultades existentes y soluciones	207
6.- Criterios de clasificación de las funciones estatales.....	208
A.- Sustancial, material u objetivo	208
B.- Formal, subjetivo u orgánico	210

C.- Por el régimen jurídico de los actos	211
D.- Insuficiencia de tales criterios	212
7.- Concepto sustantivo-formal de la función legislativa..	212
8.- Concepto sustantivo-formal de la función jurisdic- cional	216
9.- Función administrativa de los tres Poderes del Estado..	223
10.- Criterios para delimitar la función administrativa	225

CAPITULO QUINTO

FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1.- Teoría de las formas de manifestación de la función administrativa y de la relación jurídico-administrativa.....	239
2.- Sistematización de las fôrmas de manifestación de la función administrativa	243
A.- Actividad jurídica y no jurídica (actividad formal y material)	243
B.- Actos y hechos de la Administración	243
B.1.- Actos no jurídicos	244
B.2.- Actos jurídicos.....	244
B.3.- Hechos no jurídicos	244
B.4.- Hechos jurídicos	244
C.- Inactividad u omisiones de las administraciones públicas	246
C.1.- Omisiones no jurídicas	247
C.2.- Omisiones jurídicas	247
D.- Hechos jurídicos o actuaciones materiales y téc- nicas de efectos jurídicos de las administraciones publicas	247
D.1.- Coacción directa	248
D.2.- Coacción anómala (estados administrati- vos de urgencia y necesidad).....	249
a) Urgencia.....	249
b) Teoría de las circunstancias excepcionales .	250

c) Estados administrativos de necesidad y urgencia en la jurisprudencia constitucional ...	252
d) Regulación legislativa de los estados de necesidad y la urgencia: La Ley Nacional de Emergencia No. 7914 del 28 de septiembre de 1999 y otras leyes.....	256
D.3.- Prestación de servicios públicos.	259
D.4.- Preparación y ejecución de los actos administrativos.....	259
D.5.- Coacción ilegítima: la vía de hecho	260
a) Noción legislativa de vía de hecho.....	261
b) Hermenéutica gramatical del artículo 357 de la LGAP.....	264
c) Hermenéutica histórica del artículo 357 de la LGAP.....	265
c.1) Significado de la vía de hecho en el sistema jurídico-administrativo francés	265
c.2) Significado de la vía de hecho en el sistema jurídico-administrativo español.....	269
c.3) Antecedentes legislativos inmediatos del artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública.....	272
c.4) Contexto histórico-jurídico existente al momento de promulgarse la Ley General de la Administración Pública	273
d) Hermenéutica sistemática del artículo 357 de la LGAP.....	275
E.- Actividad formal	277
E.1.- Actividad formal unilateral	277
a) Acto administrativo	278
b) Reglamento.....	278
E.2.- Actividad formal bilateral o plurilateral (contratos administrativos).....	278
F.- Inactividad jurídica formal o material	279
F.1.- Inactividad formal o silencial	280
F.2.- Inactividad material	281

a) Inactividad material negativa	281
a.1) Inactividad material jurídica	281
a.2) Inactividad material fáctica.....	282
b) Inactividad material positiva.....	282
c) Inactividad de efectos trilaterales	283

CAPITULO SEXTO

ACTO ADMINISTRATIVO

1.- Alcances del concepto	285
2.- Definición de acto administrativo.....	289
3.- Análisis de la definición	290
A.- Declaración	290
B.- Unilateral	293
C.- Realizada en ejercicio de la función administra- tiva	295
D.- Productora de efectos jurídicos	296
D.1.- Actuales o potenciales	297
D.2.- Internos o externos.....	297
D.3.- Públicos o privados (distinción indebida entre acto civil de la administración y acto administrativo)	298
D.4.- Directos o indirectos	299
D.5.- Provisionales o finales (definitivos)	300
a) Acto final o definitivo	301
b) Acto de trámite	302
c) Acto que agota la vía administrativa o causa estado	303
d) Acto firme	304
D.6.- Futuros o retroactivos	304
D.7.- Individuales o generales.....	305
4.- Concepto jurídico-positivo de acto administrativo.....	309

CAPITULO SÉPTIMO

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.- Introducción	311
2.- Elementos materiales o sustanciales	311
A.- Subjetivos	311
A.1.- Competencia	311
a) Concepto	311
b) Requisitos	314
c) Criterios de determinación	315
c.1) Por razón de la materia	315
c.2) Por razón del territorio	315
c.3) Por razón del tiempo	319
c.4) Por razón del grado o jerárquica	320
d) Transferencias o cambios de competencia ..	323
d.1) Delegación	326
d.1.a) Definición	326
d.1.b) Sujetos	328
d.1.c) Objeto	329
d.1.d) Clases de delegación	329
d.1.e) Límites	331
d.1.f) Figuras afines	332
d.1.g) Crítica a la regulación legislativa de la delegación	333
d.2) Avocación	335
d.2.a) Definición	335
d.2.b) Requisitos	335
d.2.c) Límites	337
d.2.d) Sujetos	337
d.2.e) Objeto	337
d.2.f) Crítica a la regulación legislativa de la avocación	337
d.3) Sustitución	340
d.4) Suplencia	343
d.5) Subrogación	343

d.6) Desconcentración	344
d.6.a) Noción	344
d.6.b) Definición	346
d.6.c) Tipología	350
a) Desconcentración mínima	350
b) Desconcentración máxima	352
e) Conflictos de competencia	357
e.1) Conflictos de competencia dentro de un mismo Ministerio o ente	357
e.2) Conflictos de competencia entre distintos Ministerios	358
e.3) Conflictos entre el Estado y otros entes o entre éstos	358
e.4) Conflictos de competencia planteados por la parte interesada en un procedimiento administrativo	360
A.2.- Regularidad en la investidura del funcionario	360
A.3.- Legitimación	363
A.4.- Voluntad	364
B.- Objetivos	370
B.1.- Motivo	370
B.2.- Contenido	373
B.3.- Fin	378
3 Elementos formales	382
A.- Forma de expresión o instrumentación del acto administrativo	382
A.1.- Expresión escrita	382
A.2.- Expresión verbal u oral	383
A.3.- Expresión por signos o símbolos	384
A.4.- Expresión tácita, implícita y presunta ...	384
a) Acto tácito	384
b) Acto implícito	385
c) Acto presunto.	386
B.- Motivación	387
C.- Procedimiento administrativo	390

CAPITULO OCTAVO
VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.- Validez del acto administrativo	395
2.- Invalidez del acto administrativo	396
A.- Concepto	396
B.- Efectos y límites	398
B.1.- Principio favor acti	398
B.2.- Presunción de legitimidad o validez del acto administrativo	398
B.3.- Invalidez parcial	398
B.4.- Conservación de actuaciones	399
B.5.- Convalidación	399
B.6.- Saneamiento	399
B.7.- Conversión	400
C.- Grados de invalidez	400
C.1.- El sistema bipartito de nulidades	400
C.2.- Criterios de distinción entre la nulidad absoluta y relativa	402
C.3.- Nulidad absoluta	402
C.4.- Nulidad relativa	404
3.- Eficacia del acto administrativo	405
A.- Definición	405
B.- Eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad	406
B.1.- Ejecutividad	406
B.2.- Ejecutoriedad	406
C.- Síntesis y balance crítico	413
D.- Ciclo de la eficacia	415
D.1.- Inicio	415
a) Inicio de la eficacia supeditada a la comu- nicación	415
a.1) Publicación	416
a.2) Notificación	417
a.3) Comunicación defectuosa	418
b) Inicio inmediato de la eficacia	419

c) Inicio de la eficacia supeditado a la aprobación.....	419
e) Inicio demorado de la eficacia por exigencia del contenido del acto.....	420
D.2.- Cesación de la eficacia	420
a) Cesación temporal.....	420
b) Cesación definitiva.....	422
E.- Límites de la eficacia y retroactividad	423
E.1.- Límites subjetivos	423
E.2.- Límites objetivos	424
E.3.- Límites espaciales	424
E.4.- Límites temporales	424

CAPITULO NOVENO

MODIFICACION Y EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.- Modificación	427
A.- Aclaración	427
B.- Convalidación, saneamiento y ratificación.....	429
2.- Extinción.....	429
A.- Cumplimiento del objeto	429
B.- Imposibilidad sobrevenida	429
C.- Expiración del plazo.....	429
D.- Cumplimiento de la condición resolutoria	430
E.- Renuncia.....	430
F.- Revocación	430
F.1.- Concepto.....	430
F.2.- Fundamento	432
F.3.- Sujetos	433
F.4.- Objeto	433
F.5.- Motivo	435
F.6.- Contenido.....	436
F.7.- Plazo	437
F.8.- Efectos	437
F.9.- Procedimiento.....	437

G.- Anulación (nulidad relativa o absoluta)	437
G.1.- Anulación en vía administrativa.....	438
a) Anulación a instancia de parte.....	438
b) Anulación de oficio (o revisión de oficio) .	439
b.1) Anulación o revisión de oficio de los actos administrativos favorables o declaratorios de derechos.....	439
b.2) Anulación o revisión de oficio de los actos administrativos de gravamen	445
G.2.- Anulación en vía judicial.....	445
H.- Caducidad.....	447
I.- Desuso.....	447
J.- Rechazo o renuncia.....	447

CAPÍTULO DECIMO ACTOS ADMINISTRATIVOS TIPICOS

1.- Autorización	449
2.- Aprobación	450
3.- Concesión	437
4.- Permiso	441
5.- Dispensa	443
6.- Admisión.....	444
7.- Renuncia	444
8.- Orden.....	444
9.- Registro y certificación	445
10.- Sanción	446
BIBLIOGRAFÍA.....	449

TABLA DE ABREVIATURAS

ARESEP: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos
Bancrédito: Banco Crédito Agrícola de Cartago
BANHVI: Banco Hipotecario de la Vivienda
BCCR: Banco Central de Costa Rica
BCR: Banco de Costa Rica
BN: Banco Nacional
BPDC: Banco Popular y de Desarrollo Comunal
CAF: Certificado de Abono Forestal
CAT: Certificado de Abono Tributario
CAUCA: Código Aduanero Uniforme de Centro América
CCSS: Caja Costarricense de Seguro Social
CDR: Compromiso de resultados
CNFL: Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A.
CNP: Consejo Nacional de la Producción
CODESA: Corporación Costarricense de Desarrollo
CONACOOOP: Consejo Nacional de Cooperativas
CONAI: Comisión Nacional de Asuntos Indígenas
CONAVI: Consejo Nacional de Vialidad
CORBANA: Corporación Bananera Nacional
CP: Constitución Política
FANAL: Fábrica Nacional de Licores
JAPDEVA: Junta de Administración Portuaria y Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica
JASEC: Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago
JUDESUR: Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas
ICAFE: Instituto del Café
ICCC: Instituto Costarricense contra el Cáncer
ICE: Instituto Costarricense de Electricidad

ICT: Instituto Costarricense de Turismo
IDA: Instituto de Desarrollo Agrario
IICA: Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados
IMAS: Instituto Mixto de Ayuda Social
INCOFER: Instituto Costarricense de Ferrocarriles
INCOP: Instituto Costarricense de Puertos al Pacífico
INFOCOOP: Instituto Nacional de Fomento Cooperativo
INS: Instituto Nacional de Seguros
INVU: Instituto Nacional de Urbanismo
ITCR: Instituto Tecnológico de Costa Rica
LAICA: Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar
LGAP: Ley General de la Administración Pública
LJC: Ley de la Jurisdicción Constitucional
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJCA: Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
MAG: Ministerio de Agricultura y Ganadería
MIDEPLAN: Ministerio de Planificación y Política Económica
OIJ: Organismo de Investigación Judicial
PANI: Patronato Nacional de la Infancia
PGR: Procuraduría General de la República
RACSA: Radiográfica de Costa Rica S.A.
RECOPE: Refinadora Costarricense de Petróleo S.A.
SINE: Sistema Nacional de Evaluación
SUGEF: Superintendencia General de Entidades Financieras
SUGEVAL: Superintendencia General de Valores
SUPEN: Superintendencia General de Pensiones
TSE: Tribunal Supremo de Elecciones
UCR: Universidad de Costa Rica
UNA: Universidad Nacional
UNED: Universidad Estatal a Distancia

CAPITULO PRIMERO

ADMINISTRACIONES PUBLICAS

1.- Precisiones etimológicas sobre el concepto "Administración"

Etimológicamente el término "administración" proviene de las expresiones latinas "*administratio*" y "*administrare*", de "*ad*" (a) y "*ministrare*" (servir), siendo su significado literal "servir a", lo que traduce la idea de acción o actividad.

Otros han sostenido que deriva de la contracción latina "*ad manus trahere*", que hace alusión a la idea de dirección, manejo o gestión hacia un fin.

La Administración Pública puede ser considerada desde dos ángulos: a) objetivo (sustancial-material) y subjetivo (orgánico-formal). Veamos:

a) Objetivamente es una función, un conjunto de actividades dirigidas a un fin, independientemente del órgano, agente o autor del acto. Es una actividad concreta o particular dirigida, mediante una acción positiva, a la realización de los fines de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad. En tal sentido puede haber Administración en la actividad de los tres Poderes del Estado.

b) Subjetivamente la Administración Pública presupone una estructura orgánica, un ente o complejo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar. En sentido subjetivo, la Administración equivale a "aparato administrativo" enmarcado en el ámbito general del "aparato estatal" -integrado, también, por el aparato legislativo y jurisdiccional-, por ello en ocasiones se habla de "Estado-administrador" en contraposición a Estado-legislador o Estado-juez.

2.- Definición de Administración Pública

La Administración Pública, para efectos didácticos, es el conjunto de entes públicos que conforman la organización administrativa de un ordenamiento jurídico determinado. Ese grupo se encuentra conformado, a

grosso modo, por el ente público mayor o Estado y todo el resto de los entes públicos menores que han sido creados por un acto de imperio -normativo- del primero. Precisamente por lo anterior, no podemos hablar, en el plano real o empírico, de una administración pública en singular sino de las administraciones públicas en plural.

La Ley General de la Administración Pública señala en su artículo 1º que “La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado”. Consecuentemente, para tener una idea cabal de la Administración Pública es preciso conocer, en detalle, la multiplicidad o constelación de entes y órganos públicos y sus cometidos fundamentales, aspecto que, por razones obvias excede el propósito de este primer volumen por lo que será objeto del concerniente a la organización administrativa y las funciones administrativas. No obstante, en esta primera aproximación intentaremos una radiografía o visión esquemática de las Administraciones Públicas.

Las Administraciones Públicas pueden ser vistas desde dos perspectivas claramente delimitadas una **estática**, que es cuando se estudia lo concerniente a la **organización administrativa** y otra **dinámica** que es todo lo atinente a la **función administrativa**, sus diversas manifestaciones y, en general, a toda **relación jurídico pública**.

3.- Organización Administrativa

La actuación eficiente, eficaz y célere de las administraciones públicas demanda una estructura técnico-jurídica racional que regule y permita su funcionamiento. El poder de organización en manos de las administraciones públicas se concreta en la atribución que tienen de estructurar o conformar órganos, atribuirles y distribuirles competencias (artículo 59, párrafo 2º, LGAP).

En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos algunos intentos legislativos de descripción de la organización administrativa, así el artículo 1º de la Ley General de la Administración Pública dispone que la Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos.

cos.

Por su parte, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que se entenderá por Administración Pública:

- "a) El Poder Ejecutivo;
- b) Los Poderes Legislativo y Judicial en cuanto realizan, excepcionalmente, función administrativa; y,
- c) Las municipalidades, instituciones autónomas y todas las demás entidades de Derecho Público."

En estas breves referencias legislativas a la organización administrativa es posible distinguir, desde una perspectiva muy general, dos grandes categorías de entes públicos: el ente público mayor (Estado) y los entes públicos menores (el resto de los entes públicos diferentes al Estado creados por éste).

A.- El Ente Público Mayor (Estado o Administración Pública Central)

Para nuestros efectos, el ente público mayor es sinónimo de Estado o de Administración Pública Central. Se trata de un ente territorial a fin general o universal, puesto que, debe atender todos los intereses públicos y satisfacer los fines públicos de la comunidad en todo el territorio nacional.

B.- Entes Públicos Menores (Administración Pública Descentralizada)

Para nuestros propósitos didácticos, el conjunto de los entes públicos menores es sinónimo de Administración Pública Descentralizada.

Se les denomina menores, puesto que, han sido creados en virtud de un acto de imperio del Estado (v. gr. por la propia Constitución o por una ley) que es iniciativa de sus órganos (Poder Constituyente o Asamblea Legislativa), para atender una serie de fines especiales que originariamente le correspondían a éste. Adicionalmente, como veremos infra, el Estado o ente público mayor ejerce sobre los mismos una tutela administrativa, en el marco de una relación de confianza, al orientar, de forma general, su actuación para lograr una mayor coherencia y unidad en la satisfacción de los intereses públicos y de evitar la duplicidad de funciones. Lo anterior, lo

logra el ente público mayor mediante el ejercicio de un haz de potestades que conforman la tutela administrativa tales como la planificación o programación -v.gr. planes nacionales de desarrollo, sectoriales, institucionales, regionales y locales, etc.-, la dirección -v. gr. directrices-, la coordinación y el control -v. gr. sustitución comisarial o sustitución y remoción del titular-.

Dentro de los entes públicos menores podemos encontrar unos de carácter territorial (municipalidades), institucional (instituciones autónomas y semiautónomas) y corporativo (colegios profesionales y las corporaciones productivas).

C.- Sistemas de estructuración de la Organización Administrativa (Centralización y Descentralización Administrativas)

No debe confundirse la descentralización política, que tiene que ver con la forma de gobierno (Estado unitario o federal), con la descentralización administrativa, puesto que, puede existir un Estado federal fuertemente centralizado, desde una perspectiva administrativa, o un Estado unitario¹ con una adecuada y acabada descentralización administrativa². Consecuentemente, no se incurre en ninguna contradicción cuando se habla de descentralización y autonomía en el seno de un Estado unitario³. Tal y como afirmará Hauriou en 1892, no existe más descentralización o centralización que la administrativa⁴.

Históricamente, todo ordenamiento jurídico se debate, interna-

¹ Estado unitario "es el que sólo posee un centro de impulsión política y gubernamental. El poder público, en la totalidad de sus atributos y funciones cuenta con él con un único titular, que es la persona jurídica Estado. Todos los individuos colocados bajo su soberanía obedecen una misma y única autoridad, viven bajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes" BORDEAU (Georges), Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Madrid, Editora Nacional de Cultura y Sociedad Torregalindo, traducción 18ª edición francesa, 1981.

² V. ARIÑO ORTIZ (Gaspar), Descentralización y planificación, Madrid, IEAL, 1972, pp. 24-48.

³ V. PENAGOS (Gustavo), La descentralización en el Estado unitario, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1997, pp. 3-30.

⁴ Etude sur la centralisation, París, 1892, pp. 8-9.

mente, entre un modelo administrativo centralizado o descentralizado, representado el primero por una concentración del poder, básicamente, en manos del Poder Ejecutivo y el segundo por el poder local o municipal. La adopción de uno u otro sistema depende, en último término, de una serie de variables propias de cada ordenamiento jurídico y de carácter histórico, ideológico, político, económico, geográfico, etnológico, sociológico, etc.. Para el caso costarricense, la Sala Constitucional ha indicado que existe una descentralización meramente administrativa - territorial, institucional y corporativa-, dado el carácter de "Estado unitario concentrado" que tiene el costarricense, por lo que no se ha dado, como en otras latitudes jurídicas, la descentralización política -Votos Nos. 4091-94 del 9 de agosto de 1994 y 7528-97 del 12 de noviembre de 1997-, esto es, la figura del Estado Federal (v. gr. como es el caso de España y Alemania, ordenamientos en los que cada estado federado - llámese en España Comunidad Autónoma y en Alemania Länder- tienen poderes legislativo, judicial y ejecutivo con lo que existe un ordenamiento federal y otro estadual).

D.- Centralización Administrativa

En la centralización administrativa, se transfiere la titularidad y ejercicio de las competencias de la Administración Pública descentralizada a la central, por lo que las competencias públicas se concentran, totalmente, en un centro de acción común o en un poder central. También puede manifestarse por un aumento de la tutela administrativa del ente público mayor sobre los entes públicos menores, con la reducción correlativa de la autonomía de éstos. En realidad, el concepto expuesto es la "recentralización" administrativa que es un fenómeno inverso al de la descentralización y consiste en la absorción o atracción de las competencias, por parte del ente público mayor, otrora titularidad de los entes públicos menores, en virtud de un proceso constitucional o legal previo de descentralización.

E.- Descentralización Administrativa

E.1.- Concepto y definición

Este modelo surge para evitar la congestión y el colapso de la Administración Central o del Estado para, de esa forma, agilizar el aparato o maquinaria administrativa. Es evidente que el Estado no tiene capacidad de gestión (infraestructura financiera, humana, material y técnica) para atender la heterogeneidad de intereses públicos y para satisfacer la diversidad de necesidades de la colectividad, razón por la cual se ve obligado a transferir la titularidad y el ejercicio de algunas competencias específicas y exclusivas en otros entes públicos menores.

Estáticamente, la descentralización consiste en la existencia, en el ámbito de la organización administrativa, de una serie de entes públicos menores distintos del Estado que tienen encomendada la realización de fines públicos específicos. Dinámicamente, significa la transferencia definitiva de la titularidad y el ejercicio de las competencias de la Administración Pública Central o Estado a la Administración Pública Descentralizada, sin que medie una relación de jerarquía administrativa sino, únicamente, de tutela administrativa, esto es, hay un relajamiento de los vínculos entre la Administración Pública Central y Descentralizada.

La descentralización administrativa precisa de dos requisitos uno objetivo, que es la transferencia de la titularidad y el ejercicio de las competencias y una correlativa disminución de las facultades de control o vigilancia del ente público mayor sobre los entes públicos menores y otro subjetivo que consiste en la transferencia intersubjetiva de competencias, esto es, entre entes públicos personificados (del ente público mayor a los entes menores o de la Administración Pública central a la descentralizada).

La descentralización administrativa supone la creación de entes públicos menores dotados de las siguientes características:

a) Personalidad jurídica especial; b) un patrimonio propio - autonomía financiera- y c) la atribución, en tesis de principio, de una competencia exclusiva o privativa y no concurrente, alternativa o paralela, por

lo que el ente público mayor -Estado- no puede invadir su esfera de competencias.

Definiremos la descentralización administrativa como **la transferencia intersubjetiva y definitiva de la titularidad y el ejercicio de competencias específicas y exclusivas**. La explicación a esta definición es la siguiente:

1) Transferencia intersubjetiva: Se produce del ente público mayor o Estado hacia los entes públicos menores. Debe verificarse, entonces, a favor de un ente personificado o una persona jurídico-pública distinta al Estado -centros de imputación independientes del Estado-, quedando excluida la transferencia a entes de derecho privado -personas físicas o jurídicas- tales como concesionarios de obras y servicios públicos, asociaciones y sociedades. Evidentemente, existe una vinculación entre descentralización y personificación, sin embargo, no toda transferencia de competencias a una persona jurídico-pública es descentralizar, aunque, actualmente, la descentralización se asienta sobre el fenómeno de las distintas personalidades⁵.

2) Transferencia definitiva: Permanece durante toda la vigencia del acto de imperio -Constitución o ley- del ente público mayor que efectuó la transferencia, esto es, hasta tanto no haya una recentralización.

3) Transferencia de una competencia o función exclusiva y específica: La descentralización supone el poder de decisión propio, independiente, irrevocable y necesario que no puede ser sustituido o mediado por el ente público mayor. Con ello se excluye que los entes menores estén sometidos a una relación de jerarquía, circunstancia que no descarta la tutela administrativa o dirección intersubjetiva, en aras de la legalidad, orden y coherencia de toda la función administrativa. La tutela administrativa o dirección intersubjetiva es un elemento inherente a la descentralización administrativa, puesto que, si no se produce no estamos ante ese sistema de estructuración administrativa sino ante una partición de la soberanía. Es así como la extensión y alcance de los poderes de tutela administrativa o dirección intersubjetiva que tiene al Estado frente a los entes públi-

⁵ ARIÑO ORTIZ (Gaspar), Descentralización y planificación, pp. 71, 87-89.

cos menores determinará una mayor o menor descentralización administrativa (grados de autonomía).

La PGR ha señalado -con alguna imprecisión técnica del lenguaje jurídico al asimilar "organismo" a ente- que "Descentralizar es transferir o crear una competencia en otro sujeto. En el caso de los entes descentralizados, el Estado transfiere una de sus competencias en favor del ente público que crea. Hay descentralización en el tanto se esté en presencia de un ente público; es decir, de una persona jurídica distinta del Estado. En ese sentido, es la atribución por ley de una personalidad jurídica lo que permite apreciar, en primer término, la existencia de un ente descentralizado ... La personalidad jurídica deviene el elemento fundamental para determinar la presencia de un ente, porque esa cualidad coloca al organismo (sic.) en una posición diferente de quien, por carecer de personalidad, constituye un órgano.

Ser persona jurídica significa, en efecto, ser un centro de atribución de derechos y deberes en forma independiente. Cualidad que determina, además, la ausencia de integración en la organización ministerial y que funda la autonomía orgánica.- En razón de esa personalidad, el ente goza de un patrimonio propio, sea de una autonomía patrimonial y de una autonomía de gestión.- Conforme con esa autonomía patrimonial, el ente podrá realizar todos los actos y contratos necesarios que impliquen gestión de este patrimonio." (Dictamen No. C-147-95).

E.2.- Consecuencias o efectos de la descentralización administrativa

La descentralización administrativa provoca una serie de consecuencias o efectos jurídicos importantes, veamos.

a) Creación de una persona jurídica: La creación de entes públicos menores por medio de un acto jurídico del ente público mayor. La Sala Constitucional en el Voto No. 1607-91 sostuvo que "...en todas las formas de descentralización la figura jurídica del Estado desaparece para dar lugar, precisamente, a una persona jurídica diversa de él, como lo recoge, respecto a la Administración Pública, el artículo 1° de su Ley General..."

b) Autonomía: Tales personas jurídicas menores no son soberanas, puesto que, el único que tiene soberanía en el concierto internacional lo es el Estado. Si los entes públicos menores ostentaran la soberanía, serían independientes del ente público.

c) Tutela administrativa: Los entes públicos menores, ciertamente, ejercitan potestades de imperio y persiguen fines públicos, no obstante el ente público mayor o la Administración Pública Central los controla o tutela mediante el ejercicio de las potestades de dirección, programación o planificación y control. Se produce, así, una relación de tutela administrativa entre el ente público mayor y el menor.

E.3.-Grados de autonomía

De lo expuesto hasta este momento, podemos concluir que la autonomía y la tutela administrativa o dirección intersubjetiva son conceptos consustanciales o inherentes al de descentralización administrativa. Entre autonomía y tutela administrativa existe una relación inversamente proporcional, puesto que, a una mayor autonomía corresponde una menor tutela administrativa y a una menor autonomía una mayor tutela administrativa. Consecuentemente, el grado de autonomía que posea un ente público menor depende del volumen e intensidad de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva que ejerce sobre éste el ente público mayor o Estado. La autonomía, es una potestad de autodeterminación de alcances y extensión variable en función de la intensidad de la tutela administrativa.

García Trevijano formuló, en su momento, una tipología de la descentralización en función de la mayor o menor intensidad de la intervención y control -tutela administrativa- del ente público mayor -Estado- sobre los menores.

Así, establece que existe una "descentralización mínima o ficticia" que la tienen aquellos entes públicos menores que se encuentran sometidos a un control total por parte del Estado (control de legalidad y oportunidad, nombramiento de los miembros de los órganos de dirección política y administrativa por el Estado), una "descentralización media" que la ostentan aquellos entes menores sometidos a un control medio (so-

lo de legalidad, intervención del Estado en el nombramiento y remoción de los directivos) y una “descentralización plena” que la poseen los entes que tienen un menor control o dirección del Estado (sometidos solamente a control de legalidad y con posibilidad de designar a sus directivos).

En nuestro ordenamiento jurídico administrativo, se han identificado claramente, desde un punto de vista estrictamente jurídico, tres grados de autonomía⁶ que son expuestos a continuación, de forma ascendente, de manera tal que el primer grado es el más elemental y el último el más pleno, si el ente público posee el segundo grado tiene el primero y si tiene autonomía del tercer grado detenta, desde luego, los dos grados anteriores. Evidentemente, esta clasificación tripartita coincide, parcialmente, con la que distingue entre autonomía mínima (primer grado), media (segundo grado) y máxima o plena (tercer grado).

a) Primer grado de autonomía (administrativa o mínima)

Se trata de la **autonomía administrativa** que es la facultad de un ente público menor de realizar sus competencias y atribuciones conferidas legalmente, por sí mismo sin estar sujeto a otro ente. Es la potestad de auto-administrarse, esto es, de disponer de sus recursos humanos, materiales y financieros de la forma que lo estime más conveniente para el cumplimiento de los cometidos y fines que tiene asignados. El concepto exacto es el de autarquía y no el de autonomía administrativa.

Este grado de autonomía es el más básico o elemental y todo ente público menor lo tiene por el simple hecho de existir, es decir, se trata de un grado de autonomía de principio o virtual cuando hay descentralización administrativa y se crean nuevas personas jurídico-públicas distintas del Estado, por lo que si la norma de creación del ente es omisa debe entenderse por otorgada. En nuestro ordenamiento este grado de autonomía lo tienen las instituciones autónomas y semiautónomas (artículo 188 CP).

⁶ V. MURILLO (M.), La descentralización administrativa en la Constitución Política. En Ensayos de Derecho Público, San José, Euned, 1988, pp. 272-275.

b) Segundo grado de autonomía (política, de gobierno o media)

La **autonomía política o de gobierno**, radica en la posibilidad de un ente público de autodirigirse o autogobernarse políticamente, esto es, de fijarse sus propios lineamientos, objetivos, fines o metas, a través de una potestad de programación o de planificación, sin que el ente público mayor pueda imponerle, mediante el ejercicio de la tutela administrativa o su potestad de dirección intersubjetiva y las respectivas directrices, los fines u objetivos a alcanzar en materia de su competencia⁷.

Ejemplo de este grado de autonomía es el que poseen las Municipalidades, puesto que, al ser entes territoriales, además de la autonomía administrativa, tienen autonomía política o de gobierno (artículo 170 CP). Se trata, entonces, de una autonomía virtual para el caso de los entes públicos menores territoriales⁸. Tenemos, también, en nuestro ordenamiento jurídico dos instituciones autónomas que tienen atribuida una autonomía política o de gobierno. La Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) por expresa disposición constitucional la tiene, puesto que, el artículo 73, párrafo 2º, de la Constitución Política dispone que “La administración y el **gobierno** de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma denominada Caja Costarricense de Seguro Social”. La Ley de la Autoridad

⁷ “La Administración Pública actúa a dos niveles: el concreto y el genérico, o sea, emite actos concretos y ejecuta actuaciones materiales, por un lado, y por el otro define política (reglamenta, presupuesta, prescribe objetivos y metas), lineamientos (normativos o no) que regirán u orientarán sus actuaciones concretas. Las actuaciones concretas constituyen el campo de la autonomía administrativa, vale decir la libertad con que el ente pueda ejercer esa función; las actuaciones abstractas son el área de la autonomía de gobierno, sea la libertad con que el ente pueda dictarse su propia política” MURILLO (Mauro), Autonomía y competencias municipales constitucionales, San José, IFAM, 1992, p. 12.

⁸ Murillo entiende, acertadamente, que la autonomía política de las municipalidades esta fuera de toda discusión por abundantes razones “...por la naturaleza territorial del ente; por el carácter electivo señalado -del órgano deliberante o Concejo municipal-; por razones históricas y de Derecho Comparado; por hablar la misma Constitución de un “Gobierno Municipal”, que si bien no puede entenderse en el sentido de que en cada cantón se repite el esquema del Gobierno Nacional, sí debe por lo menos entenderse en el sentido de que a nivel local se ejerce la función administrativa (en sentido amplio) municipal comprensiva de la administración en sentido restringido, como el gobierno o determinación política.” op. ult. cit., pp. 16-17.

Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) –No. 7593 del 9 de agosto de 1996 y sus reformas- dispone en su artículo 1º, párrafo in fine, que “La Autoridad Reguladora **no se sujetará a los lineamientos del Poder Ejecutivo** en el cumplimiento de las atribuciones que se le otorgan en esta ley”.

c) Tercer grado de autonomía (organizativa o plena)

La autonomía organizativa constituye la potestad de auto-organizarse. No debe confundirse este grado de autonomía con la potestad de auto-organización que posee, de principio, todo ente público menor a través de la promulgación de reglamentos autónomos de organización. Se trata de la posibilidad del ente público menor de dictarse su propia organización fundamental, esto es, de definir los órganos fundamentales, su constitución y reparto de funciones en ausencia o con exclusión de la ley ordinaria, por lo que debe ser atribuida expresamente por la constitución (reserva de constitución).

En nuestro sistema jurídico tenemos el ejemplo de las 4 universidades públicas -UCR, UNA, UNED y ITCR- (artículo 84 CP), que se rigen por sus propios estatutos universitarios.

La Sala Constitucional, en diversos votos, ha venido a delimitar y definir los contornos de la autonomía de organización, entendiéndola no como una libertad irrestricta, veamos. En el Voto No. 2761-96 de las 10:21 hrs. del 7 de junio de 1996 consideró lo siguiente:

“II.- Cabe, en primer término referirse a la autonomía que la Constitución le otorga a las universidades, para señalar que ésta, aunque muy amplia, es autonomía administrativa. En primer término frente al Poder Ejecutivo y al resto de la Administración Pública; en segundo lugar frente a la ley, pero únicamente para impedir que ésta delegue en autoridades administrativas potestades capaces de imponer a las universidades aquél tipo de decisiones. Esto significa, primero que la autonomía constitucional de las universidades no confiere a sus normas el valor de las leyes, ni siquiera el de los reglamentos ejecutivos.

En tercer lugar, las universidades gozan de potestad reglamentaria autónoma y administrativa únicamente en las materias puestas bajo su competencia y no en las que están puestas en la competencia de otras entidades u órganos públicos. No puede considerarse privativo de las Universidades lo relativo a los

poderes de policía administrativa -no sólo la de orden y seguridad, desde luego, sino también de otras definidas como tales, por ejemplo la policía de salud, la de trabajo, la de urbanización y construcciones, etc.)

Tampoco esa autonomía se extiende a las materias no universitarias, es decir, las no relativas a la docencia o investigación en la enseñanza superior, aunque se trate de otras no estrictamente universitarias, puestas bajo su cuidado, como es el reconocimiento de estudios y títulos de otras instituciones de enseñanza superior nacionales o extranjeras, cuestiones las cuales caen dentro del ámbito de la política legislativa, es decir, que pueden ser encomendadas a las universidades del Estado o a otros organismos, aunque no caigan dentro de la autonomía universitaria, como el Consejo Nacional de Rectores."

En el Voto No. 1313-93 de las 13:54 hrs. del 26 de marzo de 1993, la Sala Constitucional precisó la relación existente entre la autonomía de organización y la potestad legislativa y la extensión de la primera.

"V.- LA POTESTAD LEGISLATIVA Y LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA, EN EL PROCESO CONSTITUYENTE.- El tema de la facultad del Poder Legislativo para regular lo relacionado con las universidades estatales, fue expresamente discutido en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Del intenso debate que se dio, surgió la norma 88 de la Carta Política, que originalmente decía:

"Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias puestas bajo la competencia de la Universidad de Costa Rica, o relacionadas directamente con ellas, la Asamblea Legislativa deberá oír previamente al Consejo Universitario".-

Posteriormente el artículo fue reformado mediante Ley número 5697 del 9 de junio de 1975, dejándola con el texto actual. Esencialmente, el sentido de la norma no se varió, ni su significado, ya que lo que se le hizo fue adicionarlo, para extender sus efectos a otros entes de educación superior universitaria, así:

"Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias puestas bajo la competencia de la Universidad de Costa Rica **y de las demás instituciones de educación superior universitaria**, o relacionadas directamente con ellas, la Asamblea Legislativa deberá oír previamente al Consejo Universitario **o al órgano director correspondiente de cada una de ellas**".- (los subrayados y resaltados no son del original).-

Para precisar el contenido y significado de este precepto, resulta forzoso acudir a sus antecedentes en las actas de la Constituyente. La moción en la que se propuso el texto de esa norma decía:

"Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias puestas bajo la competencia de la Universidad de Costa Rica o relacionadas directamente con ellas, la Asamblea Legislativa deberá oír previamente al Consejo

Universitario; para apartarse del criterio de éste, la Asamblea necesita el voto de las dos terceras partes del total de sus componentes".-//

Obsérvese, del cotejo de los dos textos, moción y artículo aprobado, que en éste no se incluyó la parte final de la propuesta, es decir, la oración que dice "...para apartarse del criterio de éste, la Asamblea necesita el voto de las dos terceras partes del total de sus componentes". Pues bien, esa porción suprimida -no aceptada- es la clave, a juicio de la Sala, para resolver este caso. Cuando se discutió esta propuesta, hubo seria oposición en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, pues en términos generales, la mayoría de sus Diputados estuvieron en contra de que a la Asamblea Legislativa se le restaran potestades. Véanse las siguientes intervenciones:

"El Diputado Arroyo objetó la moción en debate, que considera lesiva a las atribuciones de la Asamblea Legislativa".-

"El Representante Arroyo de nuevo intervino en el debate para insistir en las razones que lo llevan a no estar de acuerdo con la segunda parte de la moción, -a partir del punto y coma- que es lesiva para los intereses de la máxima representación nacional, en la que tienen cabida todos los criterios y puntos de vista... Por otra parte, la Universidad ha quedado bien garantizada con los artículos que hemos aprobado. Se le ha otorgado autonomía económica, administrativa y docente. No es posible ir más allá, en perjuicio de la Asamblea Legislativa".-

"El Diputado Esquivel también se manifestó en desacuerdo con la segunda parte de la moción planteada... Dije en esa ocasión que era mala práctica limitar las facultades de la Asamblea Legislativa genuina representante de la voluntad popular, y máxime que se pretende crear otro nuevo privilegio a favor de la Universidad de Costa Rica... Votaré la primera parte por cuanto no me opongo a que se pida la opinión al Consejo Universitario en materia de su especialidad, pero no que su criterio signifique una imposición para la Asamblea Legislativa".-

"El Diputado Vargas Fernández expuso ... Desde el principio ... he estado en oposición a esa tendencia de irle cercenando a la representación nacional sus atribuciones. Hay un artículo definitivamente aprobado que establece que la facultad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa. Vendría a ser una limitación a esa potestad, la aprobación de la moción que se discute ... Terminó diciendo que le estaba otorgando (sic) a una institución autónoma ni más ni menos que el derecho de veto, que corresponde exclusivamente al Ejecutivo".-

Los conceptos expuestos nos indican, claramente, que fue la intención del Constituyente concederles a las universidades estatales un marco general de autonomía según lo que expresa el artículo 84 de la Constitución Política, y además, de un trato especial en lo que atañe al procedimiento legislativo para la discusión y aprobación de proyectos de ley, en materias que sin estar dentro del

ámbito autonómico, tengan que ver con las universidades estatales, según lo dispone el artículo 88 ídem. Véase incluso lo dicho por los constituyentes proponentes de la moción completa del texto del citado artículo 88, de donde se deduce claramente su intención, no de excluir la ley del ámbito de competencia de la Universidad, sino, única y exclusivamente, de establecer esa mayoría especial cuando hubiere un criterio negativo del ente sobre el proyecto de Ley, cuando no fuera materia considerada bajo el régimen del artículo 84 :

"El Diputado Facio usó de la palabra ... Recuérdese brevemente -dijo- que el corporativismo es un régimen antidemocrático, que suplanta las decisiones de una Asamblea libremente electa por el pueblo, por las de las corporaciones - corporaciones que no son instituciones técnicas del Estado, sino representaciones de gremios, de intereses profesionales- corporaciones éstas que son formadas, manipuladas y dirigidas por la política única del Estado omnipotente, del Estado totalitario. Nada más lejos que la intención de la moción; nada más apartado de su propósito. Lo que deseamos, sencillamente es conjugar la libertad soberana de la Asamblea popularmente electa, con los requerimientos técnicos del mundo moderno. Que sus pronunciamientos sean libres, pero que esa libertad se ejerza racionalmente, sobre el apoyo no de corporaciones, que representan intereses privados, sino de instituciones públicas, que por públicas, representan también al pueblo, y que, por técnicas, representan mejor sus intereses en el campo de las funciones que les han sido encomendadas. ¿Qué eso implica formalmente cierta restricción a la actividad del Congreso? Ciertamente es así, pero eso, lejos de ser un abandono de la democracia, es simplemente una adecuación de la democracia a problemas que existen hoy ... Sostiene el Dr. Jiménez de Aréchega, que la autonomía no puede significar sólo independencia con respecto al Poder Ejecutivo, sino también con respecto al Poder Legislativo, ya que si la Constitución la establece a favor de tal o cual organismo, es porque supone que las materias correspondientes deben ser manejadas al margen de la política y de la lucha de partidos; que entender de otro modo la autonomía es relativizar ésta a tal punto que sería como hacerla desaparecer. Pues bien, en la moción no se pide tanto; se pide sólo que se escuche al Consejo Universitario en tratándose de cuestiones universitarias..."- (Véase: Acta número 161 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Tomo III, Imprenta Nacional, San José, 1956, págs.410-414; los subrayados son de esta sentencia).-

En otras palabras, y esta es la conclusión ineludible e indubitable, de la larga pero trascendental serie de citas anteriores, el Constituyente no le quitó ni impidió a la Asamblea la potestad de legislar respecto de las materias puestas bajo la competencia de las instituciones de educación superior, o de las relacionadas directamente con ellas -para usar los propios términos de la Ley Fundamental-, y la única condición expresa que al respecto le impuso, fue la de oírlas previamente, para discutir y aprobar los proyectos de ley correspondientes, salvo lo que atañe a la facultad de organización y de darse el propio gobierno, según la independencia claramente otorgada en el artículo 84 constitucional.-

VI.- SIGNIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTONOMÍA .-

Expuesto lo anterior resulta necesario hacer algunas precisiones. Conforme lo dispone el artículo 84 de la Constitución Política, las Universidades del Estado están dotadas de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios. Esa autonomía, que ha sido clasificada como especial, es completa y por esto, distinta de la del resto de los entes descentralizados en nuestro ordenamiento jurídico (regulados principalmente en otra parte de la Carta Política: artículos 188 y 190), y significa, para empezar con una parte de sus aspectos más importantes, que aquéllas están fuera de la dirección del Poder Ejecutivo y de su jerarquía, que cuentan con todas las facultades y poderes administrativos necesarios para llevar adelante el fin especial que legítimamente se les ha encomendado; que pueden autodeterminarse, en el sentido de que están posibilitadas para establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna y estructurar su gobierno propio. Tienen poder reglamentario (autónomo y de ejecución); pueden autoestructurarse, repartir sus competencias dentro del ámbito interno del ente, desconcentrarse en lo jurídicamente posible y lícito, regular el servicio que prestan, y decidir libremente sobre su personal (como ya lo estableció esta Sala en la resolución No.495-92). Son estas las modalidades administrativa, política, organizativa y financiera de la autonomía que corresponde a las universidades públicas. La autonomía universitaria tiene como principal finalidad, procurar al ente todas las condiciones jurídicas necesarias para que lleve a cabo con independencia su misión de cultura y educación superiores. En este sentido la Universidad no es una simple institución de enseñanza (la enseñanza ya fue definida como libertad fundamental en nuestro voto número 3559-92), pues a ella corresponde la función compleja, integrante de su naturaleza, de realizar y profundizar la investigación científica, cultivar las artes y las letras en su máxima expresión, analizar y criticar, con objetividad, conocimiento y racionalidad elevados, la realidad social, cultural, política y económica de su pueblo y el mundo, proponer soluciones a los grandes problemas y por ello en el caso de los países subdesarrollados, o poco desarrollados, como el nuestro, servir de impulsora a ideas y acciones para alcanzar el desarrollo en todos los niveles (espiritual, científico y material), contribuyendo con esa labor a la realización efectiva de los valores fundamentales de la identidad costarricense, que pueden resumirse, según se dijo en el voto que se acaba de citar, en los de la democracia, el Estado Social de Derecho, la dignidad esencial del ser humano y el "sistema de libertad", además de la paz (artículo 12 de la Constitución Política), y la Justicia (41 ídem); en síntesis, para esos propósitos es creada, sin perjuicio de las especialidades o materias que se le asignen, y nada menos que eso se espera y exige de ella/ La anterior conceptualización no persigue agotar la totalidad de los elementos, pero de su contenido esencialmente se deduce -y es lo que se entiende que quiso y plasmó el Constituyente en la Ley Fundamental- que la universidad, como centro de pensamiento libre, debe y tiene que estar exenta de presiones o medidas de cualquier natu-

raleza que tiendan a impedirle cumplir, o atenten contra ese, su gran cometido.-

VII.- LOS LIMITES DE LA POTESTAD LEGISLATIVA EN RELACION CON LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA.- Definida en sus aspectos sustanciales la autonomía universitaria, procede sintetizar los cánones fundamentales que determinan su relación con el principio de legalidad. Si bien es cierto -como ya se comprobó- la Asamblea Legislativa puede regular lo concerniente a la materia de las universidades, le está vedado imposibilitar, restar o disminuir a esas instituciones, aquellas potestades que les son necesarias para cumplir su correspondiente finalidad y que conforman su propia Autonomía. Es decir, para expresarlo en los términos de cierta doctrina relevante, esos entes tienen la titularidad y el ejercicio inicial, independiente e irrestricto de todas las potestades administrativas y docentes para el cumplimiento de su especialización material, **sin que esto pueda ser menoscabado por la Ley.** Pero además, dentro de la modalidad docente explicada, también sirve de escudo a esa autonomía, la **libertad de cátedra** (artículo 87 de la Carta Política), que se puede entender como la potestad de la universidad de decidir el contenido de la enseñanza que versitarios de expresar sus ideas al interno de la imparte, sin estar sujeta a lo dispuesto por poderes externos a ella, o bien, en el sentido de la facultad de los docentes uniiñstitución, permitiendo la coexistencia de diferentes corrientes de pensamiento (véase sobre las limitaciones legítimas de la libertad, el precitado voto 3550-92). Por supuesto, también, que esos entes por disposición constitucional (artículo 85), están sujetos a **coordinación** por el "cuerpo encargado" que ahí se indica, y a tomar en cuenta los lineamientos que establezca el Plan Nacional de Desarrollo Vigente.-“.

De la transcripción de estos votos de la Sala Constitucional podemos arribar a las siguientes conclusiones:

a) Si bien las universidades públicas pueden crear sus órganos fundamentales, a través de los estatutos universitarios, estos instrumentos normativos no tienen el rango de una ley en sentido formal y material.

b) El legislador no está impedido de normar aspectos atinentes a la cultura y enseñanza superior o relacionados directamente con esas materias, siempre y cuando dentro del trámite legislativo se le confiera audiencia al órgano de gobierno universitario. La regulación legislativa no puede, eso si, restringir o menguar las potestades de las universidades públicas para el cumplimiento de sus fines.

c) La autonomía universitaria busca reforzar el carácter de crisol de conocimiento y cultura que ostentan las universidades públicas, garanti-

zando la independencia, pluralidad y libertad de pensamiento, conocimiento y expresión.

E.4.- La tutela administrativa (o dirección intersubjetiva)

a) Noción

En el marco de un “Estado unitario concentrado”, tal y como ha definido la Sala Constitucional al costarricense (Voto No. 4091-94 del 9 de agosto de 1994, reiterado en el No. 7528-97 del 12 de noviembre de 1997), resulta más evidente la vigencia del principio de unidad de mando. Ese principio, significa que tanto el Gobierno como la Administración tienen una cabeza común, siendo en nuestro régimen semi-presidencialista, la figura del Presidente de la República quien puede actuar de forma unipersonal –básicamente para asuntos políticos- o conjuntamente con el respectivo Ministro rector del sector o ramo administrativo respectivo quién es, constitucionalmente, su obligado colaborador. Tanto la dirección política como la administrativa la ejerce el Presidente de la República, asistido de sus colaboradores obligados.

El principio de la unidad de mando que ejerce el Poder Ejecutivo, a través de la figura del Presidente, cuando actúa aislada o conjuntamente con el respectivo Ministro, permite mantener la armonía, coordinación, coherencia y unidad de la gestión administrativa, puesto que, de lo contrario existiría un caos y desorden administrativo, en el que cada ente público realizaría aquellas tareas que estime prioritarias de forma unilateral y caprichosa. En tal sentido, el Estado debe velar por su propia existencia o continuidad en el tiempo, para lo cual debe determinar, a través de sus órganos fundamentales -Poder Ejecutivo y Legislativo-, las líneas generales y los fines de la actuación de todos los entes públicos. Es así como la tutela administrativa o dirección intersubjetiva ejercida por el ente público mayor (Estado) pretende garantizar, también, la unidad estatal.

Debe tomarse en consideración que el principio de unidad de mando resulta de vital importancia cuando se cae en la cuenta que fuera del ente público mayor o Estado existen 172 entes públicos menores (entre los que figuran 51 entes públicos descentralizados funcionalmen-

te o por servicios, 40 entes públicos descentralizados corporativamente, incluidos los colegios profesionales y 81 entes públicos descentralizados territorialmente o municipalidades). Sobre el particular, la Sala Constitucional en el Voto No. 3089-98 del 12 de mayo de 1998 señaló que todos los entes públicos que integran el aparato estatal:

"...deben someterse a los criterios de "planificación nacional" y en particular a las directrices de carácter general dictadas por el Poder Ejecutivo -Gobierno (Art. 140.8 CP) ... El Poder Ejecutivo -Gobierno-, como organización jurídica y política, es el que se encarga de organizar, dirigir y encauzar a la sociedad en todos sus aspectos político, jurídico, económico y social..."

Es preciso recordar, que las potestades y competencias ejercidas por los entes públicos menores (llámense instituciones autónomas, semiautónomas o entes públicos no estatales) le correspondían, originariamente, al Estado y fue éste quien, por un acto de imperio unilateral -constitución o ley- decidió transferírselas definitivamente, motivo por el cual el Poder Ejecutivo debe tener la atribución constitucional de orientarlas para el logro de los fines.

Los esfuerzos administrativos deben ser canalizados y orientados de forma racional hacia el logro de objetivos, fines y metas predeterminados por la cabeza de la Administración para evitar la dispersión, la duplicidad o el desperdicio inútil de recursos públicos, todo lo cual se logra a través de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva. La atribución del Poder Ejecutivo de mantener la unidad de la función administrativa se deriva del propio texto constitucional al establecer su artículo 140, inciso 8, que le corresponde "Vigilar el buen funcionamiento de los servicios públicos y dependencias administrativas", en relación con los ordinales 1º, 9º y 188. /aas

Vale la pena mencionar, al respecto, los antecedentes de la reforma parcial del artículo 188 de la Constitución Política, mediante la Ley No. 4123 del 31 de mayo de 1968, a través de la cual se fortaleció la tutela administrativa, dado que, el texto original de ese precepto constitucional le otorgaba autonomía política o de gobierno irrestricta a toda institución autónoma. Es así como, en la exposición de motivos de la reforma se indica, claramente, que entre los constituyentes del 49 "la preocupación que predominaba ...era la reducirle facultades al Poder Ejecu-

tivo, dado el peligro en que éste había puesto las instituciones democráticas en el período anterior... En nuestro criterio, el objetivo primordial de nuestra década tiene que ser el aumentar la eficiencia de nuestro sistema de gobierno. Hacer de los poderes del Estado el motor que impulse a Costa Rica del sub-desarrollo y eleve el nivel económico y cultural de sus habitantes...” y luego se agrega que “Al crear las instituciones de este tipo –autónomas- los Constituyentes de 1949 no previeron la necesidad de que debieran existir distintos grados de autonomía, de acuerdo con la naturaleza de la función de las instituciones. La experiencia costarricense ha indicado la necesidad de esa gradación, pero ella no puede lograrse si no es mediante reforma constitucional”⁹. Durante el curso de los debates legislativos de la reforma del artículo 188 de la Constitución Política, quedó patente el crecimiento considerable de las instituciones autónomas –administración pública descentralizada institucional o por servicios- y que al poseer una autonomía política o de gobierno se habían convertido en una especie de microestados dentro del Estado costarricense con un poder considerable y una libertad absoluta e irrestricta, que excluía toda forma de planificación, dirección y coordinación por parte del Poder Ejecutivo¹⁰. Se discutió la necesidad de orientar a las instituciones autó-

⁹ Expediente Legislativo No. 3631, iniciado el 31 de marzo de 1966, pp. 1 y 6. El texto original del proyecto de reforma fue el siguiente “Las instituciones autónomas tiene capacidad exclusiva para actuar en el cumplimiento de su fin propio y gozan de independencia en materia de administración. Su independencia en materia de gobierno estará sometida a la ley, para ajustar su actividad al derecho y al interés público”

¹⁰ El diputado Carmona Benavides, durante el debate legislativo (Acta de la Sesión Extraordinaria No. 60 del 9 de abril de 1968 de las 15:30 hrs.), efectuó manifestaciones como las siguientes: “El proceso histórico que vino a establecer las instituciones autónomas en Costa Rica, a través de la Constitución del 49, se debió a la desconfianza que el pueblo de Costa Rica sentía hacia el Poder Ejecutivo. Allí nacieron las instituciones autónomas con una libertad absoluta para manejarse... nació en una forma en que... en muchas oportunidades, está por encima del propio Estado... con una libertad absoluta, en la cual el Gobierno de la República no puede marcar pautas, no puede dar directrices... Ha llegado el momento en Costa Rica de que las instituciones autónomas son más poderosas y fuertes que el Gobierno Central. Más del cincuenta por ciento del gasto público de Costa Rica es administrado y manejado libremente por las instituciones autónomas.” Expediente legislativo No. 3631, pp. 13-14. En la Sesión Extraordinaria No. 61 del 15 de abril de 1968 de las 15:30 hrs., este mismo diputado efectuaría expresiones como las siguientes: “...no conviene para la buena marcha de la Administración Pública en general, que cada institución tome por un rumbo diferente, que cada institución establezca su propios programas, sus propias proyecciones en cuanto a resolver un proble-

nomas hacia objetivos y metas fijos, sometiéndolas a un proceso de planificación integral, para evitar que cada una de estas buscara sus propios fines y de esa forma lograr el desarrollo socioeconómico del país evitando la improvisación, la duplicidad de funciones y el desperdicio de recursos¹¹.

Desde luego, que el constituyente derivado del 68 reconoció la enorme contribución al desarrollo nacional, por parte de las instituciones autónomas, y la necesidad de mantenerlas, sin embargo, al propio tiempo, puso de manifiesto los “excesos de descentralización”, “abusos de autonomía” o “atomización”. Debe tomarse en consideración, que el constituyente originario del 49 además de estar movido por la desconfianza en el Poder ejecutivo para el ejercicio y la prestación de competencias y servicios técnicos, desconocía la importancia de la planificación para la gestión administrativa. En realidad es, hasta finales de la década de los 50 y principios de la del 60, cuando se empieza a tomar conciencia en nuestro país de la relevancia de la planificación para el sector público. Tanto es así que la primera Ley de Planificación No. 3087 del 31 de enero de 1963 (derogada por la Ley de Planificación vigente) data de esa época y en el artículo 15 de ese texto normativo -ante la vigencia del texto original del artículo 188 constitucional- se planteaba la vinculación voluntaria de las instituciones autónomas y semiautónomas al proceso de planificación.

ma nacional...sino que debe actuarse...en equipo, que las instituciones autónomas junto con el Gobierno Central actúen en equipo como una orquesta...para que haya armonía...Se necesita la coordinación ... Debemos buscar la coordinación absoluta entre las instituciones autónomas del Estado y el Poder Central para buscar rumbos fijos y seguros en beneficio del desarrollo nacional...” op. cit., p. 135. El diputado Hine García en la Sesión No. 55 del 1° de abril de 1968, manifestó lo siguiente: “...es necesario que todo este conjunto -sistema descentralizado- marche de manera ordenada y coordinada, no solamente entre sí, sino coordinada con la marcha que se desarrolla en la esfera del poder central...es indispensable que todo este sistema actúe coordinadamente con el sistema central por medio de los planes que se desarrollan ...Porque no debemos perder de vista, que el problema que se ha presentado en Costa Rica, con que las instituciones autónomas a veces actúan desvinculadamente unas de otras, y las más de las veces desvinculadas de los planes de la Oficina de Planificación...” op. cit., pp. 159 y 168.

¹¹ V. las manifestaciones del diputado Carmona Benavides en la sesión extraordinaria No. 60 del 9 de abril de 1968, Expediente Legislativo No. 3631, pp. 115-118.

La tutela administrativa, también conocida en nuestro medio como dirección gubernamental, es una relación intersubjetiva de carácter horizontal que se establece, básicamente, entre sujetos de derecho público y más concretamente entre el ente público mayor o Estado y el resto de los entes públicos menores para el logro de una acción administrativa globalmente coordinada, unitaria y racional. Es una relación intersubjetiva que excluye la jerarquía propia de las relaciones interorgánicas –entre órganos de un mismo ente público–, puesto que, debe respetar la autonomía que posee cada uno de los entes públicos menores. En nuestro criterio, el término “tutela administrativa” es totalmente inadecuado, puesto que, evoca la institución dogmática del derecho de familia en la que el menor de edad –sin capacidad de obrar– tiene un tutor o representante. Debe quedar claro, que los entes públicos menores no son incapaces como para estar sometidos a una relación de tal naturaleza. Adicionalmente, en el Derecho Privado es sabido que la tutela se estableció en interés de la persona tutelada, sin embargo en el Derecho Administrativo se da no en interés del ente tutelado sino en función de los intereses públicos. Probablemente, el origen de la expresión proviene de la distinción clásica entre el ente público “mayor” (Estado) y los entes públicos “menores”, por ser los segundos una creación del primero. Realmente, la expresión correcta es la de dirección intersubjetiva para distinguirla de la eventual dirección interorgánica que puede existir entre varios órganos de un mismo ente público. No obstante, hemos preferido emplear la de tutela por su larga trayectoria y su empleo constante en el ámbito de nuestra disciplina.

La tutela administrativa, como ya se indicó, no es incompatible con la autonomía, al contrario, la presupone, así, la Sala Constitucional en el Voto No. 3309-94 de las 15 hrs. del 5 de julio de 1994 ha subrayado la compatibilidad entre autonomía y tutela administrativas al considerar lo siguiente:

“III.-...las instituciones autónomas no gozan de una garantía de autonomía constitucional irrestricta, toda vez que la ley, aparte de definir su competencia, puede someterlas a directrices derivadas de políticas de desarrollo que ésta misma encomienda al Poder Ejecutivo Central, siempre que, desde luego, no se invada con ello ni la esfera de autonomía administrativa propiamente dicha, ni la competencia de la misma Asamblea o de otros órganos constitucionales como la Contraloría General de la República. Debe hacerse notar que los antecedentes y efectos de la propia reforma, al reservar a esas entidades la materia de su propia administración, excluyó de su gestión la potestad de gobierno que implica: a) la

fijación de fines, metas y tipos de medios para realizarlas b) la emisión de reglamentos autónomos de servicios o actividad, acorde con las disposiciones normalmente llamadas de política general. De esta manera, la reforma hizo constitucionalmente posible someter a las entidades autónomas en general a los criterios de planificación nacional y en particular, someterlas a las directrices de carácter general dictadas desde el Poder Ejecutivo central o de órganos de la Administración Central (llamados a complementar o a fiscalizar esa política general)..."

b) Distinción entre tutela administrativa y jerarquía administrativa

Esta diferenciación es consecuencia de la distinción clásica del Derecho Administrativo entre ente y órgano. La tutela administrativa o dirección intersubjetiva, es una forma de control ejercido por el ente público mayor sobre los entes públicos menores, motivo por el que es menester distinguirla de la relación de jerarquía -interorgánica- con la que no se puede confundir. La **relación de tutela administrativa** es intersubjetiva y horizontal, esto es, se produce entre dos entes públicos, normalmente el mayor -Estado- y los menores los últimos dotados de personalidad jurídica y con autonomía. La **relación de jerarquía administrativa** es interorgánica y vertical, es decir, se produce entre dos órganos sin personalidad jurídica, uno superior (supraordinado) y el otro inferior (subordinado), adscritos a un mismo ente público por lo que se produce en el seno o dentro de un ente público. El control tutelar es, en principio, limitado o tasado, a diferencia del control jerárquico que es, por lo general, ilimitado.

El contenido de sendas relaciones es también distinto, así el conjunto de potestades del ente tutor y del órgano superior jerárquico sobre el ente tutelado y el órgano inferior o subordinado, respectivamente, son diferentes. El ente mayor -tutor o director- tiene potestades de dirección, programación o planificación, coordinación, evaluación de resultados y control o sustitución comisarial sobre el ente menor. En tanto que el órgano superior jerárquico tiene potestades de ordenación (emisión de ordenes particulares, instrucciones y circulares), de vigilancia, disciplinaria, delegación, avocación y sustitución, resolución de conflictos de competencia (artículo 105 de la Ley General de la Administración Pública).

Mediante la tutela administrativa, el ente público mayor, tutor o director puede regular un lapso de gestión administrativa, únicamente, en

cuanto a los fines u objetivos (artículo 99, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública). Es así como la propia ley afirma que la potestad de dirección inherente a la relación de tutela administrativa es "incompatible con órdenes, instrucciones o circulares". Al respecto, debe tomarse en consideración que la potestad de ordenación -emisión de ordenes, instrucciones y circulares- es la potestad necesaria y suficiente para que exista una relación de jerarquía (artículo 105, párrafo 1, de la Ley General de la Administración Pública), consecuentemente en la tutela administrativa no existe ninguna jerarquía. El Estado o ente público mayor, puede dictarle a los entes menores las directrices. Esas directrices, que son actos administrativos atípicos por sus efectos -están sustraídos del deber de obediencia-, contienen lineamientos de política general que son totalmente vinculantes en cuanto a los fines o metas y, parcialmente, obligatorias en punto a las formas y medios para lograrlas, con relación a un lapso de gestión y no con una conducta concreta o determinada. La relación de tutela administrativa, se produce en el marco de una relación de confianza, que supone, a su vez, un margen de discrecionalidad del ente público menor al trasponer o adoptar la directiva que es totalmente incompatible con el dictado de órdenes, instrucciones o circulares.

En la jerarquía administrativa, mediante las potestades de ordenación y de control el superior jerárquico puede regular los actos concretos del inferior indicándole el modo de ejercer la funciones, en aspectos de oportunidad y de legalidad, o ajustando su conducta a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio o en virtud de recurso interpuesto por el interesado (artículo 105, incisos a y d, de la Ley General de la Administración Pública).

Es así como la Ley General en su ordinal 99, párrafo 2º, señala que la potestad de dirección no implica, necesariamente, la existencia de una relación jerárquica, siendo que la jerarquía sí admite la potestad de dirección pero, únicamente, entre órganos administrativos que tengan una competencia diversa por razón de la materia -dirección interorgánica-.

c) Contenido de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva (potestades del Estado o Ente Público mayor respecto de los entes públicos menores)

La tutela administrativa es el conjunto de poderes limitados que tiene el Estado –tutor o director- o la Administración Pública Central –ente público mayor- respecto de los entes públicos menores –tutelados o dirigidos- o la Administración Pública Descentralizada dispuestos por una norma expresa.

Hemos indicado que en la relación de tutela administrativa o dirección intersubjetiva, el Estado tiene una serie de potestades respecto de los entes públicos menores, veamos.

c.1) Potestad de planificación o programación

c.1.a) Definición

La administración es la capacidad para adoptar decisiones o acciones necesarias y realizarlas, la planificación, programación o planeamiento, por su parte, es un instrumento preliminar o preparatorio para la toma de las decisiones fundamentales a corto, mediano o largo plazo por lo que constituye una importante herramienta del administrador. La planificación comprende globalmente la relación de medios y fines con que cuenta el aparato administrativo. La planificación puede definirse “...como el proceso de definición de las macropolíticas a nivel nacional, sectorial y regional, que orientarán el Sector Público, definiciones emitidas por el Poder Ejecutivo”¹²

La planificación orienta la actuación y gestión administrativas definiendo los grandes objetivos, metas y fines por alcanzar y los métodos o modos para lograrlos eficientemente. La Sala Constitucional califica a la planificación como “la más básica de las funciones administrativas” (Voto No. 3410-92 de las 14:45 hrs. del 10 de noviembre de 1992).

¹² MURILLO (M.), Autonomía y competencia municipales constitucionales..., p. 13.

c.1.b) Principios rectores de la planificación

La planificación está sustentada en varios principios de importancia.

1.- Democratización y concertación

La planificación debe involucrar a todos los entes públicos y grupos o colectivos debidamente representados y constituidos cuyos intereses se vean involucrados en el proceso de programación. De lo contrario, se cae en una planificación unilateral o autocrática formulada exclusivamente por la Administración Pública. Lo anterior supone que la Asamblea Legislativa debe intervenir de alguna forma, como podría ser a través de un control tutelar a posteriori –aprobación- del proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo. Deben existir, igualmente, las instancias de coordinación y asesoría donde se encuentren representados los diversos grupos o colectivos cuyos intereses involucre la planificación.

2.- Vinculante

Los planes deben tener un carácter vinculante para el sector público, de modo y manera que los entes públicos que conforman la Administración Pública estén obligados a obtener o lograr los objetivos, fines y metas contenidos en los mismos. Caso contrario los planes asumen el carácter de declaraciones platónicas de objetivos y metas, generándose una caótica descoordinación e improvisación en la gestión administrativa.

3.- Racionalidad

La planificación debe ser racional de modo que la Administración, de la multiplicidad de alternativas de acción, escoja aquella que maximice los recursos empleados, después de un análisis científico y técnico de los costos y ventajas de cada opción. Se debe escoger el medio o instrumento más eficaz. La Sala Constitucional en el Voto No. 3410-92 citado, consideró que “XVI.-...la idea central de la planificación es la racionalidad, que supone que en medio de una gran cantidad de posibilidades, es necesario escoger racionalmente las mejores alternativas, a los

efectos de realizar los valores finales que se persiguen, reduciendo así, el número de variables a unas pocas, las mejores, compatibles con los recursos con los que se cuenta.”

4.- Previsión

La planificación consiste en prever, con fundamento en los indicadores que ofrezcan los diagnósticos previos respectivos, las necesidades o circunstancias futuras a corto, mediano y largo plazo.

5.- Universalidad

Significa que la planificación efectuada por la Administración Pública debe cubrir todos los sectores, actividades y circunscripciones territoriales sobre las que tiene competencia a fin de darle coherencia. Obviamente, existirán planes parciales que deben conformarse y articularse con el o los planes globales.

6.- Unidad

El plan debe estar coherentemente integrado constituyendo un todo orgánico y compatible.

7.- Continuidad

La planificación debe ser un proceso continuo y permanente, que no tenga término, en el que se deben dar varias etapas importantes tales como el diagnóstico, la elaboración del plan, su discusión, su aprobación, evaluación y revisión.

8.- Inherencia

La planificación es inherente a toda organización pública para asegurar su actuación racional.

c.1.c) Tipología de los planes

En doctrina se suele distinguir entre planes imperativos (vinculantes), indicativos (sugestivos o flexibles) y mixtos. Los primeros tienen un carácter coactivo para los destinatarios una vez aprobados. Los meramente indicativos o sugestivos, contienen previsiones orientadoras que pueden ser ejecutadas o desarrolladas, voluntariamente, por sus destinatarios en virtud de una adhesión libre.

Los planes son mixtos cuando son vinculantes para el sector público e indicativos para el sector privado –incluidas, por supuesto, las empresas públicas que asumen formas de organización colectiva del derecho privado-. La adhesión a los planes por este último sector lo puede lograr la Administración Pública con la implementación de políticas de fomento a la actividad privada (exoneraciones e incentivos fiscales, subvenciones, créditos a fondo perdido, etc.).

c.1.d) Tipología legal

La Ley de Planificación Nacional No. 5525 del 2 de mayo de 1974 y sus reformas establece en su artículo 4° que la Presidencia de la República establecerá los lineamientos de política general del Plan Nacional de Desarrollo, el que será sometido a consideración y aprobación, en forma de planes a corto, mediano y largo plazo, por el Ministerio de Planificación y Política Económica. La responsabilidad principal en la elaboración del plan nacional de desarrollo recae, legalmente, en el MIDEPLAN (artículo 4, párrafo in fine, ibidem).

El Reglamento General del MIDEPLAN (Decreto Ejecutivo No. 23323-PLAN del 17 de mayo de 1994, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 27073-PLAN del 8 de mayo de 1998), dispone en su artículo 2° que el Presidente de la República dará a sus Ministros y a los Jerarcas de Instituciones Descentralizadas las directrices necesarias a fin de hacer cumplir el Plan Nacional de Desarrollo, las que, agrega, son de acatamiento obligatorio.

Los artículos 13 y 14 de ese cuerpo normativo contempla la exis-

tencia de los planes sectoriales, regionales y locales a cargo de los distintos ministerios, entidades autónomas y semiautónomas, los que deben ser conformes y coherentes con el Plan Nacional de Desarrollo.

Ejemplos de planes sectoriales son los siguientes:

a) El Programa Monetario que debe ejecutar el Banco Central de Costa Rica y que debe publicar anualmente en enero. Según el artículo 14, inciso b), de su Ley Orgánica (No. 7558 del 3 de noviembre de 1995 y sus reformas) debe publicar semestralmente un informe de la ejecución del programa y las modificaciones que pretende implementar para el semestre siguiente y las que hubiere de introducir durante el semestre en que se ejecuta.

b) El Plan de Lucha contra la Pobreza que debe implementar y ejecutar el IMAS.

c.1.e) Sujetos planificadores y sistema nacional de planificación

La planificación en nuestro país se encuentra a cargo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Planificación y Política Económica, las unidades u oficinas de planificación de los ministerios, instituciones descentralizadas y entidades públicas locales y regionales y los mecanismos de coordinación y asesoría como consejos asesores, comités consultivos e interinstitucionales. Ese conjunto de órganos conforman lo que la ley denomina el Sistema Nacional de Planificación (artículo 3° ibidem). Se prevé, incluso, la colaboración en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo de los sectores patronal y sindical (artículo 8° ibidem).

c.1.f) Procedimiento de elaboración del Plan Nacional de Desarrollo

De conformidad con el Reglamento del MIDEPLAN (artículo 5°) dentro del primer mes de gestión del nuevo gobierno, ese órgano ministerial presentará al Presidente de la República y a los Ministros de Estado un documento contentivo del proyecto. Resulta importante señalar que el artículo 39 del Decreto Ejecutivo No. 14184-PLAN dispone que el Programa de Gobierno que debe ser promulgado durante el primer mes

de gestión del nuevo gobierno, mediante decreto ejecutivo, "...constituirá la base para la elaboración y promulgación posterior del Plan Nacional de Desarrollo, así como de los programas o planes sectoriales respectivos...".

El Presidente, en los 15 días siguientes, debe someter el documento a discusión del Consejo de Gobierno. Después de discutido el proyecto, el MIDEPLAN debe presentar, a más tardar el 30 de septiembre siguiente, al Presidente y a los Ministros el plan con las enmiendas y modificaciones pertinentes para que sea conocido en el Consejo de Gobierno. Finalmente, el Consejo de Gobierno aprueba el plan. Una vez aprobado definitivamente se debe publicar en el Diario Oficial y, presuntamente, será de acatamiento obligatorio para todos los órganos y entes públicos. El Decreto Ejecutivo No.14184-PLAN del 8 de enero de 1983, en sus artículos 37 y 40 establece que la promulgación del Plan Nacional de Desarrollo se hará mediante Decreto Ejecutivo 6 meses después de asumir el poder el nuevo gobierno (noviembre siguiente al primero de mayo); los programas o planes sectoriales de desarrollo se deben, igualmente, promulgar mediante decreto ejecutivo publicado en el Diario Oficial en el mes de febrero siguiente al cambio de Gobierno.

c.1.g) Naturaleza de la planificación en Costa Rica

Evidentemente, en nuestro país, la planificación tiene un carácter meramente indicativo, puesto que, aunque el Reglamento del MIDEPLAN le trata de dar un carácter vinculante (artículos 2° y 4°, inciso c) es lo cierto que la ley de Planificación Nacional no le da esa naturaleza. Adicionalmente, la forma de aprobación de los planes -sin participación ninguna de la Asamblea Legislativa- confirma tal extremo. De otra parte, tiene un carácter preponderantemente unilateral -no democrático-, puesto que, prácticamente no se le concede participación en el diagnóstico de las necesidades, la elaboración, preparación y formulación de los planes a los distintos sectores y grupos de interés socioeconómicos. Su carácter unilateral deriva de la propia Ley de Planificación Nacional al establecer que la responsabilidad principal en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo le compete a un órgano del Poder Ejecutivo cual es el MIDEPLAN.

La Ley de Planificación Nacional trata de crear instancias para dar participación a diversos sectores como los denominados mecanismos de coordinación y asesoría –consejos asesores, comités interinstitucionales, comisiones consultivas, etc.- que no han funcionado en la práctica (artículos 3º, inciso c, y 19, este último establece que “A fin de propiciar la más amplia participación de los sectores públicos y privados en la tarea nacional de planificación, y con el objeto de dar unidad y coherencia a esta tarea, el Poder Ejecutivo establecerá consejos asesores, comités de coordinación y comisiones consultivas. Estos organismos estarán integrados por personeros de los ministerios, instituciones autónomas y semiautónomas y asociaciones privadas, de acuerdo con las necesidades y las actividades de que se trate.”). Por su parte, el artículo 8º establece que el MIDEPLAN en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo “...pedirá la colaboración de los sectores patronal y sindical.”.

Finalmente, el ordinal 15 de la Ley de Planificación Nacional – introducido mediante la Ley No. 6802 del 6 de septiembre de 1982- que parece estar referido a la administración territorial municipal y a su planificación local dispone que “Previo convocatoria por medio del diario oficial La Gaceta, y de por lo menos uno de los principales diarios nacionales, los concejos se reunirán como mínimo una vez al año, durante el tercer trimestre del año calendario, con representantes de organizaciones sociales, culturales, deportivas y populares en general, legalmente constituidas, que funcionen en sus respectivos cantones, a fin de discutir con ellos las necesidades existentes en materia de obras de infraestructura y sobre distribución de la producción, para coadyuvar a la definición del programa correspondiente.”.

Otro defecto de la Ley de Planificación Nacional es que parece reducir la planificación a lo estrictamente financiero o presupuestario (vid. artículos 7º, 9º y 10º ibidem) al referirse a conceptos tales como presupuesto por programas, programas o proyectos de inversión pública, políticas generales de financiamiento externo, etc., cuando uno de los principios de la programación es la universalidad. La técnica planificatoria debe ser utilizada de forma polivalente de modo que permita ordenar y prever las necesidades de todos los sectores en que interviene la Admi-

nistración Pública –obras públicas y transportes, educación, salud, ferrocarriles, etc.-. Tal enfoque legal eminentemente economicista de la planificación reduce, enormemente, la potencialidad aplicativa de la misma.

c.1.h) Propuestas de reforma (*de lege ferenda*)

Seguidamente, ante la regulación restringida e inadecuada de la planificación administrativa en nuestro ordenamiento jurídico, formulamos una serie de propuestas para una eventual reforma legislativa sobre la materia.

Para hacer efectiva la finalidad orientadora de la planificación la misma debe tener un carácter vinculante para el sector público e indicativo para el privado. La adhesión del sector privado a la planificación la puede lograr la Administración Pública, tal y como se indicó supra, mediante la implementación de políticas de fomento o estímulo de la actividad industrial, comercial, etc.. Ciertamente todo plan tiene un contenido, desde el punto de vista jurídico, heterogéneo, puesto que, hay extremos normativos y otros no normativos, en cuanto contiene estudios sectoriales, análisis, precisiones, magnitudes económicas, etc.. Evidentemente, contendrá normas directamente aplicables –de orden público o meramente dispositivas- y otras estrictamente programáticas que requieren del desarrollo legislativo o reglamentario posterior para su correcta aplicación.

Para asegurar su carácter vinculante la planificación global o nacional y los planes sectoriales, regionales o locales deben sancionarse, como mínimo, mediante decreto ejecutivo, aspecto que no excluye una aprobación por parte de la Asamblea Legislativa como veremos infra.

Se deben tipificar, por vía de ley, las sanciones a los funcionarios que incumplan con la ejecución y desarrollo de los planes globales y sectoriales o que obtengan –en la fase de evaluación- menos de un porcentaje razonable –podría tratarse de un 70%- de los resultados, objetivos o rendimientos esperados, salvo que existieran razones externas, objetivas, calificadas y notorias, como podría ser un estado de urgencia o emergencia, que justifiquen el desempeño irregular . Tales sanciones que debería imponer el Presidente a sus Ministros y éstos a sus funcionarios subal-

ternos de confianza podrían ser desde la suspensión hasta la remoción. De igual forma, para los funcionarios cubiertos por el Estatuto del Servicio Civil debe existir la posibilidad de incoarles un procedimiento administrativo disciplinario para sancionarlos con la suspensión o la remoción por la omisión en la ejecución de los planes y el bajo desempeño - obtención de resultados, objetivos y metas-

En lo relativo a la planificación global o general es menester reforzar es su carácter democrático de modo y manera que la Asamblea Legislativa intervenga ejerciendo un control tutelar -a posteriori o ex post facto- con la simple aprobación o improbación de los planes globales o nacionales que establecen los grandes lineamientos de la gestión administrativa -cuyo proyecto elaboraría el Poder Ejecutivo-, sin posibilidad de discutir su contenido y, consecuentemente, de reformarlos, modificarlos o enmendarlos.

Obviamente, en concordancia con lo establecido en los artículos 124, in fine, y 140, inciso 19, de la Constitución Política la aprobación legislativa del plan o planes globales no le dará el carácter de ley, aunque se haga mediante los trámites ordinarios de éstas. En la ley se debe establecer un plazo máximo para que el Presidente de la República someta a consideración de la Asamblea Legislativa el plan -que no debería exceder de 3 meses a partir de la toma de posesión- y, a su vez, un plazo máximo para que la Asamblea lo apruebe, estableciéndose que en caso de silencio parlamentario se tendrá por presuntamente aprobado. La ley que venga a regular la materia debe establecer que la Asamblea podrá desaprobado el plan por una única vez, indicándole de forma explícita al Poder Ejecutivo las razones o motivos por las cuales lo rechazó, para que éste órgano pondere qué modificaciones, enmiendas o rectificaciones introduce para plantearlo por una segunda y última vez a consideración de la Asamblea. Recomendamos tal procedimiento, puesto que, si la Asamblea Legislativa pudiera entrar a discutir y modificar el proceso de la planificación global se vería seriamente entrabado por la dinámica propia del poder legislativo. Asimismo, estimamos que no sería recomendable que la Asamblea Legislativa le fije al poder administrador o ejecutivo los lineamientos generalísimos mediante una ley previa a la elaboración de los planes globales, puesto que, la gestión administrativa es una cuestión

preponderantemente técnica y no política, aunque, obviamente, tiene un importante ingrediente de la última. En todo caso, el Presidente de la República –por su elección directa- tiene toda la legitimidad democrática para establecer las prioridades de su gestión de gobierno, claro está, con el asocio y participación de sus colaboradores y de todos los sectores sociales y económicos.

Algunos sostienen que es importante que los planes globales se aprueben mediante una ley emanada de la Asamblea Legislativa –aunque los incorpore como un mero anexo-, puesto que, en su criterio el contenido de los planes puede tener una eficacia normativa directa, esto es, inmediata o automática o mediata a través de actos interpuestos, con lo que puede repercutir en la esfera patrimonial de los administrados, imponiendo cargas, obligaciones, deberes y suprimiendo, eventualmente, derechos subjetivos y otras situaciones jurídicas sustanciales. Esta tesis no la compartimos, puesto que, en realidad la intervención del Poder Legislativo en la etapa de elaboración y formación del plan se justifica por la necesidad de brindarle un carácter concertado y democrático a la planificación pero no en cuanto contenga extremos que impliquen un gravamen o ablación para el administrado, sobre todo si se piensa en una planificación global contentiva de metas, objetivos y fines para las diversas administraciones.

c.2) Potestad de dirección –directrices-

c.2.a) Noción

El ente público mayor o Estado, tiene, respecto de los entes públicos menores descentralizados, la potestad general de dirección, la cual se traduce, en el plano real o concreto, en las denominadas directrices.

La Procuraduría General de la República, ha señalado, con acierto, que la potestad de dirección “...va implícita en la relación Estado entes descentralizados, y está inspirada en los principios de unidad e integridad del Estado costarricense, y como parte de las funciones de orientación política asignadas al Poder Ejecutivo...Así, puede decirse que la potestad de dirección, que lleva necesariamente también la de coordinación, es la fa-

cultad de orientar y guiar la acción de todos los órganos y entes públicos que conforman la administración central y descentralizada, para lograr la mejor satisfacción de los intereses y fines públicos, aprovechando eficientemente los recursos y bienes de cada uno, armonizando los esfuerzos y encaminando la acción a dichas metas, garantizando la unidad e integridad del Estado. A manera de comparación, puede decirse que el Poder Ejecutivo es el director de una gran orquesta que es el Estado, en donde la mezcla de sonidos e instrumentos da lugar a una armoniosa sinfonía" (OJ-043-99 de 8 de abril de 1999; C-078-99 de 23 de abril de 1999) .

c.2.b) Directrices

1.- Concepto

La directriz es un lineamiento de política general que establece fines, objetivos y metas, como tal es un acto administrativo atípico, puesto que, carece de la eficacia inmediata y directa de éstos como veremos infra al estudiarlos. El que sea un acto administrativo –aunque atípico es un punto pacífico en doctrina-, así Ortiz Ortiz definió la directriz como "...un acto administrativo vinculante en cuanto a los fines y particularmente en cuanto a la forma y los medios de la conducta dirigida, en relación con un lapso de gestión y no con un acto determinado, dentro de una relación de confianza que supone un amplio margen de discrecionalidad en el órgano o ente dirigido"¹³.

Como acto administrativo que es, le resulta aplicable, en lo compatible, el régimen establecido para el primero en cuanto a su formación, validez y eficacia, salvo norma expresa en contrario. Ciertamente, su carácter no es el propio de una orden o un reglamento, puesto que, el ente dirigido goza de un margen de discrecionalidad, dirige la actividad y no un acto, y, si bien puede tener alcance general no lo tiene de carácter normativo.

La Procuraduría General de la República ha definido las directrices de la siguiente manera:

¹³ Los sujetos del Derecho Administrativo, Departamento publicaciones, Universidad de Costa Rica, 1971, p. 30.

“...las directrices son actos de racionalización y facilitación de la acción administrativa. Las directrices buscan asegurar la coherencia de la acción administrativa y de prevenir o limitar el riesgo de contradicción en dicha acción, tomando en cuenta la gran cantidad de entes públicos que conforman la Administración Pública y la diversidad y complejidad de sus funciones.

Debe dejarse claro, consecuentemente, que la directriz es una de las formas jurídicas en que se manifiesta el poder de dirección...” luego añade que “...la directriz es un medio de ordenar la actuación de diversos organismos (sic.) en forma racional y coherente, con el objeto de orientar el cumplimiento de los fines públicos que deben perseguir, y lograr de esa forma la realización de los planes, programas y políticas definidos por el Poder Ejecutivo. Esa ordenación implica la orientación en la forma de alcanzar los fines y metas de la actividad del organismo dirigido (sic.) y, eventualmente, de los medios para lograrlos, lográndose la coordinación entre los distintos órganos y entes. De esta forma se permite el cumplimiento del principio de la unidad estatal” (OJ-043-99 de 8 de abril de 1999; C-078-99 de 23 de abril de 1999)

La Corte Plena, en funciones de Tribunal Constitucional, definió de una forma un tanto abstracta e imprecisa la directriz al indicar que por tal “...debe entenderse el conjunto de instrumentos o normas generales para la ejecución de alguna cosa, o sea, de pautas u orientaciones que sirven de marco conceptual para la toma de decisiones”. (Sesión del 16 de junio de 1984).

2.- Contenido

La Ley General de la Administración Pública, es omisa al regular el contenido de las directrices, puesto que, se limita a mencionarlas en el artículo 100. Sin embargo, el Decreto Ejecutivo No. 14184-PLAN del 8 de enero de 1983 que creó el “Subsistema de Dirección y Planificación Sectorial” establece en su artículo 41 lo siguiente:

“Las directrices que emitan el Presidente de la República, el Poder Ejecutivo como tal, o el Ministro con aprobación del Presidente de la República, serán

elaboradas por escrito con copia obligada al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica para su adecuado seguimiento y serán asimismo publicadas en el Diario Oficial para su necesaria comunicación pública y deberán cumplir los siguiente requisitos de contenido y forma:

- a) Se referirán a los entes sometidos legalmente a la dirección gubernativa;
- b) Deberán enmarcarse dentro de los objetivos y funciones legales de los entes dirigidos y motivarse con fundamento en el Plan Nacional de Desarrollo cuando esté formalmente promulgado por el Poder Ejecutivo, o en el respectivo Programa de Gobierno y en los Planes Regionales y Sectoriales cuando también estén formalmente promulgados;
- c) Deberán concretar política gubernamental, en forma de objetivos, metas, prioridades y lineamientos de política;
- d) Deberán asimismo indicar, cuando sea posible, los plazos y términos en que se espera razonablemente que se logren los resultados que se desean;
- e) Deberán, cuando corresponda, indicar las principales acciones o modificaciones organizativas y administrativas que los entes del Sector en conjunto deberán adoptar, para lograr la mejor integración de sus esfuerzos, o indicar lo mismo para cada ente en particular, sin que esto signifique potestad del Poder Ejecutivo para tener ingerencia directa en la gestión administrativa del ente; y, Llevarán numeración corrida desde 1 hasta el número que se alcance al término de cada Administración, indicando fecha y nombre o siglas del sector respectivo”.

3.- Órgano del ente público mayor (Estado) competente para dictarlas

El órgano competente para dictar las directrices constituye un tema polémico, puesto que, podría discutirse si le corresponde al Presidente de la República considerado unipersonalmente o al Poder Ejecutivo en sentido estricto, esto es, al Presidente conjuntamente con el Ministro rector del sector o ramo respectivo hacia el que se dirige la directriz. Debe tomarse en consideración, que el ordinal 26, inciso a), de la Ley General de la Administración Pública, le asigna al Presidente de la República la atribución de “ **Dirigir y coordinar** las tareas de Gobierno y de la Administración Pública central en su total conjunto, y hacer lo propio con la **Administración Pública descentralizada...**”, potestad que, luego, el artículo 27, párrafo 1º, del mismo cuerpo normativo le vuelve a fijar al Poder Ejecutivo en sentido estricto.

La Sala Constitucional, ha mantenido una postura errática, sin embargo, últimamente, ha sostenido que le compete al Poder Ejecutivo en

sentido estricto, esto es, al Presidente de la República conjuntamente con el Ministro del sector o ramo. Así, en el Voto No. 6345-97 de las 8:33 hrs. del 3 de octubre de 1997 sostuvo que el Presidente de la República como órgano unipersonal del Poder Ejecutivo en sentido amplio no puede dictar directrices puesto que sus potestades constitucionales "...al igual que las del Consejo de Gobierno, como órganos de excepción que encarnan en determinados casos el Poder Ejecutivo, están delimitadas claramente y, por su misma naturaleza excepcional, no pueden extenderse a otros supuestos que los previstos de manera expresa por los artículos 139 y 147 de la Constitución Política, máxime que, si lo fueren, implicarían un cercenamiento de las genéricamente atribuidas al Poder Ejecutivo normal, esto es, al que ejercen de manera conjunta el Presidente de la República y el Ministro respectivo, único órgano de ese Poder al que la Constitución permitió asignar funciones adicionales mediante la ley (artículo 140 inciso 20)". Esa tesis, es compartida por la Procuraduría General de la República al sostener que "En estricto derecho, la definición de las distintas políticas estatales corresponde al Poder Ejecutivo. No se desconoce la impronta del Presidente en esa fijación, ya que las políticas parten de una orientación presidencial. Empero, constitucionalmente no le ha sido atribuido al Presidente de la República la potestad de fijar cada una de esas políticas y por ende, la de dirección de la Administración Pública en los distintos campos..." (OJ-043-99 de 8 de abril de 1999; C-078-99 de 23 de abril de 1999).

La postura de la Sala Constitucional y de la Procuraduría General de la República, tienen su lógica y sustento normativo, puesto que, si se repara en las atribuciones conferidas constitucionalmente al Presidente de la República, unipersonalmente considerado (139 de la Constitución Política), no se contempla una cláusula abierta como podría ser que debe ejercer todas aquellas competencias que la ley le confiera. Distinto es el caso para el Poder Ejecutivo en sentido estricto -Presidente actuando conjuntamente con el respectivo ministro-, ya que, el artículo 140 de la Constitución Política le asigna a ese órgano bipersonal la atribución de "Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas (inciso 8)" y el constituyente en el inciso 20 de ese precepto, estableció una cláusula competencial residual o en blanco al disponer que le corresponderá "Cumplir los demás deberes y ejercer las otras atribuciones que le confieren esta Constitución y las leyes". La interpretación tiene asidero en el

espíritu del constituyente de recortar las competencias que el Presidente de la República puede ejercer unilateralmente o solo, sin la colaboración obligada de los ministros. Debe quedar, igualmente, descartada la posibilidad para el Consejo de Gobierno de dictar directrices o para los ministros, individualmente considerados, al estar tasadas las competencias del órgano colegiado citado y no tener los segundos atribuciones específicas fijadas por el texto constitucional.

4.- Sujetos jurídico-públicos destinatarios

Este aspecto, también, es muy polémico, puesto que, podría entenderse que el Poder Ejecutivo en sentido estricto, puede dictar una directriz para un solo ente descentralizado, varios o todo un sector.

La Sala Constitucional desde el Voto No. 3309-94 – reiterado en el No. 2276-96 del 15 de mayo de 1996- ha señalado que el Poder Ejecutivo solo puede dictar directrices generales a todas las instituciones autónomas, a conjuntos de éstas o en áreas de acción generales. Con esta postura, evidentemente, la Sala Constitucional excluye las directrices particulares o singulares dirigidas a un solo ente público. Esta posición no la compartimos, puesto que, ciertamente la directriz es un lineamiento de política general que puede estar orientado a un sujeto jurídico público claramente determinado o individualizado. En otras palabras, no se debe confundir la naturaleza sustantiva de la directriz con su alcance subjetivo que puede ser general o concreto. Habrá aspectos específicos de una política general que son susceptibles de ser desarrollados, únicamente, por un ente público determinado que no se encuentra, necesariamente, inserto en un grupo o sector.

5.- Ejemplo práctico de directriz

El Presidente de la República y el Ministro de Hacienda emitieron la Directriz No. 17 de las 17 hrs. del 3 de marzo de 1999 (publicada en el Alcance No. 16 a la Gaceta No. 47 del 9 de marzo de 1999)¹⁴ para que los

¹⁴ **DIRECTRICES**

Nº 17

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Y EL MINISTRO DE HACIENDA,

En virtud de las atribuciones, facultades y potestades que les confieren los incisos 8) y 18) del artículo 140 y el artículo 188, ambos de la Constitución Política y los numerales 25.1, 26; incisos a), b), 27, inciso 1), 99 y 100 todos de la Ley General de la Administración Pública y

Considerando:

1°—Que resulta de urgente necesidad aumentar la producción, elevar la productividad y fortalecer la competitividad de los pequeños y medianos productores y de los microempresarios, tanto de las zonas rurales como de las urbanas, dedicados a actividades en diversos sectores de la economía, agricultura, ganadería, agroindustria, pesca, acuicultura, servicios, comercio, transporte y turismo.

2°—Que la mujer en su condición de ciudadana y por un derecho inalienable y consustancial al ser humano, debe tener un acceso digno al servicio público que brinda la banca estatal, con las mismas oportunidades y en igualitaria condición que los demás.

3°—Que también es importante coadyuvar en la solución del problema de la vivienda.

4°—Que los bancos comerciales del Estado son entes que amén del resguardo del patrimonio de los costarricenses, deben velar por la calidad y la eficiencia en el servicio público que brindan.

5°—Que dentro de la idea de servicio público debe contemplarse también el mayor bienestar y satisfacción para los usuarios de dichos servicios en relación con las actividades que desarrollan las instituciones bancarias del Estado.

6°—Que los bancos comerciales del Estado tienen una vocación de servicio a la par del deber de resguardar el patrimonio de las instituciones, sin descuidar los parámetros de eficiencia y calidad de servicio al cliente.

7°—Que tiene particular relevancia el propugnar y mantener la debida coordinación entre las instituciones financieras del Estado, especialmente en cuanto a los programas de fomento y desarrollo que plantea el Gobierno de la República. **Por tanto,**

Emiten la siguiente,

Directriz:

DIRIGIDA A LOS JERARCAS DE LOS BANCOS DEL ESTADO

Artículo 1°—Los bancos comerciales del Estado: Banco Nacional de Costa Rica, Banco de Costa Rica y Banco Crédito Agrícola de Cartago, canalizarán los recursos disponibles, incluidas las recuperaciones, de manera preferente, al otorgamiento de crédito a pequeños y medianos productores y a microempresarios, incluyendo, atención especial a las mujeres que se dediquen o emprendan tales actividades. Los programas de crédito, que igualmente incluyen al sector femenino de la población, contemplarán también los préstamos para vivienda y para compra de parcelas, de conformidad con las definiciones establecidas por el Banco Central de Costa Rica. Los Bancos del Estado deberán mantener los parámetros de eficiencia y calidad de servicio, resguardando de manera permanente su patrimonio.

Artículo 2°—Los bancos comerciales del Estado actuarán como bancos de primer piso y de segundo piso. En este segundo caso deberán enfatizar la promoción de las asociaciones de productores con el propósito de contribuir al desarrollo y mejoramiento de la

bancos comerciales del Estado destinaran, de manera preferente, sus recursos disponibles al otorgamiento de crédito a pequeños y medianos productores, microempresarios, con especial atención a las mujeres, e, igualmente, préstamos para vivienda y compra de parcelas (artículos 1° y 2° de la directriz) .

El Presidente de la República, le consultó a la Procuraduría General de la República si lo anterior violentaba la autonomía administrativa de los bancos comerciales del Estado y la misma le indicó que "Determinar qué actividades o sectores deben ser beneficiarios del crédito, es una decisión que está estrechamente vinculada con la política económica. Puesto que la definición de políticas estatales corresponde a los poderes políticos, se sigue que compete a dichos poderes determinar selectivamente las actividades económico-sociales que consideran deben ser promocionadas, en razón del interés público presente en ellas, así como los sectores sociales que serán favorecidos. Esta determinación abarca el precisar hacia dónde se orienta el apoyo estatal a la iniciativa privada. Una ayuda que, en todo caso, debe comprender siempre los sectores sociales más desfavorecidos en virtud de los imperativos del Estado Social de Derecho, y concretamente de los principios fundamentales de solidaridad y justicia social, que informan el ordenamiento.

El crédito oficial es una manifestación de la acción administrativa de fomento propia del Estado, particularmente porque se trata de crédito a

competitividad de los pequeños y medianos empresarios, hombres y mujeres, sin que esto represente autorización para que tales entidades realicen intermediación financiera.

Artículo 3°—Los bancos comerciales del Estado acatarán cada año las disposiciones contenidas en el Programa Monetario del Banco Central de Costa Rica, en cuanto a la expansión del crédito al sector privado. Concretamente en 1999 se respetarán las disposiciones vigentes para el período comprendido entre octubre de 1998 y diciembre de 1999.

Artículo 4°—Los Bancos comerciales del Estado presentarán cada semestre un informe al Consejo de Gobierno detallando el avance en el cumplimiento de los puntos establecidos en los artículos 1, 2 y 3 de la presente directriz.

Artículo 5°—Rige a partir de su publicación.

Emitida en la Presidencia de la República.—San José, a las diecisiete horas del día tres de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ ECHEVERRIA.—El Ministro de Hacienda, Leonel Baruch Goldberg.—1 vez.—C-5900.—(14474).

más largo plazo y de condiciones de amortización normalmente más ventajosas que el privado...

Los puntos 1 y 2 de la Directriz, que se están analizando, lo que hacen es señalarle a todos los bancos estatales -generalidad que es aceptada expresamente por la Sala Constitucional...- sobre la forma en que deben orientar el crédito. Les define una política económica a cumplir, concepto que no se encuentra comprendido dentro de la autonomía administrativa, sino de gobierno, y consecuentemente sujeto a las potestades de dirección reguladas legalmente en los artículos 98 a 100 de la Ley General de la Administración Pública.

En ellos, no se le está ordenando actuar al ente, no se le está impidiendo que actúe; pero si se está determinando que si actúa, lo haga en una determinada dirección, lo que es compatible con el concepto de directriz y con la jurisprudencia de la Sala Constitucional..."

De igual forma, ante la consulta del Presidente de la República, la Procuraduría General de la República estimó que la fijación de un límite cuantitativo a la expansión del crédito al sector privado según el Programa Monetario del BCCR (artículo 3° de la directriz), no roza con la autonomía administrativa por tratarse de una cuestión de gobierno y de la fijación de una meta a cumplir.

c.3) Potestad de coordinación

Podemos distinguir entre una coordinación interorgánica que es la que se produce entre los órganos de un mismo ente público, y la coordinación intersubjetiva -que es la que interesa para los efectos de la tutela administrativa- que se verifica entre los entes públicos. En realidad, lo propio en una relación jerárquica son las potestades de ordenación o mando y la de dirección, puesto que, la coordinación, de por sí, evoca la idea de igualdad de estatus entre los sujetos coordinados. A través de la coordinación, se busca evitar que existan duplicidades y omisiones en la función administrativa, esto es, que la misma sea desempeñada de forma racional y ordenada. La coordinación intersubjetiva, depende de la existencia de niveles fluidos de información entre los entes públicos, los que se pueden lo-

grar a través de distintos medios tales como instancias orgánicas de coordinación, reuniones, informes, etc.

La coordinación puede ser, también, un imperativo legal de carácter eventual, así, para el caso de los municipios, el artículo 6° del Código Municipal establece que “La municipalidad y los demás órganos y entes de la Administración Pública deberán coordinar sus acciones. Para tal efecto deberán comunicar, con la debida anticipación, las obras que proyecten ejecutar”. De igual forma, el ordenamiento jurídico, en ocasiones, le impone a algunos entes una actitud de cooperación permanente con otros, este es el caso de los Bancos Comerciales del Estado, los que por disposición expresa de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (No. 1644 del 26 de septiembre de 1953 y sus reformas) “...deben actuar en estrecha colaboración con el Poder Ejecutivo, coordinando sus esfuerzos y actividades...” (artículo 2°), también, deben colaborar en la ejecución de la política monetaria, cambiaria, crediticia y bancaria de la República (artículo 3°, inciso 1°). En el caso del Banco Central de Costa Rica, su Ley Orgánica (No. 7558 del 3 de noviembre de 1995) le impone la obligación a todas “Las oficinas y dependencias del estado y de las instituciones autónomas” de “prestar su asistencia a los departamentos del Banco Central, con el objeto de que estos puedan cumplir, eficientemente, sus funciones. Para ello, deberán proporcionarles, con la mayor brevedad, los datos, informes y estudios que les soliciten. El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave a los deberes del cargo por parte de los funcionarios responsables.” (artículo 40).

La coordinación intersubjetiva tiene relevancia a nivel material y territorial, en el primer caso tenemos la coordinación sectorial y en el segundo la regional.

c.3.a) Coordinación sectorial (sectorización)

La coordinación sectorial obedece a un criterio material o sustancial, puesto que, se produce en el ámbito de una actividad administrativa materialmente homogénea (v. gr. sectores de salud, educación pública, trabajo y seguridad social, vivienda y asentamiento humanos, cultura y recreación, desarrollo agropecuario y recursos naturales renovables, econo-

mía y comercio, industria, energía y minas, obras públicas y transportes, finanzas y crédito público¹⁵). La mayoría de estos sectores han sido creados por vía de decreto reglamentario y se encuentran bajo la dirección y coordinación del respectivo ministro rector del ramo (sector) y aglutina al conjunto de ministros, entes públicos descentralizados, programas y actividades públicas que concurren en un mismo campo de acción para la consecución de objetivos básicos (artículos 4º y 5º del Reglamento de Creación de Subsistema de Dirección y Planificación Sectorial). Cada sector cuenta con instancias importantes de coordinación tales como los Consejos Nacionales Sectoriales, las Comisiones Consultivas, las Comisiones Gerenciales y las Secretarías Ejecutivas de Planificación Sectorial, Comités Técnicos Sectoriales (artículos 13 a 26 del Reglamento de Creación del Subsistema de Dirección y Planificación Sectorial).

Algunos sectores han sido creados por ley como el Sector Agropecuario (artículo 29-47 de la Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria FODEA y orgánica del MAG No. 7064 del 29 de abril de 1987 y sus reformas) y el Sector Ambiental (artículos 77-82 de la Ley Orgánica del Ambiente).

Obviamente, para lograr una coordinación macro a nivel material existen órganos e instancias tales como el Consejo Económico y Social, las respectivas Comisiones Económica y Social Nacionales (artículos 6-10 del Reglamento de Creación del Subsistema de Dirección y Planificación Sectorial) y el Comité Técnico Intersectorial (artículo 28 del Reglamento de Creación del Subsistema de Dirección y Planificación Sectorial).

c.3.b) Coordinación regional (regionalización)

La coordinación regional toma en consideración un criterio territorial. Al respecto, tenemos el Sistema de Regionalización del Desarrollo (Decreto No. 20432-MIDEPLAN del 21 de mayo de 1991) creado y establecido con los propósitos de "...mejorar la dirección y coordinación de la Administración Pública en las diferentes regiones del territorio nacional y

¹⁵ El Decreto Ejecutivo No. 14184-PLAN del 8 de enero de 1983 de Creación del Subsistema de Dirección y Planificación Sectorial estableció 10 sectores que son los enunciados.

de promover la participación organizada de la población para lograr una distribución de recursos más equitativa entre las distintas regiones del país” (artículo 1º del Decreto No. 20432-MIDEPLAN). Este sistema se encuentra articulado sobre la regionalización establecida por vía de decreto para efectos de investigación y planificación del desarrollo que ha venido efectuando el actual Ministerio de Planificación y Política Económica (antigua OFIPLAN) desde principios de la década de los setenta.

Según lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 16068-PLAN del 15 de febrero de 1985 y sus reformas (este decreto modificó el artículo 1º del Decreto Ejecutivo No. 10653-P-OP), en nuestro país existen 6 regiones: 1) Central, 2) Chorotega, 3) Pacífico Central, 4) Brunca, 5) Huetar Atlántica y 6) Huetar Norte. A lo anterior, debe adicionarse la creación de las Regiones de Heredia (Decreto Ejecutivo No. 21349-MIDEPLAN del 10 de junio de 1992) y Cartago (Decreto Ejecutivo No. 22604-MIDEPLAN del 30 de septiembre de 1993), fenómeno al que denominamos “provincialización de la Región”.

Tales regiones, cuentan con importantes instrumentos de coordinación como los Consejos Regionales de Desarrollo (artículos 5-15 del Decreto de Constitución del Sistema de Regionalización del Desarrollo), los Comités Sectoriales Regionales (artículos 31 y 32 del Decreto de Creación del Subsistema de Dirección y Planificación Sectorial, No. 14184-MIDEPLAN y 16-21 del Decreto de Constitución del Sistema de Regionalización del Desarrollo).

C.4) Potestad de control

La tutela administrativa o dirección intersubjetiva, se traduce en potestades de control del ente público mayor sobre los menores descentralizados. Algunos sostienen que el núcleo duro de la tutela administrativa lo es el control, razón por la que se debería denominar de esa forma. Así, se ha definido la tutela como la “acción ejercida por un ente superior sobre actos y personas de otro inferior...Esta tutela supone examinar algo y su finalidad no es tanto favorecer y ayudar al tutelado (como ocurre en la tutela civil), como defender el interés general que en ese caso concreto está

siendo alcanzado -o se pretende al menos- por un ente actuante”¹⁶. De ahí también, que se distinga entre control interórganico (relación jerárquica) y control intersubjetivo (relación de tutela administrativa).

El control ejercido por el ente público mayor es muy amplio en su contenido y puede comprender aspectos que ya hemos abordado, veamos.

c.4.a) Control sobre los actos

1.- Autorizaciones

Tal control puede ser preventivo o “*ex ante*”, mediante la autorización que debe dar un órgano del ente público mayor a un acto de un ente público menor. La autorización juega, en este supuesto, como un requisito de validez del acto administrativo dictado por el ente público menor.

Un ejemplo de ello se encuentra en la Ley de Planificación Nacional (No. 5525 del 2 de mayo de 1974 y sus reformas), al establecer -artículo 10, párrafo 1º- que ninguna institución autónoma o semiautónoma podrá iniciar trámites para obtener créditos en el exterior sin la autorización previa del MIDEPLAN (la ley habla incorrectamente de “previa aprobación”).

De igual forma, el artículo 9º de ese cuerpo normativo establece que los programas de inversión pública contenidos en los presupuestos de las entidades descentralizadas, antes de remitirse a la Contraloría General de la República- requieren de la autorización del MIDEPLAN (la ley habla incorrectamente de “visto bueno”).

Sobre el particular, el artículo 330, párrafo 1º, LGAP establece que el silencio positivo operará en los supuestos de autorizaciones “en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela”.

¹⁶ GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A., Tratado de Derecho Administrativo II-I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 2a. edición, 1971, pp. 455-456.

2.- Aprobaciones, refrendos y vistos buenos

El control también puede ser a posteriori o “ex post”, mediante la aprobación, refrendo o visto bueno que debe impartirle un órgano del ente público mayor a un acto de un ente público menor. La aprobación en este caso es un requisito de eficacia del acto del ente tutelado. El artículo 145, párrafo 4º, LGAP establece que la eficacia del acto puede estar sujeta a requisitos tal como la aprobación por otro órgano siendo que “...mientras no se haya aprobado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.”

Ejemplo de esta figura, es la aprobación final que debe impartirle el MIDEPLAN a los proyectos de inversión de los entes descentralizados cuando incluyan, total o parcialmente, financiamiento externo o requieran aval del Estado (artículo 10, párrafo 2º, Ley de Planificación Nacional).

Un supuesto importante, lo constituye la aprobación legislativa que requiere cualquier impuesto municipal (artículo 121, inciso 13º, de la Constitución Política) elaborado por la respectiva entidad territorial – aunque el texto constitucional indica “autorizar”-. En este caso, un órgano del Estado o ente público mayor –Asamblea Legislativa- ejerce un control importante sobre la potestad tributaria derivada de las corporaciones municipales. De igual forma, las Municipalidades requieren aprobación legislativa –en los casos que expresamente lo exija la ley- para la contratación de empréstitos, dar en garantía sus bienes o rentas o enajenar bienes muebles o inmuebles (artículo 174 ibidem) sin que ese acto legislativo aprobatorio les obligue a efectuar el acto aprobado (Voto de la Sala Constitucional No. 1347-94).

El artículo 184, párrafo 2º, de la Constitución Política establece que a la Contraloría General de la República –órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, la cual es, a su vez, un órgano del Estado o ente público mayor- le corresponde “Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas y fiscalizar su ejecución y liquidación.”. Para el caso particular de las Municipalidades, el numeral 175 de la Constitución Política dispone que los presupuestos ordinarios o extraordinarios de esas enti-

dades "...necesitarán, para entrar en vigencia, la aprobación de la Contraloría General que fiscalizará su ejecución".

El artículo 330, párrafo 1º, LGAP establece que el silencio positivo opera en la hipótesis de aprobaciones dictadas "en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela".

3.- Simples comunicaciones o notificaciones

En determinados supuestos, sin afectarse la validez o eficacia del acto, la ley exige una comunicación, puesta en conocimiento o notificación del acto tomado por el ente público menor respectivo al mayor o Estado.

4.- Dictámenes

En ciertas hipótesis, un ente público menor requiere de un dictamen previo de un órgano del Estado o ente público mayor para poder actuar. Así sucede, por ejemplo, para el caso en que un ente descentralizado institucional o territorial pretenda declarar oficiosamente en vía administrativa la nulidad absoluta evidente y manifiesta de un acto declaratorio de derechos para el administrado (revisión de oficio), puesto que, requiere del dictamen vinculante de la Procuraduría General de la República -órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia que a su vez es un órgano del Poder Ejecutivo- o de la Contraloría General de la República -órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa- cuando la nulidad verse sobre aspectos de contratación administrativa o presupuestarios (artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública).

Nótese, adicionalmente, que los dictámenes de la Procuraduría General de la República son vinculantes o de acatamiento obligatorio para la Administración Pública activa consultante (artículo 2º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, No. 6815 del 27 de septiembre de 1982 y sus reformas), con lo que la tutela resulta aún más intensa.

5.- Jerarquías impropias

El contralor no jerárquico (jerarquía impropia) es un órgano que

fiscaliza la legalidad de la resolución del órgano administrativo que le sube en grado (apelación) sin ser el superior jerárquico natural u ordinario de éste (artículos 180 y 181 de la Ley General de la Administración Pública).

No todas las jerarquías impropias representan un control del ente público mayor y, más concretamente, del Poder Ejecutivo, en realidad son algunos casos concretos, veamos:

1) La apelación que conoce la Contraloría General de la República –órgano auxiliar de la Asamblea, que a su vez, es órgano del Estado- respecto del acto de adjudicación –si cumple con los topes de montos- dictado por un ente público menor descentralizado (artículos 85 y siguientes Ley de la Contratación Administrativa).

2) La impugnación que conoce el Tribunal Fiscal Administrativo –órgano desconcentrado en grado máximo del Ministerio de Hacienda, que a su vez, es un órgano del Estado- de la fijación del monto o quantum del impuesto territorial por parte de las oficinas de valoración de las Municipalidades –una vez agotados los recursos de revocatoria ante esa oficina local y el de apelación ante el Concejo Municipal, artículo 19 de la Ley del Impuesto Territorial, No. 7509 del 9 de mayo de 1995 y sus reformas-.

3) La apelación de los acuerdos de los Concejos Municipales que conoce la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo (artículos 173 CP, 156, párrafo 2º, del Código Municipal, 84 a 86 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley de Creación de la Sección Tercera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo No. 7274 del 10 de diciembre de 1991).

4) La apelación que conoce el Tribunal Agrario respecto de las resoluciones del Instituto de Desarrollo Agrario en materia de su competencia (artículos 12, inciso d, de la Ley de la Jurisdicción Agraria –de la organización y competencia de los Tribunales Agrarios- y 100, inciso 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

c.4.b) Control sobre las personas

Se da cuando el Estado –ente público mayor-, a través de sus órganos, puede nombrar y remover a los órganos directivos de un ente público menor o bien gestionar el inicio de procedimientos administrativos disci-

plinarios para imponer sanciones a funcionarios de una entidad descentralizada por incumplimiento de sus deberes como administradores del patrimonio público. En nuestro país, tenemos que el Consejo de Gobierno tiene, dentro de sus atribuciones, la de “Nombrar a los directores de las instituciones autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo” (artículo 147, inciso 4, de la Constitución Política), siendo que por el principio del paralelismo de las competencias le corresponde, también, removerlos. Por su parte, la Ley No. 4646 del 20 de octubre de 1970 o de Juntas Directivas establece que los miembros de esos órganos colegiados de las instituciones autónomas y semiautónomas serán nombrados por el Consejo de Gobierno. Por su parte, la Ley No. 5507 del 19 de abril de 1974 establece que el Presidente Ejecutivo de las instituciones autónomas – funcionario de mayor jerarquía para efectos de gobierno-, será designado por el Consejo de Gobierno (artículo 3°). Respecto de este funcionario, el Reglamento a la Ley de Presidentes Ejecutivos de la Juntas Directivas del Banco Central de Costa Rica y demás Instituciones Autónomas y Semiautónomas no bancarias (Decreto Ejecutivo No. 11846-P del 9 de septiembre de 1980), establece que los presidentes ejecutivos son de nombramiento y remoción del Consejo de Gobierno. El artículo 5° de ese reglamento establece que “El Presidente Ejecutivo será el enlace directo entre el Poder Ejecutivo y la institución que representa y será él quien lleve a conocimiento de la Junta Directiva, para su aprobación, las iniciativas de aquel Poder, relacionadas con la definición, formulación y adopción (sic.) de la política de Gobierno de la entidad.”.

De igual forma, el artículo 98 de la LGAP contempla la figura de la “sustitución del titular” que le permite al Consejo de Gobierno remover a los directores de una institución autónoma cuando desobedezca reiterada, grave e injustificadamente las directrices impartidas por el Poder Ejecutivo (el Presidente de la República y el ministro rector del sector respectivo - artículo 27, párrafo 1°, de la LGAP-), pese a las tres intimaciones recibidas, caso en el que el propio Consejo de Gobierno nombra un órgano sustituto “*ad hoc*” para que restablezca la normalidad administrativa.

En lo relativo a la represión de conductas de los funcionarios que incumplan sus deberes como administradores de los fondos públicos, por parte de la Contraloría General de la República, la Sala Constitucional en

el Voto No. 16-95 de las 15:45 hrs. del 3 de enero de 1995, consideró que:

“No hacemos frente a un atentado a la autonomía administrativa de las instituciones autónomas porque la relación aquí objetada entre la Contraloría General de la República y éstas no corre entre administraciones activas, una de las cuales se inmiscuiría inconstitucionalmente en un ámbito propio de la otra. La Contraloría es administración no activa, fiscalizadora o vigilante... lo que hay es un control de legalidad financiera de las actuaciones de un funcionario ... el análisis de atribuciones constitucionales de la Contraloría no puede dejar de lado la central tarea que el Constituyente le encargó: “auxiliar a la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública” (artículo 183). Quedaría menguada la efectividad de esta disposición constitucional con relación al vasto mundo de las instituciones autónomas si se interpretara que el ordenamiento está inhibido de habilitar a la Contraloría para investigar malos manejos de fondos en esas instituciones y eventualmente exigir la sanción del responsable (artículos 115 de la Ley de la Administración Financiera de la República y 273 del Reglamento de la Contratación Administrativa). Por último, acierta la Contraloría cuando sostiene que estas potestades no son disciplinarias en estricto sentido –limitadas a la relación de servicio- sino inseparables de la fiscalización de la ejecución de los presupuestos nacionales y de las instituciones autónomas”.

c.4.c) Control de actividad o actuación

Se trata del control de un lapso de gestión administrativa que efectúa el ente público mayor sobre el menor mediante las directrices, la vigilancia de su cumplimiento y la remoción del titular que falte a las mismas. Las directrices le fijan metas, objetivos, fines y tipos de medios al ente público menor que debe cumplir dentro de una relación de confianza incompatible con órdenes, instrucciones o circulares, esto es, con una relación de jerarquía –cuyo contenido mínimo lo es la potestad de ordenación-. Luego de la emisión de una directriz, el Poder Ejecutivo tiene la potestad de fiscalizar o supervisar el desarrollo y cumplimiento efectivo de la misma. Para ese efecto, puede solicitarle a las instituciones autónomas o semiautónomas sometidas a la directriz informes periódicos y, de esa forma, tomar las medidas previstas por la legislación ante su incumplimiento grave, injustificado y reiterado.

Se entiende que en el marco de la tutela administrativa el ente público mayor –Estado- no puede controlar los actos administrativos concretos y particulares dictados por el ente menor y menos sustituir las omisio-

nes de éste en el dictado de un acto o, en general, en el cumplimiento de los deberes a su cargo, toda vez, que no existe una relación jerárquica.

c.5) Potestad de evaluación de resultados

La evaluación de resultados y la rendición de cuentas, por parte de los órganos de la Administración Central, es una herramienta indispensable para determinar el grado de efectividad en el logro de los objetivos, metas y fines fijados en los planes, además de constituir un proceso que le brinda a la misma insumos básicos para readecuar y reajustar los respectivos programas.

c.5.a) Reforma constitucional

Mediante la Ley No. 8003 del 8 de junio del 2000 (publicada en La Gaceta No. 126 del 30 de junio del 2000), se reformó parcialmente el artículo 11 de la Constitución Política. Se mantuvo, con alguna variante de redacción y otras de puntuación, el texto original del párrafo primero y se introdujo un segundo párrafo en el que se eleva a rango constitucional dos de los principios rectores de la función y de la organización administrativas modernas, esto es, la evaluación de resultados y la rendición de cuentas.

1.- Administraciones públicas, evaluación de resultados y rendición de cuentas

El párrafo segundo, que constituye una verdadera novedad jurídica -independientemente de compartir o no su defectuosa redacción- establece lo siguiente:

“La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La Ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.”.

Desde una perspectiva puramente semántica, discrepamos de la redacción, puesto que, hubiera bastado con afirmar que los entes públicos -o la Administración Pública- y los funcionarios públicos se encuen-

tran sometidos a los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas, los que la ley implementará y desarrollará. Es de suponer que el sistema de evaluación de resultados y de rendición de cuentas desarrollado legislativamente debe prever la responsabilidad de los funcionarios que tengan un mal o deficiente rendimiento, puesto que, de lo contrario se trataría de una simple declaración platónica de principios sin ninguna garantía para su observancia, por esa razón ese extremo sobra en la redacción de la reforma parcial.

Pese a la redacción, la reforma constitucional crea un nuevo deber o imperativo constitucional para todas las administraciones públicas, con el objeto de lograr su mayor sometimiento a los principios de legalidad, eficiencia y eficacia e implantar, de esa forma, un nuevo paradigma de gestión administrativa más acorde con el Estado Social y Democrático de Derecho.

Surge, así, uno de los aspectos medulares a dilucidar del nuevo párrafo segundo del numeral 11 de la Carta Política, es decir, su extensión o alcance subjetivo.

El constituyente derivado o poder reformador nos habla de la "Administración Pública en sentido amplio" y luego agrega, con una terminología imprecisa, que la ley desarrollará un sistema que "cubra a todas las instituciones públicas", con lo cual, evidentemente, se incluye toda la pléyade de entes públicos que conforman nuestra administración pública (173 en total) y, desde luego, a cada uno de los órganos que conforman cada ente (solo el Poder Ejecutivo se encuentra constituido por 18 ministerios, los que a su vez se descomponen en una serie de órganos, algunos desconcentrados y otros que, incluso, asumen la forma del "órgano-persona" -el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes cuenta con 12 órganos desconcentrados, algunos con personalidad jurídica instrumental; el Ministerio de Educación tiene adscritas 198 juntas de educación y 417 juntas administrativas-). Bajo esta línea de argumentación, se trata de un deber constitucional que, desde luego, alcanza, también, a los Poderes Judicial y Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República cuando ejercen una función materialmente administrativa. Por esa razón, el Poder Judicial y el Tribunal

Supremo de Elecciones que prestan una importante función administrativa -en el primer caso, el servicio público de la administración de justicia y en el segundo una actividad certificatoria a través del Registro Civil-, deben adoptar y abrirse a las mejores técnicas de organización administrativa con la finalidad de obtener altos estándares de calidad en la atención de los usuarios.

Con esta reforma parcial se consolida el Estado Democrático y Social de Derecho al que resulta, a su vez, inherente la noción de Administración Pública prestacional, entendida ésta como la que debe asegurarle a todos los administrados, sin distinción, una esfera vital mínima y común mediante la prestación efectiva y de calidad de los servicios públicos, todo con el propósito de suprimir las desigualdades reales existentes entre aquellos. Debe tomarse en consideración que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho la legitimidad de la Administración Pública deriva de los resultados y rendimientos que obtenga al cumplir sus múltiples tareas y fines, por lo que si existen buenos resultados tangibles habrá, necesariamente, apoyo social a la gestión pública.

En ese respecto, en la exposición de motivos del proyecto de reforma parcial, oportunamente presentado a la corriente legislativa, se subrayó lo siguiente:

“...la evolución de los derechos constitucionales ha puesto de manifiesto la necesidad de entender la naturaleza jurídica de éstos como derechos no sólo de defensa, sino también de prestación. En efecto, las garantías constitucionales de carácter prestacional someten al Estado al cumplimiento efectivo de ciertos fines, pues ya no se trata únicamente de una Administración que no transgreda los derechos del administrado, sino de una que los efectúe. Un Estado ineficiente no puede cumplir con sus obligaciones constitucionales de orden prestacional (como por ejemplo el deber del Estado de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes o la obligación de apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico -artículos 50 y 89 de la Constitución Política, respectivamente). Un Estado ineficiente no puede en consecuencia ser constitucional, puesto que el cumplimiento deficitario de exigencias constitucionales significa un comportamiento inconstitucional por omisión relativa. De manera que el artículo 11 de la Constitución Política requiere ser actualizado. El derecho constitucional del siglo XX exige un Estado que cumpla con los fines que le ha encomendado la Constitución Política, demanda un funcionario público que no sólo evite arrojar facultades impropias, sino que por sobre todo cumpla con los deberes

que ya tiene. Aparte de lo anterior, uno de los problemas más graves que afronta el país es la pérdida de confianza en las instituciones públicas. **Ante la ineficiencia de la Administración, el ciudadano no encuentra instrumentos jurídicos efectivos que fiscalicen el cumplimiento efectivo de las metas estatales.** Esta situación se vuelve aún más grave puesto que en el régimen público, el ciudadano no puede castigar la ineficiencia del proveedor de servicios con la no adquisición del producto, sino que se encuentra forzado a seguirlo recibiendo, ya sea porque se trate de un monopolio o de un servicio público en sentido estricto, cuyo único titular es el Estado...lo cierto es que **la ineficiencia del Estado en muchos servicios ha llegado a un punto tal que obliga a una reforma constitucional, en la que se estatuya la obligación constitucional expresa del Estado de fiscalizar su eficiencia...**" (la negrita no es del original)¹⁷.

La reforma, en nuestro criterio, pretende, también, reivindicar la figura de la persona –física o jurídica-, esto es, del individuo o administrado, como centro o eje del Derecho Administrativo. Debe tenerse en consideración que la Administración Pública, entendida como una organización servicial de la comunidad, fue creada para servir, efectivamente, al administrado –entendido como un cliente o consumidor- y a la colectividad en general, por lo que no es el administrado el que le debe servir a la Administración Pública, que es la idea que subyace en el concepto superado y obsoleto de súbdito.

La modificación busca, del mismo modo, reforzar algunos de los principios consustanciales al Estado Social y Democrático de Derecho como lo son la publicidad, la transparencia en la función administrativa y la participación. En efecto, es de suponer que los mecanismos y sistemas de evaluación del rendimiento o desempeño administrativo y de rendición de cuentas arrojen información valiosa y resultados tangibles que deben ser de conocimiento de todos los administrados, quienes, en último término, al financiar el aparato administrativo, tienen todo el derecho de participar activamente –de forma directa o indirecta- en la fiscalización y vigilancia del manejo de la cosa pública.

La modificación resulta, igualmente, congruente con varios principios rectores de toda organización administrativa como lo son la eficacia y la eficiencia, los cuales, a nuestro juicio, se encuentran contenidos

¹⁷ Expediente Legislativo No. 13.338, p. 114.

explícitamente en nuestra Constitución Política cuando el constituyente se refiere a conceptos claves como el de “buena marcha del gobierno” (artículo 139, inciso 4°), “buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas” (artículo 140, inciso 8) e, incluso expresamente “eficiencia de la administración” (artículo 191), “buen desempeño” (artículo 85, referido a las universidades públicas) y “buen servicio” (artículo 157, referido al Poder Judicial). Como es sabido, estos dos principios se encuentran desarrollados a nivel infraconstitucional por diversas leyes, así la Ley General de la Administración Pública menciona en cuatro ocasiones el principio de eficiencia como rector de la actuación administrativa (artículos 4°, 8°, 225 y 269); la Ley de Planificación Económica No. 5525 del 2 de mayo de 1974 y sus reformas contiene un capítulo (V) destinado a la “Eficiencia de la Administración Pública” y su artículo 16 dispone que “Los ministerios e instituciones autónomas y semi-autónomas llevarán a cabo una labor sistemática de modernización de su organización y procedimientos, a fin de aumentar la eficiencia y productividad de sus actividades...”, incluso, el artículo 17 de ese cuerpo normativo hace referencia a una “Comisión de Eficacia Administrativa” a la que aludiremos infra.

La eficiencia es un factor determinante, puesto que , la sociedad es eficiente solo y en cuanto lo es la Administración Pública. Evidentemente, la reforma constitucional que comentamos constituye un intento por superar el descrédito de lo público-administrativo, sector que, normalmente, es sinónimo de ineficacia e ineficiencia. La Administración Pública debe ser conceptuada como un sector clave de la economía que demanda ser reinventado, reestructurado, mejorado, depurado y eficientado para evitar que constituya un obstáculo para el desarrollo y la productividad en el contexto de un orden mundial globalizado.

La evaluación del rendimiento administrativo y la rendición de cuentas obedece a la endémica falta de capacidad de respuesta de las Administraciones Públicas para satisfacer las necesidades primordiales o básicas de los administrados, así como a la necesidad imperiosa de transformar la gestión administrativa para que exista un mejoramiento continuo y sostenido de los servicios públicos y se satisfagan, de esa forma, las legítimas exigencias de calidad de los usuarios. Se trata de instrumen-

tos que permiten una mayor eficiencia social en la asignación y utilización de los recursos públicos con lo cual también se combate, de forma refleja o indirecta, la corrupción administrativa lográndose mayores niveles de transparencia.

Un aspecto importante que introduce la reforma es la “responsabilidad personal de los funcionarios públicos en el cumplimiento de sus deberes”, suponemos, cuando no cumplen con niveles aceptables de desempeño en el logro de los objetivos, fines y metas previamente establecidos a través de los procesos de planificación nacional, sectorial, regional, local e institucional. La modificación constitucional resulta, entonces, conforme con el principio de responsabilidad de los entes y órganos públicos recogido en la Constitución Política (artículos 9, 11, 33, 41, 45, 148, 149 y 188).

La reforma trata, con tal responsabilidad personal, de reforzar el concepto de idoneidad comprobada a que se refiere el numeral 192 de la Constitución Política para la selección de los servidores públicos, puesto que, si se quiere garantizar la eficiencia administrativa de que nos habla el artículo 191 constitucional, debe nombrarse como funcionarios públicos a los que ofrezcan un perfil de alto rendimiento, después de haberse efectuado un concurso de antecedentes en el que se pondere, preponderantemente, la idoneidad y la eficiencia y no otros criterios clásicos ya desfasados como el de antigüedad o patológicos y detestables como el amiguismo, el clientelismo y el nepotismo.

2) Funcionarios públicos, evaluación de resultados y rendición de cuentas

En el párrafo primero del artículo 11 se agregó una frase en la que se indica que los funcionarios públicos “Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone...”.

Con ello se pone de manifiesto que a la luz de las nuevas exigencias de una Administración prestacional no basta con un servidor público que se abstenga de arrogarse facultades que la ley no le concede, esto es, que asuma una actitud negativa, pasiva o inerte sino que debe, además de

lo anterior, cumplir fielmente con los deberes legales propios del cargo, todo en aras de lograr una actuación administrativa adecuada y eficiente, por lo que constitucionalmente se le impone el deber de adoptar una postura positiva, activa y emprendedora que procure el logro de los fines, metas y objetivos que le han sido encomendados al órgano que se encuentra bajo su responsabilidad.

Lo anterior, queda patente si se relaciona la frase adicionada del párrafo primero del artículo 11 con lo estipulado en el párrafo segundo en el sentido que los resultados finales de la evaluación sistemática y permanente pueden acarrearle responsabilidad personal a los funcionarios por el incumplimiento de deberes.

Evidentemente, la reforma constitucional pretende crear una sana y recomendable cultura administrativa anuente a rendir cuentas por los resultados obtenidos en el desempeño administrativo, de tal manera que si el funcionario público obtiene una mala calificación en su rendimiento -por un escaso logro de los objetivos, fines y metas predefinidos mediante el proceso de planificación- pueda ser sancionado disciplinariamente con una destitución, suspensión o amonestación.

Se pretende, de esa forma, romper con una actitud y mentalidad burocrática bastante enraizada en los estamentos funcionariales que se conforma con un rendimiento mediocre o de baja calidad y una deficiente o escasa atención de los usuarios de las organizaciones y servicios administrativos para reemplazarla por una actitud consciente de la eficiencia y eficacia administrativas y de las expectativas de calidad de los usuarios.

Sobre el particular, la Comisión Especial de Reforma Constitucional que dictaminó de forma unánime y afirmativa el proyecto indicó que la propuesta podría mejorar la lucha sistemática contra la corrupción pero provocaría, además, "...una evolución en la mentalidad del funcionario público, como resultado de la necesidad de mantener un registro de sus actos, destinado a elaborar un informe de labores con base en el cual sabe que se evaluará su desempeño, y potencialmente se iniciaría el proceso destinado a sentar las responsabilidades que ya contempla nuestro ordenamiento. De esta forma, al menos psicológicamente se rompería la

sensación de anonimato que da al funcionario la percepción de que sus labores serán conocidas y evaluadas en un medio y por personas que le resultan familiares. Uno de los efectos de esa sensación de anonimato puede ser la ligereza en el cumplimiento de las labores, lo cual se vería desestimulado ante el conocimiento de que las actuaciones propias serán estudiadas periódicamente por un órgano ajeno al medio en que el funcionario se desempeña. Esto podría tener incluso un efecto sobre la calidad del servicio público, al estimular una reconsideración de la responsabilidad inherente al ejercicio del cargo.”¹⁸

En otro orden de ideas, es preciso señalar que en la redacción original del proyecto se restringía la responsabilidad a ciertos funcionarios públicos, puesto que, se establecía lo siguiente: “La administración pública estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y de rendición de cuentas, **con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios a cargo de programas específicos por el cumplimiento de sus deberes**”

Ulteriormente, y a raíz de una observación formulada por la Comisión Especial, se varió acertadamente su redacción para no circunscribir la evaluación y rendición de cuentas a los jefes encargados de proyectos, planes o programas específicos y, de esa forma, extenderla a cualquier funcionario público.

c.5.b) Normativa vigente antes de la reforma constitucional

Antes de la reforma parcial al artículo 11 de la Constitución Política existía ya un marco normativo, predominantemente constituido por decretos ejecutivos, tendiente a introducir los principios generales de evaluación y rendición de cuentas. Quizá, por esa razón la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando le evacuó al Directorio de la Asamblea Legislativa la consulta preceptiva sobre el proyecto, indicó que “...todo lo que en la reforma se introduce para recalcar el deber general de rendición de cuentas de todos los funcionarios e instituciones públicas puede estimarse como una aclaración y explicitación de los de-

¹⁸ Expediente Legislativo No. 13.338, Informe rendido el 18 de noviembre de 1998, pp. 134-135.

beres y responsabilidades ya existentes, derivados de la propia Constitución o de las leyes aplicables” (Voto No. 1639-99 de las 9:06 hrs. del 5 de marzo del 1999).

Pese a lo señalado por la Sala Constitucional, estimamos que la introducción explícita de los principios de evaluación de resultados y de rendición de cuentas constituye un hito jurídico-público de enorme trascendencia e incalculables consecuencias positivas para consolidar una Administración Pública eficiente y transparente.

1.- Ley de Planificación Nacional (Nº 5525 del 2 de mayo de 1974 y sus reformas)

Mediante este texto legal se estableció el Sistema Nacional de Planificación -integrado por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica y las unidades administrativas de planificación de los ministerios y del resto de entes públicos- y los mecanismos de coordinación y asesoría, artículo 3º- siendo una de sus principales funciones (artículo 2º, inciso e) la de “Evaluar de modo sistemático y permanente los resultados que se obtengan de la ejecución de planes y políticas, lo mismo que de los programas respectivos.”. Pese a lo establecido en la Ley de Planificación Nacional, no es sino veinte años después que se desarrolló reglamentariamente la evaluación de resultados conjugándose con la rendición de cuentas.

2.- Comisión de Eficiencia Administrativa (Decreto Ejecutivo Nº 5642-p del 7 de enero de 1976)

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 5642-P del 7 de enero de 1976 se crea la Comisión de Eficiencia Administrativa a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Planificación Nacional¹⁹ con el propósito de re-

¹⁹ En realidad los orígenes de la Comisión de Eficiencia se remontan al Decreto Ejecutivo No. 18 del 28 de junio de 1963 que creó la primera Comisión de Eficiencia para llevar a cabo las metas de la Oficina de Planificación y, en especial las labores encomendadas al Departamento de Productividad y Eficiencia Administrativa y para lograr una mejor coordinación del Sector Público y la Empresa Privada. Este decreto se limitó a regular la estructura y composición de ese órgano sin asignarle competencias claras y específicas, en su artículo 6º se indicó que no tendría funciones ejecutivas pero si aseso-

visar y mejorar los sistemas de trabajo de la Administración Pública -a efecto de implantar sistemas uniformes, disminuir instancias y simplificar trámites-, economizar recursos y obtener de ellos el máximo rendimiento. Su propósito general es la coordinación y asesoramiento para el mejoramiento de la organización y funciones del sector público para así aumentar la eficiencia y productividad.

De acuerdo con el artículo 1° del Decreto Ejecutivo No. 5642-P, se encuentra integrada por el Presidente de la República quien la presidirá, los Ministros de la Presidencia, Hacienda, Planificación y Política Económica, el Director del Servicio Civil y 3 personas escogidas por el Presidente de la República entre los grupos dirigentes de organizaciones empresariales, profesionales y de trabajadores. Se trata, entonces, de un órgano del Poder Ejecutivo con labores de asesoría y coordinación.

El artículo 5° establece que "Son funciones de la Comisión de Eficiencia Administrativa realizar estudios, hacer recomendaciones y tomar decisiones tendientes a la más adecuada ejecución de la política del Gobierno de la República.

En sus distintos campos. Con este fin la Comisión formulará medidas para: **aumentar la calidad de los servicios públicos**; contribuir a precisar en casos concretos la esfera de acción propia de las instituciones determinadas; **evitar el desperdicio de recursos, y promover su mejor utilización**; corregir deficiencias en el sistema de recaudación de los tributos; y **elegir al máximo el rendimiento de los fondos públicos**. Todo conforme a normas de prudente y sana economía, de acuerdo con criterios de productividad y eficiencia, y según los requisitos de eficacia y austeridad que deben caracterizar la acción de las instituciones del Esta-

ras en cuanto a los problemas que fueran sometidos a su conocimiento. Posteriormente, hubo varios decretos que regularon la Comisión de Eficiencia Administrativa así, el No. 9 del 8 de julio de 1966, cuyo artículo 2° sí le asignó competencias -un tanto oscuras e imprecisas- como, por ejemplo, la "Determinación de la política a seguir en el campo de la Reforma Administrativa" (artículo 2°, inciso 1). El Decreto Ejecutivo No. 1980-P del 10 de agosto de 1971 le dio el carácter de "órgano asesor inmediato del Presidente de la República". El Decreto Ejecutivo No. 1125-P del 30 de julio de 1970 -reformado por el Decreto Ejecutivo No. 1302-MIC del 22 de octubre de 1970- le volvió a atribuir el carácter de "órgano asesor inmediato del Presidente de la República".

do.” (la negrita no es del original).

Por su parte, el artículo 6° establece que “Los acuerdos de la Comisión serán de cumplimiento obligatorio, dentro del marco legal vigente, cuando se trate de: **facilitar y hacer más expedita la atención al público**; eliminar trámites burocráticos innecesarios; promover una labor coordinada de las instituciones; economizar los recursos materiales y financieros, sin menoscabo de la efectividad de los servicios; **implantar sistemas de evaluación del trabajo de los servidores públicos**; y **crear estímulos adecuados para aumentar el rendimiento de estos últimos.**” (la negrita no es del original).

3.- Reglamento General del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN) -Decreto Ejecutivo N° 23323-Plan del 17 de mayo de 1994 y sus reformas-

El artículo 4°, inciso g), de ese reglamento estableció que una de las competencias del MIDEPLAN es “Promover una permanente evaluación y renovación de los servicios que presta el Estado, de manera que efectivamente orienten su servicio hacia el usuario. Para ello velará por la definición permanente de lineamientos dirigidos a mejorar la eficiencia del Sector Público, entendida no sólo en el sentido estricto de reducción de sus costos unitarios, sino también en el mejoramiento de la calidad de sus bienes y servicios en el mantenimiento de una adecuada cobertura. El aumento de la eficiencia debe ir aparejado por un esfuerzo constante por eliminar los privilegios y el uso indebido de los recursos públicos.”

Por su parte, el artículo 9° estableció que para un eficaz cumplimiento de las competencias asignadas al MIDEPLAN debe contar con cuatro áreas prioritarias, siendo una de ellas la de Evaluación y Seguimiento.

El artículo 11° señala que las funciones del área de Evaluación y Seguimiento son las siguientes:

- “a) **Evaluar la efectiva ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, el cumplimiento de sus metas, el establecimiento y operación adecuada de sus programas y la aplicación de sus políticas y acciones prioritarias. La evaluación y seguimiento de las acciones de Gobierno debe permitir tanto al Despacho**

como a la Presidencia de la República, **pedir cuentas a los órganos y entes de la Administración Pública en el cumplimiento de sus metas y prioridades establecidas para la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo.**

b) Velar porque se den los **procesos de evaluación**, reestructuración y modernización necesarios para adecuar las instituciones públicas tanto al **cumplimiento de sus propios objetivos y el debido servicio al usuario**, como a las más modernas concepciones de una Administración Pública socialmente eficiente, capaz de combinar en forma creativa los conceptos efectividad y costo, calidad y cobertura idónea.

c) Proponer al Despacho por su medio a otras entidades del Sector Público, **procesos de evaluación** y elaboración de propuestas de reformas institucionales que conduzcan a un **Estado eficiente y orientado a la satisfacción de los diversos tipos de usuario.**

d) Evaluar los procesos de elaboración y aprobación del Presupuesto Nacional, así como los proyectos de Inversión Pública, de manera que en ambos se reflejen las prioridades que el Gobierno haya fijado en el Plan Nacional de Desarrollo. Este apoyo es requisito para la adecuada participación de MIDEPLAN en la Autoridad Presupuestaria, tanto en lo que respecta a la definición de la política presupuestaria y sus modificaciones como a la política nacional de inversiones públicas." (la negrita no es del original).

4.- Sistema Nacional de Evaluación (SINE -Decreto Ejecutivo N° 25175-Plan del 7 de abril de 1995-).

Antes de la modificación constitucional introducida por la Ley No. 8003 del 8 de junio del 2000, el Decreto Ejecutivo No. 24175-PLAN del 7 de abril de 1995 creó el "Sistema Nacional de Evaluación" (SINE)²⁰, bajo la coordinación del Ministerio de Planificación Nacional, y que rige de manera vinculante para los órganos, entes públicos y empresas del Estado que se sometían voluntariamente al mismo (artículo 1°).

Los objetivos del SINE son promover el desarrollo sostenible en lo económico, social y ambiental del país -a corto, mediano y largo plazo- a través del fortalecimiento de la capacidad gerencial del sector público mediante la generación de información adecuada que permita orien-

²⁰ El Decreto Ejecutivo No. 23720-PLAN del 6 de octubre de 1994, que fue derogado por el Decreto Ejecutivo No. 24175-PLAN, creó el "Sistema Nacional de Evaluación Administrativa" el cual incluía un módulo predominante de evaluación interna - autoevaluación- sin desarrollar de forma concreta la evaluación externa o estratégica.

tar los recursos a la prestación oportuna y eficiente de los servicios públicos, la medición y promoción de la calidad y oportunidad de los resultados de la gestión administrativa y el análisis de la eficiencia y eficacia administrativas en la formulación y ejecución de planes, políticas, programas y proyectos con el propósito de incrementar la probabilidad de éxito en los resultados (artículo 2°).

De conformidad con el Decreto Ejecutivo No. 24175-PLAN, el SINE se encuentra conformado por dos módulos complementarios:

a) **Autoevaluación** dirigido a desarrollar una cultura institucional de evaluación, seguimiento y rendición de cuentas²¹.

b) **Evaluación externa o estratégica** como instrumento para garantizar la transparencia del proceso de evaluación institucional²² (artículo 1°).

Para efectos de la evaluación estratégica, esto es, de los proyectos y programas que la Presidencia de la República califique, previamente, como prioritarios por su impacto a nivel nacional, sectorial, regional o local, se ha establecido el instrumento denominado "Compromiso de Resultados" (CDR), que constituye un acuerdo anual de gestión institucional rubricado por el Presidente de la República, el Jefe del respectivo órgano, ente o sector y los Ministros de Planificación y Hacienda, estos dos últimos como garantes. Los CDR le permiten a cada órgano, ente o sector darle seguimiento a la ejecución de los planes, programas y proyectos y constituye un insumo básico o clave para efectuar la evaluación, puesto que, ésta es resultado de contrastar los compromisos adquiridos con los logros alcanzados, todo lo cual se refleja en una calificación.

De esa forma, se elabora, con fundamento en las calificaciones obtenidas y en orden descendente de desempeño, una lista de los diversos

²¹ El artículo 7° dispone que la autoevaluación será orientada en la Administración central y descentralizada, respectivamente, por el Ministro o el Presidente Ejecutivo.

²² El artículo 12 establece que el MIDEPLAN debe seleccionar anualmente los planes, políticas, programas y proyectos que por su impacto estratégico en el desarrollo del país y de acuerdo con el artículo 1° requieran de un proceso de evaluación externa.

órganos, entes o sectores.

En suma el CDR recoge lo siguiente:

a) Los compromisos del respectivo órgano, ente o sector de obtener resultados y objetivos concretos y efectivos dentro de un plazo determinado. Tales compromisos son incluidos en una “matriz de desempeño institucional” (MDI), la cual detalla para cada acción estratégica los criterios o indicadores de evaluación, su valor, peso y la escala de evaluación utilizada para medir el nivel de desempeño institucional.

b) Los compromisos gubernamentales, referidos al apoyo requerido en asignación de recursos e iniciativas de carácter normativo para que se cumplan las metas.

El SINE inició en 1996 la ejecución de un plan piloto en el que participaron 6 órganos del Poder Ejecutivo (Ministerios de Vivienda y Asentamientos Urbanos, Salud, Educación Pública, Hacienda, Obras Públicas y Transportes y Dirección General de Aviación Civil) y dos entes públicos (CCSS e INVU). Para 1999 el SINE logró implementar 15 CDR, 12 institucionales y 3 sectoriales, para una participación total de 29 órganos y entes, habiendo sido el promedio de calificación de la calidad del desempeño institucional de 7.36 (escala de 10). Para el año 2000 se firmaron 22 CDR que comprenden a 39 órganos y entes públicos, siendo que para principios de año quedaban pendientes de firma 5 CDR²³.

Un aspecto importante es que el Decreto No. 24175-PLAN ordenó que en el plazo de dos meses a partir de la fecha de su promulgación todas las instituciones públicas debían organizar al interior de sus dependencias, en la línea staff, una “unidad de evaluación” (artículo 8°).

Dentro de las competencias básicas de tales unidades administrativas de evaluación el artículo 9° señala las siguientes: a) establecer mecanismos que garanticen el seguimiento permanente y la evaluación periódica del Plan Anual de Trabajo (PAT) con que debe contar cada órgano y ente público, b) incorporar los principios de sostenibilidad económica, social y ambiental en la evaluación de los planes, políticas, pro-

²³ Información extraída de www.mideplan.go.cr./sine.

gramas y proyectos incluidos en el respectivo PAT y c) garantizar que la información producida por las Contralorías de Servicio se incorpore el proceso evaluativo de cada institución como un medio para asegurar que los servicios respondan a las necesidades de los usuarios.

El artículo 10°, párrafo 1°, le establece a cada órgano o ente el deber de presentar, a más tardar el último día del mes de febrero, un informe con los resultados de la autoevaluación referente al año anterior.

El párrafo 2° de ese numeral, estatuye que el Ministro de Planificación Nacional y Política Económica debe presentar el 1° de abril de cada año al Presidente de la República, con fundamento en los informes institucionales, un informe sobre el avance del Plan Nacional de Desarrollo que contendrá una evaluación del estado de sostenibilidad del país en lo económico, cultural y ambiental.

Por último, los Ministerios de Planificación y Hacienda tienen la responsabilidad, ex artículo 13 del Decreto, de diseñar un esquema que contemple los resultados evaluativos como parte del proceso de programación presupuestal.

El SINE como se ve es un instrumento gerencial empleado para evaluar y mejorar la gestión administrativa y herramienta fundamental para definir prioridades en la acción administrativa, asignar recursos en función de éstas, tomar decisiones, darles seguimiento y fiscalizar la ejecución de proyectos y planes estratégicos, todo en aras de una mayor calidad administrativa. De esa forma, se obtienen una serie de ventajas para el gobierno -al tener una visión de conjunto que le permite la toma de decisiones políticas fundamentales-, los jerarcas -al vincularse al proceso de planificación y programación- y la sociedad costarricense -al contarse con instrumentos que permiten una asignación eficiente y racional de los recursos de acuerdo con las prioridades nacionales-.

5.- ARESEP y la calidad de los servicios públicos (Ley N° 7953 del 28 de marzo de 1996)

La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, también, cumple

un rol importante dentro del sistema administrativo en la supervisión y control de la calidad en los servicios públicos.

Así en el artículo 4°, incisos a), b) y d), de la Ley No. 7593 del 28 de marzo de 1996 se establece que son objetivos fundamentales de esa institución autónoma armonizar y equilibrar los intereses y necesidades de los usuarios y prestatarios de los servicios públicos, así como "...velar porque se cumplan los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima, los servicios públicos sujetos a su autoridad".

De igual forma, el artículo 6°, inciso b), le manda a realizar inspecciones técnicas de las propiedades, plantas y equipos destinados a prestar el servicio público para verificar, entre otros aspectos, la calidad del servicio.

6.- Contralorías de Servicios Públicos (Decreto Ejecutivo No. 26025-PLAN del 18 de Abril De 1997)

El propio Decreto Ejecutivo de creación del SINE (No. 25175-PLAN) establece una relación inherente entre las contralorías de servicios públicos y el proceso de autoevaluación, puesto que, el artículo 9°, inciso 3°, establece que una de las funciones de las Unidades de Evaluación y Seguimiento institucionales es garantizar que la información producida por las contralorías de servicio se incorpore al proceso evaluativo de cada órgano o ente público, como un medio para que el servicio responda a las necesidades reales y efectivas de los usuarios.

Este es, quizá, uno de los elementos fundamentales de la evaluación, esto es, determinar si, a los ojos de los usuarios de los servicios, se presta una función que reúne altos estándares de calidad, por cuanto, la finalidad de la administración debe ser superar, con creces, las expectativas del usuario.

Evidentemente, un indicador importante de la evaluación del desempeño o rendimiento administrativo, debe ser la opinión sobre la calidad de los servicios que tienen los usuarios de forma individual o colec-

tiva.

El Decreto Ejecutivo No. 26025-PLAN del 18 de abril de 1997 creó, organizó y puso en funcionamiento el Sistema Nacional de Contralorías de Servicios²⁴ como un medio para concebir una Administración Pública al servicio de los administrados, generar una mayor participación ciudadana en la fiscalización de la prestación de los servicios públicos, satisfacer a los usuarios, mejorar continuamente la prestación de los servicios, acercar la administración prestataria al usuario y procurar el uso racional de los recursos públicos.

El artículo 3° del Decreto No. 26025-PLAN establece que los objetivos del Sistema Nacional de Contralorías de Servicios son los siguientes:

- a) Formar una cultura institucional orientada al usuario.
- b) Promover la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos.
- c) Desarrollar procedimientos accesibles y expeditos para la presentación y solución de quejas.
- d) Garantizar la pronta respuesta a los usuarios.
- e) Apoyar el proceso de modernización institucional, mediante la generación de información que facilite la toma de decisiones requeridas para mejorar el desempeño y la satisfacción del usuario.”.

En el decreto bajo estudio se establece que todos los órganos y entes públicos que presten servicios a los administrados deben contar con una unidad staff de control de servicios adscrita al máximo jerarca.

Dentro de las competencias de tales Contralorías de Servicios se establecen, en el artículo 7° del Decreto No. 26025-PLAN, las siguientes:

- a) Velar por que se establezcan indicadores de gestión para identificar las diferentes tendencias en los servicios con el fin de disminuir reclamos y futuras quejas.
- b) Emitir recomendaciones para elevar la imagen de la prestación de servicios de la institución.

²⁴ Sus antecedentes se remontan al Decreto Ejecutivo No. 22511-MIDEPLAN del 17 de septiembre de 1993 - reformado por el Decreto Ejecutivo No. 23721-PLAN del 6 de octubre de 1994- que creó el Sistema Nacional de Contralorías de Servicios.

- c) Coadyuvar en el control interno sobre la prestación de todos los servicios que brinda la Institución, intercediendo a favor de los usuarios.
- d) Promover que las unidades técnicas apliquen acciones correctivas en los servicios que presten dificultades.
- e) Discriminar entre las diferentes quejas para elevar al jerarca aquellas que ameritan su intervención.
- f) Impulsar el establecimiento de instrumentos de información y procedimientos accesibles para formular quejas.
- g) Propiciar encuestas que permitan consultar en forma regular y sistemática, el punto de vista de los usuarios acerca de los servicios que presta la institución.
- h) Presentar propuestas ante el jerarca para que se adopten políticas, normas y procedimientos en procura de una prestación de servicios oportuna y eficaz.
- i) Servir de enlace y coordinación, a nivel institucional, entre MIDEPLAN, la Defensoría de los Habitantes y la Sociedad Civil.
- j) Establecer un sistema de control, seguimiento, resolución y respuesta oportuna de los reclamos, quejas y sugerencias presentadas por los clientes.
- k) Promover procesos de modernización en la prestación de servicios.
- l) Promover la creación de funciones contraloras en las dependencias físicamente desconcentradas.
- m) Establecer mecanismos de coordinación institucional que faciliten la resolución de quejas.”

Por su parte, el artículo 9° del Decreto No. 26025-PLAN establece el siguiente elenco de obligaciones para las Contralorías de Servicios:

- “a) Velar por el establecimiento de medios de información sobre los servicios que presta la institución.
- b) Velar por que se tomen las acciones preventivas sobre los servicios que manifiesten potencialmente situaciones difíciles (prevención de quejas).
- c) Impulsar estudios de procedimientos y simplificación de trámites en todos los servicios que presta la Institución.
- d) Instalar un sistema de quejas institucional y dar seguimiento.
- e) Velar porque la institución responda a los usuarios.
- f) Elaborar guías de servicio a los usuarios.
- g) Ejecutar sus funciones con independencia de criterio respecto a las demás dependencias operativas de la Institución.
- h) Preparar un plan de trabajo que contemple todas las acciones.
- i) Elaborar y remitir un informe de labores semestral al máximo jerarca de la Institución con copia al Ministerio de Planificación Nacional.
- j) Divulgar los procedimientos establecidos.”

Por último, el artículo 10 del Decreto No. 26025-PLAN establece un procedimiento específico para tramitar consultas, quejas o denuncias interpuestas por cualquier persona física o jurídica respecto de los servicios prestados por el respectivo órgano o ente público y de las actuaciones de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones -hechos u omisiones- cuando afecten, directa o indirectamente, la prestación de aquellos.

Se prevé, para evitar represalias de orden administrativo y el desistimiento en la interposición de las quejas o denuncias por los usuarios, que éstos requieran la reserva y el secreto de su identidad, sobre todo, en los casos en que "...a raíz de las investigaciones puede afectarse la continuidad y atención de los servicios prestados al quejoso por la institución o bien poner en peligro su integridad física" (inciso e).

Un resultado importante de las quejas se encuentra establecido en el inciso g) del artículo 10 al estatuir que "Deberá mantenerse un registro de control de todas las quejas planteadas y admitidas, resumiéndose los resultados de su gestión. Este registro dará origen a un informe semestral, en el cual se resumen la naturaleza y frecuencia de las quejas y acciones institucionales acatadas o recomendadas para resolver el caso."

c.5.c) Propuestas para el desarrollo legislativo del artículo 11, párrafo 2°, de la Constitución Política

Un aspecto importante a resaltarse es que el Constituyente remite al desarrollo legislativo la regulación del procedimiento de evaluación de resultados y de rendición de cuentas, a tal punto que en la última parte del párrafo 2° dispone que "La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas."

Resulta de vital importancia tener claro, a nivel legislativo, la relación inmanente que existe entre las potestades administrativas de planificación o programación y los conceptos de evaluación y rendición de cuentas. La evaluación presupone, consecuentemente, un proceso de planificación a nivel global o general y particular, puesto que, aquélla con-

siste en determinar el grado en que fueron alcanzados y obtenidos los objetivos, metas y fines prefijados. De esa forma, para poder evaluar deben existir una serie de programas o planes donde se establezcan las prioridades de la función administrativa, los cuales pueden ser de carácter nacional, regional o provincial, sectorial local e, incluso, institucionales (Plan Anual de Trabajo -PAT- o Plan Operativo Anual -POA-). Obviamente, entre todos esos planes debe haber congruencia y coherencia. El nivel del rendimiento o desempeño institucional que se obtiene con la evaluación depende del logro efectivo de los objetivos, metas y fines predefinidos en los respectivos planes.

Consecuentemente, como antecedente necesario para implementar los principios de evaluación y rendición de cuentas es menester reformar lo relativo a las potestades administrativas de programación y planificación, puesto que, la Ley de Planificación Nacional vigente le da a éstas una connotación eminentemente economicista o financiera.

Aclarado lo anterior, es menester indicar que el texto legislativo que se dicte en un futuro debe contener los objetivos de la evaluación y rendición de cuentas (v. gr. garantizar y mejorar la eficacia, eficiencia, calidad y oportunidad de los servicios prestados, la satisfacción efectiva de las necesidades reales de los usuarios, facilitar la toma de decisiones políticas y administrativas fundamentales, etc.) y debe concebirlas como un proceso sistemático y permanente -interno o externo- para medir los resultados obtenidos por la Administración Central y Descentralizada en la ejecución de los planes nacionales, regionales o provinciales, sectoriales, locales e institucionales.

Dentro del concepto de evaluación externa debe preverse la posibilidad que los entes públicos efectúen contrataciones con empresas especializadas para evaluar los resultados obtenidos y la calidad del desempeño en la ejecución de los planes, programas y proyectos, todo en aras de una mayor objetividad.

De igual forma, es necesario repensar y reelaborar los procedimientos y sistemas de evaluación individual de cada uno de los funcionarios públicos, con indicadores y criterios objetivos y medibles, todo

con el propósito de lograr una vigencia efectiva del principio de responsabilidad recogido en el texto constitucional. Deben preverse sanciones disciplinarias, tales como destituciones, suspensiones y amonestaciones cuando el funcionario público incurra en niveles de desempeño individual deficientes -que lo sería para abajo de un 75%-. Desde luego que la ley debe contemplar un programa de incentivos, retribuciones, pluses o premios para remunerar y estimular el alto rendimiento o productividad individual (de cada servidor público) e institucional (del respectivo órgano o ente).

Un punto esencial que debe definirse en la futura ley es el órgano o ente responsable de la evaluación de resultados. Al respecto es posible formular dos recomendaciones:

a) La evaluación de resultados debe estar en manos de un ente público menor con personalidad jurídica propia y patrimonio propio, que ejerza esa competencia técnica específica. Se debería crear, desde esa perspectiva, una "Autoridad Evaluadora del Rendimiento Administrativo". En este supuesto, esta potestad de la tutela administrativa ya no sería ejercida por el Estado o ente público mayor.

b) Eventualmente, por estar la evaluación íntimamente ligada a la planificación, se podría pensar en crear un órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de la Presidencia con todas las garantías de independencia e imparcialidad -"Comité o Comisión Evaluadora del Rendimiento Administrativo"- con personalidad instrumental y personificación presupuestaria (órgano-persona).

De igual forma, debe el legislador tomar en consideración que la evaluación y seguimiento debe servir como un instrumento para determinar, acertadamente, si la gestión administrativa se ajusta a las necesidades legítimas, reales y efectivas de los administrados y proponer medidas correctivas durante la ejecución de los programas, planes y proyectos con otros complementarios o compensatorios.

En cuanto a los responsables últimos del proceso continuo de evaluación debe señalarse al Ministro de Planificación y Política Económica

en el caso de la evaluación estratégica, al respectivo jerarca –Ministro o Gerente- en la hipótesis de la autoevaluación y al Ministro rector de cada sector de actividad administrativa materialmente homogénea –de existir- para propiciar una evaluación sectorial, lo anterior con la posibilidad de dictar, conjuntamente con el Presidente de la República, las directrices que estime oportunas o convenientes. Obviamente si se crea un ente público menor o un órgano desconcentrado en grado máximo, la responsabilidad última de la evaluación estratégica recaería en los jefes respectivos.

Dentro de los mecanismos de monitoreo permanente de la evaluación debe considerarse la posibilidad que el responsable último solicite, periódicamente o cuando lo tenga a bien, informes sobre los avances y desarrollo en la ejecución de los respectivos planes, proyectos o programas, así como la posibilidad de enviar inspectores que fiscalicen la ejecución.

Debe preverse, de igual forma, que por vía de Reglamento Ejecutivo se establezca de forma clara y precisa los métodos, criterios de eficiencia y eficacia, los indicadores cualitativos y cuantitativos, su valor y peso y las escalas generales o tipo de evaluación del desempeño.

Es preciso consagrar legislativamente la necesidad de incluir en la línea staff de la organización la figura de las unidades administrativas de evaluación para que le den seguimiento continuo y permanente a la ejecución de los respectivos planes anuales o plurianuales de trabajo, como un medio de garantizar que los servicios sean de calidad y respondan a las necesidades reales y efectivas de los usuarios de la organización o del servicio.

Para garantizar los principios constitucionales de publicidad, transparencia y participación debe establecerse la obligación legislativa, para todos los entes y órganos públicos, de remitir al órgano o ente encargado de la evaluación de resultados, antes del primero de mayo de cada año, un informe sobre los resultados de la autoevaluación –interna o externa-, de tal forma que el jerarca del órgano o ente le presente, a su vez, al Presidente de la República, antes de esa fecha, un informe sobre

los resultados. Ese informe final del órgano o ente evaluador del rendimiento administrativo, por virtud de la ley, debe ser publicado en los medios de comunicación colectiva de mayor difusión antes del 1° de mayo para que sea sometido al escrutinio público. Por su parte, el Presidente de la República deberá incluir, necesariamente, en el informe anual que rinde a la Asamblea Legislativa los resultados de las evaluaciones internas y externas efectuadas a lo largo del año.

Obviamente, la evaluación con el nuevo texto constitucional deja de ser voluntaria para los entes públicos que deseen someterse a la misma -tal y como se ha venido manejando hasta ahora la estratégica o externa con los Compromisos de Resultados (CDR)- y pasa a ser vinculante, extremo con el que debe ser consecuente el legislador al desarrollar el precepto constitucional.

En lo relativo a los entes descentralizados territorialmente, esto es, las Municipalidades, en virtud de su autonomía política o de gobierno, la evaluación de resultados y la rendición de cuentas deben tener algunas connotaciones específicas. Se supone que el responsable del proceso de evaluación lo debe ser el Alcalde, puesto que, ese funcionario es el administrador general y jefe de las dependencias municipales (artículo 17, inciso a, Código Municipal). De igual forma, es el responsable del “buen funcionamiento del gobierno municipal”, ya que, el artículo 17, inciso j), del Código Municipal le impone el deber de proponer al Concejo la creación de plazas y servicios indispensables para ese efecto. Ese mismo numeral, en su inciso g), estatuye que es una obligación del Alcalde “Rendir cuentas a los vecinos del cantón, mediante un informe de labores ante el Concejo Municipal, para ser discutido y aprobado en la primera quincena de marzo de cada año”. Lo conveniente es establecer por ley que antes de rendirse el informe a que se refiere el artículo 17, inciso g), del Código Municipal, el Concejo Municipal debe convocar a un cabildo abierto (artículo 13, inciso j, del Código Municipal y la Directriz del Tribunal Supremo de Elecciones No. 03-98 del 9 de octubre de 1998) en el que se discuta ampliamente el informe del Alcalde sobre el desempeño o rendimiento municipal, previa publicación de ese documento en los medios de comunicación colectiva locales.

d) Tutela administrativa y autonomía

d.1) Tutela administrativa y autonomía administrativa o de primer grado

Ya hemos indicado, reiteradamente, que la tutela administrativa es inherente a la autonomía, por lo menos, a la administrativa. Esto es, no puede existir autonomía administrativa sin tutela administrativa, puesto que, cada ente público menor se auto-fijaría sus propios fines, objetivos y metas, lo cual generaría un caos administrativo perdiéndose la unidad de mando y la coherencia en el accionar administrativo. Precisamente, para evitar esa dispersión administrativa o la existencia de mini-estados dentro del propio Estado, el constituyente derivado de 1968 reformó, parcialmente, el artículo 188 de la Constitución Política -Ley No. 4123 del 30 de mayo de 1968-, ya que, antes de esa fecha la norma constitucional indicaba que "Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia en materia de gobierno y administración...". A partir de 1968, en lo político o de gobierno, los entes públicos menores quedaron sujetos a lo que establezca la ley, consecuentemente el concepto constitucional de autonomía administrativa no es irrestricto.

La Sala Constitucional ha reiterado que la tutela administrativa no es incompatible con la autonomía administrativa. Así, en el Voto No. 3309-94 consideró, al analizar la relación entre autonomía administrativa y la potestad de dirección como manifestación concreta de la tutela administrativa, que los entes públicos menores tienen

"IV.- ...A) la iniciativa de su gestión; esto es, no puede el Ejecutivo Central ordenarles directamente actuar. La directriz podría regular que si el ente actúa, lo haga en determinada dirección, pero no obligar al ente a hacerlo o impedir que actúe. B) La autonomía para ejecutar sus tareas y dar cumplimiento a obligaciones legales, entre las cuales debe ser incluido el cumplimiento de directrices legalmente adoptadas por el Poder Ejecutivo. En este sentido, como se dijo, no es posible autorizar al Ejecutivo ni a ninguna otra dependencia administrativa que obligue a las instituciones autónomas a actuar condicionadas de tal modo que, sin su autorización, no pueda llevar a cabo sus funciones... De allí que establecer la autorización o aprobación previa al ejercicio de su actuación es inconstitucional. C) Queda también definida bajo el concepto de autonomía, la fijación de fines, metas y tipos de medios para cumplirlas. En este sentido la dirección del Poder Ejecutivo debe fijar las condiciones generales de actuación que exce-

dan del ámbito singular de actuación de cada institución. No puede el Ejecutivo girar directrices específicas sino a todas ellas o a un conjunto de ellas (verbigracia, a los bancos del Estado), o en áreas de acción generales (inversión o endeudamiento externo).”.

De igual forma, en los votos Nos. 5338-94 y 6471-94 estimó que la fijación de una política salarial uniforme (planes, programas, fines, objetivos y metas en tal materia), la preparación de directrices, ejecución y fiscalización de éstas por parte de la Autoridad Presupuestaria –órgano del ente público mayor o Estado- no resulta incompatible con la autonomía administrativa.

La Procuraduría General de la República, reseña la posición de la Sala Constitucional sobre la relación autonomía administrativa y tutela administrativa de la siguiente manera:

“-Antes de la reforma del artículo 188 no era posible someter a las instituciones autónomas a la política general del Estado en cuanto a las materias puestas bajo su competencia.

-La reforma hizo constitucionalmente posible someter a dichas instituciones a los criterios de planificación nacional.

-Mediante ley se puede definir la competencia de dichos entes (salvo las expresamente otorgadas por la propia Constitución).

-La autonomía por definición, es administrativa, por lo que hay que distinguir entre autonomía administrativa de gobierno y la autonomía administrativa de administración.

-Se afirma que la diferencia entre ambas es una cuestión de grado. La de gobierno alude a la determinación de políticas, metas y medios generales, más o menos discrecionales, mientras que la de Administración implica, fundamentalmente, la realización de aquellas políticas, metas y medios generales, utilizando -y por ende, estableciendo a su vez- medios, direcciones o conductas más o menos regladas.

-El Poder Ejecutivo ejerce poder de dirección sobre las instituciones autónomas a través de directrices, de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de la Administración Pública.

-En ejercicio de tal poder, puede fijar el ámbito general de actuación de dichos entes, sin poder determinar el ámbito singular de actuación de cada institución.

-No puede el Poder Ejecutivo ordenarles actuar, ni impedir que actúen (autorización o aprobación previa del ejercicio de su actuación administrativa particular o específica).

-La eficacia de las actuaciones particulares de las instituciones autónomas no puede estar condicionada a obtener autorizaciones del Poder Ejecutivo o de otras dependencias externas, salvo el caso de las competencias de otros órga-

nos constitucionales, como las de la Contraloría General de la República". (OJ-043-99 de 8 de abril de 1999; C-078-99 de 23 de abril de 1999)

d.2) Tutela administrativa y la autonomía de segundo grado (política o de gobierno)

Hemos indicado que la autonomía política o de gobierno es la potestad de un ente público menor de fijarse sus propios fines, objetivos y metas, consecuentemente surge un conflicto entre este grado de autonomía y algunas de las potestades propias y típicas de la tutela administrativa en manos del ente director o ente público mayor (Estado). Conforme ascendemos en los grados de autonomía descendemos en la intensidad de la tutela administrativa.

Con lo anterior no queremos decir que los entes públicos menores que gozan de autonomía política o de gobierno -v. gr. las Municipalidades-, estén totalmente exentos de cualquier forma de tutela, puesto que, como se apuntó supra algunos órganos del ente público mayor (v.gr. la Asamblea Legislativa y la Contraloría General de la República) siempre ejercen ciertos controles tutelares constitucionales sobre los mismos (autorizaciones y aprobaciones).

No obstante, al poder fijarse sus propios fines, objetivos y metas, las potestades más típicas o emblemáticas (planificación, programación, dirección y coordinación) del ente público mayor en la tutela administrativa se ven seriamente debilitadas. Incluso, en la doctrina nacional se ha indicado que la tutela administrativa establecida en los ordinales 26, inciso b), 27, párrafo 1º, 98, 99 y 100 de la Ley General de la Administración Pública es parcialmente inconstitucional en lo referente a las Municipalidades (artículo 170 de la Constitución Política) y la Universidad de Costa Rica (artículo 84 ibidem), dado que, esos entes públicos menores gozan de autonomía política o de gobierno, esto es, tienen potestad de auto-dirigirse políticamente o de autogobernarse, por lo que no puede venir el ente público mayor o Estado a fijarles, mediante las potestades de planificación y dirección inherentes a la tutela administrativa, los fines u objetivos por alcanzar²⁵.

²⁵ MURILLO (Mauro), La Dirección Gubernamental. En Ensayos de Derecho Público...

Sobre el particular, el Ejecutivo de la Municipalidad de San José, planteó, en su momento, una acción de inconstitucionalidad (No. 757-94) contra, entre otros, los numerales indicados de la Ley General de la Administración pública, 9 y 10 de la Ley de Planificación Nacional. Esa acción fue resuelta por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el Voto No. 5445-99 de las 14:30 hrs. del 14 de julio de 1999. Ese órgano jurisdiccional entendió –indirectamente por cuanto no lo indica de forma manifiesta y expresa- que frente a la autonomía política o de gobierno que ostentan las municipalidades no existe una relación de tutela administrativa o de dirección intersubjetiva en un sentido pleno o total, puesto que, ese grado de autonomía excluye o resulta incompatible con cualquier relación de dirección –por más tenue que sea- entre el ente público mayor –Estado o Administración Central- y los entes públicos menores descentralizados territorialmente.

En cuanto a la autonomía política y la planificación o programación –como manifestación concreta del haz de potestades que tiene el ente tutor o director sobre el ente tutelado o dirigido-, puesto que, se impugnó en la referida acción de inconstitucionalidad, entre otros, el artículo 1° de la Ley de Planificación Nacional No. 5525 del 26 de abril de 1994-, la Sala Constitucional en el Voto No. 5445-99 citado consideró que el sistema nacional de planificación debe incluir a las municipalidades

“XV.-... en tanto forman parte del Estado costarricense, pues, según se dijo antes, los gobiernos locales tiene plena autonomía en lo que corresponde a sus cometidos (estrictamente referido a “lo local”), pero –como se indicó también-, no puede crearse un antagonismo entre los intereses y servicios locales con los nacionales, puesto que ambos están llamados a coexistir. De modo que, al estar las municipalidades integradas al Estado, su accionar puede ser encauzado en los lineamientos generales del país en un gran Plan Nacional de Desarrollo que abarque los aspectos económicos, productivos y de organización más importantes para la Nación –como lo ha dicho en forma reiterada la jurisprudencia constitucional en la materia de planificación urbana-; y en el caso en estudio, nótese que la norma trata de objetivos generales, “aumentar la productividad nacional”, “mejorar los servicios sociales que presta el Estado”, “propiciar la participación ciudadana” y no de planes concretos y específicos como argumenta la promovente. Sí debe hacerse la advertencia, de que a

juicio de la Sala, únicamente es constitucional la Planificación Nacional de Desarrollo que haya sido aprobada mediante ley, de manera que solamente pueden ser vinculantes para los gobiernos locales, aquellas directrices que se originen en una ley, no las originadas directamente de la Presidencia de la República, de Ministerios u organismos estatales, y en este caso, tampoco la antes llamada Oficina de Planificación Nacional y Política Económica.”.

Es así como la Sala Constitucional admite la inclusión de las municipalidades en un “gran Plan Nacional de Desarrollo”, esto es, en una planificación global y no parcial, sectorial o local. Consecuentemente, parece que la Sala Constitucional acepta, indirectamente, la planificación local elaborada por la Administración Central –Estado a través del Poder Ejecutivo- cuando esa programación incluye competencias, cometidos y fines de carácter nacional o supra-local, puesto que, si son exclusiva y claramente de naturaleza local, la Administración Central no podría regularlos. La planificación, como hemos visto, consiste en una programación a corto, mediano y largo plazo de la actuación administrativa para orientarla al logro de determinados fines, objetivos y metas. Si tales metas, fines y objetivos le corresponde programarlos a la Municipalidad, por tratarse de servicios e intereses estricta y exclusivamente locales, es claro que debe excluirse la planificación de la Administración Central. Nótese que el propio Código Municipal del 98 le otorga el Concejo Municipal y al alcalde potestades de planificación. En realidad, el voto de la Sala Constitucional plantea serios problemas prácticos, puesto que, según hemos podido constatar, a la luz de la Ley de Planificación Nacional y su Reglamento, tanto el Plan Nacional de Desarrollo como los planes regionales, sectoriales y locales no son promulgados por ley. Consecuentemente, la planificación legal a que hace referencia el voto No. 5445-99 es irreal e inexistente.

En lo concerniente a la impugnación de los artículos 26, inciso b), 27 párrafo 1º, 98, 99 y 100 de la Ley General de la Administración Pública y más concretamente a la articulación de la autonomía política de las corporaciones municipales y las potestades de dirección –directrices- y de sustitución –entendidas como manifestaciones concretas de la tutela administrativa-, la Sala Constitucional consideró lo siguiente:

“XIX.- ...La Sala estima que esas disposiciones no son aplicables al régimen municipal, ya que las normas hacen referencia únicamente a las instituciones descentralizadas llamadas autónomas como en el caso del Instituto Cos-

tarricense de Electricidad (ICE), Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA), Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU), entre otras, en las que necesariamente debe darse esa relación de dirección, y no por mandato legal, sino constitucional...Por los mismos motivos, los artículos 98, 99 y 100 de la Ley General de la Administración Pública no pueden entenderse de aplicación a los entes municipales, en tanto no son entes subordinados al Poder Ejecutivo, y desde esta perspectiva, ninguna de esas normas resultan inconstitucionales.”.

En punto a la relación existente entre autonomía política de las municipalidades y la coordinación –entendida como una de las potestades concretas del ente director sobre el dirigido en la tutela administrativa- que debe existir entre los gobiernos locales, los entes descentralizados funcionalmente y la Administración Central, la Sala Constitucional indicó en el Voto No. 5445-99 lo siguiente:

“X.-...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...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 concurren 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; pe-

se 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 de éstas 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 de la legalidad que a éste compete, con potestades de vigilancia general sobre todo el sector)...

Esta obligación de coordinación entre las instituciones del Estado y las municipalidades está implícita en la propia Constitución Política...debe existir una debida y obligada coordinación entre el Estado y los entes corporativos locales...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..."

Como se ve, la Sala Constitucional admite una coordinación concertada, voluntaria o pactada de las entidades territoriales (municipalidades) con el resto de los entes públicos en aquellos ámbitos o sectores de la gestión administrativa donde ejercitan competencias nacionales o supra-locales concurrentes, compartidas o paralelas -no en lo que es inquestionablemente de carácter local-, todo con el propósito de evitar la duplicidad de esfuerzos y las omisiones.

d.3) Tutela administrativa y autonomía de tercer grado (organización)

Se ha señalado que la autonomía de organización es la potestad de auto-organizarse aún en ausencia de ley, esto es, con exclusión de toda potestad legislativa. Consecuentemente, en este tercer nivel de autonomía, prácticamente, la tutela administrativa queda totalmente desdibujada o difuminada. Los entes públicos menores que tienen este grado de autonomía -universidades públicas, artículo 84 de la Constitución Política- la tienen tanto frente al Poder Ejecutivo como ante la Asamblea Legislativa (Voto de la Sala Constitucional No. 6256-94), consecuentemente, ni siquiera por vía de ley se les puede someter a potestades de planificación o programación, dirección y coordinación.

Verdaderamente, las universidades públicas -regidas por sus propios estatutos universitarios que definen sus órganos fundamentales y su competencia- constituyen micro-estados en el seno del Estado costarricense.

e) Tutela administrativa y sector privado

En nuestro ordenamiento jurídico, se ha discutido si el ente público mayor (Estado) puede dictar directrices para la esfera privada, esto que, que proyecten o irradien sus efectos al sector privado. Todo surgió a propósito de una consulta planteada por el Presidente de la República el 4 de marzo de 1999 a la Procuraduría General de la República acerca de si el Poder Ejecutivo podría promulgar directrices para los Bancos Privados -constituidos como sociedades anónimas-.

La Procuraduría General de la República en la OJ-043-99 del 8 de abril de 1999, estimó que la dirección política se ejerce tanto sobre el sector público como privado, siendo que los instrumentos para que el segundo se adhiera voluntariamente a la misma -por no resultarle vinculante- varían, ya que, el Estado, únicamente, puede limitarse a promover políticas de fomento tendentes a que los particulares también traten de implementar los lineamientos de política general o bien prohibir o regular -por vía de ley, artículo 28 de la Constitución Política- ciertas actividades privadas.

La Procuraduría General de la República, en tal opinión jurídica, sostuvo que entre el Estado y los bancos privados no existe una relación de tutela administrativa, puesto que, "...se trata de una actividad privada y, consecuentemente, del ejercicio de una o varias libertades públicas, sujetas únicamente a los principios constitucionales y a las regulaciones establecidas por ley. No existe norma legal alguna que permita al Poder Ejecutivo emitirle directriz a los bancos privados, y, además de lo ya expuesto, encontrándose éste sujeto al principio de legalidad, se llega a la conclusión de que no puede emitir una directriz dirigida a los Bancos privados..."

Distinta es la situación con los particulares que ejercen una función pública (*munera publica*), como la hipótesis de los Notarios Públicos. Sobre el particular, debe señalarse que esta potestad de dirección es atípica, puesto que, no es la ejercida por el Poder Ejecutivo, en sentido estricto, sobre los entes públicos menores. En efecto, la Dirección de Notariado -órgano administrativo adscrito al Poder Judicial- tiene la potestad de dictarles lineamientos de acatamiento obligatorio a los notarios públicos en el ejercicio y cumplimiento de sus funciones, todo con fundamento en los artículos 24, incisos d), g) y h), y 143 del Código Notarial, y en el Voto de la Sala Constitucional No. 7776-99.

f) Regulación normativa de la tutela administrativa

El artículo 188 de la Constitución Política le otorga, de principio, a los entes públicos menores autonomía administrativa y en cuanto a la política o de gobierno remite a la ley al indicar que estarán sujetos "a la ley en materia de gobierno". Evidentemente, son varias leyes las que regulan las potestades de tutela administrativa del ente público mayor, sin embargo es la Ley General de la Administración Pública la que norma la dirección, la coordinación y el control sobre las personas desde una perspectiva más general y abstracta. Así, el artículo 26, inciso b), de la Ley General de la Administración Pública estipula que el Presidente de la República tiene como atribución exclusiva, entre otras, la de dirigir y coordinar la Administración Pública descentralizada, por su parte el numeral 27, párrafo 1º, *ibidem* preceptúa que "Corresponderá a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República... **dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo**".

El artículo 99, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública -el cual se encuentra muy mal emplazado sistemáticamente bajo el Título Cuarto denominado "De las relaciones interorgánicas" cuando también está referido a las relaciones intersubjetivas- dispone que el ente público mayor podrá ordenar la actividad y no los actos del ente público menor, imponiéndole las metas y los tipos de medios que habrá de utilizar para realizarlas dentro de una relación de confianza incompatible con la jerarquía.

Por su parte, el artículo 100, párrafo 1º, señala que en el ejercicio de la potestad de dirección, el ente público mayor podrá impartirle directrices al ente público menor, vigilar por su cumplimiento y sancionar con la remoción del titular que las incumpla en forma reiterada, grave e injustificada.

En el párrafo 2º de ese artículo, se señala la discrecionalidad que tiene el ente tutelado para trasponer la directriz de acuerdo con las circunstancias, dado que, las mismas se emiten en el contexto de una relación de confianza.

Por su parte, el artículo 98 ibidem indica que el Poder Ejecutivo -ente público mayor director o tutor-, en el sector correspondiente, podrá remover y sustituir, sin responsabilidad para el Estado, al inferior jerárquico, individual o colegiado de cualquier ente descentralizado -ente público menor y tutelado- que haya desobedecido de forma reiterada las directrices impartidas por el primero sin dar una explicación o justificación satisfactoria, pese a las tres intimaciones previas para su respectivo cumplimiento que deben efectuarse mediante carta certificada. La ley preceptúa que si se trata de directores de instituciones autónomas la sustitución deberá efectuarla el Consejo de Gobierno. Evidentemente, en tal supuesto, el ente público mayor nombra una junta directiva o una dirección "ad hoc" que se caracteriza por ser transitoria o provisional, puesto que, debe utilizar las potestades y atribuciones del titular ordinario o sustituido, únicamente, para tomar las medidas indispensables para el restablecimiento de la armonía de la normalidad administrativa y lograr la sustitución definitiva de los titulares, consecuentemente todos los actos y actuaciones que exce-

dan ese propósito se tendrán por nulos.

El artículo 100, párrafo 3º, se refiere a la potestad de coordinación como parte de la tutela administrativa al indicar que el ente público mayor y tutor tiene potestad para coordinar al ente tutelado y menor con otros. La colaboración consiste en un ajuste en la actuación de los entes, para evitar duplicidades y se logra mediante el establecimiento de canales expeditos de información y comunicación (v.gr. informes, reuniones, constitución de comisiones de trabajo, etc.²⁶).

En la regulación legal de la tutela administrativa y, en especial, de la potestad de dirección y las directrices, existen algunas antinomias y lagunas importantes que quedan de manifiesto cuando se contrasta nuestra legislación con otras legislaciones extranjeras y su aplicación. Así, en el marco de la Unión Europea se ha usado, desde la década de los 50, la directiva como una técnica normativa indirecta para la armonización de las legislaciones nacionales con el propósito de poner en vigencia un derecho común europeo, de ahí que sea importante rescatar algunas cuestiones que se han discutido en ese ámbito para el mejoramiento de esa herramienta en nuestro ordenamiento jurídico. Un aspecto importante en el que se insiste en los tratados de la unión europea es que la directiva obliga a las autoridades del Estado destinatario, únicamente, en cuanto a los resultados, objetivos o fines, dejando librada a su discrecionalidad la elección de la forma o medios adecuados y apropiados para su logro²⁷. Debe tomarse en consideración, como lo ha establecido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, que la directiva establece, exclusivamente, una obligación de resultados y no de medios que debe haberse ejecutado al término del plazo fijado por la misma²⁸.

²⁶ V. MURILLO (Mauro), La Dirección Gubernamental. En Ensayos de Derecho Público..., p. 229.

²⁷ Artículos 189, párrafo 3º, del Tratado de la Comunidad Europea del 25 de marzo de 1957; 161, párrafo 3º, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica -CEEA o Euratom- del 25 de marzo de 1957 y 14, párrafo 3º, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero-CECA- del 18 de abril de 1951.

²⁸ V. FERNÁNDEZ TOMÁS (Antonio) y otros, Instituciones de Derecho Comunitario, Valencia, Tirant lo blanch, 1996 pp. 103-105.

En nuestro criterio, la LGAP se contradice al afirmar que la directiva puede contener los tipos de medios para el logro de los fines o metas, para luego agregar que la dirección intersubjetiva o tutela administrativa se produce en el marco de una relación de confianza compatible con la discrecionalidad del ente dirigido. Es preciso reformar la LGAP para que se establezca que la elección de las formas o medios adecuados y apropiados para cumplir con la directriz es un aspecto discrecional librado al ente tutelado o dirigido, no así los fines.

Otro aspecto importante que vale la pena resaltar del Derecho Comunitario Europeo, es la insistencia en que la directiva fije un plazo de cumplimiento o de trasposición por los Estados destinatarios –incorporarla al ordenamiento jurídico-. Esto nos hace, igualmente, reflexionar en la necesidad de reformar la LGAP para que la directriz incluya, necesariamente, un plazo de cumplimiento efectivo.

E.5.- Tipología de la descentralización administrativa

No existe un único tipo de descentralización sino que podemos encontrar tres grandes formas de la misma, veamos:

a) Descentralización territorial

Es la que se produce entre entes territoriales a fin general o universal. Se afirma que este tipo de descentralización favorece la participación política directa en el manejo de los asuntos públicos por parte de los administrados, la democracia directa, la eficiencia en la gestión de los servicios públicos locales, el conocimiento de las necesidades reales de la localidad y el acercamiento del aparato administrativo a los administrados. Se estima que el centralismo genera autoritarismo, burocracia engorrosa e ineficiencia, puesto que la extensión del territorio complica la vigilancia y control de los funcionarios y, sobre todo, la atención de las necesidades públicas de determinada región.

En nuestro ordenamiento jurídico, el único ejemplo de entes descentralizados territoriales menores son las ochenta y un Municipalidades que ejercen sus competencias para administrar los intereses y servicios lo-

cales dentro de una circunscripción territorial determinada que es el cantón.

El artículo 170 de la Constitución Política, indica que las “corporaciones municipales son autónomas”. Se trata de entes territoriales menores de base corporativa, puesto que, aglutina a todos los munícipes o vecinos del cantón, sin embargo, es claro que el Gobierno Municipal está conformado por el Concejo –integrado por regidores de elección popular-, el funcionario ejecutivo –Alcalde que será de elección popular a partir del año 2002-, los síndicos –representantes de cada distrito- con voz pero sin voto y los consejos municipales de distrito –órganos creados en casos calificados o especiales para la administración de los intereses y servicios distritales, adscritos a la respectiva municipalidad con autonomía funcional propia y conformados mediante elección popular- (artículos 169 y 172 de la Constitución Política).

A tenor del artículo 169 de la Constitución Política, a cada municipalidad le corresponde la “administración de los intereses y servicios locales de cada cantón”, por ello se afirma que son entes públicos a fin general o universal, puesto que, les corresponde cualquiera que tenga la connotación de local. Ahora bien, el punto es determinar que son intereses y servicios locales, ya que, se trata de un concepto jurídico indeterminado empleado por el constituyente. Consecuentemente, las Municipalidades no deben atender los intereses y servicios supralocales, esto es, los nacionales o regionales que le corresponden a otras instancias administrativas. Lo difícil es trazar el límite entre lo local y lo supralocal. Es evidente, que tendrán la naturaleza de locales los intereses y servicios que el ordenamiento jurídico escrito –predominantemente la ley- y la jurisprudencia constitucional u ordinaria califiquen como tales. En nuestro ordenamiento jurídico existen, por expresa disposición legislativa, intereses y servicios de naturaleza local como lo son la planificación urbana –uso racional y ordenado del suelo- a través de los planes reguladores que deben promulgar las Municipalidades, la administración de ciertos bienes de dominio público como las vías públicas cantonales, la zona marítimo-terrestre, zonas verdes y áreas de recreación en las urbanizaciones, etc.. De igual forma, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de definir servicios de carácter local como la recolección, tratamiento y disposición final de los desechos sólidos (ba-

sura).

b) Descentralización institucional (también denominada funcional, por servicios, instrumental o auxiliar)

Es la que se produce entre el ente público mayor a fin general (Estado) y los entes públicos menores a fin especial que poseen una organización administrativa y recursos humanos y materiales adecuados a las peculiaridades de los servicios y funciones o competencias técnicas asignadas.

Se trata de entes especializados por un fin específico y exclusivo que es propio del ente público mayor pero cuya satisfacción le encomienda al ente menor -por ello se habla de entes instrumentales o auxiliares del Estado-, por carecer el primero de capacidad de gestión y de los recursos para satisfacerlo. Este tipo de descentralización, obedece a que la prestación efectiva de ciertos servicios públicos muy tecnificados demanda un recurso humano con la preparación técnica y científica especial y suficiente de la que carece el político o el administrador de carrera. Se evita así la hipertrofia de la Administración Pública Central, el autoritarismo y la violación de los derechos fundamentales del administrado.

Dentro de esta categoría encontramos, por ejemplo, al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) encargado de la distribución de la energía eléctrica y de las telecomunicaciones; el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA) responsable de la provisión de agua potable; la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) que debe velar por la salud y seguridad sociales; el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS) que tiene como cometido fundamental la erradicación de la pobreza, etc.

En la creación y constitución de los entes descentralizados institucional o funcionalmente, se han empleado en Costa Rica distintas técnicas organizativas. En efecto, al igual que acontece en el Derecho Privado, concretamente el mercantil, en que se utilizan diversas formas de organización colectiva para crear una persona jurídica como puede ser una sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, asociación o fundación, en el derecho público costarricense se ha empleado una tipología de carácter tripartito para crear las personas jurídico-públicas que es la si-

guiente: a) las instituciones autónomas, b) las semi-autónomas y c) los entes públicos no estatales –esta denominación se ha empleado predominantemente para los entes públicos descentralizados corporativamente y poco para los institucionales, ejemplos de estos últimos son JASEC -Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago, en realidad su Ley de No. 3300 del 16 de julio de 1964 y sus reformas es contradictoria al calificarlo, también, de “organismo semiautónomo”-, el BANHVI –Banco Hipotecario de la Vivienda- y el Instituto Costarricense contra el Cáncer (ICCC, este ente tiene, también, claras connotaciones corporativas) . Es justo agregar que, prácticamente, no existen diferencias sustanciales entre estas tres figuras, puesto que, en cualquier caso el ente público menor goza de autonomía administrativa, la diferencia es meramente formal, es decir, terminológica o semántica.

c) Descentralización corporativa

En estos entes públicos menores la dirección suprema está confiada a una comunidad o asamblea general de personas vinculadas por un interés común que puede ser el ejercicio de una profesión, el desarrollo de una actividad industrial o comercial o de cualquier otra índole.

Estos entes menores se caracterizan por lo siguiente: a) tienen un origen privado, aunque hayan sido creados por una ley; b) tiene un carácter corporativo, al representar y conjugar los intereses de una o varias categorías afines; c) manejan fondos provenientes de aportes o contribuciones particulares, aunque los pueden tener también públicos; d) persiguen fines de grupos o de categorías no nacionales y e) su gobierno está en una asamblea o comunidad que representa a los miembros del grupo o la categoría.

Son entes públicos por cuanto ejercen una serie de potestades de imperio tales como normativas (dictado de reglamentos), de policía, disciplinarias (imposición de sanciones a los agremiados) y el control que ejerce sobre los mismos el ente público mayor (Estado).

Tenemos en nuestro ordenamiento jurídico los casos de los colegios profesionales (abogados, médicos, ingenieros y arquitectos, etc.) que, tradicionalmente, se han denominado “entes públicos no estatales”, algunos

entes públicos menores que son corporaciones públicas de carácter productivo e industrial, denominadas, ocasional y erróneamente, como instituciones autónomas, semiautónomas o entes públicos no estatales como el ICAFE, LAICA, la Junta del Tabaco, la Oficina del Arroz, la Junta de la Cabuya, etc. y otras corporaciones que atienden diversos intereses corporativos o de categoría y que eventualmente se les denomina como “entes públicos no estatales”, tales como el Banco Popular y de Desarrollo Comunal (BPDC), la CONAI –Comisión Nacional de Asuntos Indígenas-, el CONACOOOP (Consejo Nacional de Cooperativas) y el ICC (Instituto contra el Cáncer).

4.- Órgano publico

A.- Concepto y elementos

Tradicionalmente, ha sido definido como una unidad parcial de acción administrativa –siendo el ente público la unidad total- o un centro de imputación parcial de consecuencias jurídicas. En realidad, todo ente público se encuentra conformado, desde una perspectiva estructural, por un conjunto de órganos públicos.

El órgano público tiene dos componentes o elementos indispensables:

a) Órgano-individuo: Es la persona física titular de un determinado cargo, puesto o unidad funcional abstracta en la organización administrativa y que, por consiguiente, tiene un carácter provisional y mutable, puesto que, puede cambiar por vicisitudes tales como la alternabilidad política en el caso de ciertos órganos institución –v. gr. Ministerios-, vacaciones, licencias o permisos, renuncia, etc.. Es el elemento primordial o esencial del órgano, puesto que, actúa las competencias asignadas. Las diversas administraciones públicas son entes jurídicos o personas morales públicas de carácter abstracto que no pueden actuar directamente en el plano real o empírico. Consecuentemente, deben valerse de sus funcionarios –personas físicas para expresar su voluntad, juicio o conocimiento y actuar. El contenido psíquico expresado por el funcionario o agente público le es imputable a la persona jurídico-pública. El servidor público le presta su energía

psíquica y física al ente público en cuya organización se encuentra inserto.

b) Órgano-institución: se encuentra conformado por el conjunto de competencias y funciones asignadas a un organismo determinado, por lo que tiene un carácter permanente y estable, por lo menos, en tanto no existan modificaciones o variaciones organizacionales, operadas por ley o reglamento.

Para ilustrar lo anterior, no es lo mismo la persona física Ministro de Hacienda o Director General de Tributación Directa –en sendos casos órgano-individuo- que el Ministerio de Hacienda o la Dirección General de Tributación Directa –órganos-institución-, que tiene atribuidas una serie de competencias y funciones.

El órgano público, por consecuencia, es la unidad que resulta de la persona física que prepara, manifiesta y ejecuta la voluntad del ente público y la esfera o conjuntos de competencias y atribuciones, expresamente atribuidas por el ordenamiento jurídico, que puede ejercer. Las administraciones públicas se encuentran estructuradas internamente en una red de unidades funcionales abstractas (Ministerios, Viceministerios, Direcciones Generales, Departamentos y Secciones), siendo que cada una tiene encomendada la realización de una serie de funciones y competencias, las que son ejercidas o gestionadas bajo la responsabilidad de una persona física o colegio de éstas que tienen su dirección y de otras que colaboran o auxilian utilizando una serie de recursos materiales²⁹.

Para imputarle las actuaciones y consecuencias jurídicas –efectos- del agente o servidor público a la respectiva administración pública –ente público- han surgido una serie de teorías o posturas doctrinales, veamos:

a) Teoría del mandato: De acuerdo con esta posición el funcionario –persona física- es un mandatario del mandante –ente público-. Resulta criticable, por cuanto el ente público –persona jurídica- no tiene la voluntad de otorgarle un mandato al funcionario; adicionalmente, el contrato de mandato es para que el mandatario realice una serie de actos jurídicos y no

²⁹ V. SANTAMARÍA PASTOR (J.A.), Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Volumen I, 1991, p. 853.

actuaciones materiales (el artículo 1253 del Código Civil indica que en virtud del poder generalísimo el mandatario puede vender, hipotecar, enajenar, gravar toda clase de bienes, aceptar o repudiar herencias, gestionar judicialmente, celebrar contratos y, en general, “ejecutar todos los demás actos jurídicos que podría hacer el poderdante”; en el caso del poder general el artículo 1255 del Código Civil enlista una serie de actos jurídicos que puede efectuar el apoderado; finalmente, en el supuesto del poder especial el ordinal 1256 del Código Civil establece que el mismo es para “determinado acto jurídico judicial y extrajudicial”).

b) Teoría organicista: De acuerdo con esta tesis, el órgano nace con la persona jurídica, por lo que integra y forma parte de su estructura y organización como parte integrante. El servidor público forma parte del ente público y no actúa para éste sino por el mismo. La persona jurídico-pública se sirve del órgano como una persona física utiliza su boca, mano o mente, en suma, cuando actúa el órgano es como si actuara la persona jurídica. Esta teoría tiene el problema de que el agente público -persona física- es absorbido por el órgano-institución, siendo que el órgano-individuo es diferente e independiente del órgano institución a quien presta su energía psíquica y física.

c) Teoría de la representación: Según esta construcción teórica, el funcionario o agente público -persona física- es un representante común y corriente del ente público -persona jurídica-, razón por la cual al primero les pertenece la voluntad y la conducta material desplegada, siendo, únicamente, los efectos o consecuencias jurídicas las que se le imputan al órgano-institución y, por consiguiente, al ente público. Esta tesis es la adoptada por nuestra LGAP en su artículo 111, al conceptuar al servidor público como “... la persona que presta servicios a la Administración a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura...”.

B.- Clasificación

Los órganos públicos pueden ser clasificados según diversos criterios, veamos.

B.1.- Criterio subjetivo

Esta perspectiva toma en consideración, fundamentalmente, el número de personas físicas titulares del órgano, por lo que se distingue entre el órgano unipersonal formado por una sola persona física (v. gr. Ministro, Viceministro, Director General, Presidente Ejecutivo, alcalde municipal, etc.) y el órgano colegiado o colectivo que es aquel en el cual las competencias son ejercidas, de forma simultánea e igualitaria, por una pluralidad de personas físicas ordenadas horizontalmente (v. gr. Consejo de Gobierno, Juntas Directivas, Concejos Municipales, etc.).

B.2.- Criterio objetivo

a) Por la extensión de la competencia se distingue entre órganos de competencia general (v. gr. Presidente de la República y Consejo de Gobierno) y especial (v. gr. Ministro del sector o ramo).

b) Por el ámbito territorial de la competencia podemos distinguir entre órganos de competencia nacional (v.gr. Ministerios), regional (v.gr. Consejos Regionales de Desarrollo), cantonal (v. gr. Concejos Municipales) y distrital (v.gr. Consejos de Distrito y Consejos Municipales de Distrito).

c) Por la naturaleza de las competencias ejercidas podemos clasificar los órganos de la siguiente forma: a) activos que son los encargados de preparar, manifestar y ejecutar la voluntad administrativa (v.gr. Ministerios); b) consultivos que son los que emiten dictámenes técnicos o jurídicos (v. gr. la Procuraduría General de la República que es un órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia encargado de absolver las consultas jurídicas formuladas por los diversos entes públicos) y c) de control que son los órganos encargados de fiscalizar que las competencias y atribuciones ejercidos por los órganos activos se adecuen a la legalidad y oportunidad (v. gr. la Contraloría General de la República en materia de hacienda pública -presupuestos- y contratación administrativa-; la ARESEP en materia de fijación de tarifas de los servicios públicos regulados; los Tribunales administrativos Fiscal, Aduanero, Ambiental, de Transportes; las contralorías de servicios públicos, etc.).

d) Por la eficacia de los actos que dictan los órganos, se distinguen entre internos que son aquellos cuyos actos agotan sus efectos en el ámbito interno de la persona jurídica a la que pertenecen (v. gr. Departamentos de Planificación, Recursos Humanos, etc.) y externos, en los cuales los efectos de sus actos se proyectan frente a los administrados, concediéndoles, denegándoles, suprimiéndoles derechos subjetivos e intereses legítimos e imponiéndoles obligaciones. Los órganos externos ejercen potestades de imperio, en cuanto los actos que dictan y sus efectos se proyectan y repercuten sobre los administrados, por lo que en aplicación de lo establecido en los artículos 121, inciso 20, de la Constitución Política, 59, párrafo 1º, y 103, párrafo 1º, de la LGAP, son reserva de ley y deben ser creados por una norma de ese rango y jerarquía. Los órganos internos, en cuanto no ejercen, en tesis de principio, potestades de imperio pueden ser creados por vía de reglamento autónomo de organización (artículos 59, párrafo 1º, y 103, párrafo 1º, LGAP).

5.- Organización administrativa en Costa Rica

Seguidamente expondremos, a grosso modo, la organización administrativa costarricense.

A.- Administración central

Está conformada por el **Estado** (ente público mayor territorial a fin general o universal), el que, a su vez, está compuesto por los **órganos constitucionales y los órganos de relevancia constitucional**.

A.1.- Órganos Constitucionales

Estos son los **Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial**, los dos últimos en cuanto realizan excepcionalmente función administrativa. Se debe incluir, igualmente, en este aparte al **Tribunal Supremo de Elecciones** -en cuanto realiza función administrativa- y a la **Contraloría General de la República**. Estos órganos constitucionales se caracterizan porque son indispensables o esenciales en la organización del Estado y tienen, entre sí, una relación de independencia por no ser iguales por lo que no están

sujetos a ninguna relación de jerarquía.

a) Poder Ejecutivo

Actualmente se encuentra conformado por 18 ministerios, 16 con cartera y 2 sin ésta.

Cada ministerio está conformado por los órganos necesarios para el buen desempeño de la estructura administrativa, de igual forma muchos de ellos tiene diversos órganos desconcentrados adscritos. Así, por ejemplo, el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes tiene 13 órganos desconcentrados (Junta Administrativa del Archivo Nacional, Centro Costarricense de Producción Cinematográfica, Centro Cultural e Histórico José Figueres Ferrer, Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas, Movimiento Nacional de Juventudes, Museo de Arte Costarricense, Museo de Arte Contemporáneo, Museo Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, Museo Histórico Cultural Juan Santamaría, Museo Nacional, Teatro Popular Melico Salazar, Teatro Nacional, Orquesta Sinfónica Nacional) y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes tiene 8 órganos desconcentrados (Consejo Técnico de Aviación Civil, Consejo Nacional de Vialidad, Consejo de Seguridad Vial, Consejo Nacional de Concesiones, Instituto Geográfico Nacional, Consejo de Transporte Público, Tribunal Administrativo de Transporte y Junta de Administración del Muelle de Golfito).

b) Poder Legislativo

Si bien su función fundamental es la legislativa, debe contar con una organización administrativa básica que garantice su funcionamiento. En todo caso, algunos de los órganos legislativos por antonomasia realizan una función administrativa importante.

El plenario de la Asamblea Legislativa toma actos administrativos tales como la designación del Defensor de los Habitantes, del Contralor y Subcontralor de la República, de los Magistrados de la Corte, la ratificación del nombramiento del Regulador General de los Servicios Públicos y del Procurador General de la República, las aprobaciones en el ejercicio

de la tutela administrativa -de los impuestos y trasposos municipales-, etc.

c) Poder Judicial

Su función preponderante es la jurisdiccional, sin embargo ello no excluye que exista una organización administrativa que le dé soporte a su ejercicio.

En el seno de Poder Judicial existen una serie de órganos que ejercen una función administrativa de gran trascendencia, tales como la Corte Plena (la designación de los jueces de los Tribunales superiores, promulgación de los reglamentos, ejercicio del régimen disciplinario sobre los funcionarios de jerarquía), el Consejo Superior del Poder Judicial (designar a los jueces que no sean superiores, adjudicar contratos administrativos, etc.), el Consejo de la Judicatura (la administración de la carrera judicial mediante la apertura, realización y cierre de concursos públicos), el Tribunal de la Inspección Judicial (en el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los funcionarios y auxiliares judiciales), los órganos jurisdiccionales que fungen como jefes impropios -contralor no jerárquico- de algún órgano administrativo (v. gr. la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo respecto de los acuerdos emanados de los Concejos Municipales y de los Registros que integran el Registro Nacional; el Tribunal de Trabajo respecto de las resoluciones emanadas de la Dirección General de Pensiones; el Tribunal Agrario respecto de las resoluciones tomadas por el IDA; el Tribunal de Casación Penal en lo referente a las resoluciones de expulsión de extranjeros residentes dictadas por el Ministro de Gobernación y Policía), la Dirección, Juzgado y Tribunal de Notariado (en el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los notarios públicos y, en general, en la fiscalización y control de ejercicio de esa función), el Organismo de Investigación Judicial (OIJ).

d) Tribunal Supremo de Elecciones

Ciertamente, este órgano cumple fundamentalmente una función electoral, si puede hablarse de ésta, no obstante a través del Registro Civil y el Registro Electoral cumple una relevante función administrativa de registración y certificatoria. En el primer caso del nacimiento, estado civil,

capacidad y defunción de las personas físicas y en el segundo en la inscripción de los partidos políticos y en el padrón electoral.

e) Contraloría General de la República

Este órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la supervisión y fiscalización de la Hacienda Pública (artículo 183 de la Constitución Política), ejerce una importante función administrativa de carácter consultiva y activa en materia de contratación administrativa -apelación de las licitaciones públicas- y presupuestaria -aprobación o improbación de presupuestos, fiscalización de su ejecución y liquidación, etc.-. La Sala Constitucional en el Voto No. 5120-95 de las 20:39 hrs. del 13 de septiembre de 1995, al conocer de la constitucionalidad del dictamen rendido por ese órgano establecido en el artículo 156, párrafo 3°, LGAP para la revocación de un acto administrativo discrecional desfavorable, estableció que son constitucionales todas las atribuciones que le confiera el legislador para ejercer contralor de legalidad, siempre que la fiscalización se relacione con las materias que determinan su especialidad a nivel constitucional (presupuesto y hacienda pública). En efecto, en ese Voto consideró lo siguiente: "El inciso 5) del citado artículo constitucional -184- dispone que son deberes y atribuciones de la Contraloría los demás que la constitución y las leyes le asignen. Esa disposición no puede interpretarse como una autorización dada al legislador para que agregue atribuciones que distraigan a la Contraloría de su función propia establecida en la Constitución, o la obstaculice con la asignación de otras extrañas por completo a su especialidad orgánica. El legislador no puede legítimamente desfigurar o distorsionar el diseño constitucional del órgano al punto de que éste no se reconozca, suprimiéndole competencias constitucionales, asignándole otras propias de otros órganos, o confiriéndole competencias que aunque sean propias de otros órganos, transformen el diseño básico del órgano establecido en la Constitución. Lo que el legislador sí podría hacer es añadirle otras funciones compatibles o conexas con las que constitucionalmente le corresponden ... La Contraloría, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y que desarrolla su ley orgánica, se encarga entre otras cosas de ejercer un control de legalidad en el manejo de los fondos públicos. Dicha potestad la realiza en el ámbito de su competencia, el cual está constituido por el conjunto de entes y órganos que integran la Hacienda Pública. Según se expo-

ne, el ejercicio del control de legalidad de los actos de la Administración no es una función incompatible con las atribuciones que la Constitución confiere a la Contraloría, por lo que no podría afirmarse en este caso que se estén usurpando o interfiriendo funciones de otros órganos, o impidiendo a la Contraloría ejercer las suyas propias al añadirle las impugnadas. En este punto debe indicarse que la Contraloría fue el órgano que el legislador consideró, en un momento dado, idóneo para ejercer el control de legalidad de los actos administrativos, entendiendo, sin embargo, que esa atribución se confería en el marco de su competencia constitucional y legal. De ahí se infiere que dado que la norma impugnada no establece cuál ha de ser el contenido del dictamen que le corresponde rendir a la Contraloría en estos casos, o la materia sobre la cual debe pronunciarse, se entiende que la atribución que la norma cuestionada le confiere a ese órgano debe realizarse en asuntos relacionados en términos generales con su especialidad”.

A.2.- Órganos de relevancia constitucional

Los **órganos de relevancia constitucional** representan la desconcentración constitucional –no legal o reglamentaria-, puesto que, fueron creados por el constituyente para el ejercicio de una competencia exclusiva y específica, sin tener garantía de independencia ante los órganos constitucionales a los que están adscritos. Ejemplos de tales órganos son el Registro Civil (artículo 104 de la C.P.), la Tesorería Nacional (artículo 185 C.P.), la Oficina de Presupuestó (artículo 177 C.P.) y el Consejo Superior de Educación (artículo 81 C.P.).

B.-Administración Pública Descentralizada

B.1.- La Administración Pública Descentralizada Territorial

Tenemos aquí las **Municipalidades** que son entes públicos menores territoriales a fin general a las que les compete la administración de los intereses y servicios locales del respectivo cantón -artículo 169 de la Constitución Política- (v. gr. recolección y tratamiento de los desechos sólidos, la planificación urbana, esto es, el uso ordenado y racional del suelo mediante la elaboración de planes reguladores dentro de cuyos elementos destacan los reglamentos de zonificación, construcción, vialidad, etc.)

Las Municipalidades son entes territoriales que tienen autonomía administrativa y política o de gobierno. Sobre el particular, debe tomarse en consideración que la autonomía política o de gobierno es de principio o inherente para todo ente territorial, por lo que aunque el numeral 170 de la Constitución Política se limita a señalar que esos entes territoriales son autónomos debe entenderse que la norma constitucional comprende los dos grados de autonomía referidos.

B.2.- Administración Pública Descentralizada Institucional o Funcional

En nuestro ordenamiento jurídico existe una distinción evidente entre **instituciones autónomas e instituciones semi-autónomas**.

a) Instituciones Autónomas

Las **instituciones autónomas**³⁰ reguladas, de forma general, en los artículos 188 y 189 de la Constitución Política tienen un origen normativo diverso, veamos:

De creación constitucional: Las hay algunas creadas directamente por la Constitución Política como los Bancos Comerciales del Estado - artículo 189, inciso 1), de la Constitución Política- (v. gr. Banco Nacional de Costa Rica, Banco de Costa Rica y Banco Crédito Agrícola de Cartago), el Instituto Nacional de Seguros -artículo 189, inciso 2), de la Constitución Política-, el Patronato Nacional de la Infancia -artículo 55 de la Constitución Política-, la Caja Costarricense de Seguro Social -artículo 73 de la Constitución Política- y la Universidad de Costa Rica y demás "instituciones de educación superior universitaria del Estado" o universidades públicas -artículo 84 de la Constitución Política- (v. gr. UCR, UNA, UNED y el Instituto Tecnológico de Costa Rica -ITCR-).

Tales instituciones autónomas creadas directamente por la Constitución tienen un régimen de protección reforzado frente a las veleidades del legislador, puesto que, éste no puede suprimirlas, cambiarles de nombre cuando se les ha dado, aumentarles, disminuirles o modificarles las competencias expresamente atribuidas por el constituyente originario o de-

³⁰ MURILLO (M.), La descentralización..., pp. 278-291.

rivado³¹.

De creación legal: Son las constituidas por una ley reforzada, esto es, por votación no menor de los dos tercios del total de los diputados de la Asamblea Legislativa.

Las instituciones autónomas, dentro de las que ubicamos todos los entes que hemos denominado supra como administración descentralizada institucional, por servicios, instrumental o auxiliar, gozan del primer grado de autonomía, esto es, administrativa, siendo que en materia de gobierno, esto es, de fijación de las metas, objetivos o fines, están sujetas a lo que dispone la ley (artículo 189 C.P.). Entendemos que las leyes a las que se refiere el Constituyente son, básicamente, la Ley de Planificación Nacional y la Ley General de la Administración Pública, sobre todo a ésta última que en sus artículos 26, 27, 98, 99 y 100 establece el contenido y los alcances de la dirección y coordinación en los términos explicados precedentemente.

b) Instituciones Semiautónomas

Las **instituciones semiautónomas**³² son aquellas creadas mediante una ley ordinaria que no requiere para su aprobación una mayoría calificada. En el texto vigente de la Constitución no se les menciona de forma expresa, ahora bien es preciso indicar que el constituyente originario sí hizo mención de las instituciones semiautónomas, sin entrar a regular su forma de creación y demás detalles, en el artículo 49 de la Constitución Política antes de su reforma parcial por la Ley No. 3124 del 25 de junio de 1963. En realidad, la expresión llama a equívocos, puesto que, un ente público menor –que tiene de principio autonomía administrativa- o es autónomo o no lo es. No puede haber un ente público menor –persona jurídico-pública distinta al Estado- sin autonomía administrativa, puesto que, no existe un grado de autonomía inferior a ésta.

La práctica legislativa de crear instituciones con la denominación de “semiautónomas” nació para eludir el requisito exigido por la Consti-

³¹ V. op. ult. cit., p. 286.

³² V. op. ult. cit., pp. 291-297.

tución Política de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa para crear una institución autónoma ("instituciones autónomas sin los dos tercios"), dado lo engorroso que resulta, en ocasiones, lograr un consenso legislativo tan elevado por las diferencias partidistas e ideológicas existentes en el parlamento. En términos prácticos, las instituciones semiautónomas son instituciones autónomas creadas sin la mayoría calificada exigida para las últimas.

No existe ninguna diferencia, de carácter sustancial, entre las instituciones autónomas y semiautónomas en cuanto al grado de autonomía, puesto que, sendas categorías poseen, en principio, autonomía administrativa. La diferencia, evidentemente, es formal unas son creadas por la Asamblea Legislativa mediante una mayoría calificada y las otras por mayoría simple.

C) Entes Públicos no Estatales

Esta denominación de origen suramericana (Sayagüez Lazo) ha sido, empleada, por nuestro legislador, de forma indiscriminada sin seguir un claro criterio, normalmente la ha reservado para los entes públicos que conforman la administración pública descentralizada corporativa, sin embargo, en ocasiones, encontramos entes descentralizados funcional o institucionalmente que son denominados como tales. En realidad la expresión es equívoca, puesto que, todo ente público menor o descentralizado es no estatal o extraestatal, razón por la cual no tiene ninguna utilidad práctica. Tenemos, al respecto el ejemplo de dos entes descentralizados institucional o funcionalmente que son la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago (JASEC) cuya ley de creación No. 3300 del 17 de julio de 1974 (reformada íntegramente por la No. 7799 del 30 de abril de 1998) en su artículo 2° la califica como "...una persona jurídica de derecho público, de carácter no estatal...", pese a que el artículo 1° la califica de "organismo semiautónomo" y el Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI) que es calificado por el artículo 4° de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda (No. 7052 del 13 de noviembre de 1986 y sus reformas) como "una entidad de Derecho Público, de carácter no estatal, con personalidad jurídica, con patrimonio propio y autonomía administrativa, que será el ente rector del Sistema Financiero Nacional pa-

ra la Vivienda”, luego, en los artículos 12, 13 y 26 se establece que la Junta Directiva –de nombramiento del Consejo de Gobierno- es el órgano fundamental y rector de la entidad, rompiendo, de esa forma, con el esquema tradicional de los entes descentralizados corporativos que son gobernados por una asamblea general dada su base asociativa.

B.3.- Administración Descentralizada Corporativa

En nuestro ordenamiento jurídico, podemos identificar claramente tres grandes tipos de entes descentralizados corporativamente que son los siguientes:

- a) **Corporaciones profesionales** que comprende a los 25 colegios profesionales creados por ley y existentes, gobernados por las Asambleas y financiados, en buena parte, por las cuotas ordinarias y extraordinarias de los agremiados.
- b) **Corporaciones productivas e industriales**, tales como LAICA –Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar- , la Junta del Tabaco, el ICAFE – Instituto Costarricense del Café-, la Oficina del Arroz, la Junta de la Cabuya, la Corporación Hortícola Nacional³³ y la Corporación Ganadera³⁴. Todos

³³ La Ley de Creación de la Corporación Hortícola Nacional, No. 7628 del 26 de septiembre de 1996, establece en su artículo 1° que se crea “...una corporación de interés público...con personalidad jurídica y patrimonio propio...”, el ordinal 2°, establece que “El objetivo fundamental de la Corporación será establecer un régimen equitativo en las relaciones de producción, industrialización, mercadeo y asistencia técnica y financiera entre productores, semilleros, comercializadores e industrializadores de productos hortícolas”, por último el artículo 3° dispone que “En su actuación ordinaria, la Corporación se regirá por el derecho privado. En el tanto administre fondos de la hacienda pública, estará sujeta a las regulaciones del derecho público que rigen la materia”. El numeral 7° dispone que la Asamblea General es la autoridad suprema de dirección y administración interna. En los artículos 22 y 23 se establece que una de las principales fuentes de ingreso lo constituyen las cuotas de afiliación de los miembros de la corporación.

³⁴ La ley de creación de la Corporación Ganadera No. 7837 del 5 de octubre de 1998, dispone en su artículo 1° que ese ente “...será de derecho público, no estatal, con personería jurídica y patrimonio propios...En las actuaciones ordinarias, se regirá por el derecho privado...” , su finalidad es “fomentar la ganadería bovina...” (artículos 2° y 5°, inciso a). Esta corporación no cuenta con una asamblea sino con una Junta Directiva conformada por 9 miembros (el ministro o viceministro de Agricultura y Ganadería, un representante de la asociación de industriales pecuarios, uno del matadero que durante el año calendario anterior haya sacrificado la mayor cantidad de ganado bovino de consumo interno, dos de los productores dedicados a la ganadería bovina, escogidos por la Federación de Cámaras de Ganaderos de Costa Rica, dos representantes de los produc-

estos entes tienen por fin armonizar los intereses entre los productores e industriales del respectivo producto, la mayoría es gobernado por una Asamblea donde tienen representación esos sectores –productivo e industrial- y se financian con las cuotas o fondos que deben aportar los miembros de cada uno de éstos.

- c) Otras: existe un tercer grupo residual de entes descentralizados corporativamente que no se pueden reconducir a una categoría general y en el que podemos ubicar diversas corporaciones públicas que atienden distintos intereses de una categoría. Ejemplos de estos son el Banco Popular y de Desarrollo Comunal³⁵ -BPDC-, la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas -CONAI³⁶-, el Consejo Nacional de Cooperativas -CONACOO³⁷-, el Instituto Costarri-

tores dedicados a la ganadería bovina, escogidos por la Federación de Criadores de Ganado de Costa Rica y dos representantes de los productores dedicados a la ganadería bovina, designados por la Federación de Cámaras de Ganaderos de Guanacaste (artículo 12). Finalmente, para la distribución equitativa de los ingresos de la venta de la carne y los subproductos de la res entre ganaderos e industriales se establece una comisión permanente integrada por 3 representantes de la Asociación de Industriales Pecuarios, 3 representantes uno de la Federación de Criadores de Ganado de Costa Rica, otro de la Federación de Cámaras de Ganaderos de Costa Rica y otro de la Federación de Cámaras de Ganaderos de Guanacaste y el Ministro o Viceministro de Agricultura y Ganadería (artículo 20).

³⁵ La Ley Orgánica de ese Banco No. 4351 del 11 de julio de 1969 y sus reformas, dispone en su ordinal 1º que "...El Banco es propiedad de los trabajadores por partes iguales y el derecho a la copropiedad estará sujeto a que hayan tenido una cuenta de ahorro obligatoria durante un año o en períodos alternos...", por su parte, el artículo 2º dispone que "El BANCO POPULAR Y DE DESARROLLO COMUNAL es una institución de Derecho Público no estatal, con personería Jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía administrativa y funcional. Su funcionamiento se regirá por las normas del Derecho público. El Banco tendrá como objetivo fundamental dar protección económica y bienestar a los trabajadores, mediante el fomento del ahorro y la satisfacción de sus necesidades de crédito..."

³⁶ La CONAI fue creada por la Ley No. 5251 del 11 de julio de 1973 y sus reformas, su órgano fundamental es la Asamblea General donde hay representantes de diversos órganos del poder ejecutivo y entes descentralizados institucionales, uno por cada concejo municipal de Guatuso, Talamanca, Coto Brus, Pérez Zeledón, Buenos Aires y Mora, uno de cada asociación de desarrollo que exista en las comunidades indígenas y uno de cada una de las asociaciones pro-indígenas legalmente inscritas.

³⁷ El CONACOO³⁷ fue creado en la Ley de Asociaciones Cooperativas y creación del INFOCOOP -Instituto de Fomento Cooperativo- No. 4179 del 22 de agosto de 1968 y sus reformas, al establecer su artículo 136 que es un ente público no estatal, entre cuyos fines se encuentra la de elegir y remover, en su caso a los representantes del sector cooperativo ante la Junta Directiva del INFOCOOP, cumplir las disposiciones y resoluciones del Congreso Anual Cooperativo, servir de organismo consultor del INFOCOOP y

B.4.- Órgano-persona⁴¹

En nuestro ordenamiento jurídico público contamos con este híbrido u "ornitorrinco jurídico", puesto que, un centro de imputación normativa puede asumir la forma de ente (persona jurídico-pública) o de órgano

propiciar el acercamiento y mejoramiento de las relaciones entre los diferentes sectores y entidades cooperativas superiores (artículo 137 ibidem). El órgano rector de este ente público es la asamblea de delegados del sector cooperativo (cooperativas de autogestión, cooperativas de producción agrícola o industrial, demás cooperativas, uniones, federaciones y confederaciones cooperativas). El CONACOOOP se financia "hasta con el 2% de los excedentes líquidos de las cooperativas, al cierre de cada ejercicio económico y con los recursos que puedan adquirir por diferentes vías (artículo 136 ibidem).

³⁸ La ley de creación del Instituto contra el Cáncer, No. 7765 del 17 de abril de 1998 y sus reformas, al definir su naturaleza jurídica en el artículo 2°, lo cataloga como "un ente corporativo de carácter no estatal". Por su parte, el artículo 3° establece que el órgano superior lo será la Asamblea General conformada por 3 representantes, respectivamente, de las escuelas y facultades de medicina de las universidades que operan en el país, del Consejo Nacional del Cáncer, de la CCSS, del Ministerio de Salud, 4 de las asociaciones y fundaciones privadas y 1 de la Presidencia de la República.

³⁹ La Academia Nacional de Ciencias fue creada por la Ley No. 7544 del 21 de septiembre de 1995, que la califica en su artículo 1° como "una institución de derecho público no estatal" cuyos fines, entre otros, son promover la investigación científica y el desarrollo tecnológico del país. Este ente público tiene como órgano superior la Asamblea General conformada por los académicos que, según sus estatutos, son los científicos que hayan contribuido significativamente al desarrollo de la ciencia.

⁴⁰ La ley de creación del Editorial Costa Rica No. 2366 del 10 de junio de 1959 y sus reformas, establece que ese ente público tiene como finalidad el fomento de la cultura mediante la edición de obras literarias, artísticas y científicas de costarricenses y extranjeros de mérito especial (artículo 2°). El órgano fundamental del ente -define las políticas- lo constituye la Asamblea de Autores, conformada por los miembros de la Asociación de Autores de Obras Literarias, artísticas y científicas (artículo 10). Aunque han existido dudas sobre su naturaleza jurídica, acerca de si se trata de un órgano adscrito al Ministerio de Cultura al calificarlo el artículo 1° de la ley citada como "organismo del Estado" o de un ente público menor, no cabe la menor duda que goza de personalidad jurídica propia, presupuesto y competencias propias, extremos que determinan su naturaleza de ente público menor (V. dictamen de la PGR No. C-124-98 del 23 de junio de 1998).

⁴¹ V. MURILLO (M.), La figura del órgano persona en la Organización Pública Costarricense. En Ensayos de Derecho Público..., pp. 145-149.

pero no las dos a la vez. Resulta absolutamente contrario a la dogmática jurídica afirmar que un órgano tiene personalidad jurídica, puesto que, desde ese instante dejaría de ser tal para transformarse en un ente. No obstante lo anterior, debe reconocerse que la doctrina –fundamentalmente italiana y española- ha señalado la necesidad de reconocerle cierta subjetividad a los órganos administrativos –titulares de competencias y portadores de un bloque de intereses- a fin de calificar de jurídicas las relaciones interorgánicas que se verifican entre los mismos, llamándola personalidad instrumental, interorgánica o incompleta o bien legitimación separada. Tal subjetividad relativa de los órganos, según la doctrina, debe circunscribirse al ámbito de las relaciones orgánicas, siendo que dos reglas fundamentales son las siguientes: a) el acto se imputa al órgano pero los efectos al ente del cual forma parte y b) la subjetividad no puede abarcar la titularidad de relaciones u obligaciones ni legitima para el ejercicio de acciones de ninguna naturaleza tanto al ente de pertenencia, a otros órganos o terceros⁴².

Pese a la heterodoxia de la figura, la misma parece obedecer a principios importantes tales como los de eficacia, eficiencia, celeridad y agilidad en la actuación administrativa, puesto que, muchas veces la organización administrativa del ente público mayor (Estado) es muy rígida y entabada. También median otras razones como la atribución de ciertas competencias exclusivas y técnicas a un órgano especializado que guarde cierta independencia e imparcialidad políticas respecto del resto de los órganos de la Administración Central.

Estos órganos-persona, regularmente, están adscritos a la Administración Central y asumen la veste del órgano desconcentrado en grado máximo. Se les otorga, por virtud de ley (artículo 121, inciso 20, C.P.), personalidad jurídica instrumental y no sustancial para un sector determinado de actividad y el manejo de fondos. Desde ese punto de vista, el órgano persona, por razones de rapidez y celeridad administrativa puede contratar ágilmente recursos materiales y humanos para cumplir con sus competencias.

⁴² V. SANTAMARÍA PASTOR (Alfonso), Fundamentos de Derecho Administrativo –tomo I-, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 856 y ALESSI (Renato), Instituciones de Derecho Administrativo –tomo I-, Barcelona, Ed. Bosch, 1970, pp. 83-84.

Ejemplos recientes los tenemos con el "Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor" que es un órgano desconcentrado máximo adscrito a la Presidencia de la República al cual se le otorgó personalidad jurídica instrumental para cumplir con sus fines y competencias (artículos 32 y 32 de la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor No. 7935 del 14 de octubre de 1999) y la "Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias" conformada como órgano de desconcentración máxima de la Presidencia de la República "con personalidad jurídica instrumental, patrimonio y presupuesto propios" (artículo 13 de la Ley nacional de Emergencia No. 7914 del 28 de setiembre de 1999).

En el caso del Registro Nacional -adscrito al Ministerio de Justicia- (conformado por el Registro Público, Registro de Bienes Muebles, Registro de la Propiedad Industrial y el Catastro) la Junta Administrativa del mismo goza de personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines asignados (artículos 3°, 8-14, 18 y 22 de la Ley de Creación del Registro Nacional No. 5695 del 28 de mayo de 1975 y sus reformas).

En igual condición se encuentran el Consejo Técnico de Aviación Civil -respecto del Ministerio de Obras Públicas y Transportes- que ejerce sus funciones de forma independiente del Poder Ejecutivo -artículo 8 de la Ley General de Aviación Civil-, la Imprenta Nacional -respecto del Ministerio de Gobernación y Policía-, el Museo Nacional y la Orquesta Sinfónica Nacional -los dos últimos en relación con el Ministerio de Cultura-, etc.

El fenómeno jurídico del órgano-persona no se produce exclusivamente en el ámbito de la Administración Pública Central, dado que en el campo de la Administración Pública descentralizada institucional encontramos, también, algunos ejemplos de órganos-persona dotados de personalidad jurídica instrumental, que asumen la forma de un órgano desconcentrado en grado máximo para efectos técnicos, de eficacia, eficiencia y agilidad administrativas, tales como la Fábrica Nacional de Licores -FANAL-, respecto del Consejo Nacional de Producción -CNP-, la Comisión de Marinas, respecto del Instituto Costarricense de Turismo -ICT- o bien la SUGEF, SUPEN y SUGEVAL, respecto del Banco Central de Costa Rica -BCCR-.

Este fenómeno de nuestra organización administrativa ha sido denominado, también, como “personificación presupuestaria”, así la PGR en el dictamen No. C-115-89 del 4 de julio de 1989, sostuvo lo siguiente:

“De acuerdo con lo que señala la doctrina, la descentralización implica una transferencia de competencia, que se produce en forma definitiva y exclusiva. Empero, muchas veces se crean entes públicos (sic.) sin que se produzca una verdadera descentralización de competencia. Esta última es ejercida en forma integrada al Estado. Estos entes (sic.), a pesar de constituir formalmente un centro de acción independiente, no reciben la imputación directa y definitiva de derechos y deberes. La personalidad jurídica es de efectos limitados, sea por el control que conserva el Estado, sea porque los fines públicos asignados no justifican en sí mismos la atribución de personalidad jurídica. Igual circunstancia se presenta con los servicios económicos asumidos directamente por el Estado. La personalidad jurídica se implica, en esos casos, no por el fenómeno de la descentralización de competencias, sino por otros criterios, muchas veces de tipo financiero. En Costa Rica, el legislador ha recurrido a separar ciertos fondos públicos, no incorporándolos a ciertos fines. La gestión de esos fondos es atribuida a un organismo, al cual se atribuye no sólo autonomía presupuestaria sino también personalidad jurídica. La figura que se presenta es la que la doctrina conoce como “personificación presupuestaria”. El desmembramiento de la Administración Central no se justifica exclusivamente en criterios técnicos sino en el interés de que ciertos fondos escapen a la aplicación de las normas y principios relativos a la aprobación, ejecución y control del presupuesto del Estado, permitiendo entonces, una ejecución autónoma. Es por ello que, a pesar de la personalidad jurídica, la nueva persona pública permanece integrada orgánicamente a la Administración Central. Empero, desde el punto de vista financiero, la autonomía es plena: la personalidad se otorga para librarse de disposiciones aplicables a la gestión de los fondos del Gobierno Central y en ese sentido, los fondos separados tendrán un régimen jurídico diferente, en lo que concierne a su gestión y disposición. En consecuencia, habrá muchas disposiciones y controles referidos al presupuesto del Estado que no podrán ser aplicados a la gestión financiera de ese nuevo ente (sic.). Este encontrará limitados sus poderes en orden a los fines asignados, pero conservará una gestión financiera autónoma, sólo sujeta a las disposiciones expresamente establecidas por ley al respecto, por lo que, en principio podrá realizar directamente los contratos que requiera para el cumplimiento de sus fines.”. En el dictamen No. C-075-98 del 23 de abril de 1998 se indicó que “...nos encontramos en presencia de una “personificación presupuestaria”, es decir, al fenómeno que nos permite reconocer un sector administrativo integrado a la organización estatal pero que, para los limitados efectos de una gestión presupuestaria independiente de la general del Estado, se le confiere una personalidad jurídica y un patrimonio autónomos.”.

La PGR ha sostenido que el fenómeno de la “personificación presupuestaria”, no está exento de vicios de constitucionalidad (dictámenes Nos. C-075-98 ya citado y C-186-95 del 28 de agosto de 1995). En su criterio, la asignación de un patrimonio propio y de independencia presupuestaria y financiera puede presentar roce con los principios constitucionales de unidad o universalidad, previsión presupuestaria y de caja única del Estado (artículos 176, 180 y 185 de la Constitución Política). En apoyo, de su posición la PGR hace referencia al voto de la Sala Constitucional No. 6240-93 de las 14:00 hrs. del 26 de noviembre de 1993, en el que estimó que la posibilidad otorgada a la Dirección de Hidrocarburos de percibir, presupuestar y girar fondos públicos a su entera conveniencia resulta violatorio de los principios referidos del derecho presupuestario⁴³.

En nuestro criterio, no existe quebranto de los principios constitucionales del presupuesto referidos, cuando la dotación de personalidad jurídica instrumental le permite al órgano-persona manejar de una forma ágil y flexible unas partidas presupuestarias determinadas no separadas del presupuesto ordinario de la república o del presupuesto del respectivo ente descentralizado, el problema de constitucionalidad se presentará cuando el órgano persona puede percibir ingresos, presupuestar y girar fondos de forma absolutamente independiente –como aconteció en el caso de la Dirección de Hidrocarburos en el Voto No. 6240-93 de la Sala Constitucional-.

B.5.- Empresas Públicas

Mediante la empresa pública la Administración Pública central o descentralizada interviene, de forma directa o indirecta, en un sector del mercado o de la economía desarrollando una actividad industrial, mercantil o agropecuaria con el propósito de satisfacer fines públicos. El fundamento

⁴³ La postura jurisprudencial asumida por la Sala Constitucional en el Voto No. 6240-93 no contrasta –tal y como lo ha sostenido la PGR- con la vertida en el No. 3513-94 de las 8:57 hrs. del 15 de julio de 1994, al estimar que el proyecto de ley que le atribuía al Museo Nacional personalidad jurídica instrumental para recibir directamente donaciones –al margen de la Tesorería Nacional- es constitucional, puesto que, se refiere a dos hipótesis normativas diferentes.

de la iniciativa o intervención pública en la economía o el mercado encuentra asidero en el artículo 50 de la Constitución Política al establecer que “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza” y en los principios de solidaridad y justicia social, tal y como lo ha reconocido la Sala Constitucional en diversos votos (Nos. 6776-94, 550-95, 3120-95, 311-97 y 655-97). La Sala de Casación en su sentencia No. 45 de las 15:30 hrs. del 17 de mayo de 1978 afirmó lo siguiente:

“I.-...Las formas de la actividad administrativa de acuerdo con los criterios comúnmente empleados en el derecho administrativo...también ha pasado de las actividades tradicionales de policía, fomento y servicio público, hacia la gestión económica, en las cuales el Estado asume la realización directa de actividades industriales o comerciales, con carácter de exclusividad o en concurrencia con los particulares...”.

La empresa pública, además de compartir los elementos de toda empresa como lo son el desarrollo de un giro de forma profesional, habitual y continua, se caracteriza porque el empresario (titular o dueño de la empresa) es una Administración Pública -central o descentralizada-, la cual mantiene el control de mando, y persigue un fin de lucro como un instrumento para satisfacer determinados intereses o fines públicos. Consecuentemente, la empresa pública tiene un elemento subjetivo que es la participación de un ente público y otro objetivo que es el desarrollo de una actividad empresarial para el logro de fines públicos. En nuestro país, prácticamente, hasta antes de la década de los 90 el fenómeno de la empresa pública estuvo circunscrito al ámbito de la Administración Pública Central o Estado, sin embargo con el transcurso de los años se fue diversificando al campo de la administración pública descentralizada institucional (v. gr. la operadoras de pensiones y puestos de bolsa de los bancos comerciales del Estado) y territorial -municipalidades⁴⁴-.

⁴⁴ El Código Municipal de 1998 estableció en su artículo 13, inciso p), como una atribución del Concejo Municipal la de “Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta”. Lamentablemente, las municipalidades no han explotado ingeniosamente las ventajas de esta habilitación legislativa, puesto que, constituye una herramienta poderosa para fortalecer, en muchos casos, los raquíticos ingresos municipales. La PGR, en el dictamen No. C-238-99 del 8 de diciembre de 1999, sobre la posibilidad de las municipalidades de establecer empresas públicas-ente de derecho privado, arribó a una serie de conclusiones erradas, tales como la de limitar el objeto

Desde ese punto de vista vamos a tener empresas públicas que se encuentran dentro de la organización administrativa y otras que al asumir determinadas formas organizacionales del Derecho Privado se encuentran fuera de ésta. La empresa pública es un fenómeno funcional que adopta diversas formas jurídicas, no existiendo una única u homogénea.

En cuanto a las razones que justifican la empresa pública, se han ofrecido muchas, tales como los fallos del mercado o imperfecciones del sistema competitivo, la carencia de empresas industriales o comerciales de cierta magnitud y estabilidad la existencia de monopolios naturales, la producción de bienes y servicios públicos, la necesidad de redistribuir los ingresos, la existencia de sectores estratégicos, etc.

Modernamente la empresa pública ha entrado en crisis, puesto que, la gestión económica gubernamental no ha tenido gran éxito. Algunas de las razones de la crisis son las siguientes:

a) Estas empresas se vinculan a objetivos políticos y sociales los cuales les imponen condicionamientos, límites e interferencias políticas y legales que impiden su buena y correcta gestión.

b) La carencia de excedentes empresariales, lo que provoca que tengan un endeudamiento creciente y constante y que el Estado les tenga que conceder subsidios, avales y líneas de financiación preferentes, etc.

c) Aportan poco a la colectividad, puesto que, ni pagan tributos ni reparten beneficios o dividendos, generando, más bien, un déficit creciente con cargo al presupuesto nacional.

d) Son empleadas como instrumentos políticos (política antiinflacionista, de empleo y de desarrollo económico, etc.). Ningún político u

de la sociedad a los intereses y servicios locales -cuando el objeto social de una persona jurídica privada diferente a la entidad territorial puede tener un ámbito mucho más amplio-, limitar la actividad de la sociedad a la esfera de competencia territorial de la municipalidad, esto es, el cantón -cuando una persona jurídica privada no tiene las restricciones en materia de competencia por el territorio que tiene un ente público- y la exigencia de abrir un procedimiento de contratación administrativa -licitación pública con o sin precalificación- para escoger a los socios -cuando, desde hace mucho tiempo, en el Derecho Mercantil se clarificó que la sociedad no es un contrato y, en todo caso, para crear una persona jurídica de forma y acción privadas la municipalidad debe ajustarse al Derecho Privado sin poder derogarlo-.

organización política permitirá la quiebra de una empresa pública –las organizadas bajo las formas del derecho privado-, puesto que, el despido y desempleo consecuentes afectarían seriamente su imagen electoral.

e) Constituyen un reducto donde el poder y la presión de las organizaciones sindicales ha crecido notablemente.

f) Adolecen, por lo general, de ineficiencia y escasa productividad, al faltar un entorno competitivo por operar de forma monopólica u oligopólica y la falta de incentivos para lograr niveles aceptables de rentabilidad, utilidad y, en general, de beneficios.

g) Se afirma que la empresa pública es una empresa sin empresario, al no ser de nadie es de todos (de los administrados cuya capacidad de elección de los directivos o gestores y de control es absolutamente nula) o como ha señalado Ariño Ortiz es “una casa sin amo”. Esto significa que la propiedad es tan difusa que es prácticamente inexistente. En realidad ni los gobernantes o sus gestores o directivos tienen la propiedad o dirección de la empresa, todo lo cual diluye las responsabilidades

h) La manipulación e injerencia política hace que los cuerpos directivos tengan gran movilidad, con los que las estrategias a mediano o largo plazo son difícilmente adoptadas.

i) La empresa pública, por su vinculación con el Estado, que es el titular del poder político y el regulador del orden económico, es objeto de privilegios y tratos preferentes

j) Se afirma que la empresa pública, como consecuencia, de su titularidad es inmortal, nunca se extingue, cierra, suspende pagos o quiebra, dado que, ello afecta la imagen de cualquier gobierno y pone a prueba la fuerza de éste frente al poder sindical. Lo anterior tiene una consecuencia aparejada y es que la mala gestión por sus directivos no tiene mayores consecuencias con lo que se favorece el rendimiento mediocre.

k) La empresa pública no tiene la agilidad y capacidad de adaptación a los cambios que tiene la privada, la cual se desenvuelve en un entorno de libertad (autonomía) que tiene por base la propiedad y la empresa y como móvil el beneficio⁴⁵.

En realidad en la doctrina existen diversos criterios de clasificación de la empresa pública, veamos algunos:

⁴⁵ V. ARIÑO ORTIZ (Gaspar), Principios de Derecho Público Económico, Granada, Ed. Comares, 1999, pp. 387-435.

a) Según sea su titular, se distingue, por ejemplo, entre empresas controladas por el Estado y empresas controladas por las administraciones territoriales (para el caso costarricense serían las municipalidades).

b) Según la participación del ente público en el capital, se distingue entre empresa pública con un 100% de capital público y empresas mixtas que son las que combinan el capital público y privado en diferentes proporciones. Se supone que en las mixtas la mayoría del capital debe ser público (50% o más) o bien el control en la gestión por parte del ente público debe ser significativo.

c) Según el contexto económico en el que opere la empresa se habla de empresa pública concurrencial, la cual opera en un régimen de competencia en igualdad de condiciones con la empresa privada. La empresa pública de servicio público, por su parte, actúa en un régimen de monopolio para la provisión de los servicios públicos (v. gr. telecomunicaciones por el ICE y seguros por el INS).

En nuestro sistema jurídico tenemos una clasificación tripartita de las empresas públicas⁴⁶.

a) Empresa pública-ente de derecho público

Se trata de entes menores que desarrollan una actividad industrial o comercial bajo la veste de una organización colectiva de derecho público que puede ser una institución autónoma o semiautónoma, constituyen lo que la doctrina denomina ente público-económico. En nuestro ordenamiento tenemos el caso de los Bancos Comerciales del Estado (Banco Nacional de Costa Rica, Banco de Costa Rica, Banco Crédito Agrícola de Cartago) que realizan la actividad comercial de intermediación en el crédito, mediante operaciones bancarias activas y pasivas y el Instituto Nacional de Seguros que despliega una actividad mercantil, en forma monopolística, celebrando contratos de seguro mediante la suscripción de pólizas. Podríamos, también, ubicar en esta categoría de entes públicos económicos al ICE (Instituto Costarricense de Electricidad) en los que se refiere a la prestación de servicios en materia de electricidad y telecomunicaciones (Decreto-Ley de creación No. 449 del 8 de abril de 1949 y sus reformas); el Editorial Costa Rica, en cuanto tiene como giro el fomento de la cultura

⁴⁶ MURILLO (M.), La empresa pública. En Ensayos de Derecho Público..., pp. 107-108.

mediante la edición de obras literarias, artísticas y científicas de costarricense y extranjeros de mérito especial, las cuales deben colocarse en el mercado (artículo 2° de la ley de creación No. 2366 del 10 de junio de 1959 y sus reformas); el INCOP (Instituto Costarricense de Puertos al Pacífico), dado que su función radica en “fortalecer la economía del país, asumiendo las prerrogativas y funciones de autoridad portuaria, con el propósito de suministrar eficientes servicios portuarios y facilidades conexas, incluyendo el transporte por ferrocarril de mercancías, y pasajeros de y hacia los puertos de la vertiente del Pacífico” (artículo 1° de la Ley No. 1721 del 28 de diciembre de 1953 y sus reformas); JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica), la cual es calificada por su ley orgánica (No. 3091 del 18 de febrero de 1963 y sus reformas) como una institución autónoma “con carácter de empresa de utilidad pública, que asumirá las prerrogativas y funciones de Autoridad Portuaria”; el INCOFER (Instituto Costarricense de Ferrocarriles), ya que, dentro de sus objetivos fundamentales figura “Fortalecer la economía del país mediante la administración de un moderno sistema de transporte ferroviario para el servicio de pasajeros y de carga” (artículo 3°, inciso a, la ley orgánica No. 7001 del 19 de septiembre de 1985); la JASEC (Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago) en cuanto le corresponde “...la administración de la empresa eléctrica de la Municipalidad del Cantón Central de esa provincia...” mediante la prestación de los servicios definidos en la Ley de la ARESEP (No. 7593 del 9 de agosto de 1996 y sus reformas) –excepto telecomunicaciones y transmisión de datos- e incluso de televisión por cable (Ley No. 3300 de 16 de julio de 1964 y sus reformas).

El modelo de organización empleado ha sido el de la institución autónoma, pese a que éste tiene sus defectos, puesto que, es general y está sujeto a un régimen jurídico de carácter público –sujeción al principio de legalidad-. Este tipo de empresas se rigen, en cuanto a la organización y el ejercicio de ciertas potestades o competencias eminentemente administrativas, por el Derecho Administrativo y en lo relativo a la actividad empresarial por el Derecho Privado. Sobre este particular, el artículo 3°, párrafo 1°, de la ley General de la Administración Pública establece que “El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario”, por su parte el párrafo 2° dispone que “El

derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes".

Se trata, como se ve, de supuestos en que los entes públicos ejercitan de forma clara una capacidad de derecho público y otra de derecho privado (artículo 1º de la Ley General de la Administración Pública).

b) Empresa pública-órgano público

Existen determinados órganos adscritos a un ente público que desarrollan una actividad empresarial. Se trata de las hipótesis en que un ente público no tiene como misión principal la actividad empresarial, sino que ésta tiene sólo un carácter secundario, para lo cual se crea un órgano específico con una competencia exclusiva y un grado relevante de independencia administrativa y financiera para que despliegue tal actividad en forma separada para lo cual se emplea la técnica de la desconcentración en grado máximo. El régimen jurídico aplicable, obviamente, debe ser más flexible que el aplicado al ente al que pertenece y se le concede capacidad para contratar y negociar privadamente. La empresa-órgano, denominada, también, empresa propia o de explotación, se caracteriza, entonces, por constituir una unidad administrativa (órgano) que no tiene personalidad jurídica sustancial propia -a lo sumo instrumental, esto es, a nivel puramente negocial-, lo que no excluye cierta independencia presupuestaria o financiera y contable. En nuestro ordenamiento jurídico administrativo, la mayoría de las veces asume la forma de la desconcentración máxima con lo cual está abstraída de las ordenes e instrucciones de los jefes del ente en el que se encuentra incardinada⁴⁷ -obviamente en cuanto a las competencias desconcentradas-. Si bien no existe una relación de jerarquía entre el jefe del ente y los directores y administradores de la empresa-órgano sí puede verificarse una relación de dirección interorgánica -directrices-⁴⁸.

⁴⁷ V. DALSASO ARAUZ (Gladys) et. alt., Empresa pública y empresa privada del Estado. Revista Judicial, Año XIII, número 44, 1988, p. 41.

⁴⁸ V. MURILLO (Mauro), Perfiles jurídicos de la empresa pública en Italia y en Costa Rica. Revista de la Contraloría General de la República, No.15, diciembre, 1972, p.27.

En nuestro ordenamiento jurídico existen algunos ejemplos de esta categoría que son los siguientes:

a) La Fábrica Nacional de Licores -FANAL- (destilación de los alcoholes, producción, elaboración y mercadeo de licores) que es un órgano desconcentrado en grado máximo del Consejo Nacional de la Producción -CNP-. El artículo 50 de la Ley Orgánica del CNP, No. 2035 del 17 de julio de 1956 y sus reformas, establece lo siguiente "En tanto no se dé una nueva ley sobre el monopolio de licores nacionales y la Fábrica Nacional de Licores pertenezca al Consejo Nacional de Producción, éste la administrará como una unidad adscrita al Consejo, a fin de que cuente con medios propios y organización suficiente para bastarse por sí misma, en lo administrativo". El Reglamento de Organización de la Fábrica Nacional de Licores (FANAL) de 23 de abril de 1990 emitido por el CNP - publicado en La Gaceta No. 81 del 30 de abril de 1990- establece en el artículo 2° que "FANAL poseerá, respecto del CNP, el carácter de órgano máximamente desconcentrado en los términos del artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública".

b) Las Tiendas Libres que son órganos del Instituto Mixto de Ayuda Social -IMAS- que deben existir en cada puerto o aeropuerto, las que se rigen en cuanto a su actividad por el Derecho Privado. Sobre el particular, el artículo 65 del Reglamento a la Ley No. 4760 del 4 de mayo de 1971 de creación del IMAS (Decreto Ejecutivo No. 17477-TSS del 24 de marzo de 1987), establece que "Las Tiendas Libres de Derecho...estarán regidas por el Derecho Privado, de conformidad con lo que establece el párrafo segundo, artículo tercero de la Ley General de la Administración Pública. El Consejo Directivo dictará las normas para lograr eficiencia y orden, así como todos los sistemas de control que garanticen el éxito económico de la actividad y correcta administración de los fondos". El Decreto Ejecutivo No. 2617-T del 20 de noviembre de 1972, le asignó al IMAS la concesión para explotar y operar el puesto de venta libre de derechos en la terminal del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. Por último, la Ley No. 6256 del 28 de abril de 1978 (de Presupuesto Extraordinario para 1978), le otorgó en el artículo 9° "...la explotación exclusiva de los puestos libres de derechos en los puertos, fronteras y aeropuertos internacionales. El Estado percibirá un 20% de las utilidades que el IMAS obtenga de la explotación de los puestos en fronteras y puertos y el mismo porcentaje

percibirá el Consejo Técnico de Aviación Civil en los puestos en aeropuertos internacionales”.

c) El Consejo Técnico de Aviación Civil cuenta (desde 1975) y, más concretamente, la Dirección General de Aviación Civil, con una unidad denominada “Empresas Comerciales” que es la encargada de la explotación de los servicios públicos conexos en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría como los de Restaurante, Bar, venta de artesanías y librería y que en cuanto a su régimen jurídico se rige por el derecho privado. La Procuraduría General de la República en los dictámenes C-256-84 del 3 de agosto de 1984 y C-109-99 del 1 de junio de 1999, la cataloga como una empresa pública-órgano público. En el último consideró que “Empresas Comerciales” “...sigue siendo una dependencia de la Dirección General de Aviación Civil, carece de personalidad jurídica, aunque goza de una relativa independencia en lo administrativo, financiero, contable, realiza una actividad secundaria -administrar los servicios del Bar, Restaurante, tiendas y librería- en relación con la actividad principal de la institución y su presupuesto es parte del presupuesto de Aviación Civil”.

c) Empresa pública-ente de derecho privado

En ocasiones, la Administración Pública, para evitar la rigidez y los formalismos propios del Derecho Administrativo, acude a las formas de organización colectiva del Derecho Privado (v. gr. sociedades anónimas comunes y de capital variable, sociedades de responsabilidad limitada, asociaciones, fundaciones, etc.) y, más concretamente, a la figura de la sociedad anónima para realizar una actividad industrial, comercial o agropecuaria en la que están involucrados ciertos fines e intereses públicos. Las formas organizacionales del Derecho Privado son más ágiles, flexibles y eficaces, además de existir una tendencia universal actual de huir del ámbito del Derecho Administrativo, por su naturaleza engorrosa y limitadora, hacia el campo del Derecho Privado por sus ventajas.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia No. 46 de las 14:15 hrs. del 1º de junio de 1984 señaló que:

“V.-...Es conveniente poner de relieve también, que tiene su razón de ser que el legislador se haya apoyado en la forma jurídica de los organismos de estructura

privatista para que se realicen determinadas actividades empresariales con la participación del Estado. Esto se ha diseñado así para conceder a la gestión de la empresa el grado conveniente de ejecutividad, flexibilidad, de elasticidad y de capacidad empresarial y para obtener una participación y colaboración mixta conveniente para los fines directos o indirectos que se buscan en determinados casos...".

Estas empresas públicas normalmente son sociedades anónimas comunes y corrientes constituidas a la luz del Derecho Privado el cual regula el régimen de conjunto de las mismas (artículo 3°, párrafo 2°, LGAP). Podemos distinguir entre la empresa pública-ente de derecho privado de capital público que son aquellas donde el 100% le pertenece a una Administración Pública (v. gr. Correos de Costa Rica S.A.⁴⁹ y RECOPE S.A.⁵⁰) y la empresa pública- ente de derecho privado de capital mixto que son aquellas donde una administración pública provee un 50% o más del capital social. En este último tipo de empresas, la participación de la Administración Pública -central o descentralizada- en el paquete accionario debe ser de tal magnitud y naturaleza que le permita controlar económicamente la sociedad, al respecto se utiliza un criterio cuantitativo en el sentido que la respectiva administración pública debe ser la propietaria del 50% o más del capital social, extremo que le permite controlar la asamblea general de accionistas que es el órgano llamado a designar a los administradores. O bien, la respectiva administración pública, debe contar con votos privilegiados o calificados que le permitan un control efectivo de la gestión de la sociedad -criterio cualitativo-.

⁴⁹ La Ley de Correos, No. 7768 del 24 de abril de 1998, en su artículo 2° dispone "Transfórmase la Dirección Nacional de Comunicaciones en la empresa Correos de Costa Rica S.A ... Su naturaleza será de sociedad anónima; su patrimonio y capital social le pertenecerán íntegramente al Estado..."

⁵⁰ RECOPE S.A. fue enteramente nacionalizada mediante la ratificación y confirmación con enmiendas del contrato de traspaso de acciones celebrado entre "Allied Chemical Corporation" y ATICO S.A., el cual fue aprobado mediante la Ley No. 5508 del 17 de marzo de 1974 -denominada la ley de nacionalización de RECOPE S.A.-. Es interesante indicar que el artículo 3°, párrafo 3°, de la Ley No. 5508 establece que "El Consejo de Gobierno nombrará a los siete miembros de la Junta Directiva y podrá removerlos total o parcialmente. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Gobierno deberá siempre proceder a la renovación o reelección de sus miembros durante los primeros quince días a partir del inicio de cada administración".

Para evitar la desnaturalización de estas sociedades de capital mixto -público y privado-, se estima necesaria la participación permanente del capital privado y la abstracción de la organización de los controles propios del Derecho Público para evitar que su tráfico se vea entorpecido. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, muchas de las empresas públicas-ente de derecho privado le pertenecen en más de un 90% sino es el 100% a una administración pública. En lo referente al segundo aspecto, debe tomarse en consideración que en nuestro sistema jurídico existe el Reglamento sobre el Funcionamiento de Empresas Estatales estructuradas como Sociedades Anónimas, Decreto Ejecutivo No. 7927-H del 12 de enero de 1978 y sus reformas, el cual fue dictado mientras se aprobaba un proyecto de ley sobre el tópico. El Reglamento fue dictado con el motivo expreso de que tales empresas "...tengan un marco mínimo de legalidad que regule aspectos esenciales de su actividad, y a la vez sean sujetos de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República...".

El reglamento cubre, en su artículo 1º, a la Corporación Costarricense de Desarrollo (CODESA) y sus subsidiarias -actualmente liquidadas-, la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL) y Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA), así como cualquier otra empresa que en el futuro se incorpore al patrimonio del Estado.

En el artículo 2º se indica que la Contraloría General de la República podrá, entre otros aspectos, ejercer control, en la forma y oportunidades que estime, sobre los ingresos, egresos y, en general, sobre el patrimonio de tales empresas mediante auditorias o investigaciones especiales, examinar y evaluar el grado de eficiencia, efectividad y economía en el uso de los recursos administrados por tales empresas, etc.

El artículo 8º de la susodicha disposición general establece que los proyectos de inversión de las empresas deben ajustarse al Plan Nacional de Desarrollo y ser aprobados por el Ministerio de Planificación. Por último, los artículos 11 y 12 del decreto reglamentario indicado señalan que las compras de suministros o servicios que constituyen actividad ordinaria o que influyen en ella, deben ser objeto de reglamentación por la Junta Directiva con el propósito de garantizar la escogencia con base en los crite-

rios de calidad, buenos precios y de evitar la exclusividad injustificada (artículo 11). En tratándose de las compras y ventas que no constituyen actividad ordinaria, se deben reglamentar y en todo contrato donde la erogación sea superior a un millón de colones se deben garantizar los principios de publicidad y libre concurrencia, mediante la publicación de un aviso y una selección motivada.

En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos varios ejemplos de empresas públicas-entes de derecho privado o sociedades mixtas tales como Radiográfica Costarricense Sociedad Anónima (RACSA) y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz Sociedad Anónima (CNFL), en las que más del 90% del capital social le pertenece a un ente público menor como lo es el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE).

Tenemos también, entre otros supuestos, los casos de la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE); la Corporación Bananera Nacional Sociedad Anónima (CORBANA) -creada por la Ley No. 4895 del 16 de noviembre de 1971 con la denominación de ASBANA y reformada por la Ley No. 7147 del 30 de abril de 1990, esa ley en sus artículos 3 y 5 la califica contradictoriamente de "ente público no estatal"- y sus subsidiarias en las que los bancos comerciales públicos y el Estado tienen una participación importante en el capital social-; Correos de Costa Rica Sociedad Anónima -cuyo patrimonio y capital social le pertenece íntegramente al Estado según el artículo 2º de la Ley de Correos No. 7768 del 24 de abril de 1998-; la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (ESPH) -cuyo patrimonio y capital social le pertenece a la Municipalidad de Heredia y al resto de las corporaciones territoriales incorporadas de esa Provincia, según el artículo 3º de la Ley de Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, No. 7789 del 30 de abril de 1998-. De igual forma, los puestos de bolsa⁵¹ y las operadoras de

⁵¹ La Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732 del 17 de diciembre de 1997 y sus reformas, establece en su artículo 53 que "Los puestos de bolsa serán personas jurídicas..." y el numeral 54, inciso a, les impone como requisito constituirse como sociedad anónima. Como ejemplos de este tipo de empresas públicas- ente de derecho privado tenemos los siguientes: BN-Valores puesto de Bolsa S.A., cuyo capital es 100% del Banco Nacional de Costa Rica; BCR valores, cuyo capital es propiedad en un 100% del Banco de Costa Rica; puesto de bolsa INS-Bancrédito S.A., cuyo capital es propiedad de dos entes públicos -Instituto Nacional de Seguros y el Banco Crédito Agrícola de

pensiones⁵² de los Bancos Comerciales del Estado (BN, BCR, Bancrédito) y de otros entes públicos (INS y BPDC) son empresas públicas-ente de derecho privado, puesto que, fueron constituidas como sociedades anónimas donde el capital, en la mayoría de los casos, le pertenece en un 100% al respectivo ente público fundador. Al respecto la Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732 del 17 de diciembre de 1997 y sus reformas, en el artículo 55 estableció lo siguiente “El Instituto Nacional de Seguros y cada uno de los bancos públicos quedarán autorizados para constituir sendas sociedades...con el fin único de operar su propio puesto de bolsa...Asimismo, se autorizan para que cada uno constituya una sociedad administradora de fondos de inversión y una operadora de pensiones, en los términos establecidos en esta ley y en la Ley No. 7523 del 7 de julio de 1995, según corresponda”. Por su parte, el “Reglamento para la constitución de los puestos de bolsa, sociedades administradoras de fondos y operadoras de pensiones complementarias de los Bancos Públicos y del Instituto Nacional de Seguros” (Decreto Ejecutivo No. 27503-H del 2 de diciembre de 1998 y sus reformas), establece en su artículo 2° lo siguiente:

“Los puestos de bolsa, sociedades administradoras de fondos de inversión y operadoras de planes de pensión complementarias, de los bancos y entes públicos deberán constituirse como sociedades anónimas.

Estas sociedades tendrán el carácter de empresas públicas; sin embargo su actividad como participantes del mercado de valores se regirá de conformidad con las disposiciones de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y de la ley 7523 del 7 de julio de 1995..., según corresponda, incluyendo lo referente a las coberturas patrimoniales y las garantías por volumen de actividad y riesgos asumidos.

Asimismo, estas sociedades se regirán por el Código de comercio en lo refe-

Cartago-; Puesto de Bolsa del Banco Popular y de Desarrollo Comunal S.A., siendo que el 100% del capital le corresponde a ese ente.

⁵² La Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias y reformas a la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Código de Comercio, No. 7523 del 7 de julio de 1995, en su artículo 3° habilita a los Bancos del Estado, Banco Popular, INS y la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional para constituir, bajo la forma de sociedad anónima, operadoras de planes de pensiones complementarias. Tenemos como ejemplos de las estas las siguientes: 1) Operadora de Planes de Pensiones Complementarias del Banco Popular, capital 100% de ese ente; 2) BN vital operadora de planes de pensiones complementarias S.A. cuyo capital le pertenece en un 100% al Banco Nacional de Costa Rica; 3) BCR-pensión operadora de planes de pensiones complementarias S.A., 100% propiedad del Banco de Costa Rica; 4) INS-BANCRÉDITO pensiones O.P.C. S.A., cuyo capital le pertenece al INS y al Banco Crédito Agrícola de Cartago.

rente a la autonomía patrimonial...”

Por último, el artículo 3º de ese reglamento dispone lo siguiente:

“Para la constitución de estas sociedades anónimas deberán acatarse las disposiciones establecidas en el Código de Comercio, con excepción de la concurrencia mínima de dos socios...”

El Registro Público inscribirá las sociedades siempre y cuando el titular del cien por ciento del capital social lo sea el Banco o ente público.

No obstante lo regulador en el párrafo primero del presente artículo, también podrán concurrir dos o más de las instituciones públicas autorizadas en el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, a conformar, por la vía de fusión, participación o absorción, una misma sociedad, cuyo capital pertenecerá a las entidades fundadoras según el monto de participación de cada una.”

Obsérvese que en todos los ejemplos citados existen fines e intereses públicos claramente empeñados, de ahí la participación de las administraciones públicas (v. gr. el suministro de energía eléctrica, alumbrado, telecomunicaciones, oleoductos, hidrocarburos o combustibles, mercado de valores, jubilaciones, etc.)

Cabe resaltar que pese a su naturaleza privada -sociedades anónimas-, los litigios o conflictos de intereses que susciten entre un administrado y una empresa pública-ente de derecho privado debe ser conocidos y resueltos por la jurisdicción contencioso administrativa y civil de hacienda, puesto que, como lo ha estimado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en tales supuestos la Administración Pública central o descentralizada tiene un interés directo por su participación mayoritaria en el capital social. Sobre el particular, es menester recordar que en nuestro ordenamiento jurídico administrativo procesal existe una unidad de vías, esto es, al orden jurisdiccional creado en el artículo 49 de la Constitución Política (contencioso-administrativo) le corresponde conocer de los procesos en que la Administración Pública -central o descentralizada- es parte interesada aunque haya actuado en el ejercicio de su capacidad de derecho privado o de forma indirecta a través de una organización colectiva de derecho privado en la que el cincuenta por ciento o más del capital le pertenece a aquélla. Por ello, en nuestro país la jurisdicción se denomina " contencioso administrativa y civil de hacienda". Al respecto, el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al definir la competencia de esa jurisdicción, establece que conocerá, entre

otros extremos, de lo siguiente:

"1.- De los juicios contencioso-administrativos...

2.- De los juicios ordinarios no comprendidos en el inciso anterior -esto es civiles de hacienda- en que sean parte o tengan interés directo, el Estado, sus bancos y demás instituciones, así como las empresas de economía mixta, aunque cuando tales juicios se relacionen con juicios universales."

De igual forma, la Sala de Casación en la sentencia No. 45 de las 15:30 hrs. del 17 de mayo de 1978, estimó que, eventualmente, una empresa pública-ente de derecho privado, por sus fines públicos, origen -legal por ejemplo-, propiedad de la mayoría de las acciones y sistemas de control o tutela -nombramiento y remoción de los Directores por el Consejo de Gobierno- puede ejercer una función administrativa, puesto que, "II.-... una cosa es el ropaje jurídico que se adopte a los efectos de la realización de la actividad de la Empresa y otra la organización y fines de ésta, que son en principio, de derecho público, sobre todo en lo que concierne al vínculo entre ella y sus Directores con el Estado..."⁵³.

B.6.- Particulares en ejercicio de funciones públicas (*Munera Publicca*)

Los *munera publica* son aquellos particulares que ejercen, de forma permanente o transitoria, potestades públicas cuando han sido previamente habilitados legal o contractualmente, convirtiéndose en vicarios de la respectiva administración pública. El *munera publica* ejerce, privadamente, funciones públicas a nombre propio y por cuenta propia, a diferencia del funcionario público que actúa a nombre y por cuenta de la administración pública (artículo 111, párrafo 1º, LGAP). Actúa por sí y para sí mismo y sus actos son suyos y no de la administración respectiva. Tenemos, en nuestro ordenamiento jurídico los siguientes casos:

⁵³ La sentencia abordó el caso específico de la Corporación Costarricense de Desarrollo creada por la Ley No. 5122 del 16 de noviembre de 1972 como una empresa con las características de una sociedad anónima, para promover el desarrollo económico nacional. CODESA es cerrada mediante su Ley de liquidación No. 7656 del 10 de enero de 1997, que derogó la ley No 5122 y la Ley de Democratización de las Subsidiarias de CODESA No. 7330 del 17 de marzo de 1993. Debe resaltarse que la Jurisprudencia calificó, de forma equívoca, a la extinta CODESA como un ente público de carácter descentralizado (Sala de Casación Nos. 45 de las 15:30 hrs. del 15 de mayo de 1978; No. 77 de las 15:30 hrs. del 6 de octubre de 1978 y 106 de las 13 hrs. del 22 de diciembre de 1978).

a) Notario Público

De acuerdo con el Código Notarial (Ley No. 7764 del 14 de abril de 1998), el notariado público “es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él” (artículo 1°). Los artículos 30 y 31 de ese texto normativo, señalan que el notario público goza de fe pública al dejar constancia de un hecho, suceso, situación, acto o contrato jurídico y , en general, en el ejercicio de sus funciones, por lo que se presumen ciertas las manifestaciones que consten en los instrumentos y demás documentos que autorice. Los notarios deben inscribirse ante la Dirección Nacional de Notariado que es un órgano administrativo adscrito al Poder Judicial, cuya función consiste en organizar la actividad notarial y ejercer control o vigilancia sobre la misma (artículos 10-12, 21 y 22 del Código Notarial).

b) Contador Público

La ley que regula la profesión de contador público y creó el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica (No. 1038 del 19 de agosto de 1947 y sus reformas) establece que se ejerce la contaduría pública cuando se ofrecen servicios al público “...para ejecutar como contador y mediante remuneración, servicios que implican auditoría o verificación de libros, cuentas o registros mercantiles, o transacciones financieras; o la preparación o certificación de estados contables o financieros destinados a la publicidad o para fines tributarios o de crédito” (artículo 2°). Por su parte, el artículo 8° de ese cuerpo normativo establece que “Los documentos que expidan los Contadores Públicos en el ramo de su competencia, tendrán valor de documentos públicos...”.

c) Concesionario de obras o servicios públicos

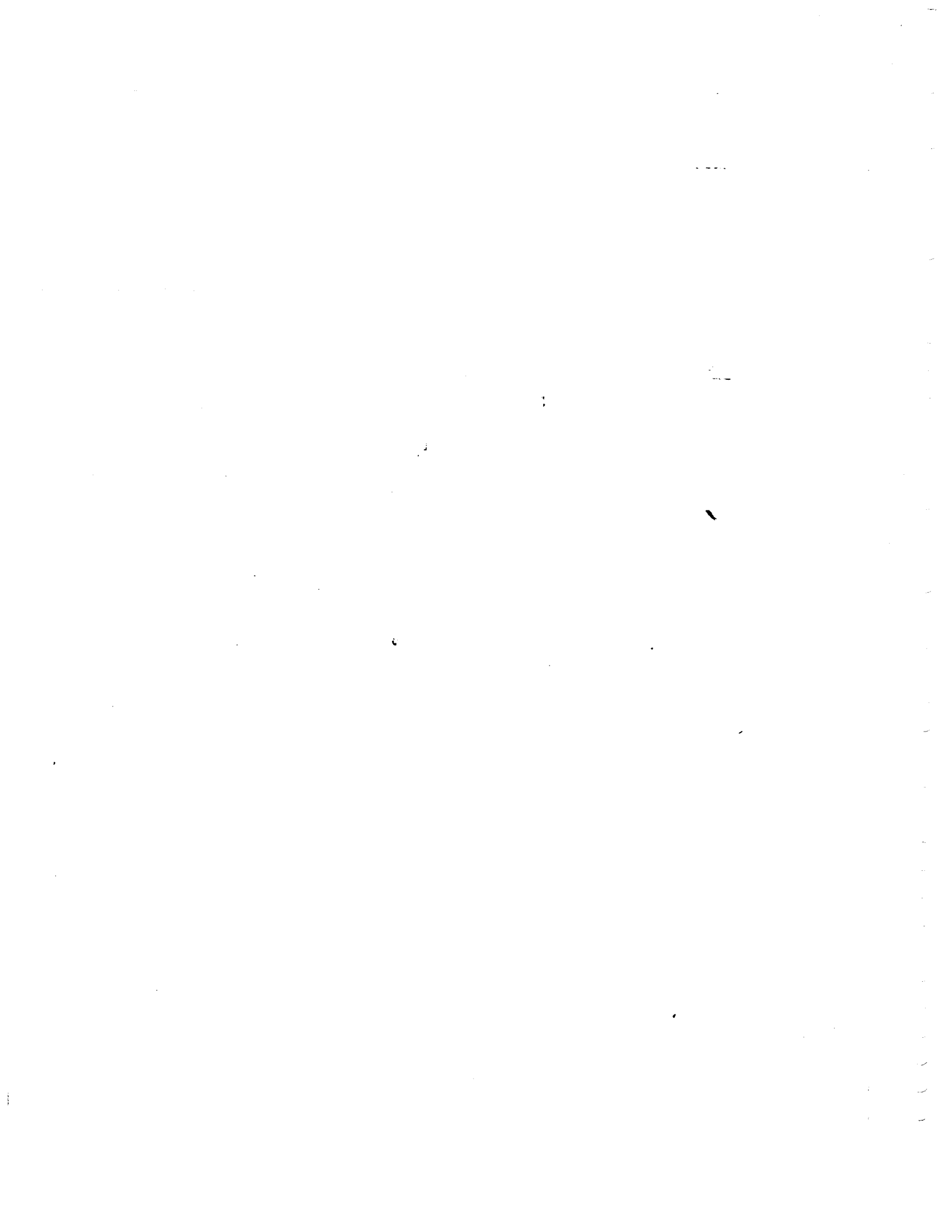
El concesionario es un particular que contrata con una administración pública la construcción de una obra pública y su explotación o la prestación de un servicio público, y que, por tal razón, ejerce funciones o potestades administrativas de forma transitoria, en tanto se mantenga vigente

o no se extinga la relación contractual, cuya titularidad última siempre permanece en cabeza de la administración concedente. La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (No. 7762 del 14 de abril de 1998), establece que la concesión de obra pública es un “contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente” (artículo 1°). La concesión de obra con servicio público, es definida como el “contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente” (artículo 1°).

d) Otros

Existen distintos sujetos privados que, por razón del cargo que ocupan, deben colaborar o auxiliar al Registro Civil. Así la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil (No. 3504 del 10 de mayo de 1965 y sus reformas) establece que las inscripciones de los nacimientos, matrimonios y defunciones se practican con fundamento en los documentos expedidos, entre otros, por los párrocos o autoridades eclesiásticas con respecto a las actuaciones propias de su ministerio y los notarios públicos (artículo 44 ibidem). En cuanto a los nacimientos, le corresponde, entre otros, declararlo, al jefe de un establecimiento privado donde haya ocurrido el nacimiento (v.gr. un hospital o clínica privada, artículo 49 ibidem); en lo relativo al matrimonio, el artículo 57 de la ley citada establece que “Tanto las autoridades de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, como los funcionarios competentes para celebrar matrimonios, están en la obligación de declararlos al Registro Civil en el curso del mes siguiente”; por último, en lo concerniente a las defunciones, tienen obliga-

ción de declararlas, entre otros, las autoridades eclesiásticas que tengan conocimiento de inhumaciones practicadas en lugares distintos a los cementerios autorizados y los capitanes de naves cuando ocurran a bordo durante la navegación (artículo 60 ibidem).



CAPITULO SEGUNDO ADMINISTRADO

1.- Concepto

En toda relación jurídico-administrativa debe participar la Administración Pública, siendo el otro polo subjetivo el administrado. Ciertamente, lo anterior no excluye las relaciones interadministrativas que son las que se verifican entre el ente público mayor o Administración Central y los entes públicos menores institucionales, corporativos o territoriales o entre estos últimos entre si (v. gr. contratos interadministrativos como los conciertos) o las que se verifican entre dos privados pero que se encuentran reguladas por el derecho público -v. gr. derecho de rectificación y respuesta-.

Estimamos que la expresión administrado es más adecuada que la de ciudadano, puesto que, la última cubre, únicamente, a los nacionales y no a los extranjeros, los que por disposición expresa de la Constitución Política (artículo 19) gozan, también, de todos los derechos y obligaciones -no políticos- frente a la Administración Pública.

La Administración aparece, en tales relaciones, como un sujeto poderoso provisto de una serie de privilegios, prerrogativas y potestades de imperio que inciden directa o indirectamente en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado. En cualquier enfrentamiento entre una Administración Pública y el administrado, el último se encuentra en una posición inferior, puesto que, el derecho administrativo material y formal -derecho procesal administrativo- establecen una serie de privilegios posicionales en favor de la primera, razón por la cual el administrado debe soportar el embate de su ejercicio.

El término administrado -participio- denota, de por sí, una posición pasiva, puesto que, presupone un sujeto activo que administra (administrador). Sin embargo, el administrado se encuentra provisto, frente a la Administración, de una serie de situaciones jurídicas activas o de poder aunque la Administración ejerza sus potestades más intensas como la expropiación -derecho correlativo a la indemnización previa- o la disciplinaria -

derecho correlativo al debido proceso y la defensa-. Debe tomarse, igualmente, en consideración que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho las administraciones públicas son, esencialmente, entes prestadores de servicios públicos –organizaciones colectivas serviciales- cuyos destinatarios son los administrados, por lo que éstos se encuentran en posición de exigirlos y demandarlos. En tal contexto, el administrado es un cliente de la Administración del cual debe obtener su colaboración y aquiescencia y no un súbdito que es la concepción propia del Estado Liberal de Derecho.

El administrado será, entonces, cualquier sujeto de derecho privado -persona física o jurídica- destinatario del ejercicio de una potestad o competencia cuya titularidad posee la Administración Pública.

2.- Categorías de administrados (relaciones de sujeción o de supremacía general y especial)

A.- Administrado simple

Todos los que formamos parte de una comunidad políticamente organizada poseemos el estatus genérico de administrados simples, por cuyo medio tenemos una serie de derechos, poderes, obligaciones y deberes generales frente a la Administración Pública.

Todos los administrados estamos sujetos a una relación de supremacía general -relación general de poder- que ejerce la Administración y que se encuentra conformada por el conjunto de potestades generales que le otorga el ordenamiento jurídico a ésta (v.gr. potestades expropiatoria, sancionatoria, tributaria, etc.). Desde el punto de vista del administrado, la relación indicada es de sujeción general.

B.- Administrado cualificado

Cuando al estatus genérico de administrado se le adiciona otro (v.gr. usuario de un servicio público, funcionario público, contribuyente, estudiante, recluso de un centro penitenciario, munícipe o vecino del can-

tón respecto de la municipalidad) tenemos al administrado cualificado. En estos casos, se establece una relación más intensa y peculiar entre el administrado cualificado y la Administración que da pie a una serie de derechos y obligaciones específicos y marcados.

Tenemos, en estos casos, una relación especial de poder llamándose, desde la perspectiva de la Administración Pública, relación de supremacía especial y, desde el prisma del administrado, relación de sujeción especial.

3.- Situaciones jurídico-sustanciales de los administrados frente a las administraciones públicas

El administrado –persona física o jurídica- puede poseer individual o grupalmente, frente a las administraciones públicas, una serie de situaciones jurídicas subjetivas que pueden ser de poder (activas), deber (pasivas) o mixtas (poder-deber).

En lo que respecta a la situaciones de poder o activas, el administrado titular tiene la libertad de actuar libremente en su esfera jurídica, sin intromisiones o perturbaciones externas (v. gr. el principio de autonomía de la voluntad, conforme al cual le está permitido todo aquello que no esté expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico –artículo 28 CP; el derecho de propiedad que lo habilita para el libre aprovechamiento y disfrute de los bienes inmuebles o muebles –artículo 45 CP- y la libertad de tránsito que lo faculta para ir y venir a cualquier parte del país y establecer su domicilio o residencia donde le plazca –artículo 22 CP-) o de imponerle a un tercero –sea otro particular o una administración pública- una conducta positiva o negativa (obligaciones de hacer, dar o no hacer). Al primer supuesto, se le denomina libertad pública, garantía individual o derecho fundamental. La segunda hipótesis, puede derivar de un poder genérico otorgado por una norma, en cuyo caso se llama potestad, o bien de un título específico conferido por una norma, un contrato o un hecho unilateral de un tercero y se le conoce como derecho subjetivo.

De igual forma, existe el concepto de interés legítimo que es la expectativa de un administrado de obtener una situación jurídica patrimonial ventajosa.

El ordenamiento jurídico administrativo, en su conjunto, se orienta a la tutela o protección de las situaciones sustanciales de poder o activas frente al ejercicio indebido o arbitrario, por parte de las administraciones públicas, de sus potestades o privilegios posicionales o de imperio. Así, el artículo 49, párrafo in fine, de la Constitución Política establece que “La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”.

Los administrados poseen, frente a los poderes públicos, no solo poderes, derechos subjetivos e intereses legítimos, sino, también, situaciones pasivas o de deber. El administrado puede ser obligado a soportar la actuación de un tercero, caso en el que se habla de sujeción. De igual modo, puede estar obligado a realizar una conducta o actuación – positiva o negativa-. Esa conducta puede ser en interés de un tercero denominándose obligación, de sí mismo llamándose carga o de la generalidad, hablándose de deber público.

El ordenamiento jurídico-administrativo procura, igualmente, el cumplimiento de tales deberes en beneficio de los intereses públicos o colectivos que atienden las administraciones públicas en cuanto organizaciones serviciales. En tal sentido, el artículo 18 CP establece que “Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos”, siendo que el ordinal 19 ibidem establece los mismos deberes para los extranjeros, con las excepciones y limitaciones establecidas por la propia Constitución y la Ley.

Las situaciones de los administrados, pueden, igualmente, tener un carácter mixto o complejo, al ser, simultáneamente, una situación de poder y de deber, la que se llama poder funcional o poder-función o bien un conjunto orgánico de diversas situaciones de poder y de deber lo que es conocido como status.

A.- Situaciones de poder o activas

A.1.- Libertades

Estas situaciones de libertad se caracterizan por tener un perfil positivo y otro negativo. El primero está representado por una esfera o ámbito en el que la persona puede actuar libremente, sin ningún tipo de restricción o perturbación realizando actuaciones materiales o constituyendo, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas, en tanto que el segundo, es la prohibición de perturbar o restringir al resto de los sujetos de derecho en el ejercicio de las mismas.

En realidad, las situaciones de libertad tienen reflejo en las denominadas libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales o garantías individuales reconocidos y otorgados a los administrados.

A.2.- Potestad

Evidentemente, las potestades en cuanto un poder autoritario para intervenir en la esfera jurídica de un tercero imponiéndole conductas mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, son, ordinariamente, de titularidad pública. Sin embargo, existen potestades privadas, tales como la potestades estatutaria, organizacional y disciplinaria en las organizaciones colectivas del derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, etc.). En general, podemos incluir bajo este epígrafe todas aquellas situaciones en que un particular -administrado- se encuentra en una situación de poder -de hecho o de derecho- o de supremacía respecto de otro que está en una situación de sujeción.

A.3.- Derecho subjetivo

En realidad no se trata de un concepto pacífico de la ciencia del Derecho en general y del Derecho Administrativo, en particular, sin

embargo, lo definiremos como el poder fundado en un título específico – constitución, ley, reglamento, contrato o un acto o hecho unilateral de un tercero- que habilita a su titular para exigirle a uno o varios terceros –otro administrado o una administración pública-, en beneficio de su propio interés, una determinada o concreta actuación o conducta –obligación o deber de comportamiento positivo o negativo- de carácter renunciable, disponible y transmisible. Ortiz Ortiz, lo definió como “...la autorización normativa de conducta propia que permite exigir de otro u obtener de un bien una utilidad sustancial para la satisfacción de necesidades propias”⁵⁴.

Los administrados tienen una serie de derechos subjetivos, unos de carácter constitucional (derechos públicos subjetivos) y otros de naturaleza infraconstitucional o no constitucionales (v. gr. derechos prestacionales o de obtener las prestaciones de los diversos servicios públicos, derechos reales administrativos –uso y aprovechamiento de los bienes de dominio público otorgados por un permiso o una concesión-, los derechos del cocontratante –adjudicatario- en un contrato administrativo, los derechos derivados de un acto unilateral de la administración –ejercicio de una licencia o permiso-, etc.).

A.4.- Interés legítimo

Los intereses legítimos pueden ser abordados desde una perspectiva formal o sustancial.

a) Perfil formal

Hemos visto como el propio constituyente menciona el interés legítimo (artículo 49, párrafo in fine, CP), concepto que ha tenido, sobre todo, una connotación formal o adjetiva y menos sustancial, tanto es así que la propia LRJCA hace descansar la distinción entre el proceso contencioso de mera nulidad y de plena jurisdicción –y, por consiguiente, la legitimación que requiere el actor en cada uno de ellos, el tipo de

⁵⁴ ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Intereses colectivos y legitimación constitucional. Iustitia, año 4, No. 46, octubre 1990, p. 5.

pretensión deducible y de sentencia que pueda dictar el Tribunal- en la propia entre derecho subjetivo e interés legítimo⁵⁵.

Su contenido, predominante formal, tiene una explicación histórica lógica, puesto que, en Francia el recurso por exceso de poder -proceso de mera nulidad- fue diseñado para aquéllas hipótesis en que un administrado pretendía anular un acto administrativo sin poseer un derecho subjetivo, por cuanto, la respectiva administración pública había quebrantado las normas de organización o atributivas de competencia, las cuales no otorgan ningún derecho subjetivo. En tales supuestos, el administrado afectado por el acto administrativo inválido ostenta un interés legítimo, esto es, la expectativa razonable de obtener una ventaja como consecuencia de su anulación (v. gr. piénsese en el oferente excluido en un proceso de contratación administrativa -licitación pública- al no resultar ser el adjudicatario, pese a que formuló un mejor oferta técnica y financiera que el oferente al que se le adjudicó el contrato, al pretender la nulidad del acto de adjudicación espera, razonablemente, al abrirse un nuevo procedimiento de selección, lograr la adjudicación). Por su parte, en Italia, tradicionalmente, la categoría bajo análisis, ha tenido un carácter formal, puesto que, si el accionante posee un derecho subjetivo el asunto debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, en tanto que si aduce la titularidad de un interés legítimo, el caso se dirime ante el Consejo de Estado.

Modernamente, se busca superar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, al sostenerse que este último es una forma

⁵⁵ El artículo 10, párrafo 1º, inciso a), LRJCA establece que podrá demandar la "declaración de ilegalidad y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración Pública los que tengan un "interés legítimo y directo en ello" o bien las entidades, corporaciones o instituciones de Derecho Público y cuantas ostenten la representación y defensa de un interés de carácter general o corporativo cuando se trate de la impugnación directa de un reglamento que les afecta directamente. El mismo ordinal en su párrafo 3º estipula que si se pretende el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, con o sin reparación patrimonial, únicamente podrá interponer el proceso el titular de un derecho subjetivo. Esta norma sobre legitimación tiene reflejo, obviamente, en lo atinente al objeto o pretensión (artículos 22 y 23 ibidem) y al tipo de sentencia (artículo 62 ibidem).

atípica del primero, denominada derecho subjetivo reaccional. Este derecho reaccional, habilita a cualquier administrado que haya sufrido un daño en su esfera patrimonial o extrapatrimonial, como consecuencia de una conducta ilícita de una administración pública, de reaccionar contra el menoscabo sufrido para eliminarlo, imponiéndole, a la administración autora del mismo, las conductas requeridas para lograr ese propósito. La diferencia entre un derecho subjetivo típico o en sentido estricto y un derecho subjetivo reaccional, radica, entonces, en que el primero está previamente determinado y es preexistente a cualquier conflicto de interés eventual que pueda surgir, en tanto que el segundo surge ante la controversia (el acto o hecho ilegal y lesivo).

b) Perfil sustancial

El interés legítimo puede abordarse desde una perspectiva sustantiva, en la que se debe incluir el interés legítimo personal y los colectivos, dado que el artículo 49, párrafo in fine, refiere genéricamente los intereses legítimos.

b.1) Interés legítimo personal

Desde una perspectiva sustancial, Ortiz Ortiz, definió el interés legítimo como "...la posibilidad o expectativa de obtener una utilidad sustancial del ejercicio de una potestad pública, no exigible en razón del carácter discrecional de la potestad. O, más sintéticamente, es la expectativa de un bien, a partir del ejercicio legítimo y favorable de una potestad pública discrecional"⁵⁶.

b.2) Intereses legítimos colectivos

Entre los clásicos intereses privados (atribuidos a los individuos en su esfera de libertad) y los intereses públicos (otorgados a los entes públicos en su gestión) aparecerán, con la eclosión de nuevos grupos de interés o de presión en el contexto social, los denominados intereses

⁵⁶ Ortiz Ortiz (E.), Intereses colectivos y legitimación constitucional..., pp. 5-6.

colectivos que son los propios de un grupo o una categoría, los cuales se subdividen, a su vez, en corporativos y difusos. Consecuentemente, los intereses colectivos son un tercer género, cuyo titular es un grupo organizado o no, personificado o no, diferente a la colectividad nacional, dentro de otro de mayor envergadura que puede estimarse como total o general. Tal categoría o grupo, se puede identificar por una característica o rasgo común de relevancia social (afición, ocupación, giro, consumidores o usuarios de determinados bienes o servicios públicos, etc.)⁵⁷.

Señala Ortiz Ortiz que "...el interés colectivo es...la suma de los intereses individuales lesionados por el mismo acto o la misma norma, pues cada miembro del grupo participa individualmente en la posición favorable, de derecho subjetivo o de interés legítimo, frente a la potestad pública, y cada uno, correlativamente, sufre como individuo el daño simultáneamente causado a los demás, que es de igual naturaleza para todos. Esencia del interés colectivo, es entonces, tener doble faz: es, por una cara, el daño inferido simultáneamente a todos los miembros de un grupo, en una situación de disfrute común y concurrente; y es, por otro lado, el daño individual inferido a cada uno como partícipe en tal situación colectiva y favorable de disfrute. De lo que puede desprenderse ya una conclusión capital, a saber: el interés colectivo es un interés también individual, por la participación personal de cada miembro del respectivo grupo en la utilidad a que se refiere, lo que permite clasificarlo como interés legítimo, aunque especial por su doble naturaleza. En cuanto interés legítimo, es causa de legitimación en toda acción accesible para el interés legítimo común, del cual es meramente una especie" y luego añade que "...es interés colectivo el del individuo que participa en una grupo parcial o menor -respecto de otro o de la nación como un todo- que se distingue por el disfrute, en condiciones de igualdad para todos sus miembros, de un bien o de un servicio necesario para el ejercicio de los derechos humanos o para la preservación y desarrollo de valores constitucionales"⁵⁸.

⁵⁷ V. op. ult. cit., pp. 11-12.

⁵⁸ Op.ult. cit., pp. 13-14.

b.2.a) Intereses corporativos

Los intereses corporativos, como una especie de los colectivos, son aquellos intereses colectivos de un grupo organizado y personificado –personalidad jurídica propia-. Es la ley o estatuto constitutivo el instrumento normativo que establece que su objeto social o colectivo será la protección de ese interés. Este interés, en cuanto colectivo, es individual y formado por la suma de los intereses personales de los miembros del grupo –asociados o agremiados al ente- en el disfrute colectivo del bien o servicio que lo caracteriza, por lo que tanto el ente como sus asociados o agremiados pueden ejercer, a nombre y por cuenta propia, las acciones en defensa del interés colectivo a cargo del primero⁵⁹.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones ha enfatizado que este interés debe ser esgrimido o alegado por una organización colectiva debidamente constituida, personificada y organizada que represente y defienda los intereses de un grupo o sector determinable de personas (v.gr. cámaras, asociaciones, colegios profesionales), siempre y cuando se impugnen normas o actos que inciden negativamente en los intereses que constituyen la razón de ser o el factor aglutinante de la agrupación (Votos Nos. 1631-91 de las 15:15 hrs. del 21 de agosto de 1991, 6198-95 de las 17:00 hrs. del 14 de noviembre de 1995, 6525-98 de las 16:36 hrs. del 16 de septiembre de 1998, 8866-98 de las 16:57 hrs. del 15 de diciembre de 1998, 360-99 de las 15:51 hrs. del 20 de enero de 1999).

b.2.b) Intereses difusos

Los intereses difusos son aquella especie de los colectivos que ostenta un grupo sin personificación –personalidad jurídica propia- aunque se encuentre organizado de hecho. Al respecto, Ortiz Ortiz indicó que “...los intereses difusos son los de categorías, clases o grupos, generalmente débiles en lo económico, por falta de recursos o por ser desproporcionadamente mayores los de sus adversarios, que,

⁵⁹ Op. ult. cit., pp. 15-16.

principalmente por no haber alcanzado personificación, se manifiestan y accionan a través de sus miembros, titulares de una participación individual e igual en el disfrute de un bien, de un servicio o de una utilidad aptos para ese disfrute, por parte del grupo. En cuanto su objeto y contenido están íntimamente relacionados con los derechos humanos y constitucionales, y con valores y bienes constitucionalmente protegidos, como el patrimonio artístico e histórico, la integridad de la familia, el dominio público fundamental, el ambiente seguro y saludable de las ciudades, los medios de comunicación colectiva, etc....”⁶⁰

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 75, párrafo 2°, de la LJC ha sostenido que los intereses difusos tienen una doble faceta, puesto que, pertenecen a un grupo determinable de personas, quienes son todos, a la vez, titulares colectivos e individuales por lo que, también, pueden reclamarse en este último carácter (Votos Nos. 980-91 de las 13:30 hrs. de 24 de mayo de 1991 y 3750-93 de las 15:00 hrs. del 30 de julio de 1993). En el Voto No. 4422-93 de las 10:30 hrs. del 7 de septiembre de 1993, la Sala Constitucional, consideró que “...Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra Ley...los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos -por ser comunes a una generalidad- e

⁶⁰ Op.ult. cit., p. 17.

individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter”. En el Voto No. 360-99 de las 15:51 hrs. del 20 de enero de 1999, estimó que se trata de un tipo especial de interés “...cuya manifestación es menos concreta e individualizable que la del colectivo...pero que no puede llegar a ser tan amplio y genérico que se confunda con el reconocido a todos los miembros de la sociedad de velar por la legalidad constitucional, ya que éste último – como se ha dicho reiteradamente- está excluido del actual sistema de revisión constitucional. Se trata pues de un interés distribuido en cada uno de los administrados, mediato si se quiere, y diluido, pero no por ello menos constatable, para la defensa, en esta Sala, de ciertos derechos constitucionales de una singular relevancia para el adecuado y armónico desarrollo de la sociedad...”. Por último, en el Voto 4808-99 de las 14:30 hrs. del 22 de junio de 1999, señaló que “...el interés difuso comparte la sustancia o esencia universal en tanto se incluye en la categoría de bienes e intereses de efecto expandible, que con facilidad trasciende demarcaciones territoriales o artificiales. Es el interés difuso, desde el punto de vista material, el que es de todos y de cada uno, siendo que, procesalmente, es de todos y de ninguno, en el entendido de que nadie puede arrogarse el monopolio para su defensa efectiva o acaso aplicar la tesitura restrictiva en la defensa de bienes que por su naturaleza son de categoría universal...”.

B.- Situaciones de deber o pasivas

B.1.- Sujeción

La sujeción es el concepto correlativo a potestad, por consiguiente equivale al deber de soportar ò tolerar su ejercicio, en realidad no tiene un contenido preciso y definido. A lo sumo, se puede hablar de las relaciones de sujeción general o especial a las que nos hemos referido con anterioridad.

B.2.- Obligación

La obligación es el concepto correlativo al de derecho subjetivo y consiste en la necesidad de realizar una conducta positiva o negativa que otro sujeto tiene el derecho de exigir (obligación de hacer, no hacer o dar).

B.3.- Carga

Es la obligación de realizar una conducta, por lo general, positiva en interés del propio sujeto, puesto que, si no es cumplida pierde la ventaja para cuya obtención está establecida como requisito. Ciertamente, la figura nace, originalmente en el ámbito del Derecho Procesal -carga de la prueba-, sin embargo, actualmente encontramos diversos ejemplos de la misma sobre todo en el campo del derecho procedimental administrativo (v. gr. la carga de comparecer en un procedimiento para ser tenido como interesado, de acudir a la audiencia oral y privada de un proceso ordinario para ofrecer la prueba de descargo) y de la contratación administrativa (v. gr. carga de inscribirse en el registro de proveedores para ser considerado en una licitación por registro o restringida).

B.4.- Deber público

El deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad, en el que no existe un derecho subjetivo correlativo sino un poder genérico destinado a posibilitar su cumplimiento. Entre estos tenemos el deber público de contribuir con el sostenimiento de las cargas públicas, de observar la constitución y las leyes, de servir y defender a la patria, etc. (artículo 18 CP), los deberes políticos como el de emitir el sufragio (artículo 94 CP), el deber de trabajar (artículo 56 CP), el deber de cursar la educación general básica (artículo 78, párrafo 1º, CP), los deberes del funcionario público en el ejercicio del cargo, etc..

C.- Situaciones mixtas o complejas

C.1.- Poderes funcionales

Las situaciones activas y pasivas que hemos referido pueden presentarse aisladamente o de forma mixta o compleja en forma de poderes-deberes o poderes funcionales. Sobre el particular, tenemos las potestades de ejercicio obligatorio (v. gr. las otorgadas al Notario Público o un concesionario -en general a cualquier munera publica-) que han sido estableci-

das en interés de terceros-; los derechos subjetivos que son concomitantemente deberes, como el sufragio y el derecho al trabajo y las situaciones de contenido complejo como la propiedad urbanística que le permite al administrado propietario edificar o construir pero sujeto a una serie de limitaciones urbanísticas establecidas por razones de interés social, tales como el uso racional y ordenado del suelo de conformidad con las zonas previamente definidas y el certificado de uso conforme, los retiros frontales -línea de propiedad y construcción-, el deber de dejar una zona de antejardín y acera. Tenemos una situación compleja en el caso del derecho de transformación y disposición del administrado urbanizador o fraccionador sometido a una serie de limitaciones tales como ceder gratuitamente a la respectiva municipalidad, para uso público, un área no superior al 45% de la superficie total de terreno a fraccionar o urbanizar para zonas verdes, calles públicas, áreas de recreación -parques y facilidades comunales- (Ley de Planificación Urbana No. 4240 de 15 de noviembre de 1968 y sus reformas, Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones del INVU, los respectivos reglamentos de zonificación y planes reguladores municipales).

C.2.- Status

Tratase de una situación compleja integrada por un conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas (derechos, potestades, obligaciones y deberes) que poseen determinados grupos de personas. Tenemos así el status de ciudadano, de extranjero, de funcionario público, de concesionario, etc.

CAPITULO TERCERO

DERECHO ADMINISTRATIVO

1.- Características peculiares del derecho administrativo

El Derecho Administrativo tiene una serie de peculiaridades propias que lo singularizan del resto de las disciplinas jurídicas y que lo hacen lucir ante los ojos de los legos como un ordenamiento complejo, caótico, asistemático y de difícil comprensión o entendimiento, no obstante, esa impresión inicial es de naturaleza aparente y no sustancial, puesto que, existen una serie de reglas y principios que le brindan una coherencia y unidad indiscutidas. Para brindar una definición acabada de esta ciencia jurídica es preciso abordar esas notas características.

A.- Ubicuidad

Dentro de las primeras características de esta parcela del ordenamiento jurídico, figura **la ubicuidad**, esto es, está presente, en cuanto a la regulación, en casi todas las facetas de la actividad humana. El Derecho Administrativo está presente en todas las etapas de la vida, desde antes del nacimiento (cuando la madre recibe atención prenatal pública), el nacimiento en un hospital público o uno privado sujeto a controles y supervisión pública, la formación del individuo cuando acude a los centros de enseñanza primarios, secundarios y universitarios públicos o privados sujetos a control público, el desarrollo de la persona como un individuo económicamente activo -control público sobre la actividad profesional, industrial, comercial, agropecuaria, cultural, etc.-, la toma de decisiones fundamentales como el matrimonio -que es realizado, inscrito y registrado ante un órgano de la administración pública- y, desde luego, en la muerte -inscrita y registrada en un órgano público- y aún, después de ésta, cuando los restos mortales son inhumanos en un cementerio público o uno privado sujeto a fiscalización pública. Todos los días nos desplazamos por las vías públicas y, en ocasiones o permanentemente, utilizamos diversos servicios públicos como la provisión de agua potable -acueductos-, la disposición de excretas y aguas servidas -alcantarillado-, la recolección de la basura, el

suministro de energía eléctrica y telefonía -convencional y celular-, el transporte público en autobuses o taxi, etc.

B.- Complejidad y dispersión normativas⁵⁴

Una de las primeras impresiones del Derecho Administrativo es que está conformado por un cúmulo inconexo y desordenado de normas legales, reglamentarias y de otra índole referidas a la Administración Pública o que provienen de ésta.

Lo anterior se agrava con el fenómeno de la producción normativa -leyes, reglamentos, decretos, etc.- a un ritmo vertiginoso o trepidante que ha provocado el fenómeno de la "inflación normativa". En ese respecto, debe recordarse que la norma administrativa se particulariza por ser muy concreta, lo que impide, muchas veces, encontrar criterios generales o rectores de toda la normativa existente. En ese respecto, se afirma que el Derecho Administrativo busca, con mayor intensidad que otras ciencias jurídicas, modificar la realidad o la sociedad a la que se aplica⁵⁵.

El Derecho Administrativo se encuentra conformado por una serie de áreas bastante heterogéneas (función administrativa -especial referencia a la teoría general del acto administrativo-, organización administrativa, responsabilidad administrativa, contratación administrativa, dominio público, empleo público, procedimientos administrativos, proceso contencioso administrativo, etc.) cuya regulación puede estar librada a una o varias leyes (a modo de ejemplo, el dominio público se encuentra normado en la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Ley de Aguas, Código de Minería, Ley de Caminos Públicos, Ley de Planificación Urbana, etc.).

A lo anterior, se debe agregar que en el Derecho Administrativo, a diferencia del Derecho Privado, encontramos una multiplicidad de normas

⁵⁴ V. VILLAR PALASI (J.L.) y VILLAR ESCURRA (J.L.), Principios de Derecho Administrativo I, Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, 3a. edición, 1992, pp. 12-13.

⁵⁵ V. VILLAR PALASI (J.L.) y VILLAR EZCURRA (J.L.), Principios..., pp. 17-19.

no codificadas y de diverso rango (leyes, reglamentos, decretos) que regulan una determinada materia.

Lo anterior supuso que el legislador estableciera reglas y criterios hermenéuticos precisos y claros para evitar incurrir en situaciones ilógicas como el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos (artículo 13, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración pública), la subordinación entre sí de los reglamentos autónomos emitidos por la administración Central y Descentralizada, dentro de sus respectivos campos de vigencia (artículo 6º, inciso 3, ibidem) y el sometimiento, en todo caso, del acto administrativo concreto al general y del interno al externo (artículos 120, párrafo 2, 126 y 127 ibidem). En virtud del apego de la norma administrativa a lo concreto y particular, la misma tiene, normalmente, una vida relativamente corta o fugaz, puesto que, debe adaptarse a los cambios sociales, económicos y tecnológicos, así el propio artículo 4º de la Ley General de la Administración Pública dispone que todo servicio público debe adaptarse a la necesidad social que satisface.

C.- Ingredientes histórico y político de las normas administrativas

La historia del Derecho administrativo se resume en la búsqueda del difícil y necesario equilibrio dinámico entre libertad y autoridad, entre derechos del administrado y las potestades públicas ejercidas por la Administración Pública.

Desde esa perspectiva, el Derecho administrativo busca cauces por los que discurra el ejercicio del poder público evitando la arbitrariedad administrativa, esto es, constituye una técnica o mecanismo de control del ejercicio del poder.

Es así como las normas y categorías jurídicas de cada ordenamiento jurídico dependen de su realidad política y de su evolución histórica. A manera de ejemplo, el constituyente de 1949 optó en el artículo 49 de la Constitución Política por un sistema judicialista de control de la Administración Pública, por lo que le corresponde a un orden jurisdiccional especí-

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO I

fico -contencioso administrativo-, adscrito al Poder Judicial, ejercer el control de legalidad en el despliegue de la función administrativa, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos como el francés y el colombiano donde ese control es ejercido por un Consejo de Estado que es un órgano consultivo y "judicial" adscrito a la propia administración pública. Lo mismo puede afirmarse del concepto de actos políticos o de gobierno, exentos del control de legalidad que depende de las variables de cada sistema jurídico (en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 4, inciso b, de la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa elencó, como actos políticos, las cuestiones que se susciten sobre los actos de relación entre los Poderes del Estado o con motivo de las relaciones internacionales de la República, cuando en otros ordenamientos se incluyen, por ejemplo, los actos concernientes a la seguridad nacional). De igual forma, al abordarse los conceptos de descentralización administrativa, privatización -huida del derecho administrativo hacia el derecho privado- y aceleración de los procedimientos administrativos, inevitablemente, debe hacerse referencia a ciertas orientaciones ideológicas o políticas de fondo.

Bajo esta tesis, toda institución jurídica del Derecho Administrativo debe contextualizarse según la realidad histórico-política propia de cada ordenamiento jurídico para evitar caer en elucubraciones de gabinete y enfoques errados. Por ello, debe evitarse caer en el riesgo científico de extrapolar ciega o dogmáticamente a nuestro ordenamiento jurídico los análisis y soluciones jurídicas nacidas bajo las coordenadas histórico-políticas de otros sistemas jurídicos extranjeros, como sucedió en nuestro país con la irreflexiva copia plasmada en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966 de la homónima española de 1956.

2.- Noción de derecho administrativo

Podemos definir el Derecho Administrativo como el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que regulan lo concerniente a la organización y función de las Administraciones Públicas y sus relaciones jurídicas con otros sujetos.

Al respecto, la Ley General de la Administración Pública estipula en su artículo 3º, párrafo 1º, que "El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario."

Se trata de una disciplina jurídica autónoma, puesto que se autointegra, por lo que ante una laguna o deficiencia normativa (*lege silente* o deficiente), se aplica la analogía *legis* o bien las normas administrativas no escritas.

El Derecho Administrativo no se heterointegra con las normas y principios del Derecho Privado (civil y mercantil), puesto que, esta última rama del derecho resulta "non grata" y aplicable en último término o *in extremis* para resolver los diversos problemas de hermenéutica y aplicación, dada la peculiaridad de las instituciones del derecho administrativo (v. gr. responsabilidad administrativa, servicio público, función pública, etc.).

Sobre ese particular, el artículo 9º de la Ley General de la Administración Pública dispone lo siguiente:

"1. El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.

2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios."

Se trata de un conjunto de normas propias y peculiares que tienen como sujetos o destinatarios a las Administraciones Públicas personificadas (derecho de las administraciones públicas). Ahora bien, no se debe excluir la aplicación del derecho administrativo para aquellas hipótesis en que aparentemente no interviene una Administración Pública, como lo sería el caso en que ésta utiliza la mediación de un sujeto o agente privado para entablar

delimitadas relaciones (v. gr. el concesionario de servicios públicos), puesto que, en tales supuestos tenemos relaciones administrativas mediatas o indirectas entre una Administración Pública y un administrado.

3.- Fuentes del derecho administrativo

En el ordenamiento jurídico administrativo costarricense puede hacerse una distinción entre fuentes escritas y no escritas.

A.- Fuentes escritas

Se encuentran establecidas, en forma descendente por razón de su jerarquía, en el artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública.

A.1.- Constitución Política

La Constitución Política es el orden normativo básico, fundamental o supremo de la comunidad dictado por el poder constituyente soberano.

La Constitución Política es una norma escrita que tiene un valor supremo -principio de la supremacía constitucional- razón por la que vincula fuertemente a los poderes públicos, obviamente, más que una simple ley ordinaria, y de eficacia directa e inmediata -por lo que no requiere ser desarrollada por el legislador ordinario para que produzca efectos-. Consecuentemente, cualquier manifestación de la función administrativa -actividad formal o actuación material- debe conformarse al bloque o parámetro de constitucionalidad (preceptos, valores y principios constitucionales). En ese respecto, el artículo 10 de nuestra Constitución Política estipula que le corresponde a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declarar la inconstitucionalidad de las normas y actos sujetos al Derecho Público. Asimismo, el artículo 20, párrafo 2°, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que se podrán impugnar "...por razones de constitucionalidad, las leyes y demás disposiciones normativas y los actos de la Administración Pública, para los efectos de la correspondiente acción de inconstitucionalidad". Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 8, inciso 1°, le impone a los jue-

ces –incluidos los contencioso administrativos- el deber de no aplicar leyes, normas o actos de cualquier naturaleza contrarios a la Constitución Política, interpretarlos o aplicarlos de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional. En caso de duda, acerca de la constitucionalidad de una norma o acto, debe, el juez, formular la consulta facultativa de constitucionalidad regulada en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

La constitución se caracteriza, modernamente, por ser una norma rígida lo que significa que no puede ser modificada, reformada o derogada por medio del procedimiento legislativo ordinario, extremo que, obviamente, le da estabilidad frente a los detentadores temporales del poder político. Ese carácter rígido va a provocar que existan leyes con valor constitucional como es el caso de las dictadas por la Asamblea Legislativa, mediante la observancia del procedimiento extraordinario previsto en el artículo 195 de la Constitución Política, para reformarla parcialmente.

La Constitución define el sistema de fuentes formales dentro de un ordenamiento jurídico determinado estableciendo los sujetos y procedimientos para innovarlo (superlegalidad o normación de la normación), esto es, regula los procesos y actos de creación del Derecho.

Dentro de las funciones elementales de todo texto fundamental, que atañen al Derecho administrativo, se encuentra la de establecer los controles al ejercicio del poder, consagrar los derechos fundamentales de los administrados frente a las administraciones públicas y las garantías formales para hacerlos efectivos (tutela judicial efectiva acudiendo a la jurisdicción ordinaria de legalidad o de constitucionalidad), definir la organización y competencias de cada uno de los entes -por lo menos de los fundamentales- que conforman la Administración Pública. Desde ese punto de vista, el texto constitucional constituye fuente permanente del Derecho Administrativo.

A.2.- Tratados internacionales y normas de la comunidad Centroamericana

El tratado es “un acuerdo de voluntades celebrado entre sujetos de derecho internacional, destinado a producir efectos jurídicos y regido por el derecho internacional”⁵⁶. Los tratados han sido clasificados de bilaterales o multilaterales, de acuerdo al número de partes intervinientes; generales o particulares, según las materias reguladas; abiertos o cerrados, si permiten o no la adhesión de otros sujetos de derecho internacional; tratados contrato y tratados ley, según que establezcan prestaciones recíprocas o normas objetivas⁵⁷.

A tenor del artículo 7° de la Constitución Política, los tratados públicos y convenios internacionales, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen, desde su promulgación o desde la fecha que ellos designen rango suprallegal, esto es, superior a las leyes y, lógicamente, inferior a la Constitución Política.

Se afirma que los tratados, al contener una regulación entre Estados, requiere de un acto de recepción para que tenga vigencia en el ordenamiento jurídico interno, por lo que en defecto de aquél no constituyen fuente de derecho.

Existen una serie de Tratados y Convenios de gran relevancia para el Derecho Administrativo interno, así, podemos citar para el ámbito registral, por ejemplo, en materia de propiedad industrial, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883 y sus enmiendas (aprobado por la Asamblea Legislativa mediante la Ley No. 7484 del 28 de marzo de 1995) o el Convenio Constitutivo del Arreglo de Lisboa, relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional del 31 de octubre de 1958 y sus enmiendas (aprobado por la Asamblea Legislativa mediante la Ley No. 7634 del 3 de octubre de 1996).

⁵⁶ VARGAS CARREÑO (Edmundo), Introducción al Derecho Internacional -volumen I-, San José, Ed. Juricentro, 1979, p. 87.

⁵⁷ V. op. ult. cit., pp. 88-89.

De igual forma, existen una serie de normas dictadas en el proceso de integración de la Comunidad Centroamericana que cumplen un rol fundamental como fuente del Derecho administrativo interno. Así tenemos, en materia aduanera (tributos, infracciones y sanciones, prendas, recursos, agentes de aduana, etc.), el Código Aduanero Uniforme Centroamericano II (CAUCA II) que constituye una modificación a un Protocolo - denominado Código Aduanero Uniforme Centroamericano, suscrito el 13 de diciembre de 1963- del Tratado General de Integración Económica Centroamericana y que fue suscrito el 7 de enero de 1993 y aprobado por la Asamblea Legislativa Mediante la Ley No. 7485 del 6 de abril de 1995.

En materia de propiedad industrial, tuvimos hasta hace poco el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad industrial (marcas de fábrica, comercio y servicios, nombres comerciales, expresiones o señales de propaganda, etc.) suscrito el 1º de junio de 1968 y aprobado por la Asamblea Legislativa mediante la Ley No. 4543 del 18 de marzo de 1970 (actualmente derogado por la Ley No. 7982 del 14 de enero del 2000).

A.3.- Ley

La ley es el acto normativo dictado por la Asamblea Legislativa en el ejercicio de la función legislativa, mediante la observancia de un procedimiento predeterminado y que requiere de la sanción por parte del Poder Ejecutivo y de publicación. Íntimamente ligado a la noción de ley se encuentra el concepto de fuerza de ley, que se refiere a la capacidad de la misma de prevalecer sobre cualquier otro acto del ordenamiento jurídico - salvo la Constitución- y de resistir una derogación o modificación sino es por otra ley (artículo 129, párrafo in fine, de la Constitución Política al indicar que "La ley no queda abrogada ni derogada, sin por otra posterior...").

Según el contenido de la ley, puede distinguirse entre ley formal y ley material. La ley formal es la que se puede reputar como tal por la observancia de una serie de formas y requisitos (procedimiento legislativo),

independientemente de su contenido que puede ser general, abstracto, innovativo y con eficacia *erga omnes* -normativo- o bien comprender las leyes singulares, especiales o personales justificadas por una situación de hecho específica -no normativa-. La ley material, en su acepción clásica, comprende cualquier acto de naturaleza normativa por lo que cubre tanto una ley como un reglamento emanado de la administración pública.

Precisamente, la existencia moderna de dos fuentes normativas (la ley y el reglamento) hizo que surgiera el principio de reserva de ley para delimitar el radio de acción de la potestad reglamentaria de la Administración Pública frente a la legislativa. La reserva de ley significa que un reglamento, emitido por el Poder Ejecutivo no puede regular la libertad y la propiedad sin una ley previa que delimite su campo de normación, esto es, en el fondo existe una suerte de desconfianza: a que el Poder Ejecutivo regule todo lo concerniente a la propiedad y libertad y, en general, a los derechos fundamentales.

Podemos identificar cuatro grandes ámbitos donde rige con esplendor la reserva de ley, por lo que solo por vía de ley se pueden regular las siguientes materias: a) crear los delitos y las penas -tipicidad penal- artículo 39 de la Constitución Política; b) crear los tributos -impuestos, tasas y contribuciones- artículos 121, inciso 13 de la Constitución Política y 5, inciso a, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios; c) regular la libertad o los derechos fundamentales de los administrados -artículos 28 de la Constitución Política y 19 de la Ley General de la Administración Pública- y d) suprimir o limitar el derecho de propiedad -artículo 45 de la Constitución Política-.

Existe una reserva absoluta y una reserva relativa de ley. Es absoluta cuando existe un impedimento absoluto de regular una materia mediante un acto normativo que no sea una ley (v. gr. delitos y penas, derechos fundamentales). La reserva relativa se produce cuando una materia puede ser regulada por una norma distinta a la ley, con tal de que ésta regule los aspectos medulares y delimite o circunscriba el contenido del reglamento. Así, la Sala Constitucional en el Voto No. 730-95 admitió, en materia tributaria, la reserva relativa o delegación relativa y restringida, estableciendo

que la ley debe fijar los límites de la tarifa impositiva pero que el Poder Ejecutivo puede establecer, reglamentariamente, márgenes variables.

El campo de acción o regulación de la ley resulta ser ilimitado, puesto que, salvo para materias muy específicas existe reserva reglamentaria (reglamentos autónomos o independientes de organización y servicio) sin que se pueda excluir la posibilidad, eventual, de ser reguladas por ley. Se presume que la ley tiene poder o competencia para regular cualquier materia, teniendo como únicos límites los preceptos, valores y principios constitucionales y lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales, debidamente ratificados por la Asamblea Legislativa, instrumentos normativos a los que se encuentra subordinada.

En punto a una eventual clasificación de las leyes, interesa la formulada en la doctrina italiana entre normas de relación y normas de acción. Las primeras son las que establecen relaciones jurídico-públicas entre la Administración Pública y el administrado, fijando derechos y obligaciones recíprocos, son bilaterales y han sido concebidas para garantizarle al administrado determinadas situaciones jurídicas sustanciales frente al Estado. Las normas de acción regulan lo concerniente a la organización administrativa (distribución y asignación de potestades, atribuciones, funciones o competencias para el cumplimiento de los fines públicos) y los procedimientos para su ejercicio, este tipo de normas se dirigen en exclusiva al respectivo ente u órgano administrativo. Esta distinción, es la base para diferenciar la figura del derecho subjetivo del interés legítimo, puesto que, la violación de una norma de relación quebranta un derecho subjetivo y la infracción de una norma de acción vulnera un interés legítimo. En todo caso, se ha sostenido que la distinción resulta criticable, puesto que, toda norma de relación es la base de una norma de acción, toda norma de relación es de acción, ya que, limita la conducta administrativa y, eventualmente, la infracción de una norma de acción puede afectar un derecho subjetivo⁵⁸.

⁵⁸ V. ORTIZ ORTIZ (E.), Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I, San José, Ed. Stradtman, 1998, pp. 184-185.

En determinadas situaciones calificadas, el procedimiento legislativo resulta engorroso, lento y complejo para hacerle frente rápida y eficientemente a las necesidades de la colectividad. En esas circunstancias, le corresponde al Poder Ejecutivo ejercer la potestad legislativa con lo que se rompe, temporalmente, con los principios de separación de funciones y de reserva de ley, por ello se habla de "legislación irregular".

Los actos con valor de ley son aquellas normas dictadas por el Poder Ejecutivo en supuestos especiales y que tienen el régimen jurídico formal de una ley (potencia, resistencia y régimen de impugnación). En virtud de lo anterior, pueden derogar y reformar leyes anteriores, ser derogados o modificados, únicamente, por una ley posterior y atacados por razones de inconstitucionalidad.

Pueden tener por fundamento una norma constitucional expresa -los denominados actos con valor de ley típicos- o el principio general de la necesidad -llamados actos con valor de ley atípicos-. Es menester recordar que los principios generales del Derecho Administrativo forman parte, también, del bloque de legalidad. A tenor del principio de la necesidad -que desplaza al de legalidad-, la Administración Pública puede dictar todas las normas y actos indispensables para garantizar su existencia y de la comunidad ante un peligro grave y generalizado, aún en contra de una ley previa.

En nuestro país podemos efectuar una clasificación tripartita de los actos con valor de ley, veamos.

a) Decretos de facto

Son los dictados por un gobierno de facto, esto es, el que se da cuando desaparece el gobierno de derecho o constitucional por disolución de los supremos poderes, lo que puede acontecer por guerra civil, revolución, golpe de Estado, cuartelazo, etc.. Para su validez se requiere de la disolución del gobierno constitucional anterior y que el gobierno de facto

ejerza el poder de forma pública, pacífica y regularmente, sin que sea desconocido o adversado por una fuerza opuesta.

El poder del gobierno de facto es indiviso e ilimitado, puesto que, concentra en sus manos prácticamente todas las funciones estatales (constituyente, legislativa, reglamentaria), por ello sus actos no requieren de ratificación ulterior.

Un gobierno de facto puede dictar normas constitucionales, legales o reglamentarias, los criterios para determinar su jerarquía varían desde la denominación de la norma, la forma (órgano que lo dictó y procedimiento empleado) y la materia regulada (contenido sustancial que pueden ser derechos fundamentales o materias reservadas a la ley).

En Costa Rica tenemos la hipótesis de los decretos-leyes dictados después de la revolución de 1948 por la Junta Fundadora de la Segunda República.

b) Decretos de urgencia

Los decretos de urgencia son dictados por el Poder Ejecutivo, ante una situación coyuntural de urgencia o necesidad. En ellos, ese órgano del Estado declara el estado de emergencia y de ese modo consigue la dispensa de la aplicación del ordenamiento jurídico vigente para darle entrada a uno provisional adecuado a las circunstancias, en tanto estas perduren y existan.

Para dictar tales decretos, debe existir un motivo que es el estado de necesidad urgente -debe existir como tal al momento de adoptarse el decreto-, el cual precisa de un ordenamiento jurídico provisional adecuado a las circunstancias apremiantes y que no puede ser dictado por la Asamblea Legislativa por encontrarse ésta en receso o por la complejidad y lentitud inherentes al procedimiento legislativo. Se requiere de un hecho o circunstancia especial y anormal que suponga peligro o daño generalizado para la vida, la salud y la seguridad de las personas, la integridad de los bienes, la

economía nacional o para la prestación normal, correcta y eficiente de los servicios públicos⁵⁹.

En nuestro medio, con fundamento en el artículo 180, párrafo 3°, de la Constitución Política, se puede hablar de estados de necesidad y de urgencia "De necesidad, en el sentido de calamidad pública, originado o no en desastres naturales, pero que tenga por lo menos dos requisitos: gravedad y cierta magnitud o generalidad de las consecuencias de los hechos. De urgencia, en el sentido de que se trate de situaciones de solución inmediata impostergerable"⁶⁰.

En el ordenamiento jurídico costarricense existen diversos supuestos de urgente necesidad, veamos:

b.1) Estado de sitio

En tal estado, producto de una declaración del Poder Ejecutivo, aumentan los poderes de policía de la Administración Pública (vigilancia, intervención y coacción). El artículo 140, inciso 4, de la Constitución estatuye que es atribución del Poder Ejecutivo "en caso de evidente necesidad pública", durante los recesos de la Asamblea Legislativa, decretar la suspensión de los derechos y garantías previstos en el artículo 121, inciso 7, para tomar las medidas necesarias a fin de salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado. Tal suspensión, supone una convocatoria automática a la Asamblea Legislativa a sesiones para que confirme o apruebe la medida y no puede exceder de 30 días.

⁵⁹ ORTIZ ORTIZ sostiene que el peligro se produce no solo cuando se amenaza la integridad de las personas o los bienes, por lo que pueden dictarse decretos de urgencia para el cumplimiento de toda clase de fines y no solo los vitales, por esa razón estima que "Puede haber decretos de urgencia en materia de moneda, crédito, protección a la agricultura, belleza y ornato de la ciudad, control y liquidez del comercio y de la industria, etc. Es lógico y natural, sin embargo, que los casos más comunes de urgencia legislativa se den en el campo de la policía, para evitar pérdidas cuantiosas de vidas o de propiedades..." Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I..., p. 208.

⁶⁰ MURILLO (Mauro), Ensayos de Derecho Público, volumen II, San José, Editorial Juritexto, 1995, p. 115.

b.2) Estado de defensa nacional

La declaratoria del Estado de defensa nacional la hace el Consejo de Gobierno, previa autorización legislativa (artículos 121, inciso 6, y 147, inciso 1, de la Constitución Política) cuando media una agresión exterior y habilita al Poder Ejecutivo para ordenar el reclutamiento militar, organizar un ejército y negociar la paz.

c) Decretos de urgencia atípicos

Son aquellos que se dictan para hipótesis imprevistas y no reguladas constitucional y legalmente. El fundamento de estos decretos de urgencia lo encontramos en el principio general de la necesidad que sustituye al de legalidad.

d) Límites de los decretos de urgencia

Los decretos de urgencia pueden tener por contenido las materias propias de la ley ordinaria, dado que, son dictados ante circunstancias especiales o excepcionales que no permiten ser enfrentadas por medio de una ley. En ese sentido, existen una serie de límites que son los siguientes: a) Las materias que no pueden ser reguladas por una ley ordinaria (v. gr. una reforma constitucional parcial), b) Las materias en que el Poder Ejecutivo es controlado por la Asamblea Legislativa (aprobación de tratados internacionales, aprobación o modificación de los presupuestos, aprobación de empréstitos), c) los límites materiales de una ley (respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales) y d) las reservas absolutas de ley (delitos y penas).

e) Control de los decretos de urgencia

En general, los decretos de urgencia que declaran un estado de emergencia deben ser aprobados por el poder legislativo, obviamente, la ausencia de la ratificación legislativa no priva de eficacia a los mismos. En el caso concreto de los estados de sitio y de defensa nacional, hemos visto

que requieren, expresamente, de la ratificación o aprobación de la Asamblea Legislativa -control político- (artículos 140, inciso 4, y 121, inciso 6, de la Constitución Política).

Por su parte, la Ley Nacional de Emergencia, la Ley General de la Administración Pública y la Ley de Contratación Administrativa prevén el control jurisdiccional de constitucionalidad (por violación del bloque o parámetro de constitucionalidad, esto es, de los preceptos, valores, principios y jurisprudencia constitucionales) y de legalidad ordinaria (para fiscalizar la existencia del motivo -estado de peligro o daño generalizado-, el respeto de los principios de proporcionalidad y racionalidad entre motivo, contenido y fin del decreto de urgencia y de los límites de la discrecionalidad) de esos actos con valor de ley.

A.5.- Reglamento

a) Concepto de reglamento

El reglamento es el producto del ejercicio de la potestad reglamentaria, la cual radica en el poder que emana de la Constitución o la ley por cuya virtud las administraciones públicas puede dictar normas con eficacia jurídica inferior a la ley.

El reglamento es, simultáneamente, acto administrativo y norma jurídica. Como acto administrativo está regulado por la Constitución y la ley en cuanto a los elementos constitutivos materiales y formales. Como norma, es susceptible de crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones -eficacia *erga omnes*-.

b) Fundamento y justificación potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria constituye una de las manifestaciones típicas de la función administrativa y está, por consecuencia, sometida al principio de legalidad (en su sentido de vinculación positiva). Por lo anterior, su ejercicio debe estar autorizado por una norma, por lo menos de rango legal, que la autorice de forma explícita o razonablemente implícita.

Modernamente, su fundamento está en razones técnicas y políticas. En efecto, las Administración Pública debe contar con poderes suficientes que le permitan la gobernabilidad, asumir el reto de la complejidad técnica de los cometidos públicos que debe satisfacer y solventar el carácter de foro político que tiene la Asamblea Legislativa, sin mayor experiencia e infraestructura técnica para satisfacer los fines e intereses públicos.

De otra parte, la producción reglamentaria tiene una virtud frente a la legislación, puesto que, es habitual, rápida, continua, y enfrenta los problemas cotidianos con mayor eficacia. Otra ventaja significativa es que el rango formal del reglamento permite su derogación conforme con las exigencias del momento, sin necesidad de acudir al engorroso y prolongado procedimiento legislativo. Debe tomarse en cuenta que el legislador no puede regular todas las materias detalladamente, además existen ámbitos que parecen propios o estar reservados al reglamento (v. gr. la organización interna de un órgano y la prestación de servicios).

Modernamente, se sostiene que la Administración tiene la potestad reglamentaria porque la Constitución se la otorga. Esto es, le reconoce a la Administración Pública esa potestad por considerarla normal para su funcionamiento ordinario y para el cumplimiento de sus fines.

c) Relación reglamento-ley

Como normas generales que son los reglamentos están sujetos a una serie de principios comunes a la ley, tales como la eficacia *erga omnes*, los principios de igualdad, irretroactividad y aplicación por parte de los tribunales. Se diferencian, por su valor jurídico y rango jerárquico, la ley es una norma primaria, en tanto que el reglamento es secundaria. El objeto del reglamento es el permitido o habilitado expresamente por la ley.

La Sala Constitucional ha señalado que el Poder Ejecutivo sólo está obligado a reglamentar la ley cuando ésta lo ordene expresamente, sin poder invocarse válidamente que la potestad reglamentaria deriva directamente de la ley (Voto No. 1463-90).

d) Límites del reglamento

d.1) Formales

d.1.a) Competencia

Sólo los órganos autorizados de forma expresa o razonablemente implícitos por la Constitución Política, están dotados de la potestad reglamentaria. La del Poder Ejecutivo deriva de los artículos 140, incisos 3° y 18, de la Constitución Política; la de la Asamblea Legislativa esta consagrada en el artículo 121, inciso 22, ibidem. En lo atinente al Poder Judicial y al Tribunal Supremo de Elecciones, su potestad reglamentaria deriva del principio de separación de funciones. Esa potestad reglamentaria abarca su régimen interno y su actividad administrativa externa.

La potestad de los Poderes del Estado para dictar reglamentos, encuentra fundamento, igualmente, en el artículo 6°, inciso d), LGAP, puesto que, al determinar los escalones que integran la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo enuncia en cuarto lugar "Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia...".

El inciso e) del mismo numeral citado se refiere, en quinto lugar, a los "...reglamentos de los entes descentralizados...".

El párrafo 2° del artículo 6° ibidem hace referencia explícita a los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y de los entes públicos menores descentralizados.

d.1.b) Jerarquía normativa

La potestad reglamentaria debe respetar la pirámide jerárquica del ordenamiento jurídico administrativo, razón por la cual, como se indicó supra, debe estar autorizada, de forma expresa o razonablemente implícita, por una norma de jerarquía superior.

d.1.c) Procedimiento de emanación

El procedimiento para dictar un reglamento tiene carácter "*ad solemnitatem*", por lo que si no es debidamente observado y cumplido, el reglamento deviene en absolutamente nulo.

El procedimiento de elaboración de los reglamentos es, en tesis de principio, el mismo sancionado para dictar los actos administrativos, dado que, el legislador del 78 dispuso, meridianamente, en el artículo 6, párrafo 3º, de la Ley General de la Administración Pública que "En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos.". No obstante, los artículos 361 a 363 de la Ley General de la Administración Pública consagran un procedimiento especial "De elaboración de las Disposiciones de Carácter General". Por tanto, cuando una disposición general pueda afectar a entidades descentralizadas o representativas de intereses de carácter general o corporativo, se les debe conceder audiencia sobre el proyecto de reglamento para que expongan su parecer. Se prevé, también, la posibilidad de someter a información pública, durante el plazo señalado "Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje..." (artículo 361, párrafo 3º, LGAP). De igual forma, el reglamento debe consignar, expresamente, las disposiciones anteriores que quedan total o parcialmente reformadas o derogadas (artículo 362 *ibidem*). Finalmente, el artículo 363 *ibidem*, establece una norma específica para las disposiciones que deben aprobarse por el Consejo de Gobierno (remitir el proyecto con 8 días de antelación a los demás Ministros convocados para que formulen observaciones).

Otras leyes sectoriales establecen requisitos específicos para la aprobación de ciertos reglamentos. Así, la Ley de Planificación Urbana (No. 4240 del 15 de noviembre de 1968 y sus reformas) establece que los planes reguladores y los reglamentos de desarrollo urbano conexos (reglamentos de zonificación, de fraccionamiento y urbanización, de construcciones) que son competencia de la Municipalidades -más concretamente de los Concejos Municipales- elaborarlos, aprobarlos y promulgarlos (artículo

15 de la Ley de Planificación Urbana) deben ser, previamente, sometidos a la convocatoria de una audiencia pública para que todos los munícipes – vecinos del cantón- formulen las objeciones y observaciones escritas o verbales a los proyectos (artículos 17, párrafo 1º, inciso 1º, y 23 de la Ley de Planificación Urbana). Igual formalidad debe observarse cuando se trata de modificar, suspender, derogar –total o parcialmente- el plan o cualquiera de sus reglamentos anexos (artículo 17, párrafo 2º, ibidem).

d.2) Sustanciales

d.2.a) Principios generales del derecho

Los principios generales son los que expresan los valores materiales básicos del ordenamiento jurídico. A tenor de los artículos 7º, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública y 5º, párrafo 3º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los principios generales de derecho son normas no escritas y sirven para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. De igual forma, las normas no escritas prevalecen sobre las escritas de rango inferior (artículo 7, párrafo 3º, de la LGAP). Por consecuencia, los principios generales de valor constitucional o legal prevalecen sobre las normas reglamentarias.

d.2.b) Técnicas de control de la discrecionalidad

La potestad reglamentaria es de ejercicio discrecional, siendo controlable mediante las técnicas de los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del Derecho.

En el artículo 15, párrafo 1º, de la LGAP se establece que la discrecionalidad podrá darse, incluso, en ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida a los límites que le impone el ordenamiento jurídico de forma expresa o implícita, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable. La norma anterior, debe ser concordada con el ordinal 216, párrafo 1º, ibidem al estipular que la Administración Pública al realizar una actuación discrecional debe hacerlo con estricto apego a los "límites de

racionalidad y razonabilidad" implícitos en el ordenamiento escrito. Por su parte, los artículos 16, párrafo 1º, y 17 de la LGAP, en concordancia con el 160 ibidem, disponen que en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a las reglas de sentido unívoco o de aplicación exacta de la ciencia o de la técnica, o a los principios elementales de la justicia, la lógica o la conveniencia y a los derechos del administrado.

d.2.c) Materia reglamentaria

La materia objeto del reglamento, por antonomasia, es la organizativa, es decir, el ámbito interno y propio de la Administración Pública, lo que incluye su organización interna, la relación de servicio y la prestación de los servicios públicos. El otro campo fértil de regulación reglamentaria es el de la ejecución, complementación e interpretación de lo dispuesto en la ley.

Ahora bien, debe advertirse que por vía de reglamento no pueden regularse las materias reservada a la ley (v. gr. el régimen de los derechos fundamentales -artículos 28 de la Constitución Política y 19 de la Ley General de la Administración Pública-; el establecimiento, modificación y extinción de tributos -artículos 121, inciso 13, de la Constitución Política y 124 de la Ley General de la Administración Pública-; la creación de delitos y penas -artículo 39 de la Constitución Política-; las limitaciones a la propiedad privada por razones de interés social -artículo 45 de la Constitución Política-; la creación de órganos para el servicio nacional -artículo 121, inciso 20, de la Constitución Política-; la conformación de nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades -artículo 46 de la Constitución Política-; y la formación de nuevas instituciones autónomas -artículo 189 de la Constitución Política-).

d.2.d) Principio de irretroactividad

El reglamento no puede ser retroactivo. No puede modificar o eliminar situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos válidamente bajo el imperio de una normativa derogada (artículo 34 de la Constitución

Política, en todo caso el artículo 142 de la Ley General de la Administración Pública establece como regla general –aplicable al reglamento por lo dispuesto en el artículo 6º, párrafo 3º de esa ley- que el acto administrativo producirá efecto en contra del administrado, únicamente, para el futuro...”). Por el contrario, los reglamentos suelen tener ultra-actividad, pese a su derogación expresa o tácita; la Sala Constitucional en el Voto No. 79 de las 14:30 hrs. del 20 de octubre de 1989 sostuvo que “es procedente en Derecho considerar que las leyes y reglamentos continúan produciendo efectos jurídicos aún después de modificados o derogados, para regular aquellas situaciones jurídicas nacidas bajo su vigencia y que han dado derechos subjetivos o intereses legítimos del particular interesado.”

d.2.e) Principio de inderogabilidad singular del reglamento

Este postulado deriva, a su vez, del principio de legalidad, que le impone límites internos a la potestad reglamentaria. La Administración Pública está, también, sometida a las disposiciones generales que emanan de ella. Este principio significa que toda decisión individual debe conformarse con las reglas generales previamente establecidas. El aserto anterior tiene una serie de consecuencias importantes por examinar, veamos:

a) Todo acto administrativo concreto y singular –v. gr. acuerdos, resoluciones- debe conformarse con los reglamentos dictados por una autoridad jerárquica superior.

b) El acto administrativo singular y concreto debe conformarse con el reglamento, cuando ambos han sido dictados por la misma autoridad administrativa. Lo anterior implica que el órgano administrativo puede reformar y derogar sus propios reglamentos, pero está inhibido para emitir decisiones individuales que los contradigan.

c) El acto administrativo concreto y singular debe adecuarse al reglamento, cuando éste ha sido dictado, dentro de los límites de su competencia, por una autoridad jerárquicamente inferior a la que toma el acto individual de aplicación.

En nuestro ordenamiento jurídico-positivo, tal principio se encuentra expresamente consagrado en el artículo 13 LGAP, al estatuir lo siguiente:

- "1. La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo...sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.
2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente."

El fundamento constitucional último del principio de la inderogabilidad singular del reglamento está en los principios constitucionales de legalidad (artículos 11 y 28 de la Constitución Política) y de igualdad (artículo 33 ibidem), puesto que, si la Administración Pública puede realizar, únicamente, aquellas conductas autorizadas por el ordenamiento jurídico (vinculación positiva) y debe otorgar igual tratamiento a todos los administrados que se encuentran en idéntica situación de hecho y de derecho, no puede desaplicar el reglamento para un caso concreto.

e) Clases de reglamentos

e.1) Reglamentos ejecutivos

e.1.a) Concepto y fundamento

El reglamento ejecutivo responde al principio *secundum legem*, puesto que, la desarrolla, complementa y ejecuta, dentro de los parámetros y límites fijados por la propia ley. El reglamento ejecutivo regula las relaciones entre los administrados y la Administración Pública para hacer posible la ejecución de la ley dentro del margen de los presupuestos y condiciones que ella fija.

Su fundamento está en la Constitución Política, la Ley General de la Administración Pública y en la propia ley reglamentada que, en ocasiones, habilita expresamente al Poder Ejecutivo para su dictado o le fija un plazo.

La ley ejecutada o reglamentada determina el contenido del reglamento, del cual puede apartarse única y exclusivamente en lo estrictamente necesario.

e.1.b) Objeto

Su objeto es aclarar, precisar o complementar la ley. Mediante el reglamento ejecutivo se da una suerte de interpretación y precisión de la ley, sobre todo de las potestades de ejercicio discrecional de la Administración Pública. La complementación de la ley hace posible su ejecución o aplicación y su exacta observancia. Asimismo, la abstracción y generalidad de la ley debe ser concretada y particularizada. El reglamento ejecutivo define y determina los elementos conexos o las circunstancias específicas que hacen posible la aplicación concreta de la ley.

e.1.c) Límites

El reglamento ejecutivo desarrolla los términos de la ley, de lo que derivan límites precisos al ámbito de su regulación. Así, por ejemplo, no puede regularse por vía de reglamento ejecutivo alguna de las materias que la Constitución Política ha reservado exclusivamente a la ley, salvo que exista una norma de rango legal anterior y con el fin de aclararla.

Esta clase de reglamentos debe respetar, también, la jerarquía normativa, los principios generales del Derecho, y más concretamente los principios constitucionales de igualdad e irretroactividad.

El reglamento ejecutivo no puede innovar el ordenamiento jurídico, reformando o derogando normas superiores o interpretando auténticamente normas legales. En esa misma línea de argumentación, no puede quebrantar la ley, esto es, permitir lo que ella prohíbe, crear obligaciones, deberes o requisitos nuevos o suprimir derechos contenidos en la ley objeto de ejecución.

e.1.d) Extinción

Por su subordinación a la ley, cuando ésta es derogada o modificada el reglamento ejecutivo sigue la misma suerte, todo en aplicación del postulado jurídico según el cual lo accesorio sigue a lo principal. Al derogarse la ley que lo fundamenta carece de cobertura normativa quedando, consecuentemente, derogado. Cuando se modifica la ley, el reglamento ejecutivo queda modificado o derogado en lo conducente. Obviamente, el reglamento ejecutivo desaparece del mundo jurídico -por una nulidad absoluta sobreviniente- si la ley ejecutada es declarada inconstitucional al desaparecer el motivo que justifica su existencia.

e.2) Reglamentos autónomos o independientes

La denominación de independientes o autónomos proviene de la circunstancia de que no requieren de una ley previa, como el caso de los ejecutivos, para que sean dictados y promulgados. En otras palabras, son autónomos e independientes respecto de cualquier ley previa. En tal sentido, se afirma que las materias objeto de los reglamentos autónomos o independientes son "reserva de reglamento", puesto que, naturalmente deben ser desarrolladas y tratadas por un instrumento de tal naturaleza y jerarquía. Obviamente, lo anterior no excluye que una ley regule esos aspectos -aunque no sería lo propio-, puesto que, el que puede lo más puede lo menos.

Los reglamentos independientes regulan la organización, las competencias y la distribución interna de éstas en el seno del órgano o ente que los dicta, tanto respecto de éste como de los órganos que se encuentran subordinados o inferiores. Sobre este particular, el artículo 59, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública establece que "**La distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia.**" (la negrita no es del original). Este precepto define los dos ámbitos de regulación por excelencia del reglamento autónomo (organización interna y servicios).

Este tipo de reglamento, se puede, a su vez, clasificar en dos grandes sub-categorías: reglamentos autónomos de organización y reglamentos autónomos de servicio.

e.2.a) Reglamentos autónomos de organización

Los reglamentos autónomos de organización encuentran fundamento en la potestad de autoorganización del Poder Ejecutivo (artículo 140, inciso 18, de la Constitución Política). En lo tocante a la Asamblea Legislativa, tal potestad le fue otorgada por el constituyente, según se desprende del ordinal 121, inciso 22, de la Constitución Política. En estos dos supuestos específicos el constituyente le atribuyó, respectivamente, al Poder Ejecutivo y a la Asamblea Legislativa, una suerte de reserva constitucional reglamentaria de autoorganización -regulación del régimen interno- constitucional, la cual no puede ser invadida por el legislador ordinario. Desde esa perspectiva, las leyes orgánicas de los ministerios son inconstitucionales si regulan la organización, competencias internas y distribución de éstas de uno de esos órganos del Poder Ejecutivo.

En relación a los demás órganos constitucionales del Estado (v. gr. Poder Judicial, Tribunal Supremo de Elecciones y Contraloría General de la República) y entes públicos menores, el artículo 103, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública dispone con claridad meridiana que **"El jerarca o superior jerárquico supremo tendrá...el poder de organizar ésta -Administración Pública- mediante reglamentos autónomos de organización..."**. En estos casos, por supuesto, no existe la reserva reglamentaria constitucional establecida para los supuestos específicos del Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa, por lo que sería constitucionalmente admisible una ley que regule tales aspectos.

Sus características principales consisten en que emanan del titular del órgano y no se fundamentan en una ley previa. Su objeto general es la organización administrativa interna y la distribución de las competencias entre los diversos órganos que conforman el ente. Más específicamente, se ocupan de la creación de órganos internos -sin potestades de imperio, esto es, las que se proyectan y repercuten en al esfera patrimonial o extrapatri-

monial del administrado-, dado que, la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley -artículo 121, inciso 20, de la Constitución Política-. La regla general es que su destinatario es un órgano interno que no tiene relación directa con los administrados en general destinatarios de la actividad o en particular con los usuarios de los servicios, puesto que, como ya se indicó, los que tengan relevancia externa o relación directa con ellos deben ser creados, como ya se indicó, por ley expresa.

Se trata de normas de carácter interno que no tienen valor normativo fuera del ámbito en que fueron dictadas, por ende, no pueden oponerse a los administrados o particulares ajenos a la relación de servicio, y su violación por la Administración Pública no constituye, en tesis de principio, una transgresión del ordenamiento jurídico general. Al respecto, el artículo 122 de la Ley General de la Administración Pública establece que los actos internos carecerán de valor ante el ordenamiento general del Estado en perjuicio del administrado, salvo si le causan un beneficio -en tal caso debe aceptarlos en su totalidad-. Por último, el párrafo 3° de ese ordinal de la LGAP dispone que “La violación de los reglamentos internos en perjuicio del particular causará la invalidez del acto y eventualmente la responsabilidad del Estado y del servidor público, en los términos de esta ley”. A contrario sensu, el quebranto del reglamento interno en beneficio del administrado no produce invalidez. En suma, la observancia y aplicación de los reglamentos tiene valor externo para el administrado cuando le benefician, en cualquier caso que los perjudique no tendrán relevancia.

e.2.b) Reglamentos autónomos de servicio

Este tipo de reglamentos, tienen dos campos el del servicio público prestado por las administraciones públicas y el de la relación de servicio (o estatutaria) entre la administración pública respectiva y sus funcionarios o servidores.

En cuanto al servicio público, su fundamento se encuentra en la competencia del jerarca para regular la organización en la prestación del servicio público a su cargo, aún sin necesidad de ley previa. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo encuentra pleno respaldo en el artículo 103 de la Ley General de la Administración Pública, al establecer que el jerarca podrá organizar la administración a su cargo mediante reglamentos autónomos de servicio "...internos o externos, siempre que, en este último caso, la actividad regulada no implique el uso de potestades de imperio frente al administrado.". En los casos en que el reglamento regule potestades de imperio -que repercuten en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado-, esto es, que tenga relevancia externa creando relaciones de sujeción especial, restringiendo los derechos de los administrados que se relacionan con la Administración prestataria del servicio público o que correlativamente establecen una relación de supremacía especial de la Administración frente a los usuarios del servicio público es preciso una ley.

Estos reglamentos tienen una incidencia externa, afectando la esfera de los particulares que se relacionan con la Administración, por lo que su violación puede ser impugnada. Su fin es la solidaridad y la asistencia al individuo mediante la prestación de servicios públicos. Su objeto es ampliar la esfera jurídica del particular concediéndole derechos y haciendo posible la prestación efectiva de un servicio público.

En lo que respecta a la relación de servicio (o estatutaria), existen reglamentos autónomos o independientes que regulan diversos aspectos de la misma tales como el régimen disciplinario, los permisos, las vacaciones, las licencias, las becas o la capacitación, etc.. Al respecto, el artículo 123, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública establece que tendrán relevancia externa para los servidores "...los actos internos de ésta que afecten sus derechos en las relaciones de servicio entre ambos".

Lógicamente, el reglamento autónomo de servicio está subordinado a cualquier ley futura sobre la materia. En lo concerniente a la relación entre los reglamentos autónomos de servicio del Poder Ejecutivo y de otros entes descentralizados, el artículo 6, párrafo 2°, LGAP dispone que "Los

reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia." (coordinación por separación).

f) Tratamiento de la potestad reglamentaria en la jurisprudencia constitucional

f.1) Potestad reglamentaria

En el Voto No. 243-93 de las 15:45 hrs. del 19 de enero de 1993, la Sala Constitucional definió la potestad bajo estudio de la siguiente manera:

"Primero: La potestad reglamentaria es la atribución constitucional otorgada a la Administración, que constituye el poder de contribuir a la formación del ordenamiento jurídico, mediante la creación de normas escritas (artículo 140 incisos 3 y 18 de la Constitución Política). La particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta. El ordenamiento jurídico administrativo tiene un orden jerárquico, al que deben sujetarse todos los órganos del Estado en función del llamado principio de legalidad o lo, que es lo mismo, que a ninguno de ellos le está permitido alterar arbitrariamente esa escala jerárquica...".

La potestad reglamentaria ejecutiva en manos del Poder Ejecutivo es entendida por la Sala Constitucional, de forma acertada, como discrecional al estimar que "...no es un poder-deber en sí mismo, puesto que dependerá del contenido de la propia ley, el que aquél se vea obligado a desarrollar algunos de sus principios, pues correspondiendo al Ejecutivo aplicar o velar por que le ley se aplique, en tanto sea necesario para ellos decidirá su reglamentación. Es decir, la reglamentación se otorga al Ejecutivo como un instrumento que facilita el ejercicio de administrar. Sin em-

bargo, distinto es el caso en el cual el legislador expresamente le impone en la ley el deber de reglamentarla. Aquí se hace inescapable para el Poder Ejecutivo el ejercicio de esa competencia. Dentro del ilimitado espacio de la legislación, aquí el destinatario de un deber hacer es el Poder Ejecutivo y, como tal, queda sujeto a la orden contenida en la Ley. Desaparece para él toda discrecionalidad, pues la norma legal regló su actuación, de modo que el ejercicio de la competencia se hace inevitable. En el tanto se haya apartado de lo ordenado, en ese tanto hay una infracción constitucional, pues como se sabe, el Poder Ejecutivo tiene una doble sumisión al estar sujeto a la Constitución y a la Ley. No es dable entender, como ya se ha intentado, que derivada la potestad reglamentaria de la Constitución Política, el legislador tiene vedado el regular la oportunidad de su ejercicio. Es constitucionalmente válido que, en determinadas circunstancias, así lo disponga sin posibilidad de evasión para el administrador, pues de hacerlo, sería con las consecuencias que a su vez tiene previsto el ordenamiento jurídico.” (Voto No. 2934-93).

f.2) Límites de la potestad reglamentaria

La Sala Constitucional ha hecho referencia a algunos límites específicos de la potestad reglamentaria.

f.2.a) Principio de interdicción de la arbitrariedad

En el Voto No. 3410-92 de las 14:54 hrs. del 10 de noviembre de 1992, señala que el “principio general de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria” “obliga a respetar el orden jerárquico establecido y en última instancia, a realizar una efectiva constatación sobre la realidad o certeza de los hechos que se intentan justificar en el reglamento y desde luego, a la proporcionalidad o adecuación al fin que se persigue...”.

f.2.b) Principio de separación de funciones

La Sala Constitucional, si bien reconoce el principio de reserva de ley, ha insistido en que el reglamento debe respetar el principio de separa-

ción de funciones. Al respecto ha señalado que “La facultad reglamentaria está reducida a parámetros muy definidos que la condicionan y limitan, puesto que la misma en ningún caso puede violentar la dinámica propia e inmanente que deriva de la división de poderes y que constituye por así decirlo, la esencia misma del sistema democrático. Uno de esos parámetros fundamentales de la facultad reglamentaria es el hecho de que dentro del sistema democrático, los poderes públicos tienen claramente definidas sus funciones, sin que pueda ninguno de ellos asumir las propias de otros...” (Voto No. 31-95). En el Voto No. 6941-96 estimó que “El reglamento, como producto de la Administración que es, está subordinado inicialmente al propio campo de las funciones que la misma tiene atribuidas al concierto público, esto es, propiamente la función administrativa. Por ello no cabe reconocer que la Administración puede dictar reglamentos que puedan suplir a las leyes en una regulación propia.”

f.3) Reglamento ejecutivo

En el citado Voto No. 243-93 señala los contornos del reglamento ejecutivo de la siguiente manera:

“SEGUNDO: Dentro de los Reglamentos que puede dictar la Administración, se encuentra el que se denomina “Reglamento Ejecutivo”... el cual se utiliza para hacer posible la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador, fines que nunca pueden ser alterados por esa vía. Ejecutar una ley no es dictar otra ley, sino desarrollarla, sin alterar su espíritu por medio de excepciones, pues si así no fuere el Ejecutivo se convierte en Legislador...”

En el Voto No. 3550-90 la Sala Constitucional señaló que el reglamento ejecutivo debe respetar rigurosamente el contenido esencial de la ley y no puede incrementar las restricciones establecidas o crear las no establecidas por ley.

En el Voto No. 2934-93 la Sala Constitucional dejó claro que el órgano que tiene potestad para dictar reglamentos ejecutivos es solamente el Poder Ejecutivo, por lo que resultaría contraria a la Constitución cual-

quier disposición legal que le atribuya esa potestad a otro órgano o ente por contrariar el “principio de separatividad de funciones del Estado contenido en el artículo 9 y el principio de la potestad reglamentaria ejecutiva del artículo 140 inciso 3) ambos constitucionales”.

B.- Fuentes no escritas

B.1.- Principios generales del derecho

a) Concepto

Los principios generales del derecho son una categoría heterogénea que puede comprender reglas de diferente naturaleza y función tales como directivas políticas -principio de solidaridad-, reglas de estructuración normativa -principios de legalidad y jerarquía-, de justicia (principio de *neminem laedere*), de ética (principio de la buena fe), interpretativas, directrices procesales (principio de la carga probatoria), axiomas lógicos, aforismos y máximas. De igual forma, se trata de una categoría abierta y flexible, puesto que, su contenido es mutable y pueden crearse nuevos principios.

Los principios generales, son aquellos que la opinión común de los operadores del derecho de un ordenamiento jurídico determinado estima, en un momento histórico específico, como reglas, convicciones o ideas ético-jurídicas para condicionar y orientar la creación, aplicación e interpretación del Derecho. Los principios generales del derecho son los valores fundamentales sobre los que se construye un ordenamiento jurídico.

Los principios generales pueden ser visto desde un punto de vista iusnaturalista por lo que tienen un carácter inmanente o trascendente -imperativos universales comunes- o positivista, teniendo, según este enfoque, el carácter de normas implícitas obtenidas a partir de un proceso de inducción a partir de las normas escritas.

Tales principios se pueden encontrar "positivizados" o incorporados en los textos legales y reglamentarios, recogidos en la jurisprudencia o bien existir por sí mismos. Lógicamente, conforme va creciendo la producción

normativa-administrativa, se van recogiendo e incorporando por escrito los principios generales que han adquirido solidez y generalidad, dejando de tener, en tales situaciones, el carácter de normas no escritas. En ocasiones, el legislador se limita a enunciar los principios, como por ejemplo, acontece con los artículos 4º y 269 de la Ley General de la Administración Pública, al mencionar, respectivamente, los principios rectores del servicio público (continuidad, eficiencia, adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad que satisfacen y la igualdad) y de la función o actuación administrativa (economía, simplicidad, celeridad y eficiencia), sin desarrollar su contenido y significado. En otras situaciones, el legislador, además de enunciar el principio, desarrolla su contenido y significado, así sucede, verbigracia, en la Ley de Contratación Administrativa en sus artículos 4º, 5º y 6º al referirse exhaustivamente a los principios de eficiencia⁶¹, igualdad, libre competencia⁶² y publicidad⁶³.

Debe tomarse en consideración, asimismo, que en muchas ocasiones, es la jurisprudencia la que desarrolla el contenido, alcance y límites de los principios generales del derecho.

b) Funciones

Modernamente, los principios generales del derecho cumplen cuatro funciones que son las siguientes:

⁶¹ "Artículo 4º.- Principio de eficiencia. Los procedimientos de contratación administrativa persiguen seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración..."

⁶² "Artículo 5º- Principio de igualdad y libre competencia. En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales.

Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia de los oferentes potenciales..."

⁶³ Artículo 6º-Principio de publicidad. Los procedimientos de contratación se darán a la publicidad por los medios correspondientes a su naturaleza.

Todo interesado tendrá libre acceso al expediente de contratación administrativa y a la información complementaria..."

a) función directiva: de todo el proceso de creación del Derecho, moldeando el contenido de las normas por emitirse.

b) función interpretativa: sirven para encontrar una solución necesaria y justa a un conflicto de intereses: por lo que son útiles para precisar el significado y el sentido -finalidad- de las normas escritas.

c) función integradora: respecto de las lagunas del ordenamiento jurídico, permitiéndole al órgano jurisdiccional, en aras del principio de la plenitud hermética, resolver, en ausencia de una norma escrita, los conflictos que se le plantean.

d) función constructiva: en el ámbito doctrinal o dogmático, los principios generales permiten estructurar y sistematizar la ciencia jurídica.

c) Algunos principios generales del derecho administrativo

Se afirma que la eficacia de los principios generales del derecho se encuentra en relación inversamente proporcional al grado de madurez y perfección de una rama determinada del ordenamiento jurídico.

Para el caso concreto del Derecho Administrativo, debe tomarse en consideración que el mismo surge de forma relativamente reciente y que se encuentra conformado por un conjunto asistemático y caótico de normas jurídicas sectoriales y fragmentadas -a diferencia de la codificación que se ha producido en otras ramas- en constante renovación y cambio, de ahí la importancia y vigencia del papel que juegan los principios generales en esta parcela de la ciencia jurídica.

Veamos, a continuación algunos ejemplos de principios generales del Derecho Administrativo.

c.1) Principio de legalidad -juridicidad o reserva de ley-

Este es, quizá, el principio general del Derecho Administrativo de más rancio abolengo y de invocación más usual. De acuerdo con este principio, toda actuación o conducta de la administración pública (actos administrativos, actuaciones materiales y servicios públicos) deben estar autorizados por el ordenamiento jurídico de forma expresa o razonable-

mente implícita. Este principio, tradicionalmente, ha sido antepuesto al de la autonomía de la voluntad –lo que no está prohibido está permitido siempre y cuando no se violente el orden público, la moral y las buenas costumbres, –artículo 28 de la Constitución Política-, propio del Derecho Privado, puesto que, los entes y órganos públicos únicamente pueden realizar lo que el ordenamiento jurídico les permite y, consecuentemente, no pueden hacer lo que no les permite. Se trata de un principio que le imprime cierta rigidez a la función o actuación administrativa, puesto que, debe haber una norma –escrita o no escrita- previa que habilite a la respectiva administración pública para actuar, precisamente por su aplicación inflexible se ha producido el fenómeno de la “huida hacia el Derecho Privado”, implementado a través de las privatizaciones, para que los entes públicos asuman formas de organización colectiva del Derecho Privado que les asegure una actuación más ágil y expedita. El principio de legalidad ha sido dulcificado, en su aplicación, a través de dos figuras dogmáticas relevantes que son la discrecionalidad y los estados de necesidad y urgencia, casos en los cuales el principio de estudio deja de jugar un rol de primer orden.

La Sala Constitucional en el Voto No. 1739-92 (reiterado en el Voto No. 440-98) estimó que “...el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso –para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto. En nuestra Constitución Política, el principio general de legalidad está consagrado en el artículo 11, y resulta, además, del contexto de éste con el 28, que recoge el principio general de libertad –para las personas privadas- y garantiza la re-

serva de ley para regularla, con el 121, especialmente en cuanto atribuye a la Asamblea Legislativa competencias exclusivas para legislar (incisos 1º, 4º y 17), para crear tribunales de justicia y otros organismos públicos (incisos 19 y 20) y para disponer la recaudación, destino y uso de los fondos públicos (incisos 11, 13 y 15): potestades que no pueden delegarse ni, por ende, compartirse con ningún otro poder, órgano o entidad (artículo 9º), y que generan consecuencias aun más explícitas como las que se recogen en la Ley General de la Administración Pública, principalmente en sus artículos 5º y 7º -que define las jerarquías normativas-, 11 -que consagra el principio de legalidad y su corolario de regulación mínima-, 19 y 59.1 -que reafirman el principio de reserva de ley para el régimen de los derechos fundamentales y para la creación de competencias públicas de efecto externo...”

En el Voto No. 3410-92 ese órgano especializado de la Corte Suprema de Justicia indicó que “El principio de legalidad...significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el “principio de juridicidad de la Administración...”.

El principio de legalidad tiene múltiples proyecciones en el ámbito del Derecho Administrativo, así en el Derecho Sancionador o Disciplinario juega un papel de primer orden en relación con el de tipicidad de la falta (hecho generador) y su respectiva sanción (consecuencia jurídica). En el Derecho Presupuestario, opera el denominado principio de legalidad presupuestaria, entendido como la necesidad de que la respectiva administración pública se ciña o ajuste al programa de ingresos y egresos contenido en el presupuesto; al respecto el artículo 180, párrafo 1º, de la Constitución Política establece que el presupuesto ordinario y los extraordinarios “constituyen el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado...”. En el ámbito del Derecho Tributario rige, en todo su esplendor, el principio de reserva de ley, conforme al cual los elementos subjetivos (sujeto pasivo) y objetivos

(hecho generador, base de cálculo, base calculada y tarifas) del tributo y su exención deben estar creados por la ley (artículos 5º, 61 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y 123 de la LGAP). En lo concerniente a los servicios públicos, las competencias y los actos administrativos, tenemos varias normas en la LGAP que dejan patente la aplicación de tal principio, así el artículo 11, párrafo 1º, de ese cuerpo normativo establece que “La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes”, el artículo 12, párrafo 1º, indica que “Se considerará autorizado un servicio público cuando se haya indicado el sujeto y el fin del mismo...”. En cuanto al principio de regulación mínima del acto administrativo el artículo 11, párrafo 2º, estatuye que “Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa”, por su parte el ordinal 131, párrafo 2º, establece que “Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento”. En lo atinente a las competencias, el numeral 12, párrafo 2º, LGAP señala que “No podrán crearse por reglamento potestades de imperio que afecten derecho del particular extraños a la relación de servicio”, el cual debe ser concordado con el 59, párrafo 1º, que establece que “La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio” y el 103, párrafo 1º, al preceptuar que el Jeraarca podrá dictar reglamentos autónomos de organización o servicio, internos o externos, siempre que en este último caso “...la actividad regulada no implique el uso de potestades de imperio frente al administrado”.

c.2) Principio de razonabilidad o proporcionalidad

La Sala Constitucional en reiterados pronunciamientos ha indicado que este principio constituye, incluso, un parámetro de constitucionalidad de los actos sujetos al derecho público (leyes, reglamentos y actos admi-

nistrativos en general), razón por la cual se ha preocupado de su análisis y desarrollo.

En el Voto No. 732-2001 de las 12:24 hrs. del 26 de enero del 2001, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

“V.- DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD COMO PARÁMETRO CONSTITUCIONAL. La jurisprudencia constitucional ha sido clara y conteste en considerar que el principio de razonabilidad constituye un parámetro de constitucionalidad ... Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada *“razonabilidad técnica”* dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Una vez establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de *“razonabilidad técnica”* hay que analizar la *“razonabilidad jurídica”*. Para lo cual esta doctrina propone examinar: *a) razonabilidad ponderativa*, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; *b) la razonabilidad de igualdad*, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; *c) razonabilidad en el fin*, en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos por el legislador con su aprobación. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable...”.

Siguiendo la doctrina alemana, la Sala Constitucional ha considerado que los componentes básicos de la proporcionalidad lo son la legitimidad, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Así, en el Voto No. 3933-98 de las 9:50 hrs. del 12 de junio de 1998, indico lo siguiente:

“... La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la

persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo ...".

En el Voto No. 8858-98 de las 16:33 hrs. del 15 de diciembre de 1998, la Sala Constitucional volvió a referirse a los componentes referidos, al indicar lo siguiente:

"Así, un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: **es necesario, idóneo y proporcional**. La **necesidad** de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. **Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida**. La **idoneidad**, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la **proporcionalidad** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados."

En el Voto No. 1739-92 de las 11:45 hrs. del 1° julio de 1992, la Sala Constitucional estimó que debe distinguirse entre "...razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen ra-

zonablemente en la vida de la sociedad.”

Conviene indicar, que el principio de razonabilidad y proporcionalidad cumple un rol de primer orden en el Derecho Administrativo, al proyectarse en diversos ámbitos. Así, es de vital importancia como límite al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, al establecer la LGAP que no podrán dictarse actos administrativos discrecionales contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (artículos 16, párrafo 1°, 158, párrafo 4° y 160). En materia de los elementos constitutivos de índole material-objetivo (motivo, contenido y fin), debe existir una relación de proporcionalidad entre los mismos, así para una falta disciplinaria específica de un funcionario -motivo- debe existir una sanción proporcionada -amonestación verbal o escrita, suspensión o destitución-, en tal sentido el artículo 132, párrafo 2°, de la LGAP establece que el contenido “Deberá ser ... proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados”. En el terreno del derecho administrativo sancionador y del derecho tributario, el principio de proporcionalidad y razonabilidad es determinante para evitar sanciones o tributos desorbitados o desproporcionados.

c.3) Principio de necesidad

El principio de necesidad desplaza al de legalidad cuando se producen estados de necesidad o urgencia por calamidad pública, conmoción interna o guerra, para permitirle a la Administración Pública una actuación o gestión más flexible y expedita ante las circunstancias apremiantes. El principio de necesidad habilita a la Administración Pública para crear un ordenamiento jurídico provisional ajustado a las circunstancias, con fundamento en el cual se puede trastocar el orden de las competencias.

c.4) Principio de protección de la confianza legítima

Este principio surge en la República Federal de Alemania y, luego, es recogido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, para definir una situación digna de ser amparada al haber sido

violada la confianza puesta en la actuación de la Administración Pública⁶⁴. El Tribunal Supremo Español, en su Sentencia del 1º de febrero de 1990 (Aranzadi 1258), consideró que este principio "...ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de intereses en juego -interés individual e interés general- la revocación o dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios en su patrimonio".

En cuanto a los requisitos del principio de la confianza legítima, la doctrina española, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, ha establecido los siguientes⁶⁵:

1) Debe mediar un acto de la administración lo suficientemente concluyente para provocar en el afectado uno de los tres tipos siguientes de confianza: a) confianza del afectado en que la Administración Pública actúa correctamente; b) confianza del afectado en que es lícita la conducta que mantiene en su relación con la Administración Pública, al existir un eventual error de prohibición; c) confianza del afectado en que sus expectativas como interesado son razonables.

2) La Administración Pública debe provocar signos (actos o hechos) externos que, incluso, sin necesidad de ser jurídicamente vinculantes, orienten al administrado hacia una determinada conducta que de no ser por la apariencia de legalidad creada no hubiere efectuado.

3) Un acto de la Administración Pública -v. gr. un reglamento- que reconoce o constituye una situación jurídica individualizada en cuya estabilidad confía el administrado.

⁶⁴ GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Civitas, 3ª. Edición, 1999, p. 47. CASTILLO BLANCO, La protección de confianza en el Derecho Administrativo, Madrid, 1998, p. 163.

⁶⁵ GONZÁLEZ PÉREZ (J), El principio general de la buena fe..., pp. 55-60.

4) La causa idónea para provocar la confianza legítima del afectado no puede provocarse por la mera negligencia, tolerancia, ignorancia de la Administración Pública o lo irracional de lo pretendido por el administrado.

5) El administrado debe cumplir los deberes y obligaciones que le competen.

El quebranto del principio de la confianza legítima provoca, indudablemente, varios efectos jurídicos de importancia⁶⁶, veamos:

- 1) Actúa como límite al ejercicio de las potestades discrecionales.
- 2) Opera como una garantía del principio de igualdad.
- 3) Provoca el deber de la administración pública de resarcir la frustración de las expectativas legítimas y los derechos subjetivos lesionados.

El principio de la confianza legítima, junto con el de buena fe en las relaciones jurídico-administrativas, dimana del principio de seguridad jurídica, esto es, la certidumbre en las relaciones con los poderes públicos, saber, el administrado, a qué atenerse con éstos, quienes deben evitar las situaciones objetivamente confusas y mantener las situaciones jurídicas aunque no sean absolutamente conformes con el ordenamiento jurídico. Este principio, se concreta, entre otros supuestos, con la teoría de la intangibilidad de los actos propios declaratorios de derechos para el administrado, la limitación de los actos de gravamen y la irretroactividad.

Encuentra aplicación, también, cuando una administración pública dicta y realiza una serie de actos y de actuaciones, que aunque jurídicamente incorrectas, generan una serie de expectativas en el administrado creyendo que ostenta una situación jurídica conforme con el ordenamiento jurídico.

B.2.- Jurisprudencia

La jurisprudencia puede definirse como el conjunto de reglas generales no escritas que se extraen, a través de un proceso inductivo -de lo

⁶⁶ op. ult. cit., pp. 61-64.

particular a lo general- del conjunto de fallos judiciales existentes sobre una materia determinada. Debe tomarse en consideración, que toda labor hermenéutica o interpretativa, por definición, es creadora de normas, puesto que, no se circunscribe a su enunciado gramatical o lingüístico sino a cómo interpretarlas, precisarlas, limitarlas o ampliarlas. Evidentemente, la jurisprudencia no está integrada por el conjunto de sentencias sino de reglas extraídas, puesto que, el fallo judicial se dicta en el contexto de un caso concreto -litigio, pleito o juicio- y tiene, en tesis de principio, efectos, únicamente, para las partes contendientes -relatividad de la cosa juzgada-, excepción hecha de una sentencia dictada por la jurisdicción contencioso administrativa mediante la cual se anula, por ilegal, un reglamento (artículo, 63, párrafo 2º, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) o de la Sala Constitucional que anula, por inconstitucional, una ley, un reglamento o cualquier otro acto sujeto al derecho público (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), supuestos en que tienen eficacia *erga omnes*.

La jurisprudencia, como conjunto de reglas no escritas, nace de un hecho que es la reiteración de varias decisiones conformes para casos diferentes que pueden ser reconducidas a una categoría hipotética común. Consecuentemente, la jurisprudencia no surge de un solo fallo en particular sino una repetición de los mismos para casos similares o iguales. Se trata de una pauta o línea -jurisprudencial- obligatoria de decisión, creada por los Tribunales a través de su repetición y que permanece en tanto se mantenga, esto es, hasta tanto no sea derogada o sustituida por otra pauta o línea jurisprudencial consolidada después de cierto tiempo y reiteración. La jurisprudencia, no desaparece, entonces, por resolverse un caso (caso de especie o anormal) en forma contraria.

La jurisprudencia crea derecho en los siguientes supuestos:

- a) Cuando los conceptos de la ley son oscuros, confusos o indeterminados y exigen precisión y aclaración, creando la norma interpretativa.
- b) Cuando los conceptos de la ley pese a ser precisos y determinados tienen una finalidad ambigua u oscura, con lo que le otorga un fin específico.

c) Cuando existe más de una norma aplicable a un caso, creando la jurisprudencia la norma de delimitación.

d) Cuando la norma conduce a un resultado injusto y contrario a su finalidad, con lo que la jurisprudencia desaplica la norma.

e) Ante una laguna normativa que debe ser colmada.

Ciertamente, la Ley General de la Administración Pública en su artículo 7° al enunciar las fuentes no escritas y su función no establece una jerarquía. No obstante, el artículo 9°, párrafo 2°, sí establece un orden de prelación de las mismas al disponer que "Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, **por su orden**, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios".

De esa forma, el legislador le da una discutida preponderancia a la jurisprudencia sobre los principios generales del derecho, cuando es lo cierto que la primera tiene valor por la decisión de casos concretos con fundamento en la aplicación de los segundos. Adicionalmente, la jurisprudencia puede y debe cambiar, en tanto que los principios generales por su naturaleza abstracta y derivada suelen permanecer incólumes con el transcurso del tiempo⁶⁷. El hecho de haber recogido el legislador del 78 la jurisprudencia como norma no escrita de primer orden y de conferirle carácter vinculante, obedece en buena parte, en nuestro criterio, a razones históricas ajenas a nuestra realidad y particulares a un ordenamiento jurídico determinado como el francés. En efecto, la jurisprudencia, en el ámbito del derecho administrativo francés y de los países que se nutrieron de sus bases y principios -como España-, tuvo, históricamente, una función constructiva y creadora, puesto que, el edificio de esa disciplina jurídica fue erigido por el Consejo de Estado Francés a través de sus resoluciones -concretamente a partir de la etapa de la justicia delegada, 1872-. En efecto, en ese ordenamiento jurídico la jurisdicción contencioso precedió al derecho administrativo sustantivo que fue paulatinamente segregado y acuñado por el Consejo

⁶⁷ V. BREWER-CARIAS (A.R.), Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, LIL, 1981, p. 47.

de Estado, mediante reglas derogatorias del derecho común ante la ausencia, en el Código Napoleón, de normas que regularan las relaciones entre la Administración Pública y los administrados.

Al tenor de la Ley General de la Administración Pública, la jurisprudencia, en ausencia de norma escrita, tendrá rango de ley (artículo 7º, párrafo 2º, *ibidem*) y cuando integra, interpreta o delimita (insuficiencia) una norma constitucional asume el rango de la misma (artículo 7º, párrafo 1º, *ibidem*).

Evidentemente, de esa forma, la jurisprudencia tiene, en el ámbito del Derecho Administrativo, carácter vinculante, extremo que resulta reforzado por lo dispuesto en el artículo 5º, párrafo 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial No. 8 del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas -reformado por la Ley No. 7333 del 5 de mayo de 1993- que fue una copia de los párrafos 1º y 2º del artículo 7º de la Ley General de la Administración Pública -con la única particularidad que excluye los usos y costumbres- y lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que le da eficacia *erga omnes* a los pronunciamientos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En este aspecto particular, obviamente, nuestro ordenamiento jurídico deja de asemejarse a un sistema romano-canónico -en los que no se le otorga carácter vinculante a la jurisprudencia-, para identificarse con los sistemas del *common law* o angloamericanos donde rige la obligatoriedad del precedente -*stare decisis*-. Nótese que en los ordenamientos que pertenecen a la familia de sistemas jurídicos continentales o europeos, como el nuestro, se estima que la soberanía nacional reside y se concentra en la Asamblea Legislativa expresándose de forma exclusiva a través de leyes generales, con lo que se le niega eficacia normativa al precedente por tratarse de una norma singular y de origen no legislativo.

Una norma diferente es la contenida en el artículo 9º del Título Preliminar del Código Civil -la que, únicamente, ofrece problemas en el ámbito del derecho privado por su colisión con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial- al señalar de forma indirecta que la jurisprudencia

cia emanada de las Salas de Casación no tiene carácter vinculante sino meramente informador del ordenamiento jurídico privado. Desde ese punto de vista, podría argumentarse que la jurisprudencia tiene un valor diferente- como fuente del derecho- en el ámbito del derecho privado y del derecho público.

Una norma que puede llevar a equívocos importantes, es la contenida en el artículo 2° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, al establecer que "los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatoria para la Administración Pública". A la luz de ese texto normativo, debe distinguirse, entonces, entre jurisprudencia administrativa -dictámenes de la Procuraduría General de la República- y jurisprudencia judicial -sentencias emanadas de las Salas de Casación y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia-. A nuestro juicio, la Ley General de la Administración Pública se refiere, única y exclusivamente, en sus ordinales 7°, párrafo 1°, y 9°, párrafo 2°, a las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales indicados, puesto que, según lo dispuesto en los ordinales 154 y 2°, respectivamente, de la Constitución Política y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales únicamente están sujetos a lo dispuesto en la Constitución y la Ley, siendo que los dictámenes emanados de la Procuraduría General de la República que es un órgano administrativo consultivo adscrito a la Administración -Ministerio de Justicia- no pueden vincular, en cuanto a la interpretación de una norma determinada, a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Consecuentemente, la interpretación judicial o jurisprudencial es la que llevan a cabo las Salas de Casación y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al dictar una sentencia dentro de un proceso jurisdiccional.

Pese a lo anterior, la Procuraduría General de la República, de forma equívoca, ha sostenido que cuando en los dictámenes o pronunciamientos exista un criterio reiterado de interpretación, delimitación o integración del ordenamiento jurídico -uniforme, no contradictorio y ajustado a la ley-, estamos ante una jurisprudencia administrativa que tiene el rango de la norma que interpreta, integra o delimita, esto es, con el valor que indica el artículo 7° LGAP (Ver C-221-89 del 20 de septiembre de 1989;

C-231-99 del 19 de noviembre de 1999). Se trata de una conclusión errada que se ha extraído de la Sentencia de la Corte Plena, en funciones de Tribunal Constitucional, adoptada en la Sesión Extraordinaria No. 32 de las 13:30 hrs. del 3 de mayo de 1984 que fue donde se hizo esa afirmación. Evidentemente, se trata de una tesis incorrecta e inadmisibile, puesto que, como ya se indicó cuando la LGAP hace referencia a la jurisprudencia lo es a la judicial y no a la administrativa.

Para el caso particular de la jurisprudencia constitucional, conviene señalar que la propia Sala Constitucional ha señalado que es vinculante *erga omnes* tanto los fallos en materia de amparo como de constitucionalidad al estimar que "Se da, eso si, la particularidad de que los precedentes cubren tanto aquellos provenientes de la vía del amparo, primero en el tiempo, y que en realidad determinaron lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad citada. De toda suerte, no importa diferenciar el tipo de precedente o la proveniencia de la jurisprudencia constitucional. Sea, en uno u otro caso, se ha ido decantando una doctrina y no obstante que los efectos de uno u otro difieren, desde que en la primera vía procesal (inconstitucionalidad) la sentencia estimatoria es anulatoria y con carácter retroactivo a la fecha de vigencia de la norma impugnada, que en la segunda (amparo) lo resuelto implica una orden inmediata y directa a la autoridad autora del acto o decisión concreta y particularizada, lo cierto es que el artículo 13 de la Ley que rige esta jurisdicción dispone (con carácter general, valedero para toda la jurisprudencia constitucional) que "La jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para si misma". No está de más agregar, eso si, que la situación que se presenta con el tema en discusión no es usual, en el sentido de que normalmente la Sala condiciona la decisión de recursos de amparo (acciones individualizadas contra un funcionario en reclamo de actos concretos) a la que de modo general y abstracto se de en una acción de inconstitucionalidad en la materia de que se trate" (Voto No. 927-94 de las 15:30 hrs. del 15 de febrero de 1994).

Evidentemente, para extender los precedentes vertidos en un proceso de amparo a otros supuestos debe existir una situación análoga, en ese

respecto la Sala Constitucional ha puntualizado que "...la jurisprudencia y los precedentes de la Sala son vinculantes *"erga omnes"* salvo para si mismo, de tal forma que quienes se encontraren en la misma situación que los recurrentes en cualquier dependencia de la administración pública, deben ser beneficiados -en acatamiento del fallo y al artículo citado- con lo resuelto en la sentencia..." (Voto No. 115-92 de las 12:12 hrs. del 17 de enero de 1992).

B.3.- Costumbre

La costumbre tiene dos elementos la reiteración unívoca, prolongada y continua de un comportamiento o de hechos materiales en un determinado sentido (*usus*) -elemento objetivo- y la convicción que está sancionada jurídicamente y que su inobservancia resulta exigible y obligatoria (*opinio juris et necessitatis*) -elemento subjetivo-. La base del reconocimiento legislativo de la costumbre como fuente de derecho, se encuentra en los principios de seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima y en las teorías de los actos propios y de la apariencia jurídica.

En un ordenamiento jurídico escrito, la costumbre debe estar reconocida por la ley como fuente, por lo que su validez está supeditada a ésta. Por consiguiente, el fundamento de la costumbre es la voluntad estatal tácita o expresa para lograr un mayor grado de seguridad y certeza jurídica.

Desde esa perspectiva, se distingue entre costumbre *secundum legem* -interpretativa- la cual resulta conforme con el texto legislativo al desarrollarlo e interpretarlo, *praeter legem* -supletoria- que regula una materia no normada por la ley y contra *legem* que pretende modificarla o derogarla.

En un sistema escrito, solo los dos primeros tipos de costumbre son posibles. Con mayor razón en el Derecho Administrativo resulta lógico, por aplicación de los principios de legalidad y de reserva de ley, que no se admita la costumbre contra *legem*. En todo caso, el artículo 129, párrafo in fine, de la Constitución Política establece que "La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; y contra su observancia no puede ale-

garse desuso ni costumbre o práctica en contrario" con lo que queda excluida, categóricamente, la costumbre contra *legem*.

No obstante, debe indicarse, para el caso particular del derecho privado -que no es el del derecho administrativo, puesto que, la LGAP no distingue entre costumbre *secundum legem* y *praeter legem*-, que el Título Preliminar del Código Civil solo admite la costumbre *praeter legem* -excluyendo la *secundum legem*-, puesto que, el artículo 3° establece que "El uso y la costumbre solo regirán en defecto de ley aplicable...". La exclusión de la costumbre *secundum legem* resulta confirmada por lo dispuesto en el artículo 5°, párrafo 4°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial al establecer que "Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito."

En Derecho Administrativo, se ha negado el carácter de fuente de la costumbre por las siguientes razones:

a) Se afirma que, en aplicación del principio de legalidad, las potestades son atribuidas a la Administración Pública por una norma escrita. Ciertamente, las potestades de imperio son reserva de ley (artículos 12, párrafo 2° -a contrario sensu-, 59, párrafo 1°, y 103, párrafo 1° -a contrario sensu- LGAP) e, incluso el artículo 59, párrafo 2°, LGAP establece que "La distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia". En efecto, la LGAP establece que la regulación de potestades externas e internas debe efectuarse por vía de norma escrita. Otro límite importante de la costumbre como fuente de derecho, es la contenida en el artículo 85, párrafo 3°, LGAP al establecerse que no podrán hacerse transferencias de competencia -por medio de la delegación, avocación, etc.- mediante práctica, uso o costumbre.

b) El administrado no puede imponerle vínculos o límites a la Administración Pública, por lo que las dos partes de la relación jurídico administrativa no participan en la formación de la costumbre, sino solo una de ellas -administración pública-. Lo anterior es cierto, toda vez, que la cos-

tumbre administrativa emana de las prácticas de la Administración Pública como una forma de autolimitación de su discrecionalidad en provecho del administrado. La costumbre, para que funga como fuente del Derecho Administrativo, debe ser motivo de sujeciones o límites para la Administración Pública en beneficio del administrado. Nótese, sobre el particular, que el artículo 8° LGAP establece que el ordenamiento jurídico administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas "...necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo.". Las prácticas administrativas que dan origen a las costumbres, suelen estar referidas a la organización y el procedimiento administrativo por lo que suelen tener una repercusión interna o indirectamente externa.

Veamos algunos ejemplos prácticos de costumbres administrativas, donde queda patente que la misma debe emanar de la propia administración pública.

a) En el dictamen de la Procuraduría General de la República No. C-112-91 del 27 de junio de 1991, se hace referencia a la práctica administrativa -del Ministerio de Seguridad Pública- consistente en continuar brindándole protección policial a los ex-presidentes de la República y se llega a las siguientes conclusiones:

"... la costumbre como comportamiento constante y uniforme de brindar la seguridad personal a los señores Ex presidentes de la República, se ha impuesto por el hábito y la tradición del país, la repetición de hechos en este sentido ha venido a considerar obligatoria esta conducta frente al Ordenamiento Jurídico costarricense.

Asimismo, siendo la costumbre fuente de derecho administrativo autorizada expresamente por la Ley General de la Administración Pública antes citada, resulta ajustada al principio de legalidad consagrado en lo previsto por el artículo 11 de la Ley No. 6227 de repetida cita, la conducta desplegada por el Ministerio de Seguridad Pública, fundamentada en la costumbre con rango de ley en este caso particular, otorgado por la ley, de mantener la seguridad personal en forma permanente como ha venido existiendo en el pasado, a los señores Ex presidentes de la República."

b) En el dictamen de la PGR No. C-194-79 del 4 de septiembre de 1979, se estimó que la práctica administrativa de la Dirección General de Migración de exigirle a los turistas mayores y menores de edad que hayan

permanecido en el país por más de seis meses, respectivamente, documento en el que conste que no son deudores o acreedores de una pensión alimenticia, constituye una costumbre administrativa en materia migratoria que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico. Incluso se afirma que "...para llevar a cabo la reducción del término de seis a tres meses...se hace necesario dictar un reglamento en que se indique expresamente la variante que se pretende, ya que no es dable a esa Dirección General variar per se, la costumbre administrativa en cuestión por constituir...parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico."

c) En el dictamen de la PGR No. C-177-99 del 2 de septiembre de 1999, se indica que la costumbre de la Municipalidad de Carrillo de cobrar, por concepto de multa a quienes edifiquen sin licencia, un 1% del valor de la obra es admisible al resultar congruente con el artículo 90 de la Ley de Construcciones al establecer que el monto máximo de la multa no puede exceder el monto del valor de la licencia de construcción.

d) En el dictamen de la PGR No. C-196-94 del 19 de diciembre de 1994, se determinó que la práctica administrativa del Colegio de Enfermeras de Costa Rica, de otorgar "permisos temporales" para el ejercicio de la profesión a los simples egresados de los centros de enseñanza que aún no poseen el título académico -en tanto cumplen otros requisitos formales- o de reconocer y registrar grados académicos sin contar todavía el interesado con el título, era "contra *legem*" por contrariar la Ley Orgánica del Colegio de Enfermeras de Costa Rica y su Reglamento.

e) En el dictamen de la PGR No. C-021-93 del 9 de febrero de 1993 se consideró que la práctica administrativa, del entonces MIRENEM, de acumularle vacaciones a sus servidores en forma consensual sin dejar constancia escrita de ella era "contra *legem*", puesto que, tanto el Código de Trabajo (artículo 161), como los Reglamentos del Estatuto del Servicio Civil (artículo 159) e Interior de Trabajo de ese Ministerio (artículo 27) señalaban que la acumulación de vacaciones es excepcional, procede por razones de urgencia -imposibilidad de sustituir al funcionario por su espe-

cial preparación con la consecuente afectación en la continuidad del servicio-, por una sola vez y por resolución razonada.

C.- Derecho privado supletorio

De forma congruente con la declaración contenida en el artículo 9º, párrafo 1º, LGAP de la autonomía, independencia y autointegración del Derecho Administrativo, respecto de otras ramas del derecho, ese mismo ordinal señala que "...Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios".

Desde tal perspectiva, el derecho privado resulta non grato para el derecho administrativo y solo puede ser aplicado in extremis, ante una ausencia total de normas escritas o no escritas, situación que resulta realmente difícil de producirse, por lo que no se justifica acudir a las normas y parámetros hermenéuticos del derecho privado. De igual forma, el artículo 13, párrafo 1º, LGAP establece, claramente, que el derecho privado tendrá un carácter eminentemente supletorio del ordenamiento jurídico administrativo. El artículo 229 LGAP -emplazado en el Libro Segundo relativo al procedimiento administrativo- establece, con igual filosofía, que en ausencia de norma expresa se aplican supletoriamente, en lo que sean compatibles y, en último término, el Código Procesal Civil y el resto del Derecho común.

CAPITULO CUARTO FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1.- Separación de funciones -división de poderes-

El principio de separación de funciones -preferimos esa denominación a la tradicional división de poderes, pues, el poder fáctico o jurídico es uno solo- supone un sistema de frenos y contrapesos, donde el poder contiene al poder, tal objetivo se logra mediante la separación de las funciones estatales entre diversos órganos.

Tal distribución de funciones, se efectúa según lo establecido en el texto constitucional, empero la mayoría de las Constituciones respeta los postulados esenciales de MONTESQUIEU en el sentido "que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no puede hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute".

Tal principio del Estado Social de Derecho, en su formulación clásica, tuvo y tiene gran trascendencia al instituirse como garante de la libertad de los administrados frente a los detentadores del poder. En suma, el sustrato ideológico del principio de la separación de funciones lo constituye la preservación de las libertades de los administrados frente a los privilegios y prerrogativas de la Administración Pública, entendida en un sentido amplio. Sobre el particular, la Sala Constitucional, ha insistido en que el principio de separación de funciones no es un simple mecanismo de distribución de las competencias sino una garantía a favor de los administrados. Así en el Voto No. 4091-94 sostuvo que "Los artículos 9, 10, 121, 140, 152, de la Constitución, entre otros, claramente asignan funciones especializadas a diferentes órganos -Poderes- del Gobierno, y han diseñado un complejo sistema de frenos y contrapesos como una garantía, la más importante si se quiere, de la libertad. Desde esta perspectiva, la separación de funciones, la fiscalización recíproca y la autolimitación de esos poderes, se yergue como un valladar de protección de los valores, principios y normas constitucionales en beneficio directo de todos los habitantes del país".

En el Voto No. 1618-91 de las 14:16 hrs. del 21 de agosto de 1991, la Sala Constitucional señaló que:

"La división de los poderes públicos principio capital del Estado Democrático de Derecho, tiene en éste, desde su consagración a partir de las grandes revoluciones del siglo XVIII -la norteamericana y la francesa- un específico sentido de garantía de la libertad, en favor, por lo tanto, de los súbditos, y no de mera-eficacia o distribución del poder entre gobernantes. De conformidad con ese principio total, los órganos del Estado capacitados para dictar actos subjetivos concretos que incidan en la esfera de la libertad, no pueden ser al mismo tiempo los llamados a regularla normativamente. Por esto, en vista de que, fuera de los tribunales de justicia, las administraciones públicas ejercen aquellas competencias concretas respecto de los particulares poderes de policía administrativa, en general, al lado de las normativas de su rango -reglamentos autónomos y ejecutivos de las leyes-, un principio general hoy indiscutido de derecho público establece que, como lo recoge el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública "el régimen jurídico de los derechos constitucionales está reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes". (los cuales, ni pueden regular esos derechos ex novo, ni, desde luego, imponerles restricciones o limitaciones no contenidas en la propia ley). Con otras palabras, el Poder Ejecutivo no puede regular normativamente -reglamentariamente- las libertades o derechos fundamentales, porque puede y debe fiscalizar u ordenar en concreto la conducta de sus titulares; a la inversa, la Asamblea Legislativa no puede fiscalizar u ordenar de concreto la conducta de los particulares, porque puede y debe regularle normativamente; y en este contexto en el que debe enmarcarse la función legislativa de fiscalización política, la cual, en consecuencia, sólo puede ejercerse respecto de los entes, órganos y funcionarios públicos como tales..."

Modernamente, se sostiene que la separación de funciones, es tanto una técnica para debilitar el poder público, evitando su concentración en un solo ente u órgano, como también un medio para dividir y racionalizar el ejercicio del poder, haciéndolo más eficiente.

Ahora bien, conviene precisar que tal principio no es esencial para el ejercicio del poder político, ni constituye, tampoco, una verdad evidente y válida para todos los tiempos -v. gr. sistemas políticos autocráticos donde el poder está concentrado (dictador, comité, asamblea, etc.)-, su origen deriva del liberalismo político como reacción frente al absolutismo monárquico de los siglos XVII y XVIII.

El postulado de la separación de funciones, sería ulteriormente consagrado en la "Declaración Francesa de los Derechos del Hombre", artículo 6, al disponer que "Cualquier sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada y **la separación de los poderes no esté determinada, carece de Constitución.**" (la negrita no es del original).

Actualmente, se puede afirmar que como consecuencia directa de la íntima relación y coordinación entre los poderes ejecutivo y legislativo, el aludido principio ha asumido un carácter fundamentalmente organizativo, con el propósito de asegurar un desarrollo ordenado y coordinado de la actividad estatal. Esto es, constituye un medio organizativo en favor de los individuos o grupos sociales intermedios para evitar la concentración y exceso de poder de los partidos políticos mayoritarios que dominan transitoriamente los órganos estatales -así, por ejemplo, Biscaretti di Ruffia nos habla de distinción y colaboración de poderes-.

De la vigencia del principio de separación de funciones en el Estado moderno pueden deducirse dos consecuencias jurídicas inmediatas y de gran trascendencia:

- a) La distinción material de las funciones.
- b) La atribución, normal y permanentemente, de una determinada función a un conjunto determinado de órganos constitucionales, lo que implica como corolario lógico la prohibición impuesta a los órganos estatales para delegar el ejercicio de sus funciones propias, o invadir la esfera de atribuciones que constitucionalmente le corresponde a otros órganos (artículos 9º, párrafo 2º, CP y 86 LGAP).

En esa tesitura, la división de funciones supone que cada órgano constitucional o Poder del Estado tiene a su cargo una sola función constitucional. Sin embargo, es notorio y evidente que en el ámbito normativo y práctico-institucional no existe una partición perfecta y rígida de funciones, al contrario, la realidad demuestra que un órgano constitucional puede desempeñar varias funciones simultáneamente. Es por lo anterior que se afirma que lo que opera en la práctica "es una interdependencia funcional entre

los diferentes órganos estatales"⁷⁵. En ese respecto, la Sala Constitucional en el Voto No. 6829-93 de las 8:33 hrs. del 24 de diciembre de 1993 sostuvo que "La teoría de la separación de Poderes tradicionalmente se interpreta como la necesidad de que cada Órgano del Estado ejerza su función con independencia de los otros (artículo 9° de la Constitución Política). Si bien no pueden darse interferencias o invasiones a la función asignada, necesariamente deben producirse colaboraciones entre Poderes. En la actualidad, la doctrina y la práctica constitucionales afirman que no existe absoluta separación, aún más, nada impide que una misma función -no primaria- sea ejercida por dos Poderes o por todos, razón por la que no se puede hablar de una rígida distribución de competencias en razón de la función y de la materia. El Estado es una unidad de acción y de poder, pero esa unidad no existiría si cada Poder fuere un organismo independiente, aislado, con amplia libertad de decisión, por lo que en realidad no se puede hablar de una división de Poderes en sentido estricto; el Poder del Estado es único, aunque las funciones estatales sean varias. Lo conveniente es hablar de una separación de funciones, es decir, de la distribución de ellas entre los diferentes órganos estatales. Esta separación de funciones parte del problema técnico de la división del trabajo: el Estado debe cumplir ciertas funciones y éstas deben ser realizadas por el órgano estatal más competente ...".

Por último, es menester agregar que la separación de funciones debe marchar, necesariamente, acompañada de una separación de órganos, para evitar los absolutismos o los totalitarismos, es decir, el poder estatal debe ser ejercido por órganos diferenciados.

2.- Principio de separación de funciones en la Constitución Política de 1949

La interrogante de partida sería si nuestra Constitución Política incorpora y actúa el principio de separación de funciones.

⁷⁵ HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), La evolución del principio de división de poderes. Temas de Derecho Constitucional, San José, IVS Ediciones Jurídicas, 1988, p. 15.

Resulta indiscutible, a partir de un estudio sistemático y gramatical, que el texto constitucional incorpora tal principio. Veamos, el artículo 9º de la Constitución Política establece:

"El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes, entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias...".

De forma congruente con lo anterior, el Título IX se dedica, en su totalidad, a regular el "Poder Legislativo", el X el "Poder Ejecutivo" y el XI el "Poder Judicial".

Tal principio se encuentra reforzado en los artículos 149 incisos 3) y 5) al disponer, con claridad meridiana, que:

"El Presidente de la República y el Ministro de Gobierno...serán también conjuntamente responsables

...3) Cuando impidan o estorben las funciones propias de la Asamblea Legislativa, o coarten su libertad o independencia...

...5) Cuando impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial, o coarten a los tribunales la libertad con que deben juzgar las causas sometidas a su decisión, o cuando obstaculicen en alguna forma las funciones que correspondan los organismos electorales o a las municipalidades..."

En lo tocante al Poder Legislativo, el artículo 122 de la Constitución Política, preceptúa lo siguiente:

"Es prohibido a la Asamblea dar votos de aplauso respecto de actos oficiales, así como reconocer a cargo del Tesoro Público obligaciones que no hayan sido previamente declaradas por el Poder Judicial, o aceptadas por el Poder Ejecutivo, o conceder becas, pensiones, jubilaciones o gratificaciones."

Ese precepto denota que el Poder Legislativo no puede disfrazar, bajo el ropaje de una pseudo función legislativa, una administrativa, la que se caracteriza, entre otros aspectos, y no para todos los supuestos, por el dictado de actos administrativos de alcance concreto (v. gr. otorgamiento de becas, pensiones, jubilaciones o gratificaciones).

En punto al Poder Judicial, el artículo 154 de la Constitución Política estatuye al efecto:

"El Poder Judicial solo está sometido a la Constitución y a la ley..."

De tales preceptos, se infiere la prohibición implícita -artículo 9 de la Constitución Política- impuesta a los órganos constitucionales de invadir la esfera de competencia otorgada por el constituyente a otro Poder, y, al propio tiempo, se extiende la cobertura del principio de separación de funciones a otros órganos de relevancia constitucional -Tribunal Supremo de Elecciones en el ejercicio de la función electoral- y otras entes públicos menores de carácter territorial -Municipalidades en la administración de los intereses y servicios locales de cada cantón, artículo 169 de la Constitución Política-.

3.- Mutación del principio de separación de funciones en el ordenamiento jurídico costarricense

Durante la vigencia de la Constitución Política de 1949, se han verificado una serie de mutaciones en la concepción originalmente manejada por el constituyente acerca del principio de separación de funciones. Se trata del fenómeno de las "modificaciones tácitas de la Constitución", que se producen como consecuencia de una serie de reformas de orden legislativo que buscan adecuar el texto constitucional a la realidad imperante en cada momento histórico.

La Constitución Política de 1949, como reacción a los abusos de algunos Gobiernos precedentes, planteó una reforma radical en el sistema de gobierno imperante. De un típico régimen presidencialista, se pasó a un sistema moderado, en que las competencias públicas se distribuyeron con el criterio de establecer contrapesos y controles especialmente al Poder Ejecutivo para evitar abusos y arbitrariedades. Las principales reformas constitucionales para plasmar un sistema de tal naturaleza fueron las siguientes:

Primera: El Poder Ejecutivo pasó de ser un órgano unipersonal - caso típico de los regímenes presidencialistas- a un órgano colegiado (artículo 21, párrafo 2º, LGAP). Así, la mayoría de las atribuciones adminis-

trativas del Poder Ejecutivo se le encargaron, conjuntamente, al Presidente y al Ministro del ramo (artículo 140 CP), tales como la sanción, la ejecución y reglamentación de las leyes, la iniciativa en la formación de la ley, el mantenimiento del orden y tranquilidad de la Nación, la emisión de órdenes, acuerdos, resoluciones y decretos ejecutivos. El artículo 146 de la Constitución Política, establece que tales actos administrativos (órdenes, resoluciones, acuerdos y decretos) "...requieren para su validez la firmas del Presidente...y del Ministro del ramo y, además, en los casos que esta Constitución establece, la aprobación del Consejo de Gobierno...".

En otro orden de ideas, algunas cuestiones eminentemente políticas o de gobierno le fueron atribuidas a un órgano colegiado denominado Consejo de Gobierno -integrado por el Presidente de la República y los Ministros (artículos 147 de la Constitución Política y 22, párrafo 1º, LGAP)-. Así, por ejemplo, el nombramiento y remoción de los representantes diplomáticos, directores de las instituciones autónomas, el ejercicio del derecho de gracia, etc..

El Presidente de la República, sólo conservó las atribuciones de nombrar y remover discrecionalmente a los Ministros, ejercer el mando supremo de la fuerza pública y representar oficialmente a la Nación (artículo 139 CP.), adicionalmente sus atribuciones se encuentran expresamente tasadas y no se incluye una cláusula residual o abierta de potestades o competencias como si sucede con el Poder Ejecutivo en sentido estricto (el Presidente y el respectivo Ministro del sector).

Segunda: Todas las actividades electorales (organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, artículos 9, párrafo in fine, y 99 de la Constitución Política), compartidas hasta ese momento entre el Presidente y la Asamblea, fueron atribuidas, exclusivamente, a un órgano constitucional con rango e independencia de Poder del Estado y especializado, esto es, el Tribunal Supremo de Elecciones.

Tercera: A la Asamblea Legislativa, se le otorgaron amplias facultades de control político, mediante la censura, la interpelación de Ministros

y el nombramiento de Comisiones de Investigación (artículo 121, incisos 23 y 24 de la Constitución Política): asimismo, se extendió el período de sesiones ordinarias de tres a seis meses.

Cuarta: Se creó la Contraloría General de la República como órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa, encargado de vigilar la Hacienda Pública (control de la legalidad presupuestaria) con absoluta independencia funcional y administrativa (artículo 183 de la Constitución Política).

Quinta: La constitucionalización de entes públicos descentralizados funcionalmente o por servicios preexistentes a la Constitución -Bancos comerciales del Estado, INS, CCSS, PANI-, con lo que se sentaron las bases de su futuro régimen jurídico y su proliferación. Se les dotó, originariamente, de autonomía administrativa y de gobierno (artículo 188 de la Constitución Política), aunque posteriormente (1968) la autonomía fuera reducida, únicamente, a la de primer grado.

Sexta: Las corporaciones municipales fueron elevadas a la categoría de entes públicos menores territoriales autónomos (artículo 170 de la Constitución Política), desligándose de la tutela político-jurídica que hasta tanto había ejercido el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Gobernación y las Gobernaciones de Provincia.

Tales son las transformaciones del régimen político costarricense operadas en noviembre de 1949. La nueva constitución, significó un cambio ostensible en la concepción tradicional del principio de separación de funciones, puesto que, junto a los tradicionales poderes se crearon numerosos centros de poder político y administrativo, a los que se les dotó de autonomía.

La creación del Tribunal Supremo de Elecciones planteó la duda acerca de si se estaba en presencia de un cuarto poder. Igual hesitación suscitó la constitucionalización de la Contraloría General de la República, al crear un centro de control y vigilancia de la Hacienda Pública importante.

La concepción clásica y rígida del principio de separación de funciones, se cuestionó seriamente, dado que el Poder Ejecutivo dejó de ser el único órgano ejecutivo del Estado, para compartir tal función con las instituciones descentralizadas y las Municipalidades. La Asamblea Legislativa, por su parte, asumió además de su tradicional función legislativa la del control político del Poder Ejecutivo. En suma, si bien la Constitución Política de 1949, formalmente, consagra el principio de separación de Poderes se aparta, al propio tiempo, de su formulación tradicional o clásica al distribuir y controlar el ejercicio del poder político no sólo entre los tres tradicionales detentadores, sino entre una pluralidad de entes y órganos fundamentales de variada naturaleza.

Ahora bien, el producto de tal atomización del poder o mosaico institucional con poderes autónomos, a largo o mediano plazo, desembocó es un Estado burocratizado, ineficiente, entrabado y complicado. Como consecuencia de lo anterior, en la década de los 60 se gestó un movimiento a fin de racionalizar el aparato estatal costarricense, proponiendo como medio la reforma general de la Constitución, no obstante, tal iniciativa no fue acogida por la sociedad costarricense, por lo que la transformación del sistema político e institucional se produjo mediante una evolución legislativa relevante.

Así, mediante la Ley No. 4123 del 31 de mayo de 1968 se dio una reforma parcial de la Constitución Política -artículo 188 de la Constitución Política- para someter la autonomía de gobierno de las instituciones autónomas a la ley, con lo que se abrió la posibilidad de dirigir y coordinar su actividad por parte de la Administración Central.

En la década de los 70 se verificaron varios hitos legislativos fundamentales, a saber:

a) La Ley No. 4646 del 20 de octubre de 1970 o Ley de creación de las "Juntas Directivas" en algunas de las instituciones autónomas y semiautónomas de nombramiento del Consejo de Gobierno.

b) La Ley No. 5507 del 19 de abril de 1974 o de creación de las "Presidencias Ejecutivas" de las Juntas Directivas, por la que se dispuso

que las Juntas Directivas de las instituciones autónomas contarían con un Presidente Ejecutivo –de nombramiento y remoción por el Consejo de Gobierno- de tiempo completo y dedicación exclusiva que “Será el funcionario de mayor jerarquía para efectos de gobierno de la institución y le corresponderá fundamentalmente velar porque las decisiones tomadas por la Junta se ejecuten, así como coordinar la acción de la entidad cuya Junta preside, con la de las demás instituciones del Estado” (artículo 4° párrafo 1°, inciso a). En el artículo 6° de esa Ley No. 5507 se dispuso que “Los Gerentes de la Institución continuarán siendo los principales funcionarios administrativos...”. Por su parte, el Reglamento a la Ley de Presidentes Ejecutivos de las Juntas Directivas del Banco Central de Costa Rica y demás Instituciones Autónomas y Semiautónomas no Bancarias (No. 11846-P del 9 de septiembre de 1980), dispuso, en su artículo 2°, que los Presidentes Ejecutivos serán de nombramiento y remoción del Consejo de Gobierno. El numeral 5° de ese decreto, titulado “El Presidente Ejecutivo y la Representación del Poder Ejecutivo”, estableció que “El Presidente Ejecutivo, para efectos de gobierno, es el funcionario de mayor jerarquía, de la respectiva institución. Es el superior jerárquico del Gerente en los términos en que la Ley General de la Administración Pública, lo establece en sus artículos 101 y 102, en nombre de la Junta Directiva”. En los incisos incisos c), g), i) y m) de ese mismo ordinal se le fijaron, entre otras, las siguientes competencias: “c) Programar las actividades generales que se requieran para realizar las políticas y alcanzar los objetivos de la institución, dentro de los lineamientos de la política general del Estado dictada por el Poder Ejecutivo y el Plan Nacional de Desarrollo, y comunicarlas a la Gerencia como marco de referencia obligado para ésta”, “g) Coordinar con las demás instituciones autónomas y semiautónomas y con el Gobierno Central las políticas, objetivos, planes y programas de la entidad que preside”, “i) Formar parte del Consejo de Coordinación Interinstitucional a que se refiere el artículo 19 de la mencionada Ley de Planificación Nacional” y “m) Reunirse las veces que sean necesarias con el ministro del ramo o el Consejo de Gobierno, cuando fuere convocado al efecto”.

c) La Ley de Planificación Nacional (No. 5525 del 2 de mayo de 1974 y sus reformas) sometió los presupuestos de inversión de todas las instituciones autónomas a la previa aprobación de la entonces Oficina de

Planificación, hoy Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica.

Todas estas reformas citadas le devolvieron al Poder Ejecutivo el control que había perdido sobre las instituciones descentralizadas en 1949, permitiéndole que la fijación de las principales políticas se efectuara a nivel centralizado y coordinadamente con los demás entes estatales. Ese proceso, que supuso una recentralización -al aumentar las potestades de tutela del Estado o administración pública central-, se consolidó y reforzó con la promulgación de la Ley General de la Administración Pública (No. 6227 del 2 de mayo de 1978), al consagrarse, expresamente (artículo 26, inciso b, LGAP), la atribución del Presidente de la República de "**Dirigir y coordinar las tareas de Gobierno y de la Administración Pública central en su total conjunto, y hacer lo propio con la Administración Pública descentralizada**" (la negrita no es del original). De la misma manera, en la LGAP se estableció como competencia conjunta del Presidente de la República y el Ministro del sector (artículo 27, párrafo 1º, LGAP) la de "**...dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo...**" (la negrita no es del original). Como corolario de las potestades de dirección y coordinación atribuidas al Presidente de la República, actuando separada o conjuntamente con el Ministro del ramo -su obligado colaborador-, el Poder Ejecutivo se vio facultado, por la ley, para impartirle directrices a la Administración institucional descentralizada y ordenar su actividad de conjunto, imponiendo metas, objetivos y fines para su realización (artículos 98, párrafo 1º, 99, párrafo 1º, y 100, párrafo 1º, LGAP). Obsérvese, por último, que la Ley General de la Administración Pública le confirió al Presidente de la República la atribución exclusiva de "**Dirimir en vía administrativa los conflictos entre los entes descentralizados y entre éstos y la Administración Central del Estado**" (artículo 26, inciso c, LGAP).

Paralelamente a la evolución legislativa indicada, proliferaron las empresas públicas (v. gr. CODESA y sus subsidiarias, RECOPE S.A., CNFL S.A., RACSA, etc.), organizándose como sociedades anónimas, lo que permitió la concentración de poder en el Poder Ejecutivo, dado que, el

nombramiento de los administradores de tales empresas es potestad exclusiva del Consejo de Gobierno. Al haber asumido formas organizativas propias del derecho privado, dichas empresas quedaron exentas de los sistemas de control y fiscalización presupuestarios, de legalidad y procedimientos de contratación pública⁷⁶ a los que están sujetas los demás entes públicos, apareció así la figura del Estado-empresario. Esa transformación legislativa y apogeo de las empresas públicas, determinó, a la postre, un fortalecimiento del Poder Ejecutivo y una concentración del poder. Consecuentemente, hoy día el acuerdo y ejecución de las decisiones políticas fundamentales está, prácticamente, concentrado en el Presidente de la República y sus inmediatos colaboradores. La Asamblea Legislativa, como resultado de ese proceso, ha tenido que fortalecer su papel de contralor político (interpelaciones, censuras, comisiones de investigación, etc.).

El Poder Judicial, de su parte, por intermedio de la Sala Constitucional -órgano de relevancia constitucional-, ha ejercido, a partir de 1989, un importante control de constitucionalidad sobre la actividad o función del Poder Ejecutivo mediante el recurso de amparo y la acción de inconstitucionalidad (artículos 10 y 48 de la Constitución Política, 2º, incisos b y c, 29-56 y 73-95 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Desde luego, que mediante la jurisdicción contencioso-administrativa ha ejercido, desde 1949 y con mayor rigor y amplitud a partir de la reforma constitucional operada mediante la Ley No. 3124 del 25 de junio de 1963, un contralor de legalidad sobre toda la función del Poder Ejecutivo, entre otros órganos y entes (artículo 49 de la Constitución Política).

La Contraloría General de la República, también ha jugado un importante rol, pues en su función de instancia administrativa para conocer del recurso de apelación contra el acto de adjudicación en las licitaciones públicas -según el monto-, ha anulado contrataciones en las que se presumía que existían presiones oficiales o intereses político-partidistas muy acusados.

⁷⁶ Un tímido intento por regular los sistemas de fiscalización económica, nombramiento de funcionarios y empleados, proyectos de inversión y contratación de esas empresas públicas lo constituye el "Reglamento sobre el Funcionamiento de Empresas Estatales Estructuradas como Sociedades Mercantiles" No. 7927-H del 12 de enero de 1978 y sus reformas.

En síntesis, el control ejercido por el Poder Legislativo y Judicial, ha equilibrado, considerablemente, la concentración de poder que mediante una evolución legislativa paulatina fue obteniendo el Poder Ejecutivo.

Frente a la recentralización en el ámbito funcional, institucional o por servicios, hemos ido experimentando un fortalecimiento paulatino y lento de la descentralización territorial, puesto que, aunque el constituyente de 1949 apostó fuertemente por la autonomía –administrativa y política o de gobierno- de las Municipalidades (artículo 170), es lo cierto que fue hasta 20 años después que se promulgó el primer Código Municipal (Ley No. 4574 del 4 de mayo de 1970 –hoy derogada-). Posteriormente, se dictó el segundo Código Municipal (Ley No. 7794 del 30 de abril de 1998) que introdujo algunas modificaciones cosméticas que no fortalecieron sustancialmente el régimen municipal. En realidad, es hasta la reforma parcial del artículo 170 de la Constitución Política (Ley No. 8106 del 3 de junio del 2001), que se da el primer paso relevante para la consolidación efectiva de la descentralización territorial, al asignársele a las Municipalidades una suma no inferior al 10% de los ingresos ordinarios del Presupuesto⁷⁷ y encomendarle al legislador el dictado de una ley general de transferencia de las competencias y servicios, actualmente en manos del Poder Ejecutivo, y siete leyes específicas o anuales⁷⁸. Obviamente, no será hasta que la Asamblea Legislativa dicte esa primera ley general de transferencia de competencias y servicios a los entes locales y se implemente o ejecute que se consolide la descentralización territorial.

⁷⁷ El transitorio de la reforma parcial al artículo 170 estableció que “La asignación presupuestaria establecida en el artículo 170 será progresiva, a razón de un uno coma cinco por ciento (1,5%) por año, hasta completar el diez por ciento (10%) total...”. Por consiguiente, se requieren 7 años para transferirles el 10%, en todo caso, la reforma entra a regir 1 año después de su publicación, esto es, el 10 de julio del 2002.

⁷⁸ El párrafo 2° del artículo 170 establece que “La ley determinará las competencias que se trasladarán del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales y la distribución de los recursos indicados.”

4.- Importancia del concepto "función"

Nuestro texto constitucional, en su ordinal 49 emplea un concepto que constituye la clave de bóveda del derecho administrativo, cual es el de "función⁷⁹ administrativa". Esta noción presupone, desde una perspectiva dialéctica, el de "disfunción⁸⁰ administrativa". El término función administrativa, además de tener una connotación dinámica engloba, al presuponer su antítesis, todas las formas jurídicas y no jurídicas de exteriorización de las administraciones públicas (v. gr. las actuaciones materiales o técnicas y las omisiones). A nuestro juicio, la función engloba el conjunto de potestades que tiene un ente o un órgano, por lo que se relaciona con el concepto dogmático de competencia.

En el ordenamiento jurídico-administrativo costarricense, el término "función" tiene una gran relevancia, puesto que, el constituyente lo emplea, reiteradamente, para distinguir las diversas manifestaciones de la función estatal, así, el artículo 49 de la Constitución Política establece que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tiene por objeto "garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público." (el subrayado no es del original).

Por su parte, el artículo 149, incisos 3º y 5º, de la Constitución Política se refiere a las "funciones propias" del Poder Legislativo y Judicial.

El numeral 153 de la Constitución Política señala que al Poder Judicial le corresponden "además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas...resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie...".

⁷⁹ El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, tomo I, 21a. edición, 1992, p.378 registra las siguientes acepciones de la palabra función "f. Capacidad de acción propia de los seres vivos y de sus órganos y de las máquinas o instrumentos. 2. Capacidad de acción o acción propia de los cargos y oficios..."

⁸⁰ El Diccionario de la Lengua Española citado, p. 760, ofrece los siguientes significados del término disfunción: "f. Fisiol. Alteración cuantitativa o cualitativa de una función orgánica. 2. fig. Desarreglo en el funcionamiento de algo, o en la función que le corresponde.

Como se ve, el Constituyente le encarga a cada uno de los órganos constitucionales, la tarea de realizar, a nombre y por cuenta del ente público mayor -Estado- un fin determinado, mediante la utilización de sus potestades y competencias (cantidad de instrumentos jurídicos y materiales) y el despliegue efectivo de la función constitucionalmente asignada.

Sabino Cassese, ha sostenido que la Administración Pública no tiene como únicos elementos la organización y sus actividades articuladas en fases (procedimientos), sino que existe otro que determina a todos los demás que son las funciones. Para esto afirma que "La Administración está en función de las funciones, en el sentido de que las funciones que está llamada a realizar determinan los otros elementos. En relación a la funciones que debe realizar una Administración, se articularán las unidades administrativas, se elegirá al personal, se dispondrán partidas presupuestarias y se ordenarán procedimientos. Cuando no sucede así, se habla de disfuncionalidad administrativa"⁸¹, luego, este jurista italiano agrega que "Un estudio del Derecho administrativo como conjunto de aparatos y procedimientos quedaría, por así decir, vacío, ya que le falta su aspecto sustancial constituido por la funciones desarrolladas que son, a la postre, la base fundacional de la Administraciones públicas porque constituyen su razón de ser."⁸². Como bien afirma Cassese, mediante la función se indica una actividad que va mucho más allá de la organización, los procedimientos y los actos "En términos positivos, una función es la actividad contemplada en sus aspectos "macro", en su regulación normativa global, la cual, contemplada en sus aspectos "micro", se compone de procedimientos y resoluciones administrativas"⁸³.

5.- Dificultades existentes y soluciones

El problema se plantea cuando un órgano constitucional tiene posibilidad de ejercer varias funciones a la vez (administrativa, judicial, y legis-

⁸¹ CASSESE (Sabino), *Las Bases del Derecho Administrativo*, Madrid, MAP, 1ª. Edición en español, 1994, p. 22.

⁸² Op. ult. Cit., p. 106.

⁸³ Op. ult. Cit., p. 109.

lativa). Sobre ese particular, se afirma que la separación de funciones se realiza sólo de manera imperfecta, puesto que, los órganos no se limitan a la función que les corresponde. Obviamente, el problema esbozado desemboca en la dificultad de ofrecer una noción unívoca que identifique plenamente cada función.

Así, lo relativo a la organización, funcionamiento y administración de personal son funciones administrativas que despliega tanto el Poder Judicial como el Legislativo. En tales supuestos, los actos que dictan esos órganos son sustancialmente administrativos pero formalmente, en razón del órgano que los dicta, judiciales o legislativos.

De igual forma, los órganos administrativos dictan actos que materialmente se asemejan a los legislativos y jurisdiccionales (v. gr. los reglamentos y las resoluciones que resuelven un recurso), sin embargo se trata de actividad sustancialmente administrativa sujeta al régimen jurídico del Derecho Administrativo.

6.- Criterios de clasificación de las funciones estatales

La doctrina ofrece varios criterios de clasificación de las funciones estatales, a saber:

A.- Sustancial, material u objetivo

Toma en consideración el contenido material de la actividad o función realizada, independientemente del órgano que la ejecuta y de la forma empleada para su emanación. Desde esa perspectiva, nace la clasificación tripartita de las funciones estatales.

Se considera que la función legislativa consiste en la creación de normas constitutivas del ordenamiento jurídico, sea normas generales o abstractas que innovan el ordenamiento preexistente con eficacia general.

La función jurisdiccional se traduce en la decisión imperativa de conflictos de interés, determinando el derecho aplicable al caso concreto

con fuerza de verdad legal (cosa juzgada).

La función administrativa se suele dividir en doctrina entre función administrativa o ejecutiva y función política o gubernativa (de gobierno o dirección política). La primera, en sentido estricto, tiene por contenido la actividad realizada por el Estado para satisfacer los intereses públicos asumidos como propios. La segunda expresa la orientación o dirección política de los gobernantes de turno, para desarrollar los fines del Estado en su unidad. A lo anterior, obedece la distinción entre Gobierno y Administración en el seno del Poder Ejecutivo o de actos políticos o de gobierno y actos administrativos en sentido estricto. Al respecto Giannini prefiere hablar de "poder gubernativo" que de "poder ejecutivo", al indicar que "...aquel "poder" que se quería calificar como ejecutivo, en los Estados modernos contemporáneos, cualquiera que sea el tipo de gobierno, participa siempre en el debate de la dirección política. Este le propone en forma de sugerencia al parlamento el cual lo delibera, o incluso lo delibera junto con el parlamento, o lo delibera bajo directivas o consejos que el parlamento le ha dado, o lo delibera bajo directiva de las direcciones de los partidos políticos y lo discute en el parlamento, y así sucesivamente.

Ha existido y existe, por tanto, no un poder ejecutivo sino un poder gubernativo... De tal modo que la Administración estatal puede ser simplemente calificada como el aparato del poder gubernativo, con todas las tareas y las funciones de éste"⁸⁴

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una bipartición clara entre la función política y la administrativa -como si acontece en otras latitudes jurídicas-, puesto que, existen órganos con clara vocación política que efectúan funciones administrativas. Así el Consejo de Gobierno, por ejemplo, que parece ser la encarnación de un órgano político por autonomía realiza funciones administrativas básicas como el nombramiento de los directores de las instituciones autónomas y el ejercicio del derecho de gracia (artículo 147, incisos 2 y 4 de la Constitución Política). Por su parte,

⁸⁴ GIANNINI (M.S.), *Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, Vol. 1, 1991, p. 97.

el Poder Ejecutivo en sentido estricto -Presidente actuando conjuntamente con el Ministro del Sector- tiene asignadas funciones políticas (iniciativa en la formación de leyes, derecho al veto, celebrar convenios, tratados internacionales y concordatos, dirigir las relaciones internacionales, convocar a sesiones ordinarias y extraordinarias. etc. -artículo 140 de la Constitución Política-) y administrativas (nombramiento y remoción de los miembros de la fuerza pública, de los empleados y los funcionarios que sirven cargos de confianza, mantenimiento o preservación del orden, tranquilidad, defensa y seguridad de la Nación, recaudación e inversión de las rentas nacionales, vigilancia del buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas, ejecución de lo resuelto por el Poder Judicial y el TSE, el dictado de reglamentos ejecutivos y autónomos o independientes, etc. - artículo 140 de la Constitución Política-). Esta mixtura de función política o de gobierno y administrativa, complica la posibilidad de establecer una diferencia clara entre esas dos esferas.

Obviamente, la Administración Pública descentralizada despliega, preponderantemente, una función administrativa -por lo menos los entes públicos menores que solo gozan del primer grado de autonomía, esto es, la administrativa-. Para el caso de los entes públicos menores descentralizados que gozan de autonomía política -municipalidades, universidades públicas, CCSS, ARESEP-, es claro que, además de la función administrativa o ejecutiva, realizan una de dirección política, puesto que, tienen potestad suficiente para fijarse sus propias metas, objetivos y metas sin sujeción al ente público mayor.

B.- Formal, subjetivo u orgánico

Toma en consideración la cualidad del órgano que actúa la función o del cual emana el acto, si se trata del ejercicio formal de aquélla. Un acto será jurisdiccional si emana del Poder Judicial, legislativo si proviene de la Asamblea Legislativa y administrativo si tiene su origen en el Poder Ejecutivo.

De igual manera, la forma asumida por el acto se encuentra ligada a la cualidad de la autoridad que lo dicta. Los actos del legislativo revisten la

forma de ley, los del Poder Ejecutivo de decretos o acuerdos y los del Poder Judicial la de sentencias.

C.- Por el régimen jurídico de los actos

Se estima que la naturaleza de la función está relacionada con los elementos o requisitos formales de la actuación que la expresa como lo son el sujeto, el procedimiento y la forma. Son esos factores los que determinan la jerarquía del acto frente a la Constitución y su régimen jurídico formal. La Constitución define la posición que guardan los demás actos estatales respecto de ella, y, por ende, establece el grado de subordinación de cada órgano estatal en relación con ese aspecto, esto es, la jerarquía de los actos emanados de aquellos. Por la jerarquía del órgano estatal, su acto queda sometido a un régimen jurídico formal que es el único decisivo para determinar su naturaleza dentro del ordenamiento jurídico.

El régimen del acto se determina en función de varios criterios: a) la potencia jurídica, que es la fuerza del acto para imponerse a los demás de igual o inferior jerarquía; b) la resistencia jurídica, frente a los actos inferiores y c) el régimen de impugnación (número y clase de remedios para impugnar su validez). De acuerdo con lo anterior, el acto adquiere una posición frente a los demás y, por ende, una jerarquía normativa determinada. Se establece, así, una jerarquía funcional, ocupando el escalón más alto o superior los actos que tengan mayor potencia y resistencia jurídicas y que tengan menos medios para impugnar su validez, y, viceversa.

Así, por ejemplo, Ortiz Ortiz partiendo del criterio objeto de examen, nos ofreció la siguiente definición de función administrativa: "...la conducta de la Administración con la doble característica de ser de rango inferior a la ley ordinaria y sujeta a ésta y, por ello mismo, enjuiciable de acuerdo con ella o con normas -como las reglamentarias- inferiores a la ley."⁸⁵

⁸⁵ ORTIZ ORTIZ (E.), La vía de hecho y la jurisdicción contencioso administrativa, San José, LIL, 1993, p. 166.

D.- Insuficiencia de tales criterios

Ninguno de los criterios esbozados es suficiente per se, para deslindar con precisión y claridad las diversas funciones estatales, ya que, existen actos materialmente legislativos que son formal u orgánicamente administrativos, actos materialmente administrativos que son formal u orgánicamente legislativos, actos materialmente administrativos que son formal u orgánicamente judiciales y actos materialmente jurisdiccionales que son formal u orgánicamente administrativos.

Sustancial o materialmente los órganos legislativo y judicial no solo realizan funciones legislativa y jurisdiccional, respectivamente, sino también administrativa. Lo anterior es confirmado por los términos de los ordinales 49 de la Constitución Política, al referirse a la "...función administrativa del Estado...", 1º, párrafo 4º, inciso b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al incluir dentro del concepto de "Administración Pública" "**Los Poderes Legislativo y Judicial en cuanto realizan, excepcionalmente, función administrativa...**" (la negrita no es del original).

Ese enlace de funciones, en sentido material, en un mismo órgano estatal demuestra que no puede pretenderse un criterio sustancial o formal puro para definir cada función. A nuestro juicio, es preciso acudir a un criterio ecléctico que permita arribar a una noción útil.

7.- Concepto sustantivo-formal de la función legislativa

En tratándose de la función legislativa, el criterio sustancial o material debe ser complementado con el formal u orgánico. Es así como el régimen jurídico de la función legislativa se debe aplicar a los actos que sean *materialmente legislativos* y que, adicionalmente, hayan sido realizados por el órgano legislativo.

Bajo esa perspectiva, habría que cuestionarse, en primer lugar, si el Poder Ejecutivo realiza una función legislativa. Evidentemente, los reglamentos dictados por la Administración Pública tienen un contenido material

similar al de las leyes en sentido formal, puesto que, tienen un alcance general y normativo. No obstante, el régimen jurídico aplicable al reglamento no es el propio de la función legislativa. El reglamento está subordinado a la ley y no puede contradecirla, en cambio, la ley puede contradecir una anterior sin ser por ello antijurídica, simplemente deroga la ley a la que se opone (artículo 129, párrafo in fine, de la Constitución Política). La regulación de los derechos fundamentales y de los tributos constituye reserva de ley (artículos 19 LGAP, 121 inciso 13, de la Constitución Política y 5° del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), en tanto que el reglamento tiene una función secundaria y supletoria con relación al texto legislativo. En conclusión, los órganos administrativos no ejercen función legislativa.

Queda por aclarar si el Poder Judicial ejerce una función legislativa. Los reglamentos internos de orden y de servicio dictados por la Corte Suprema de Justicia, por propia iniciativa o a propuesta del Consejo Superior del Poder Judicial (artículo 59, inciso 7, de la LOPJ) no tienen, lógicamente, el mismo régimen jurídico de las leyes ni pueden contrariarlas⁸⁶.

⁸⁶ La Corte Plena ha incurrido en el vicio de reglamentar ejecutivamente determinadas leyes, cuando la potestad reglamentaria ejecutiva se encuentra reservada al Poder Ejecutivo –artículo 140, inciso 18 de la Constitución Política- tenemos así los Reglamentos “para el uso de fax como medio de notificación en los Despachos Judiciales” (Sesión No. 2796 del 11 de noviembre de 1996), “para el uso de casillero como medio de notificación en el Segundo Circuito” (Sesión No. 27-96 del 11 de noviembre de 1996). Incluso, la propia Ley de Notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales –No. 7635 del 21 de octubre de 1996- habilita a la Corte Suprema de Justicia para la reglamentación de la practica de determinadas notificaciones (artículo 3°, párrafo in fine, con fundamento en el cual se dictó el Reglamento de Notificaciones por medio de Notario –Sesión No. 32-97 del 6 de octubre de 1997-), situaciones en que no solo el reglamento es inconstitucional sino también la norma legal que le da cobertura. Práctica viciosa de la Corte Plena la ha constituido, también, la de interpretar auténticamente algunas leyes como la de Carrera Judicial, competencia que le está reservada, por Constitución, a la Asamblea Legislativa. Distinta es la situación del artículo 15 de la referida Ley de Notificaciones que habilita a la Corte Suprema de Justicia para crear oficinas centrales de notificaciones en los diversos circuitos cuando lo estime necesario y para emitir el reglamento respectivo, puesto que, esta es una materia que se puede encuadrar en lo que constituye la reserva del reglamento –independiente o autónomo de organización interna-.

En punto a la jurisprudencia⁸⁷, se plantean algunas dudas. En el ordenamiento jurídico-administrativo costarricense, a partir de la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la jurisprudencia como fuente no escrita tiene el rango de la norma escrita interpretada, integrada o delimitada, y en la hipótesis de una laguna normativa asume el rango de ley, situación normativa que vino a confirmar la Ley Orgánica del Poder Judicial (No. 7333 del 5 de mayo de 1993 -vigente a partir del 1° de enero de 1994-)⁸⁸, al reproducir, en su artículo 5°, párrafo 3°, la redacción de los dos primeros párrafos del ordinal 7° de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante, tal característica de la jurisprudencia, no le otorga, per se, la condición de ley formal, puesto que, la norma jurídica escrita interpretada, integrada o delimitada no necesariamente tiene el rango de ley. En todo caso, la jurisprudencia no está integrada por una o varias sentencias de las Salas de Casación o Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sino por la reiteración de un criterio hermenéutico determinado. De lo precedentemente expuesto, debe concluirse que la jurisprudencia no es producto del ejercicio de la función legislativa, aunque, eventualmente, ese conjunto reiterado de pronunciamientos que fijan una línea o pauta jurisprudencial -cuando la norma escrita integrada o delimitada es una ley o se colma una laguna del ordenamiento- podría tener "*ex lege*" rango de ley. Consecuentemente, la función legislativa, en estricto sentido jurídico, es realizada únicamente por el Poder Legislativo.

Distinta es la situación con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, órgano jurisdiccional especializado del Poder Judicial, que ejerce, de acuerdo con la concepción kelseniana, una función de legis-

⁸⁷ Entendiendo por tal la doctrina producto de los pronunciamientos reiterados de las tres Salas de Casación y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (artículos 9° del Título Preliminar del Código Civil, Ley No. 7020 del 6 de enero de 1986, y 13 LJC).

⁸⁸ Distinta es la situación acontecida en el ordenamiento jurídico-privado, dado que, el artículo 9° del Código Civil estipula "La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho". Sin embargo, debe entenderse que esa norma del Código Civil fue modificada por el artículo 5°, párrafo 3°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

lador negativo a través de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes que vulneren el bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, ha sido práctica común de la Sala Constitucional, al resolver una acción de inconstitucionalidad y anular una ley, presuntamente para evitar un vacío jurídico de importancia, reformar, modificar o cambiar el tenor literal de un texto legislativo para adecuarlo, supuestamente, al Derecho de la Constitución, con lo cual se sustituye en la función del legislador. Este tipo de sentencias, son las denominadas estimatorias normativas o manipulativas de carácter sustitutivo, las cuales innovan el ordenamiento jurídico existente a través de la introducción de nuevas normas jurídicas o la puesta en vigencia de normas derogadas. En nuestro sistema jurídico la Sala Constitucional ha dictado sentencias de esta naturaleza, así en el Voto No. 3495-92 del 19 de noviembre de 1992 dispuso como debía leerse el artículo 6°, párrafo 2°, de la Ley de la Moneda; en el Voto No. 4205-96, de las 14:33 hrs. del 20 de agosto de 1996, le dio una nueva redacción al artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana, después de anular algunas frases; en el último voto citado, al anular el Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana introducido por norma presupuestaria, dejó en vigencia el texto introducido por una ley anterior; en el Voto No. 546-90 del 14:30 hrs. del 22 de mayo de 1990 anuló por inconstitucional la Ley Forestal No. 7032 del 2 de mayo de 1986 y los reglamentos ejecutivos emitidos con fundamento en la misma y puso en vigencia la Ley Forestal No. 4465 del 25 de noviembre de 1979; en el Voto No. 470-90 de las 17 hrs. del 11 de mayo de 1990, anuló por inconstitucional la Ley de Inquilinato No. 7101 del 6 de octubre de 1988 y mantuvo vigente la legislación inquilinaria precedente.

Antes de cerrar este acápite, debe tomarse en consideración una salvedad de importancia, y es que por disposición expresa constitucional, al Tribunal Supremo de Elecciones le corresponde interpretar auténticamente "en forma exclusiva y obligatoria" las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral (artículos 103, inciso 3°, y 121, inciso 1°, de la Constitución Política), por lo que ejerce una función legislativa. Si bien es cierto, cualquier órgano que dicta una norma de alcance normativo y general tiene la facultad de interpretarla auténticamente, lo cierto es que "*ex constitutione*" la atribución de interpretar las disposiciones legales le

corresponde, salvo la excepción dicha, a la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 1°, CP).

Para concluir, podemos indicar que la función legislativa puede ser definida como el dictado por la Asamblea Legislativa de normas jurídicas generales y abstractas (artículo 121, inciso 1, de la Constitución Política), de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 123 y siguientes de la Constitución Política.

8.- Concepto sustantivo-formal de la función jurisdiccional

Desde una perspectiva sustancial, se dice que consiste en la decisión con fuerza de verdad legal de una controversia o litigio entre partes. Desde ese ángulo, tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo podrían, ocasionalmente, ejercer esa función. Efectivamente, la ley faculta a la Administración Pública, en ciertas hipótesis, para decidir, con carácter de verdad legal, las controversias entre particulares o entre ella y los administrados.

Sin embargo, el régimen jurídico de la función jurisdiccional exige que la decisión sea definitiva, y que sea producida por un órgano imparcial e independiente. En ese sentido, el artículo 154 de la Constitución Política dispone que "El Poder Judicial solo está sometido a la Constitución y a la ley..." (en igual sentido, el artículo 2° de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por su parte, el artículo 152 de la Constitución Política, dispone que "El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley." (en idéntico sentido, el artículo 1°, párrafo 1°, LOPJ). Es así, como sería inconstitucional atribuir a la Administración Pública la facultad de decidir controversias entre particulares de forma definitiva, sin posibilidad de acudir a la justicia por atentar flagrantemente contra el derecho de acceso a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva -pronta y cumplida- consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política en concordancia con el numeral 49, párrafo in fine, ibidem.

Incurriendo en el equívoco anterior algunas legislaciones y sectores doctrinales hablan de una "jurisdicción administrativa", lo que resulta una "*contradictio in terminis*", dado que, la revisión jurisdiccional de la función

administrativa no constituye un apéndice o continuación limitada del "procedimiento administrativo".

El régimen jurídico aplicable a la función jurisdiccional desplegada por los jueces y tribunales, no se aplica a las funciones similares de la Administración Pública, por lo cual resulta obvio que no constituyen, jurídicamente hablando, función jurisdiccional de la Administración. Consecuentemente, las Administraciones Públicas no ejercen, en ningún caso, función jurisdiccional, y si realizan funciones similares no están sujetas al mismo régimen jurídico.

Sobre el tópico, es preciso comentar el Voto de la Sala Constitucional No. 1148-90 de las 16 hrs. del 21 de septiembre de 1990.

La acción de inconstitucionalidad se dirigió contra varios artículos del Estatuto del Servicio Civil, objetando la existencia misma, en general, y las competencias, en particular, del Tribunal de Servicio Civil, por considerar que implicaban la organización y funcionamiento de un tribunal de justicia fuera de la órbita exclusiva del Poder Judicial.

La Sala Constitucional (Considerando II) estimó que "...las normas, principios y valores fundamentales de la Constitución establecen claramente que en nuestro Ordenamiento jurídico la función jurisdiccional corresponde, en forma exclusiva, al Poder Judicial...", sustentando tal aserto en los artículos 35 y 153 de la Constitución Política (el primero de esos numerales establece que nadie puede ser juzgado por un tribunal ad hoc "sino exclusivamente por los tribunales" establecidos de conformidad con la Constitución).

La Sala Constitucional consideró, en el voto de comentario (Considerando IV), que del texto del artículo 153 se desprende inequívocamente "...la exclusividad -y, más aún, la universalidad- de la función jurisdiccional en el Poder Judicial, con la consiguiente interdicción de cualquier otro con ese carácter y cualquiera que sea su denominación...".

Ahora bien, la Sala Constitucional estimó (Considerando VI) que "La creación de "tribunales administrativos, dependientes, como tales del Poder Ejecutivo, o de la Administración Pública en general, no contradice per se los principios constitucionales expuestos, en la medida en que no basta la denominación de un órgano para determinar su naturaleza o régimen jurídico; siempre y cuando, eso sí, no se trate, con esa o cualquiera otra denominación, de una verdadera atribución o delegación de funciones jurisdiccionales, reservadas...al Poder Judicial...lo que está constitucionalmente vedado es la creación de cualquier tribunal administrativo cuyos fallos tenga o puedan adquirir la inimpugnabilidad propia de la autoridad de la cosa juzgada jurisdiccional..."

Se desprende de lo anterior, que la Sala Constitucional admite la instauración de "tribunales administrativos" que se constituyan como órganos de tutela administrativa o de jerarquía impropia, y que sus fallos no tengan otro efecto que el de agotar la vía administrativa, para abrir la vía jurisdiccional (para lo cual pone el ejemplo del Tribunal Fiscal Administrativo).

Sin embargo, la Sala Constitucional puntualizó (Considerando VII) que en el supuesto del Tribunal del Servicio Civil, aunque su propia legislación no lo indique de manera formal, "...en virtud de su reiterada interpretación por él mismo y por las demás autoridades administrativas y judiciales pertinentes, se le viene reconociendo un equívoco carácter jurisdiccional, tanto en lo orgánico como en lo funcional, y, sobre todo, en la autoridad de la cosa juzgada, incluso material, de sus fallos."⁸⁹. Es así como la Sala Constitucional, con fundamento en el artículo 3º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, declaró inconstitucional la interpretación y

⁸⁹ La Sala Constitucional en la parte dispositiva señala:

"a) Que la existencia y competencia del Tribunal del Servicio Civil no son contrarias per se a la Constitución, siempre que no se les otorgue carácter jurisdiccional sino únicamente administrativo, a efecto de tener por agotada esa vía como previa a la judicial contencioso-administrativa, o en sus caso, laboral;

b) Que es inconstitucional la interpretación o aplicación de las disposiciones relativas al Tribunal de Servicio Civil, en la medida en que con aquélla se atribuya a éste o a sus competencias carácter jurisdiccional, o que se reconozca a sus fallos autoridad de cosa juzgada."

aplicación que las autoridades públicas han efectuado del Estatuto y su reglamento.

Vale la pena mencionar, también, el caso de la mal denominada "jurisdicción notarial". El Código de Notariado -Ley No. 7764 del 17 de abril de 1998-, con una técnica poco heterodoxa, le atribuye a la "jurisdicción" de notariado -si es que puede denominarse de esa forma- junto con la Dirección de Notariado, el ejercicio del régimen disciplinario sobre los notarios públicos y hacer efectiva la responsabilidad civil por sus faltas (artículos 138, 140 y 141). En realidad, los "tribunales" creados por el numeral 169 de ese cuerpo normativo son órganos administrativos incrustados en la organización judicial, puesto que, ejercen una potestad neta y típicamente administrativa como lo es la disciplinaria -sobre los notarios-. Las sentencias que conoce en apelación el Tribunal de Notariado provenientes del Juzgado de la materia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 158, tienen "recurso de casación" cuando medie una pretensión resarcitoria y la cuantía lo permita, ese mismo numeral les confiere la "autoridad de cosa juzgada". Esta norma, evidentemente, crea una suerte de "casación administrativa" y le otorga carácter de cosa juzgada a las resoluciones administrativas vertidas en materia disciplinaria. A la luz de los artículos 41 y 49 de la Constitución Política, el notario al que se le impone una sanción disciplinaria y una condena pecuniaria consecuente por esa "jurisdicción" notarial, tiene el derecho de discutir la regularidad del ejercicio de la potestad disciplinaria ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa que fue creada para controlar la legalidad de la función administrativa. Realmente, el artículo 158 del Código de Notariado, al darle autoridad de cosa juzgada a las resoluciones vertidas por esos órganos ubicados en la organización judicial pero que ejercen una función sustancial y formalmente administrativa, es abiertamente inconstitucional.

En lo relativo a la Asamblea Legislativa, habría que arribar a una conclusión idéntica. Empero, existen algunos supuestos donde surgen algunas dudas, como, por ejemplo, en la hipótesis de las comisiones de investigación creadas al amparo del artículo 121, inciso 3, de la Constitución

Política al preceptuar que es atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa "Nombrar Comisiones de su seno para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea les encomiende, y rindan el informe correspondiente...".

Sobre ese particular, la Sala Constitucional en el Voto No. 441-91 de las 16:15 hrs. del 20 de febrero de 1991, señaló que si una comisión de investigación se avoca al análisis de hechos que están siendo, previa y paralelamente, investigados por un Tribunal no implica una interferencia de competencias -violación del principio de separación de funciones-. De suerte que se trata de dos funciones materialmente distintas, puesto que, la desplegada por la Asamblea Legislativa, por intermedio de sus comisiones de investigación, es de control político para investigar y denunciar, ante la opinión pública, determinados hechos o impulsar la elaboración o reforma de leyes que mejoren algunos ámbitos descuidados en la materia objeto de la investigación (Considerando II).

En todo caso, la Sala Constitucional aclara que el informe de la comisión investigadora no es una sentencia ni tampoco "...se lo percibe como un acto que surta efectos jurídicos concretos e inmediatos, por ser contra alguna persona, sino como recomendaciones, que en el nivel político, deberían tomar en cuenta partidos y gobernantes, pues precisamente el propósito de las comisiones legislativas de este tipo no vinculan desde el punto de vista jurídico" (Considerando II)⁹⁰.

En el Voto objeto de análisis (No. 441-91), la Sala Constitucional reitera que "...en Costa Rica no se puede dudar de que la administración de justicia es competencia exclusiva del Poder Judicial...La función judicial -jurisdiccional- está excluyentemente en manos del Poder Judicial..." (Considerando II).

Otro voto de trascendental importancia, sobre la misma temática, es el No. 1618-91 de las 14:16 hrs. del 21 de agosto, en el se afirma que la atribución de la Asamblea Legislativa de nombrar comisiones de investiga-

⁹⁰ En igual sentido puede citarse el Voto de la Sala Constitucional No. 1322-91 de las 8:58 hrs. del 10 de julio de 1991.

ción "...constituye un instrumento normal indispensable para que pueda...descargar normalmente su función de fiscalización política que le es tan consustancial como netamente legislativa..." (aparte D, i, b).

La Sala Constitucional insiste en que las comisiones de investigación constituyen un instrumento o mecanismo para actuar la función de fiscalización política. De igual manera, esa Sala especializada de la Corte, ha subrayado que las comisiones investigadoras "...no pueden entenderse facultadas, total o parcialmente, para sustituir, invadir o entorpecer las funciones jurisdiccionales de los tribunales de justicia ni para contribuir a que otros lo hagan. En este sentido, es capital la observación de que en Costa Rica, más aun que en ningún otro Estado Democrático Occidental, la función jurisdiccional es, además de universal -ningún acto o materia está fuera de su fiscalización-; absolutamente exclusiva del Poder Judicial...no existe en nuestro ordenamiento ninguna posibilidad de establecer tribunales jurisdiccionales fuera del Poder Judicial ni de otorgar inmunidad ante ellos a ninguna norma -salvo, si se quiere, las constitucionales-, acto o persona -salvo, en este caso, las reconocidas por el derecho internacional-; con el agravante de que aquí no es del todo posible ninguna delegación de funciones o de competencias constitucionales (Art. 9º, 152 ss. Const. Pol.)."

De su parte, el voto salvado en la resolución últimamente citada de la Sala Constitucional, indica que las comisiones investigadoras no puede avocarse al conocimiento de asuntos concretos y pendientes de resolución judicial, pues de esa forma se comprometería la independencia funcional de los jueces y tribunales -por el despliegue informativo que se le daría al informe de la Comisión y la importancia del órgano legislativo-; los Magistrados disidentes, sostienen que el desarrollo de una investigación concomitante y sobre un caso particular, del que ya está conociendo el Poder Judicial, implica una sustitución de éste por las Comisiones -problema competencial que debe ser resuelto a través del planteamiento del conflicto de competencia a la luz de los artículos 10, inciso a, de la Constitución Política, 2, inciso c), y 109, inciso a), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Diversa resulta ser la situación del Tribunal Supremo de Elecciones, órgano constitucional que de conformidad con los artículos 142 y siguientes del Código Electoral tiene atribuida una función jurisdiccional de carácter material cuál es el conocimiento del contencioso-electoral, esto es, el conocimiento de las acciones para demandar las nulidades y acusar las transgresiones electorales cometidas por una Junta electoral, o bien el acta, documento, inscripción, escrutinio, cómputo, padrón falso, la votación o elección que recaiga en persona que no reúna las condiciones legales para servir cargo o la efectuada en contra de lo dispuesto en la Constitución Política o el Código Electoral. De igual forma, al Tribunal Supremo de Elecciones, como parte de la función jurisdiccional que le corresponde, conoce y resuelve los denominados amparos electorales. Así la Sala Constitucional en el Voto No. 3194-92 de las 16 hrs. del 27 de octubre de 1992, sostuvo que "...En el sistema de la Constitución, su interpretación vinculante sólo está atribuida a dos órganos del Estado, a saber: a la Sala Constitucional, en el ejercicio de la función jurisdiccional constitucional, y al Tribunal Supremo de Elecciones, en lo relativo a la organización, dirección y fiscalización de los actos relativos al sufragio. Esto equivale a decir que el Tribunal interpreta la Constitución Política en forma exclusiva y obligatoria, en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales en materia electoral, y, por tanto, no cabe suponer que esa interpretación pueda ser fiscalizada por otra jurisdicción, así sea la constitucional, porque, aún en la medida en que violara normas o principios constitucionales, estaría, como tribunal de su rango, declarando el sentido propio de la norma o principio, por lo menos en cuanto no hay en nuestro ordenamiento remedio jurisdiccional contra esa eventual violación lo cual no significa, valga decirlo, que el Supremo de Elecciones sea un Tribunal Constitucional, en el sentido de Tribunal de Constitucionalidad, porque su misión, naturaleza y atribuciones no son de esa índole; ni significa, desde luego, que no pueda, como cualquier otro órgano del Estado, inclusive la Sala Constitucional, violar de hecho la Constitución Política, sino que, aunque la violara, no existe ninguna instancia superior que pueda fiscalizar su conducta en ese ámbito...". De lo anterior, ha concluido la Sala Constitucional que cuando la actuación o acto contra los que se recurre en amparo, proviene de un partido político y es violatorio del derecho al sufragio, el competente para conocer y resolver es el Tribunal Supremo de Elecciones, puesto que, es a ese órgano al que le compete,

a ese órgano al que le compete, exclusivamente, dirimir los problemas de interpretación constitucional y legal relacionados con el sufragio, según lo dispuesto en el artículo 102, inciso 3°, de la Constitución Política (sobre el particular también pueden consultarse los Votos de Sala Constitucional Nos. 1419-92 de las 10:40 hrs. del 29 de mayo de 1992, 1225-93 de las 14:36 hrs. del 17 de marzo de 1993, 2446-93 de las 16:18 hrs. del 2 de junio de 1993; 2478-93 de las 17:54 hrs. del 2 de junio de 1993, 11419-00 de las 15:26 hrs. del 20 de diciembre del 2000).

La función jurisdiccional es ejercida por órganos imparciales y no sujetos a relación alguna de jerarquía -independencia-. El régimen jurídico de la función jurisdiccional, se aplica a los actos materialmente jurisdiccionales dictados por los órganos jurisdiccionales. La función jurisdiccional se define como la decisión, con fuerza de verdad legal (cosa juzgada material), de las controversias, hecha por un órgano imparcial e independiente (artículos 42 y 154 de la Constitución Política). Partiendo del dato jurídico-positivo (artículos 153 de la Constitución Política y 1°, párrafo 2°, LOPJ), la función jurisdiccional se define como la potestad de conocer de las diversas causas interpuestas, resolverlas definitivamente y ejecutar sus resoluciones⁹¹.

9.- Función administrativa de los tres poderes del Estado

La función administrativa que realizan los Poderes Judicial y Legislativo se rige por el régimen propio de ésta, no correspondiendo la aplicación del régimen jurídico de la función jurisdiccional o legislativa. Así, para ejemplificar, cuando un órgano del Poder Judicial que ejerce función administrativa le comete una lesión antijurídica a un tercero (v. gr. con un vehículo del OIJ o de transportes administrativos que colisiona con otro vehículo particular o atropella a una persona causándole lesiones o la muerte), la responsabilidad se rige por los artículos 190 y siguientes de la LGAP

⁹¹ En el ordenamiento jurídico español la Constitución Española de 1978, en su artículo 117.3, dispone que "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, **juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado**, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales..." (la negrita no es del original).

y no por lo que dispone la LOPJ, los Códigos Procesales Civil y Penal sobre la responsabilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

En lo referente a la organización y funcionamiento, dotación de recursos humanos y materiales, el Poder Legislativo y el Judicial realizan función administrativa. En el caso de la Asamblea Legislativa hemos visto que cumple una importante función administrativa, además de la ordinaria propia e inherente a su estructura administrativa, a través de la Contraloría General de la República (órgano auxiliar) y la Defensoría de los Habitantes, en este último caso cuando una recomendación de ese órgano puede acarrearle responsabilidad al Estado por causarle una lesión antijurídica a un tercero, dado que, que no son vinculantes por lo que no producen, en tesis de principio, un efecto jurídico directo e inmediato⁹².

El poder administrador es el que realiza, preponderantemente, la mayor parte de la función administrativa. Pero, a diferencia de los otros órganos constitucionales que realizan su función propia y también la administrativa, ese poder administrador se caracteriza por ejercer solamente la función administrativa. En ese predicado, el concepto de función administrativa es el más difuso, pues no tiene un contenido unívoco. La función administrativa, desde la perspectiva de su contenido, puede consistir tanto en el dictado de normas jurídicas generales (v. gr. reglamentos), decisión de controversias inter-partes (v. gr. resoluciones administrativas), como en actuaciones materiales concretas (preparación y ejecución de un acto administrativo, prestación de un servicio público, responsabilidad objetiva, vías de hecho, etc.).

Las otras funciones estatales tienen un contenido preciso y único, además son realizadas por los órganos específicamente creados por la Constitución. En contraposición, la administrativa no está solo a cargo de la Administración Pública central, también es desempeñada por otros poderes públicos (órganos y entes), bajo el mismo régimen jurídico.

⁹² Algún sector de la doctrina estima que las leyes concretas revisten un carácter administrativo inequívoco, pese a su valor formal, dado que, carecen de generalidad y abstracción, v. gr. las leyes que autorizan a la Administración Central a enajenar o gravar sus bienes o establecen pensiones extraordinarias.

Es ejercida, también, por el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República, así como por la Administración Pública Descentralizada, conformada por una serie de entes públicos menores de carácter institucional, corporativo y territorial -ver artículos 1º, párrafo 4º, inciso c), LRJCA y 1º LGAP-.

La función administrativa no está, constitucional ni legalmente, asignada de forma exclusiva a un órgano o ente y, tampoco, posee un contenido típico que la caracterice. Desde un punto de vista residual o negativo -con todas las críticas fundadas que tal criterio implica y que veremos infra-, la función administrativa comprende todas las actuaciones y actividades que realizan: a) los órganos del Poder Ejecutivo; b) los órganos del Poder Legislativo, excluida la función legislativa propia -en sentido material y orgánico-; c) los órganos del Poder Judicial, excluida la función jurisdiccional -en sentido material y orgánico-; d) el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República; e) la Administración Pública descentralizada institucional, corporativa y territorial. Obviamente, comprendemos las disfunciones administrativas de tales órganos y entes como las omisiones materiales y formales.

10.- Criterios para delimitar la función administrativa

Cuando se trata de conceptuar y delimitar la función administrativa, la doctrina no suele aportar una noción precisa y unívoca, se trata, en realidad, de un concepto huidizo o resbaladizo. Las dificultades empiezan al constatarse que la función administrativa comprende diversas especies o manifestaciones de la actividad o actuación de las Administraciones Públicas -entes públicos y sus órganos- y que su contenido es heterogéneo, versátil históricamente y, quizá, por su extensión, inaprensible. Realmente, esta función no tiene un contenido unitario ni tampoco puramente jurídico o fáctico.

Se ha discutido, asiduamente, si debe ser objeto de una definición sustancial -positiva o negativa- o meramente formal. Sin embargo, se han producido intentos importantes de aproximación.

En un primer momento, desde una perspectiva formal u orgánica, se afirmó que la función administrativa es la realizada por el Poder Ejecutivo y, en general, por los órganos estructurados jerárquicamente y que reciben o dan ordenes. Desde esa perspectiva, la función administrativa se define como la realizada por el conjunto de órganos regidos por relaciones de jerarquía que se manifiestan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerles del órgano inferior. Evidentemente, se trata de un criterio insuficiente e impreciso, puesto que, existen órganos constitucionales que no tienen tal configuración y realizan una función administrativa.

Ante el fracaso del criterio orgánico o subjetivo, se acudió a criterios de orden material o sustancial -positivos y negativos o residuales-. Al respecto, se han formulado varios, veamos:

a) En un primer momento, se entiende la función administrativa como la de ejecución de las decisiones tomadas por la Asamblea Legislativa a través de las leyes, de las sentencias de los Tribunales del Poder Judicial y de las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones, quizá, de ahí deriva la denominación de "Poder Ejecutivo" y sus atribuciones constitucionales de ejecutar las leyes o de velar por su exacto cumplimiento y de ejecutar y hacer cumplir lo que resuelvan o dispongan, en asuntos de su competencia, los tribunales de justicia y los organismos electorales, a solicitud de los mismos (artículo 140, incisos 3 y 9, de la Constitución Política). Desde esta perspectiva, la función administrativa es un complemento importante de las otras funciones, ya que, "La ley y la sentencia necesitan de la ejecución; cuando el Estado dicta una ley o una sentencia con ella se agota la función legislativa y la función jurisdiccional respectivamente, pero en ambos casos ni el pronunciamiento legislativo, ni la resolución judicial satisfacen de suyo las necesidades jurídicas y sociales, sino que además es necesario su ejecución, su actualización material y práctica"⁹³.

⁹³ DROMI (José Roberto), Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ed.

No obstante, cuando se comprobó que, además de la función ejecutiva, se realiza una función de dirección política o de gobierno, el concepto anterior entró en crisis.

b) La función administrativa se entiende como la tutela concreta de los intereses públicos. Según esta posición, la función legislativa representa una tutela abstracta y la jurisdiccional una tutela concreta referida a los derechos e intereses legítimos de las partes contendientes en un proceso. Desde esta perspectiva, la función administrativa se define como una actividad práctica, concreta y permanente que el Estado desarrolla para la proteger y promover los intereses públicos y satisfacer las necesidades colectivas de manera directa e inmediata. La mayoría de las definiciones ofrecidas desde esa óptica, insisten en la concreción de la función administrativa frente a la supuesta abstracción propia de las funciones legislativa y jurisdiccional, con lo cual dejan al margen una de las principales manifestaciones formales de la función administrativa como lo es el ejercicio de la potestad reglamentaria -normativa-, al tener su producto -reglamento- un carácter general y abstracto. Adicionalmente, es fácil concluir que los diversos ordenes jurisdiccionales (civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.) cumplen con una tutela concreta de la paz y la seguridad y que la Asamblea Legislativa a través de la práctica de dictar leyes concretas y particulares o de aplicación automática ampara concretamente determinados intereses públicos. Tales conceptos de tipo material y positivo que definen de manera directa la función administrativa, dan una idea aproximada y relativamente imprecisa de aquélla, puesto que, como afirma Giannini "...no existe un modelo cierto para distinguir el interés público concreto del interés público abstracto"⁹⁴.

c) Se propuso, posteriormente, definir la función administrativa como una actividad no autosuficiente. Será función administrativa la que se subordina a otra actividad y que prepara la labor para facilitar la adopción de decisiones fundamentales. En el caso del Poder Ejecutivo, será

Astrea, 1983, p. 160.

⁹⁴ GIANNINI (M.S), Derecho Administrativo..., p.100.

administrativa la función de realizar las líneas políticas fijadas por el resto de los órganos constitucionales y por las leyes -realización del precepto normativo y la actividad concreta de elección de los medios para alcanzar los fines fijados por la norma-. En realidad, esta posición emplea un criterio negativo para definir la función administrativa con el cual el carácter de función desaparece.

d) Tenemos, finalmente, la tesis residual o negativa que define la función administrativa como la actividad que no es legislativa ni jurisdiccional o la que realizan los órganos constitucionales (ejecutivo, legislativo y judicial) excluidos los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales (actividad estatal exorbitante de la función legislativa y jurisdiccional). En lo concerniente a este criterio, se ha sostenido que tiene un profundo sentido histórico, dado que, la legislación y la jurisdicción alcanzaron un grado relevante de independencia al ser arrancadas de las manos del monarca absoluto, siendo lo que quedó bajo su esfera de poder, como remanente residual, fue la función administrativa. Igualmente, se estima que el criterio de examen favorece la desconcentración de poder, puesto que, la actividad residual no pertenece en exclusiva a un órgano sino que constituye una función que puede ser desplegada por cualquier ente u órgano. Se trata de un criterio vago, impreciso e inútil que pretende definir positivamente los contornos de una función a través de la negación de las restantes.

A manera de conclusión, podemos señalar que no existe una caracterización objetiva de la función administrativa, dado que, históricamente tampoco ha existido un ordenamiento jurídico que ofrezca un parámetro objetivo de singularización de la función administrativa. Al respecto, Gianini señala que "...los derechos positivos contemporáneos conocen, como actividades caracterizables mediante elementos objetivos, funciones administrativas singulares, en cuanto funciones atribuidas a aparatos singulares de la organización administrativa; de una función administrativa se puede solamente hablar, en cambio, en un sentido subjetivo: equivalente a aquel de actividad de la administración (organización).

Se podría observar que caracterizar la actividad de una entidad subjetiva (la administración-organización) por su pertenencia a la propia entidad subjetiva significa caer en una tautología: la realidad es, en efecto, que "función administrativa" es una expresión verbal utilizada para describir el conjunto de funciones desarrolladas por la administración."⁹⁵

Por su parte Cassese, después de resaltar la importancia del concepto de función administrativa, estima que la dogmática del Derecho Administrativo no ha abordado el tema de las funciones administrativas por varias razones, a saber: a) un escrúpulo de pureza jurídica que pretende marginar los enfoques de carácter filosófico, político, sociológico y económico; b) la prevalencia de la concepción liberal de esta rama de la ciencia jurídica (garantía de los derechos de los administrados y de las prerrogativas de los poderes públicos) y c) la variabilidad histórica de las funciones -dependen del contexto histórico y social- y su falta de permanencia o constancia⁹⁶.

Para una aproximación acertada a las diversas funciones administrativas, Cassese recomienda identificar sus cuatro elementos determinantes que son los siguientes: a) la materia que es el ámbito o campo definido por la constitución o la ley; b) las competencias atribuidas, entendidas como las tareas conferidas por el ordenamiento jurídico a un ente u órgano; c) los fines, entendido como el objetivo global de la materia y las competencias y d) los destinatarios que es el grupo o los grupos a los que están orientados los fines⁹⁷.

Consecuentemente, para una comprensión cabal de la función administrativa debe efectuarse un inventario y análisis casuístico de las diversas funciones, actividades y servicios que tienen encomendadas las administraciones públicas (v. gr. educación, acueductos y alcantarillados, previsión o seguridad social, telecomunicaciones y transmisión eléctrica, etc.),

⁹⁵ CASSESE (Sabino), *Las bases del Derecho Administrativo...*, p. 109.

⁹⁶ Op. ult. Cit., pp. 107-108.

⁹⁷ Op. ult. Cit., pp. 109-111.

tarea exhaustiva que varía de un ordenamiento jurídico a otro y que, desde luego, excede las pretensiones del presente volumen del manual.

No obstante lo anterior, no han faltado intentos dogmáticos de establecer una tipología abstracta y general de la función administrativa – independientemente de sus críticas por ser incompletos- como la clásica división tripartita de la función administrativa en las siguientes esferas:

a) La intervención -v.gr. policía, defensa del orden público -seguridad, salubridad y ornato-.

b) El fomento (promoción y estímulo de la actividad privada)⁹⁸.

⁹⁸ En un interesante voto salvado a la Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 135 de las 16 hrs. del 14 de agosto de 1991, el Magistrado Ricardo Zeledón Zeledón, expuso los contornos de la actividad de fomento de la siguiente forma:

"III.- El término fomento en su sentido de acción de promover, estimular o proteger una cosa, tiene gran trascendencia en el Derecho Administrativo, entendiéndose por actividad de fomento la que tiende a mejorar el nivel económico, social y espiritual de la comunidad. Actualmente se le utiliza para designar de modo genérico toda actividad pública tendiente a mejorar fundamentalmente las condiciones materiales de la vida de un estado. La actividad de fomento puede definirse como la acción de la administración orientada a proteger o promover las actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares, que satisfacen necesidades públicas o estimadas de utilidad general, sin emplear la coacción ni crear servicios públicos. A través de esta actividad la Administración tiende al logro de un fin de interés público procurando por medios indirectos que los administrados realicen aquello que le interesa, sin obligarlos directamente. Distinto es cuando la Administración pretende lograr el fin propuesto a través de la intervención en el obrar de los administrados. En suma, la administración despliega una actividad de fomento cuando se propone la realización de un fin concreto de interés público, limitándose a estimular o animar la conducta de los administrados, orientándola al logro de dicho fin, sin usar la coacción directa, ni asumir la Administración dicho cumplimiento. La actividad de fomento queda reducida a la función administrativa aplicada a la consecución de los fines para los que se instituye la Administración. Lo que caracteriza la técnica de fomento, diferenciándola del servicio público y del intervencionismo, es el hecho de constituir un simple estímulo que conduce indirectamente al logro de un fin, sin que la Administración haga ni ordene nada que conduzca directamente a ello. El estímulo puede manifestarse en dos sentidos: a) concediendo ventajas al administrado que decida realizar el fin previsto, y b) aplicando cargas a quien se abstenga u obre en contra. Habrá siempre una presión sobre el administrado, empero nunca mediará coacción que le obligue a obrar como la Administración quiere. De existir coacción no sería actividad de fomento, sino de intervencionismo. En efecto, en el fomento no cabe la imposición coactiva o coacción jurídica que obligue a obrar de acuerdo con el fin querido por la Administración. Por otra

parte, la diferencia entre fomento y servicio público está en si la Administración sustituye o no a los administrados en la actividad necesaria para el logro de un fin concreto de interés público. Habrá fomento cuando los particulares actúan estimulados y servicio público si la administración actúa directamente en sustitución de los administrados. La actividad de fomento puede ser desarrollada por todas las personas de Derecho Público, siendo beneficiarios potenciales de la misma todos los administrados; su objeto está constituido por el concreto interés público que pretende satisfacerse con tal actividad. Eventualmente podrían ser beneficiarios otras entidades públicas.

IV.- La actividad de fomento de la administración se manifiesta a través de diversas posibilidades prácticas, cada una de ellas conforma una medida de fomento. Su contenido puede ser muy diverso. Según el estímulo se habla de medidas positivas y negativas, pues el estímulo puede proporcionar ventajas a quienes se ajusten a la actuación que la Administración quiere o bien presuponen desventajas a quienes obren en contra o se abstengan; en el primer caso son positivas y en el segundo negativas. Según la identidad del estímulo se habla de medidas con estímulo económico, positivas o negativas, las cuales inciden sobre el patrimonio del administrado (aumentándolo o disminuyéndolo); medidas con estímulo jurídico, los cuales actúan sobre la posición o condición jurídica de los particulares fomentados (vg. derechos de prioridad para ciertas adquisiciones, monopolios de explotación, etc.); medidas con estímulo honorífico, actúan sobre el sentimiento de honor del particular (concesión de honores, diplomas, medallas, etc.), y medidas con estímulo psicológico, operan sobre el fuero interno del particular (campañas propagandísticas para la reforestación, etc.). En cuanto a las medidas con estímulos de carácter económico, cuando se traducen en una prestación o aportación patrimonial de la Administración en favor de los administrados **no pueden aplicarse las reglas del contrato civil de donación, pues se trata de una prestación administrativa derivada de una función pública.** Dentro de este tipo de medidas destaca la **subvención** (otros ejemplos lo constituyen el crédito público, las exenciones o desgravaciones fiscales, primas, garantías de interés, etc.). Dentro de esta medidas de estímulo económico, se suele diferenciar entre las reales y las financieras. Las primeras consisten en la prestación o dación de cosas o servicios de la administración a los particulares, sin cargo para ellos (aprovechamiento de cosas del dominio público o dominio privado de la Administración, utilización gratuita de servicios científicos y técnicos). Las segundas suponen un desembolso (entrega de una suma de dinero público o de títulos representativos del mismo) o la exención de ciertas obligaciones impositivas (privación de ingresos por parte de la administración, vg. exenciones fiscales).

V.- La actividad de fomento de la Administración tiende a estimular y promocionar las actividades económicas privadas. A través de tales actividades públicas de estímulo lo único que hacen es canalizar parte de los recursos generales de la colectividad al respaldo de actividades potencialmente interesantes también desde una óptica comunitaria. Se entiende por acción administrativa de estímulo aquella que por razones de interés público tiene como misión la canalización de recursos hacia ciertas actividades que se colocan en situación más favorecida de la que resultaría de una libre dinámica de las relaciones económicas. El Estado altera así las condiciones ordinarias de la economía y coloca a una empresa en mejores condiciones que las que mediarían si tal apoyo no se realizara. No existe

en la legislación y doctrina acuerdo sobre el significado exacto y claro de subvención, por lo que frecuentemente se utilizan como sinónimos los términos ayuda, subsidios, premios, incentivos, estímulos y beneficios. No obstante lo anterior, la subvención en sentido propio y estricto, implica aportaciones dinerarias que, con el objeto de estimular actividades o empresas de interés general, salen de las cajas públicas con carácter no reintegrable. En efecto, las subvenciones son cantidades globales de dinero público que la Administración, dentro de los límites del poder presupuestario, otorga a fondo perdido (sin que el beneficiario deba reintegrarla) a determinadas personas como medio para un fin público. La subvención supone una impulsión no coactiva de la actividad privada de interés público por medio de procedimientos públicos de ayuda económica. Su causa la constituye el interés general de la actividad subvencionada y no una mera liberalidad. La subvención no constituye una dádiva generosa, algo que el Estado extrae de sus arcas para regalar graciosamente al industrial que decide libremente coadyuvar a sus fines; en el fondo representa ante todo una técnica de redistribución de recursos o un instrumento no coactivo de conformación de las actividades económicas de la sociedad. A través de la misma se conceden ventajas específicas a los que realizan determinadas actividades, no obstante tales estímulos no vienen del vacío, surgen forzosamente de otras fuentes de ingreso que el Estado canaliza y que eventualmente ha obtenido coactivamente. Una subvención supone un trasvase de rentas, pues los fondos que la integran han sido aportados por diferentes sectores. Los fines perseguidos con el empleo de las subvenciones pueden ser coyunturales o estables. Fines coyunturales cuando pretenden remediar una situación transitoria, de la economía en su conjunto o de un sector determinado. La subvención no puede ser asimilada al contrato civil de donación por una serie de razones que la singularizan como un instituto de derecho público: a) el otorgamiento de la subvención de parte de la Administración se condiciona a que el administrado reúna ciertas condiciones y requisitos previamente fijados, consecuentemente su otorgamiento no es discrecional; b) la subvención una vez otorgada supone ciertos controles de la inversión de los fondos públicos, pues su otorgamiento implica la necesidad jurídica de destinar los fondos percibidos para el fin de interés público señalado por la Administración, por lo que constituye un eventual incumplimiento que el logro de tal fin no se lleve a cabo según los términos que condicionó la subvención; c) se trata de una medida en virtud de la cual la Administración logra indirectamente alcanzar un fin de interés público -medio para un fin público-; d) el estímulo se traduce en la aportación de dineros públicos al particular fomentado, los cuales pueden provenir de fondos presupuestarios ordinarios o bien de fondos obtenidos a través del cobro de impuestos, y e) la subvención por regla general nace de la ley, en cuanto constituye un beneficio, en tanto la donación nace del consentimiento de los particulares. En toda subvención existe un beneficio para el particular fomentado, pero el mismo se otorga con vistas a el logro de un fin de interés público, sea la causa de la subvención es la promoción y ayuda a actividades privadas consideradas de interés público, circunscribiéndose el Estado a la función de estímulo y de control posterior de la inversión. En suma no puede calificarse la subvención como una donación pública, pues es incompatible con la causa donandi. Si bien en la subvención existe de parte del Estado un acto de liberalidad, la misma se otorga única y exclusivamente si la empresa subvencionada sirve al interés público, es decir hay gasto público para satisfacer una necesidad pública. De considerar a la subvención como una donación se estaría dejando de lado las llamadas

c) El servicio público, el que se traduce en la prestación positiva, por parte de las Administraciones Públicas, de ciertos servicios para la satisfacción de necesidades públicas a través de una actividad técnica, regular y continua.

Según un criterio clásico o tradicional, que atiende a la naturaleza de la actividad, se distinguen las siguientes categorías dogmáticas y didácticas de Administración Pública:

a) Administración activa: Es la actividad decisoria, resolutoria, directiva u operativa, como, por ejemplo, los Ministerios, las instituciones autónomas y las municipalidades.

b) Administración consultiva: Son los dictámenes, informes, opiniones, pareceres técnico-jurídicos. Los órganos de este tipo de administración asesoran a los de la Administración activa de manera preparatoria, facilitándoles elementos de juicio o de convicción -de hecho y de derecho- para formar la manifestación de voluntad administrativa en que se traduce objetivamente el acto administrativo.

En nuestro ordenamiento jurídico podemos citar como ejemplo de administración consultiva a la Procuraduría General de la República -órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Justicia-, definida por su Ley Orgánica (No. 6815 del 27 de septiembre de 1982) como "...el órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública..."⁹⁹.

La Comisión de Energía Atómica tiene una naturaleza similar, puesto que, en la Ley Básica de Energía Atómica para Usos Pacíficos (No.

subvenciones impropias o generales que es la otorgada de entidades públicas a entidades públicas, las cuales implican una transferencia de créditos dentro del propio presupuesto."

⁹⁹ El artículo 3º, inciso b), *ibidem* al señalar una de las atribuciones de la Procuraduría General de la República, indica: "Dar los informes, dictámenes, pronunciamientos y asesoramiento que, acerca de cuestiones jurídicas, le soliciten el Estado, los entes descentralizados, los demás organismos públicos y las empresas estatales..."

4383 del 18 de agosto de 1969 y sus reformas) en su artículo 15, párrafos 2° y 4°, establece, entre otras atribuciones fundamentales, la de "2. Asesorar al Gobierno sobre la legislación necesaria para procurar una adecuada protección de los habitantes contra los peligros derivados de las radiaciones, así como en todos los asuntos de carácter técnico o legal relacionados con la energía atómica, para los que sea requerida...

4. Formular recomendaciones al Gobierno con el fin de orientar la política nacional o internacional del país en asuntos referentes a la utilización de la energía atómica."

La Autoridad Presupuestaria, que es un órgano del Poder Ejecutivo (conformado por el Ministro de Hacienda o su Viceministro, el Ministro de Planificación Nacional y Política Económica y otro ministro o su viceministro designado por el Presidente de la República), tiene una función consultiva o asesora del Presidente de la República (artículo 21 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, No. 8131 del 18 de septiembre del 2001), además de preparar o formular las directrices y lineamientos generales y específicos de política presupuestaria que serán promulgados por el Poder Ejecutivo.

c) Administración de control: Es la encargada de verificar la legalidad administrativa o de fiscalizar la conformidad, correspondencia y proporción de los actos de la Administración activa con determinados fines. Se puede subdividir y hablar de control de legitimidad y control de oportunidad o conveniencia, control preventivo, sucesivo, sustitutivo, control oficioso o a instancia de parte, control interno o externo, etc.

En el ordenamiento jurídico administrativo costarricense, el ejemplo más acabado de administración de control es el de la Contraloría General de la República, definida en el artículo 1° de su Ley Orgánica (No. 7428 del 7 de septiembre de 1994) como "...un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta ley", para el logro de ese cometido ejerce control de eficiencia, presupuestario, jurídico, etc..

d) "Administración jurisdiccional": En realidad, esta denominación es absolutamente impropia, toda vez, que como lo acotamos supra las administraciones públicas no ejercen una función jurisdiccional, por esa razón la hemos puesto entre comillas. Se suele incluir en esta categoría la actividad administrativa que, desde una perspectiva sustancial se asemeja a la jurisdiccional, puesto que, consiste en dirimir una controversia o conflicto de interés -v. gr. aplicación de una sanción disciplinaria o pecuniaria o la resolución de un recurso administrativo-.

A modo de ejemplo, podemos citar el Tribunal Fiscal Administrativo al que le compete dirimir las controversias tributarias administrativas agotando la vía administrativa (artículo 158 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios). Ese Tribunal Administrativo fue definido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia No. 97 de las 14:40 hrs. del 9 de octubre de 1987, como un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, jerárquicamente superior -jerarquía impropia- a la Dirección General de Tributación Directa. El Tribunal del Servicio Civil, también, encuadra dentro de esta categoría general (artículo 182 y siguientes del Estatuto del Servicio Civil). De igual forma, podríamos incluir aquí al resto de los tribunales administrativos como el Tribunal Ambiental, el Tribunal Aduanero Nacional, el Tribunal de Transporte Público y el Tribunal Registral Administrativo.

Empero, tales clasificaciones carecen de sustancia, aun cuando pueden ser útiles y didácticas no agregan ni quitan nada, puesto que, han surgido como consecuencia de un dogmatismo irreflexivo que puede confundir. La Administración Pública, desde una perspectiva subjetiva u objetiva -concebida como organización o aparato y función respectivamente- es siempre una sola. La función administrativa es siempre la misma, no varía, no existen criterios definitivos o absolutos para separar la Administración activa de la consultiva o de la de control de la jurisdiccional. No debe perderse de perspectiva, que los órganos de la Administración activa, además de decidir, también, controlan y los órganos de control, también, deciden, esto es, no encontraremos en la realidad órganos químicamente

puros que realicen una única y exclusiva función. Sobre la realidad única de la función administrativa se afirma que "La función administrativa será activa, consultiva, jurisdiccional o de control, según el órgano que la ejerza, pero no hay un órgano específico para cada función, ni una función administrativa específica para cada órgano administrativo; sino que...cada órgano puede ejercer más de una función..."¹⁰⁰.

Nuestra realidad jurídico-normativa, permite corroborar la anterior aseveración, así la Contraloría General de la República además de su labor de fiscalización o control ejerce una función consultiva. En efecto, el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece lo siguiente:

"La Contraloría General de la República evacuará las consultas que le dirijan los órganos parlamentarios o cuando lo soliciten al menos cinco diputados, que actúen conjuntamente, y los sujetos pasivos.

Asimismo, podrá evacuar las consultas que le dirijan los sujetos privados no contemplados en el inciso b), del artículo 4..." (ese artículo e inciso se refieren a los privados custodios o administradores de fondos y actividades públicas).

Otro ejemplo importante es el de la Administración Tributaria la cual puede, además de su carácter activo¹⁰¹, fungir como administración consultiva, así el artículo 119 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios preceptúa lo siguiente:

"Consultas. Quien tenga un interés personal y directo, puede consultar a la Administración Tributaria sobre la aplicación del derecho a una situación de hecho concreta y actual. A ese efecto, el consultante debe exponer en escrito especial, con claridad y precisión, todos los elementos constitutivos de la situación que motiva la consulta y puede así mismo expresar su opinión fundada..."

¹⁰⁰ DROMI, J.R, *Instituciones de Derecho Administrativo...*, p. 172.

¹⁰¹ El artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, al definir la Administración Tributaria dispone:

"Concepto y facultades. Se entiende por Administración Tributaria al órgano administrativo que tenga a su cargo la percepción y fiscalización de los tributos, ya se trate del Fisco o de otros entes públicos que sean sujetos activos...

Dicho órgano puede dictar normas generales para los efectos de la correcta aplicación de las leyes tributarias, dentro de los límites que fijen las disposiciones legales y reglamentarias."

En el caso de la Comisión de Energía Atómica, se dispone, además de su función consultiva, una de control, puesto que, le compete la supervisión de los programas de investigación científica encaminados al desarrollo de las aplicaciones pacíficas de la energía atómica en la agricultura, la medicina y la industria, la producción, posesión, importación, exportación, transporte y comercialización y uso de sustancias radioactivas naturales o artificiales, y de equipos e instalaciones nucleares, la prospección de yacimientos minerales radioactivos en el territorio nacional, etc. (artículo 15, párrafo 1º, incisos a, b y c, de la Ley Básica de Energía Atómica para usos pacíficos). De igual forma, tiene funciones de administración activa, puesto que, le corresponde extender licencias a personas para la producción, posesión, importación, exportación, transporte, comercialización y uso de sustancias radioactivas naturales o artificiales, o de equipos e instalaciones para su producción o utilización (artículo 15, párrafo 3º, de la Ley Básica de Energía Atómica para usos pacíficos).

Obviamente, existen otras ordenaciones que obedecen a diversos criterios. Así, de acuerdo con la estructura del órgano, se habla de Administración burocrática y colegiada. Según los efectos de sus actos, en interna o externa. Asimismo, partiendo del concepto de potestad administrativa -entendida como una manifestación específica del poder-, se subdivide la actividad de la Administración Pública en potestad imperativa o de mando (facultad de dar órdenes, instrucciones u circulares y de obligar a su efectivo cumplimiento), reglamentaria (facultad de dictar reglamentos), de ejecución o gestión (de dictar los actos para el ejercicio concreto de su obrar), sancionadora (dictado de sanciones), etc.. Sin embargo, esta clasificación se critica al carecer de sustancia, puesto que, al ser las potestades reflejo o facetas de una capacidad superior que es el poder, no existen como tales empíricamente, lo real y evidente es el poder como único y propio del Estado. Además, lo palpable es el reglamento, la sanción o el acto de ejecución pero no la potestad "per se".

Pese a las dificultades existentes, como producto de la conjugación de los principales criterios hasta ahora expuestos (sustancial, formal y el del régimen jurídico de los actos) podemos definir, desde una perspectiva

ecléctica, la función administrativa como la realizada por los órganos y entes públicos para la tutela concreta, inmediata y directa de los intereses públicos y que se encuentra sujeta a la ley.

CAPITULO QUINTO

FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1.- Teoría de las formas de manifestación de la función administrativa y de la relación jurídico-administrativa

Nuestro texto constitucional, en su ordinal 49, emplea un concepto que constituye la clave de bóveda del derecho administrativo, cual es el de "función¹⁰² administrativa". Esta noción presupone, desde una perspectiva dialéctica, el de "disfunción¹⁰³ administrativa". El término función administrativa, además de tener una connotación dinámica, engloba, al presuponer su antítesis, todas las formas jurídicas y no jurídicas de exteriorización de la Administración Pública (v. gr. las actuaciones materiales o técnicas y las omisiones).

Las administraciones públicas no se nos manifiestan, únicamente, a través de la actividad formal expresa (v. gr. actos administrativos unilaterales de efectos concretos o generales o bilaterales -contratos administrativos-) o presunta (v. gr. silencio negativo), sino, también, por medio de las actuaciones materiales de la Administración (v. gr. vía de hecho, coacción directa y coacción anómala), la inactividad material (v. gr. la no prestación de un servicio público frente al derecho subjetivo perfecto del usuario a recibirlo) y la inactividad formal (v. gr. el no dictado de un acto administrativo favorable ante la correlativa situación jurídica sustancial del administrado que lo impone).

En efecto, uno de los aspectos críticos de la dogmática jurídico-administrativa contemporánea, que denota su estancamiento, reside en que

¹⁰² El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, tomo I, 21a. edición, 1992, p.378 registra las siguientes acepciones de la palabra función "f. Capacidad de acción propia de los seres vivos y de sus órganos y de las máquinas o instrumentos. 2. Capacidad de acción o acción propia de los cargos y oficios..."

¹⁰³ El Diccionario de la Lengua Española citado, p. 760, ofrece los siguientes significados del término disfunción: "f. Fisiol. Alteración cuantitativa o cualitativa de una función orgánica. 2. fig. Desarreglo en el funcionamiento de algo, o en la función que le corresponde.

sigue girando en torno al concepto de acto administrativo como el elemento central del Poder de Policía¹⁰⁴.

Por lo anterior, se ha preconizado que el procedimiento administrativo y la relación jurídico-administrativa desplacen al acto administrativo como pivote de la dogmática jurídica¹⁰⁵. De esa forma, el acto administrativo deja de "constituir el fin del procedimiento y el principio de la tutela jurídica procesal"¹⁰⁶.

A nuestro juicio, no se trata de sustituir la desarrollada y acabada construcción dogmática de las formas jurídicas y no jurídicas de manifestación de la función administrativa (acto administrativo, contrato administrativo, actuación material, inactividad formal y material, etc.), sino de acudir a una figura que las englobe o comprenda a todas para comprender, cabalmente, la función administrativa y obtener así un control de legalidad completo, acabado y sin fisuras de toda ésta (artículo 49 de la Constitución Política). Lo que debe propugnarse es una ruptura de la preponderancia del acto administrativo, entre las diversas formas de manifestación de la actuación administrativa, y, por consiguiente, evitar que la tutela jurídica de las situaciones jurídicas sustanciales bascule, única y exclusivamente, sobre éste. Por consiguiente, la comunidad jurídica debe asumir y comprender, de una vez por todas, que el acto administrativo no es la única forma jurídica de manifestación de la actuación administrativa¹⁰⁷.

La dogmática de las formas jurídicas y no jurídicas de exteriorización de la función administrativa cumple un rol sistematizador, ordenador y didáctico, puesto que, reconduce a categorías típicas o predeterminadas la heterogénea y amorfa actuación administrativa. De esa manera, se estable-

¹⁰⁴ V. STOLLEIS (Michael), Las Líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho Administrativo en la era industrial. Documentación Administrativa. El Derecho Administrativo en Alemania Tendencias Actuales, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, No. 223, abril-junio 1993, pp. 4-5.

¹⁰⁵ V. op. ult. cit., p. 13.

¹⁰⁶ op. ult. cit., p. 14.

¹⁰⁷ V. BAUER (Hartmut), ¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo?. Documentación Administrativa, Madrid, No. 234, abril-junio 1993, pp. 141-142.

cen los presupuestos jurídicos de un determinado tipo de actuaciones formales o materiales así como sus consecuencias jurídicas. Además de ese propósito abstracto o teórico, la tipología de la función administrativa permite el cumplimiento de fines más prácticos tales como facilitar que la actuación administrativa discurra por cauces lícitos y favorecer la tutela jurídica de las situaciones jurídicas de los ciudadanos, evitando las conductas u omisiones administrativas arbitrarias. Adicionalmente, permite, en el plano positivo, determinar el régimen jurídico, el procedimiento de formación, la forma de comunicación y las vías de impugnación de la respectiva forma jurídica de manifestación, puesto que, tales factores varían de un supuesto a otro. A modo de ejemplo, tales extremos cambian según se trate de un acto administrativo unilateral de efectos individuales (acto administrativo) o de efectos generales (reglamento)¹⁰⁸.

Empero, la doctrina de las formas jurídicas y no jurídicas de manifestación de la función administrativa no está exenta de limitaciones que imponen acudir a una categoría más general como la de relación jurídico-administrativa. Así, Bauer¹⁰⁹ le ha señalado a la doctrina de las formas de manifestación de la función administrativa, las siguientes deficiencias:

a) Carece de una visión sistemática interna para incluir, por ejemplo, la denominada actuación administrativa de "mera gestión" o "informal-cooperativa"¹¹⁰, categoría criticada por ser inasible, indefinible e incontrolable al no poder reconducirse al marco de ordenación dogmática de la doctrina de las formas de actuación.

b) La insuficiente incorporación de las actuaciones concurrentes del ciudadano, al centrarse en la actuación administrativa.

¹⁰⁸ V. op. ult. cit., pp. 142-144.

¹⁰⁹ V. op. ult. cit., pp. 144-148.

¹¹⁰ "Se alude con ello a los contactos recíprocos, acuerdos, pactos previos, negociaciones posteriores y restantes arreglos entre Administración y ciudadano en el entorno de los procedimientos formalizados y de las decisiones administrativas, que, entretanto, han quedado demostrados en muchos sectores...la Administración intenta, en colaboración con el ciudadano, suprimir inseguridad jurídica, evitar largas disputas judiciales y cumplir cometidos administrativos de forma rápida, económica, efectiva y practicable." BAUER (H.), ¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo?... p. 146.

c) La captación insuficiente de la dimensión temporal, puesto que, las formas de manifestación son aspectos puntuales, parciales o si se quiere "imágenes instantáneas" de una relación en pleno curso de desarrollo.

d) La captación parcial de las relaciones jurídicas multilaterales. Si bien la dogmática tradicional ha acudido al expediente del acto administrativo de doble (bifronte) o de triple efecto, debe tomarse en consideración que en el ámbito de la Administración prestacional y no de mera intervención o limitación, son frecuentes las relaciones jurídicas en que participan una pluralidad de sujetos de Derecho.

De ahí que la doctrina de las formas de manifestación de la función administrativa, debe complementarse con la construcción dogmática de la relación jurídico-administrativa.

La relación jurídico-administrativa es la que se establece, por lo menos, entre dos sujetos, en la cual existen en cabeza de los mismos derechos y obligaciones correlativas. Las relaciones jurídicas, pueden clasificarse en función de varios criterios, verbigracia, su forma de constitución (por ley, reglamento, acto administrativo individual o concreto, contrato administrativo, etc.), duración (instantáneas o duraderas), por su objeto (personales -empleo público-, reales -permiso de uso de bienes de dominio público- o patrimoniales -prestaciones sociales, subvenciones-) o el número de sujetos que intervienen (bilaterales, trilaterales o plurilaterales -relaciones poligonales o multipolares-)¹¹¹.

En suma, la relación jurídico-administrativa constituye un aporte relevante de la doctrina alemana que sirve de instrumento cognitivo complementario, junto con las formas de manifestación de toda la función administrativa. Las relaciones jurídico-administrativas y las formas de manifestación de la función administrativa, lejos de ser conceptos contrapuestos son complementarios para una adecuada y cabal comprensión del Derecho Administrativo¹¹², y, por ende, para una acertada concepción de la función administrativa.

¹¹¹ V. op. ult. cit., pp. 152-158.

¹¹² V. op. ult. cit., pp. 153-154 y 160.

2.- Sistematización de las formas de manifestación de la función administrativa

Una forma de abordar o de aproximarse a la función administrativa lo es el análisis de las diversas formas jurídicas o metajurídicas por las que se manifiesta.

Las nociones de "acto administrativo", "reglamento", "contrato administrativo", cumplen una función metodológica, didáctica y sistematizadora en el Derecho Administrativo. Están desprovistas de caracteres dogmáticos que impongan una definición unívoca válida y verdadera, son admisibles tantas definiciones de esas categorías como sistemas doctrinarios y jurídico-positivos existen, siempre que encajen o armonicen en uno y otro.

A.- Actividad jurídica y no jurídica (actividad formal y material)

La primera gran clasificación es la que distingue entre actividad jurídica y no jurídica de la Administración Pública, esto es, entre actividad que produce o no efectos jurídicos directos. Obviamente, la de mayor interés es la primera.

B.- Actos y hechos de la Administración

La función administrativa jurídica o no, puede manifestarse mediante actos o hechos. Los actos son las declaraciones de voluntad, juicio o conocimiento de la Administración Pública, en tanto que los hechos son las actuaciones materiales u operaciones técnicas realizadas en el ejercicio de la función administrativa.

Por regla general, los hechos -actuaciones materiales u operaciones técnicas- son la prestación de un servicio público o la preparación y ejecución de un acto administrativo formal. Sin embargo, no siempre acontece así, puesto que, pueden existir actos que no son ejecutados, o hechos efectuados sin una decisión previa formal -acto administrativo previo-. La dis-

tinción entre acto y hecho no siempre es fácil, dado que, el hecho también es producto de la "voluntad" administrativa. En líneas generales, la distinción radica en que el acto se dirige al intelecto del administrado, en tanto que el hecho carece de sentido mental y se reduce a una actuación física o material. Surge, de esa forma, la distinción entre actos y hechos jurídicos y no jurídicos de la Administración.

B.1.- Actos no jurídicos

A los actos no jurídicos se les denomina también "actos de la Administración", se trata de las decisiones, declaraciones o manifestaciones intelectivas de voluntad, juicio o conocimiento, efectuadas en ejercicio de la función administrativa que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho (v. gr. invitaciones, felicitaciones, simples recomendaciones, comunicaciones, etc.)

En esta categoría suelen incluirse, asimismo, los siguientes: a) las piezas del expediente administrativo (v.gr. pericias, pruebas documentales, etc.); b) informes de oficinas técnicas o no, en los que se relatan hechos acaecidos y de conocimiento del órgano o se verifican hechos expresándose resultados, se realizan averiguaciones, etc.; c) dictámenes en los que el funcionario emite una opinión, juicio, consulta, etc. destinada a orientar el criterio de la autoridad que debe decidir. Los dictámenes forman parte de la denominada función consultiva de la administración. Los dictámenes se clasifican de la siguiente forma: a) facultativos -que pueden o no solicitarse al órgano consultivo y adoptarse libremente la decisión, coincida o no con la opinión del órgano consultivo- y b) obligatorios -es debido requerirlos-. Los obligatorios, a su vez, se subdividen en vinculantes -es necesario solicitarlos y proceder según lo aconsejado por el órgano consultivo- y semi-vinculantes -es obligatorio solicitarlos pero puede adoptarse o no la decisión recomendada-.

Debe tomarse en consideración que, en algunas situaciones, un acto de esa naturaleza produce un efecto inmediato y directo como lo es un dictamen obligatorio y vinculante emitido por un órgano de la administración

consultiva que predetermina o condiciona la decisión del órgano de la administración activa.

B.2.- Actos jurídicos

Son las declaraciones intelectivas de voluntad, juicio o conocimiento, productoras de un efecto jurídico directo e inmediato, es decir, que provocan el nacimiento, modificación o extinción de un derecho o deber jurídico de un sujeto de derecho. Serán objeto de examen más detallado y reposado infra.

B.3.- Hechos no jurídicos

Son todas las actuaciones materiales de la Administración que no producen un efecto jurídico directo, ni constituyen declaraciones intelectivas (v. gr. el funcionario municipal que diariamente barre los caños). Obviamente, no tienen relevancia para el Derecho Administrativo.

B.4.- Hechos jurídicos

El hecho administrativo incluye toda actividad o conducta, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas o materiales, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos -crea, modifica o extingue derechos y obligaciones (v. gr. responsabilidad extracontractual de la Administración Pública)-. Se trata, en esencia, de una exteriorización material. Es posible que el hecho administrativo sea la prestación de un servicio público, la preparación o ejecución de un acto o que simplemente constituya la ejecución directa de una operación material sin decisión previa (v. gr. ordenar la destrucción de un objeto es un acto, la destrucción de éste es un hecho, pero también es un hecho destruir la cosa directamente, sin previa declaración, en este último caso faltará el acto administrativo previo y estaremos ante la vía de hecho).

Otros ejemplos de la última hipótesis esbozada son los siguientes: El agente de policía que me detiene sin orden de autoridad competente; la

demolición de un edificio, por razones de seguridad, sin la decisión previa del órgano competente; el funcionario público que conduce un vehículo de uso oficial que con dolo o culpa grave choca contra el vehículo de un tercero, incurre en responsabilidad patrimonial para sí y la Administración Pública.

En este sentido, la función administrativa, a diferencia de las otras funciones estatales que se agotan con la emisión de un acto jurídico, requiere de la ejecución y el accionamiento material de los órganos de la Administración.

El hecho administrativo en sí es una actividad neutra, no es, en tesis de principio, legítima ni ilegítima, a menos que configure una vía de hecho, que comporta un obrar prohibido y lesivo para el ordenamiento jurídico. El concepto de vía de hecho, es comprensivo de todo comportamiento material que sin alcanzar o configurar una declaración de voluntad, juicio o conocimiento implica una grosera o grave violación del ordenamiento jurídico.

C.- Inactividad u omisiones de las administraciones públicas

Las omisiones de las administraciones públicas, se enmarcan en el concepto de disfunción administrativa y constituyen la otra cara de la moneda de la función administrativa. Al constituir el reverso de la función administrativa, deben ser abordadas y analizadas para una comprensión cabal de la misma. En el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho -y no únicamente de Derecho- que es el que vivimos actualmente o de la llamada Administración prestacional, las omisiones y, por consecuencia, la disfuncionalidad administrativa, asume un rol de primer orden, puesto que, la esfera vital de los administrados depende, en buena medida, de las prestaciones efectivas de los servicios públicos a tenor de los principios de continuidad, regularidad, eficiencia, eficacia, igualdad y adaptabilidad. Adicionalmente, tales prestaciones buscan suprimir las desigualdades sociales y económicas reales existentes en el cuerpo social, de tal manera que si las administraciones públicas no prestan los servicios públicos o no

dictan los actos administrativos que tienen el deber de hacerlo están afectando gravemente a los administrados.

C.1.- Omisiones no jurídicas

Existen omisiones administrativas que no producen un efecto jurídico directo e inmediato en la esfera del administrado, como podría ser la no prestación eventual y esporádica de un servicio público no esencial (v.gr. que la corporación municipal omita la recolección de basura en un solo día de los tres o dos que usualmente pasa el vehículo recolector).

C.2.- Omisiones jurídicas

Son las disfunciones administrativas que producen un efecto directo e inmediato, generalmente negativo, en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado.

D.- Hechos jurídicos o actuaciones materiales y técnicas de efectos jurídicos de las administraciones públicas

Seguidamente, exploraremos y analizaremos algunos de los ejemplos clásicos de hechos jurídicos de las administraciones públicas, esto es, de actuaciones materiales o técnicas que tienen una eficacia directa e inmediata en la esfera del administrado. Comenzaremos por los hechos jurídicos o actuaciones materiales de carácter legítimo o lícito que se realizan sin necesidad de una ley o de una potestad, una competencia o un acto administrativo previo que las habilite (v. gr. coacción directa y anómala, prestación de servicios públicos y la preparación o ejecución de los actos administrativos) para concluir con la expresión más acabada de la coacción administrativa ilegítima que es la vía de hecho.

D.1.- Coacción directa¹¹³

Tiene como antecedente una orden de cambiar la realidad y por fin su ejecución por imperativo de los hechos o de la realidad, la que determina los elementos constitutivos de tal orden (motivo, contenido y fin). Es directa, por cuanto, su justificación y contenido están dados por la realidad o circunstancias del caso, y no por un acto jurídico autorizado previamente por el ordenamiento jurídico y regulado por éste, que le sirve de título y límite. La legitimidad de la coacción directa deriva, entonces, de los hechos necesarios y suficientes que la justifican -justificación fáctica-.

La coacción directa resulta impugnable en cuanto expresión de la función administrativa cuya legalidad es el objeto del proceso contencioso administrativo (artículo 49 de la Constitución Política).

Los ejemplos típicos o clásicos son los casos de legítima defensa de la Administración -de su aparato material y personal-, los estados de necesidad con daño o amenaza a la propia Administración y a la colectividad, la prevención del delito o su persecución "in fraganti", los actos de policía general -cuando los hechos que los motivan exigen o imponen una reacción instantánea para eliminar los peligros contra el orden público-.

En nuestro ordenamiento jurídico, contamos con el *interdictum proprium*, figura que no ha sido regulada, como acontece en otras latitudes jurídicas, legislativamente -v.gr. España-, sino, más bien, desarrollada por la jurisprudencia constitucional. La Sala Constitucional ha sostenido, al respecto, que las administraciones públicas deben y pueden proteger el dominio público, frente a los ataques a éste por parte de los administrados, incluso, a través de las vías de hecho -desalojo o desocupación- cuando el particular no cuenta con un título jurídico para ocuparlo (v. gr. permiso de uso o concesión) y se ha introducido en el mismo por la vía de hecho, esto es, en tal caso "la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio". En el Voto No. 2306-91 de las 14:45 hrs. del 6 de

¹¹³ V. AGIRREAZKUENAGA (Iñaki), La coacción administrativa directa, Madrid, Ed. Civitas, 1a. edición, 1990, in totum.

noviembre de 1991, esa Sala especializada consideró lo siguiente: “En los casos en que se pretenda ejercer la ocupación por las vías de hecho, ya sea en forma pacífica o mediante hechos de fuerza, bien puede la Administración desalojarlos –a los administrados- por la misma vía, sin que sea necesario acudir a expediente alguno, ni a reglas del debido proceso, incluyendo la facultad de retirar los bienes de los sitios públicos ocupados, a reserva de ser devueltos a sus propietarios, salvo los artículos perecederos, los que por razones de protección de la salud pública, pueden ser destruidos si llegan a constituir un peligro para ese bien superior. En general, ningún derecho fundamental se puede entender vulnerado, si se trata de conservar la naturaleza y uso de los bienes públicos...”

D.2.- Coacción anómala (estados administrativos de urgencia y necesidad)

Es la otra forma de coacción legítima ejercida por la Administración que no es ejecución de un acto de base o previo que le otorgue existencia, regule y limite. Sus diferencias con la categoría anterior, son tennes, puesto que, ambas dan lugar a la coacción por urgencia.

a) Urgencia

La urgencia es la necesidad u obligación de actuar y decidir inmediata o rápidamente, para evitar, hacer cesar o reparar los daños graves a bienes importantes, mediante la desaplicación temporal del orden jurídico normal o la sustitución de éste por otro creado a la medida de las circunstancias.

Los bienes susceptibles de protección son los que encuadran en la trilogía de la policía administrativa general u orden público (seguridad -personas y cosas-, tranquilidad -calles- y salud -personas, excepcionalmente animales y plantas-).

El orden público debe reputarse como una norma implícita de competencia, transitoria y excepcional, de toda autoridad administrativa para

crear Derecho, aún con suspensión o sustitución del ordenamiento jurídico y del principio de legalidad, sobre la base del "principio de la necesidad", el cual sustituye y desplaza, en circunstancias excepcionales, al principio de legalidad.

La Administración, en un estado de urgencia, puede prescindir del orden previamente establecido de las competencias -invadiendo otras- o del procedimiento -omitiéndolo total o parcialmente¹¹⁴-, puede dictar actos carentes, en cuanto a motivo y contenido, de base en el ordenamiento jurídico existente, aún lesionando ciertos derechos fundamentales; puede innovar el elenco de las potestades existentes o transformar el ya existente, ejerciéndolas para motivos y fines diversos de los legalmente impuestos. El estado de urgencia legitima lo que, normal y ordinariamente, constituye una vía de hecho.

Nuestro ordenamiento jurídico, carece de una cláusula general que autorice la suspensión y sustitución del ordenamiento jurídico vigente por razones de urgencia, empero existen algunas leyes sectoriales.

b) Teoría de las circunstancias excepcionales

Se duda de su autonomía respecto de la urgencia, puesto que, parece ser el género o la especie. Las circunstancias excepcionales, son un conjunto fáctico que impide la aplicación del derecho normal y pone en peligro bienes jurídicos fundamentales, imponiéndole a las administraciones públicas actuar para evitarles daños y volver a la normalidad las personas y las cosas.

Si a la noción anterior se le agrega la existencia de un mal inminente y la obligación de actuar inmediata y rápidamente es posible confundirla con la urgencia. La doctrina francesa estima que la urgencia es una especie de las circunstancias excepcionales, puesto que, puede darse la suspensión

¹¹⁴ El artículo 226, párrafo 1º, LGAP ilustra sobre el punto al establecer:

"1. En casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas, podrá prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento e incluso crearse un procedimiento sustitutivo especial..." (la negrita no es del original).

o sustitución del ordenamiento jurídico vigente sin mediar un peligro inminente, y sólo por una anomalía.

Adicionalmente, se ha estimado que con las circunstancias excepcionales se tutelan condiciones de la vida nacional o de la comunidad concebida como un todo (v. gr. seguridad del Estado, salud pública, continuidad en la prestación de los servicios públicos, estabilidad monetaria, comunicaciones nacionales, etc.) en tanto que la urgencia supone la amenaza o lesión de bienes individuales -v. gr. la vida de las personas y su patrimonio, etc.-. De igual forma, se ha indicado que los estados de excepción requieren una declaración de una autoridad política o gubernamental (Estados de sitio, defensa nacional, guerra, catástrofe, emergencia, etc.) en tanto que la urgencia requiere sólo hechos que la causen independientemente de toda declaración¹¹⁵.

Ortiz Ortiz, estimó que la necesidad administrativa es el género y la urgencia administrativa la especie, la que comprende, al propio tiempo, las circunstancias excepcionales. Estas últimas sólo pueden regularse como hipótesis típicas de urgencia (estado de sitio, suspensión de garantías - artículo 121, inciso 7º, de la Constitución Política-, emergencia nacional). Bajo esa inteligencia, no hay circunstancias excepcionales sin urgencia, y aquéllas pueden tenerse como los múltiples e imprevisibles motivos que producen la urgencia administrativa. La declaratoria de existencia del estado de excepción o anomalía tiene efecto constitutivo, pero se fundamenta en la comprobación de un estado objetivo de urgencia creado por las circunstancias excepcionales.

El efecto práctico de las circunstancias excepcionales es igual que la urgencia, esto es, hacer nacer una potestad para desaplicar o sustituir el derecho vigente por uno nuevo, transitorio y anormal, ajustado a los

¹¹⁵ Esta última distinción parece tener un fuerte asidero jurídico-positivo en nuestro ordenamiento constitucional, puesto que, el artículo 121, inciso 6º, de la Constitución Política dispone al efecto que es una atribución de la Asamblea Legislativa "Autorizar al Poder Ejecutivo para **declarar el estado de defensa nacional** y para concertar la paz" (la negrita no es del original).

hechos de la crisis, y generalmente de origen administrativo cuando no gubernamental. Lógicamente, cuando el estado extraordinario está legalmente previsto y declarado, los efectos serán aquellos que indique la ley¹¹⁶.

c) Estados administrativos de necesidad y urgencia en la jurisprudencia constitucional

La Sala Constitucional en el Voto No. 3410-92 de las 14:45 hrs. del 10 de noviembre de 1992 –reiterado en el No. 1369-2001 de las 14:30 hrs. del 14 de febrero del 2001- señala que en el estado de necesidad y urgencia, por aplicación del principio “*salus populi suprema lex est*”, “V.-...el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social, que, en ocasiones, no permite esperar a que se tramite y apruebe una ley).”

Con ello se refiere al desplazamiento del principio de legalidad por el de necesidad y pone de manifiesto como el primero debe ser flexibilizado en presencia de circunstancias excepcionales o anormales.

El tribunal constitucional hace una distinción importante entre mera urgencia y estados de necesidad y urgencia, entendiendo que solo en el segundo supuesto el principio de legalidad puede verse desplazado y el orden de las competencias trastocado. Al respecto, señala que “VII.-...el artículo 180 de la Constitución Política, se refiere a verdaderos “estados de necesidad y urgencia” y no a la merca urgencia, que no es otra cosa más que la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos de cómo ha sido manejada ella misma, y, bajo este presupuesto básico, la Sala entiende que lo que el Constituyente plasmó en su norma, es la posibilidad jurídica de que la Administración mediante proce-

¹¹⁶ “Los efectos usuales de una emergencia declarada son la potestad para alterar el orden de las competencias, permitiendo que actué válidamente el órgano incompetente y aun el simple ciudadano, que puede quedar investido de las competencias públicas por obra de la anormalidad y, concretamente, convertido en depositario de la potestad de ejecución forzosa y de coacción administrativas; y la potestad para alterar o suprimir los procedimientos, en aras de la rapidez...” ORTIZ ORTIZ (Eduardo), *La vía de hecho...*, p. 29.

dimientos administrativos excepcionales, expeditos y simplificados, enfrente el estado anormal en que se llegue a encontrarse ante un evento de esa índole, y no una simple justificación de los actos que emite. De manera que la norma constitucional bajo análisis, sanciona expresamente las circunstancias de “guerra”, “conmoción interna” y “calamidad pública”, como las que pueden ser objeto de su propio tratamiento de excepción y que deben entenderse dentro de la más rancia definición de fuerza mayor o, a lo sumo, del caso fortuito, es decir, sucesos que provienen de la naturaleza, como los terremotos y las inundaciones, o de la acción del hombre, como tumultos populares, invasiones y guerra, o de la propia condición humana, como las epidemias, eventos que son sorprendivos e imprevisibles, o aunque previsibles, inevitables; se trata, en general, de situaciones anormales que no pueden ser controladas, manejadas o dominadas con las medidas ordinarias de que dispone el Gobierno. De manera que la “emergencia” que ha contemplado el artículo 180 constitucional resulta ser un concepto jurídico indeterminado, porque no se determinan exactamente sus límites, precisamente a causa de que se está refiriendo a un supuesto de la realidad, que permite concreción o precisión al momento de aplicarse y que se opone, frontalmente al concepto de la simple urgencia...

VIII.-...Constitucionalmente, lo único aceptable es que se permite un tratamiento de excepción ante la rigidez presupuestaria, con el fin de que el Poder Ejecutivo pueda obtener ágilmente suficientes recursos económicos, materiales o de otro orden, para acudir en socorro de las personas y bienes en inminente peligro, ya sea por guerra, conmoción interna o calamidad pública...”.

En este voto, la Sala declaró inconstitucional el artículo 1° de la Ley Nacional de Emergencia No 4374 del 14 de agosto de 1969 y sus reformas -actualmente derogada-, puesto que excluía los conceptos empleados por el constituyente en el ordinal 180 de “guerra”, “conmoción interna” y “calamidad pública” y los sustituía por otros tales como los de “fenómenos naturales”, “epidemia” y “acto humano”. En criterio de la Sala Constitucional, el artículo 180, párrafo 3°, de la Constitución Política es norma suficiente que no requiere desarrollo legislativo para que la Administración enfrente un estado de necesidad y urgencia, sin perjuicio de que

la ley y el reglamento desarrollen el tema pero siempre dentro del “sentido unívoco y los límites dispuestos por la norma constitucional”

Debe tomarse en consideración, que en este voto No. 3410-92, la Sala Constitucional le puso término a la práctica viciosa del Poder Ejecutivo de declarar como estado de necesidad o urgencia cualquier actividad ordinaria en la construcción, mantenimiento y rehabilitación de obras y servicios públicos (v. gr. acueductos para el suministro de agua potable, alcantarillados para la disposición de aguas servidas y excretas, recolección, tratamiento y disposición final de desechos sólidos, electrificación rural, proyectos de vivienda popular, erradicación de tugurios, caminos municipales, puentes, etc.), para ese efecto, el Poder Ejecutivo llegó a emplear conceptos jurídicos tales como los de “contingencia social” o “necesidades impostergables de bien social”. Esa práctica viciada, tenía como propósito sustraer los recursos financieros invertidos y los procedimientos administrativos de la Ley de la Administración Financiera y, en ese momento, del Reglamento de la Contratación administrativa y, en general, eludir la fiscalización ejercida por la Contraloría General de la República. Consecuentemente, en criterio de la Sala Constitucional, la prestación eficiente de los servicios públicos puede enmarcarse, a lo sumo, en el concepto de mera urgencia -no en los estados de necesidad y urgencia- el cual no puede excepcionar la aplicación de los procedimientos ordinarios. Sobre este particular, la Sala Constitucional estimó que las inversiones en servicios y obras públicas “XIX.-...escapan al concepto de “estado de necesidad y urgencia”; y por el contrario, todas ellas conforman la materia que ordinariamente debe atender, por los cauces normales de nuestro ordenamiento jurídico, toda la Administración Pública...Pero sustituir el ordenamiento jurídico vigente y aplicable, por un medio expedito que permita sustraerse de la normativa de control, no sólo resulta contrario a lo que dispone el artículo 180 de la Constitución Política, sino además, al artículo 184 ibidem, en lo que atañe a las funciones ordinarias atribuidas a la Contraloría General de la República. La Sala está obligada a distinguir, por lo expresado, entre tres conceptos: “el estado de necesidad y urgencia”, tal cual lo concibe la Constitución Política; “la urgencia” en satisfacer necesidades colectivas, motivadas en razones metajurídicas y “la urgente necesidad” de mejorar los servicios públicos, que por la misma actividad de los entes pú-

blicos y por la forma como los ha administrado, se han colocado en estado de inminente necesidad de actualización y mejoramiento. Los dos últimos son problemas atinentes a la forma cómo los concibe y realiza el Poder ejecutivo, que debe resolverlos por los cauces jurídicos ordinarios; el primero, es la excepción constitucional que no puede ser alterada, ni por ley ordinaria, ni por simples decretos.”

En lo que respecta a la competencia para declarar el estado de necesidad o urgencia, en el Voto No. 1396-2001 la Sala Constitucional consideró lo siguiente “IX.-...De conformidad con el artículo 180 párrafo 3° de la Constitución Política, el único órgano que se encuentra facultado para dictar el estado de necesidad y urgencia es el Poder Ejecutivo. Cualquier otro órgano u ente que actúe en ejercicio de esta facultad de realizar la declaratoria se arroga competencias que constitucionalmente no le son propias. Por tal razón, el acuerdo tomado por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Emergencias en el cual se declaró “emergencia nacional” la reparación de varias carreteras nacionales viola el Derecho de la Constitución, por lo que debe declararse su inconstitucionalidad.”

Evidentemente, el texto constitucional (artículo 180, párrafo 3°, de la Constitución Política) no tiene una regulación puntual de los estados de necesidad y urgencia y, en honor a la verdad, tal y como ya ha sido señalado, ese artículo constitucional tiene poca incidencia o utilidad práctica al estar referido a un supuesto muy concreto y reducido como lo es la materia presupuestaria y que la Asamblea Legislativa se encuentre en receso¹¹⁷. De esa forma, deja por fuera las hipótesis en que ocurre una emergencia o urgencia nacional y la Asamblea no está en receso, tales limitaciones y carencias ameritan su reforma parcial.

¹¹⁷ V. MURILLO (M.), *Ensayos de Derecho Público, volumen II...*, pp. 116-117.

d) Regulación normativa de los estados de necesidad y la urgencia: La Ley Nacional de Emergencia No. 7914 del 28 de septiembre de 1999 y otras leyes

La Ley Nacional de Emergencia pretende brindarle a la Administración Central un marco jurídico ágil y eficaz para prevenir y hacerle frente a las situaciones de emergencia y que garantice un manejo oportuno, coordinado y eficiente de los recursos humanos, técnicos, administrativos y económicos para proteger la vida, la integridad física y el patrimonio de los habitantes y la conservación del orden jurídico y social (artículo 2°).

El artículo 4°, inciso a), de la Ley Nacional de Emergencia, define el estado de emergencia como el "acaecimiento de una situación de guerra, conmoción interna o calamidad pública, con sucesos provenientes de la naturaleza o la acción del ser humano, imprevisibles o previsibles, pero inevitables, que no pueden ser controlados, manejados ni dominados con las potestades ordinarias de las que dispone el Gobierno". Con esta definición, el legislador se ajusta a la noción de "necesidad urgente o imprevista" y a los conceptos de guerra, conmoción interna y calamidad pública contemplados en el artículo 180, párrafo 3°, de la Constitución Política y a los lineamientos establecidos por la Sala Constitucional en el Voto No. 3410-92. Lógicamente, la ley regula, también, la prevención de las situaciones de riesgo inminente de emergencia (artículo 4°, inciso b, ibidem).

Ante tales circunstancias, le corresponde al Poder Ejecutivo declarar, por vía de decreto, el estado de emergencia en cualquier parte del territorio nacional (artículo 5° ibidem).

Tal declaratoria, debe ser "nítidamente" razonada y justificada en el respectivo decreto (artículo 5° ibidem) para lo cual deben tomarse, especialmente, en cuenta los principios de racionalidad y proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la necesidad que se pretende atender, así como el principio de necesidad urgente "según el cual el bien jurídico más débil debe ceder ante el bien jurídico más fuerte, con el menor daño posible para el primero" (artículo 3°, párrafo 1°, ibidem).

La existencia del motivo (estado de necesidad urgente) es de gran importancia, puesto que, el decreto de declaratoria de emergencia está sujeto, por expresa disposición de la ley, a los controles de constitucionalidad, discrecionalidad y legalidad previstos en el ordenamiento jurídico (artículo 5° *ibidem*).

El estado de emergencia se compone, a tenor del texto legislativo, de tres etapas (artículo 6° *ibidem*), a saber:

a) La fase inicial o crítica que es la inmediata al acaecimiento del evento. Incluye el deber de informar a la población, proteger a las personas y bienes afectados, salvar y rescatar personas y bienes, brindar asistencia sanitaria a las víctimas, atender socialmente a los damnificados y rehabilitar inmediatamente los servicios públicos esenciales.

b) La fase intermedia o de mediano plazo que supone la rehabilitación de la zona afectada (limpieza y acceso de la zona de desastre, traslado temporal de la población, construcción de refugios y aprovisionamiento).

c) La fase de conclusión que comprende la reconstrucción de las viviendas de interés social destruidas, acueductos, alcantarillados, tendido eléctrico y, en general, el restablecimiento del funcionamiento normal de los servicios públicos.

El estado de emergencia cesa, y así debe ser declarado por el Poder Ejecutivo, cuando se han cumplido las tres fases indicadas (artículo 12 *ibidem*), razón por la cual ahora es un estado definido por la ley y no por las circunstancias fácticas.

Algunas de las consecuencias del estado de emergencia se encuentran previstas en el cuerpo normativo comentado, así el artículo 8° *ibidem*, empleando una cláusula abierta, establece que el régimen de excepción comprende "...toda la actividad administrativa necesaria para resolver las imperiosas necesidades de las personas y proteger los bienes, cuando exista, inequívocamente, el nexo exigido de causalidad entre el suceso provocador del estado de emergencia y los daños provocados en efecto.". No obstante, el legislador especifica, puntualmente, algunos efectos o consecuencias específicas. Se tiene, así, la flexibilidad de la rigidez presupuesta-

ria para obtener ágilmente recursos económicos, materiales y de otro orden para atender a las personas y proteger los bienes (artículo 7º ibidem); la potestad de imponer restricciones temporales al uso de la tierra, habitabilidad, tránsito e intercambio de bienes y servicios en la zona afectada (artículo 9º); la potestad de expropiar bienes y derechos sin indemnización previa para cumplir con los propósitos de la ley -consecuencia ésta que resulta congruente con el ordinal 45 de la Constitución Política que admite la posibilidad de expropiar sin indemnización previa en "caso de guerra o conmoción interior"- (artículo 10 ibidem), y la potestad de imponer servidumbres administrativas, de ocupar temporalmente los terrenos privados comprendidos en la declaratoria para atender la emergencia y la demolición o derribo de edificaciones públicas o privadas ruinosas o deterioradas (artículo 11 ibidem).

De su parte, la Ley General de la Administración Pública prevé en su artículo 226 un procedimiento administrativo de urgencia -sin que sea necesario observar el procedimiento ordinario o sumario- al establecer lo siguiente:

"1. En casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas, podrá prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento e incluso, crearse un procedimiento sustitutivo especial.

2. El Juez podrá fiscalizar al efecto no sólo la materialidad de los hechos que motivan la urgencia sino su gravedad y proporcionalidad en relación con la dispensa o la sustitución de trámites operadas."

De igual forma, la Ley de la Contratación Administrativa No. 7494 del 2 de mayo de 1995, establece en su artículo 80 un procedimiento de contratación de urgencia -sin que sea necesario observar la licitación pública, por registro, restringida, etc.- al disponer lo siguiente:

"En casos de urgencia y para evitar lesiones al interés público, daños graves a las personas o irreparables a las cosas, se podrá prescindir de una o de todas las formalidades de los procedimientos de contratación; incluso se podrán crear procedimientos sustitutos.

En estos supuestos y para el control y la fiscalización correspondientes, la Administración está obligada a solicitar, previamente, a la Contraloría General de la República, la autorización para utilizar este mecanismo. La petición deberá resolverse dentro de los diez días hábiles siguientes. El silencio del órgano contralor no podrá interpretarse como aprobación de la solicitud."

Debemos hacer mención, también, a otras respuestas legislativas a las situaciones de emergencia o urgencia que podrían afectar la economía nacional. Así, tenemos que la Ley No. 6916 del 16 de noviembre de 1983 creó el Fondo Nacional de Contingencias Agrícolas (actualmente liquidado por la Ley de Liquidación del mismo No. 7536 del 14 de agosto de 1995 y sus reformas) con el propósito de financiar programas de asistencia a favor de los productores agrícolas afectados por desastres naturales (sequías e inundaciones) declarados por el Poder Ejecutivo como estados de emergencia.

D.3.- Prestación de servicios públicos

La prestación efectiva de los servicios públicos (salud, educación, transporte remunerado de personas, acueductos y alcantarillados, distribución eléctrica, telecomunicaciones, etc.), se traduce en la realización, por parte de los funcionarios públicos –gestión directa del servicio- o de los concesionarios –gestión indirecta del servicio-, en una serie de actuaciones u operaciones materiales o técnicas. Así, la intervención quirúrgica en uno de los hospitales de la Caja Costarricense de Seguro Social demanda una serie de actuaciones materiales científicas y técnicas del equipo médico –cirujano, anestesista, enfermeras, etc.- que la practica que no se traducen, desde luego, en actos formales –actos administrativos por escrito dictados después de observarse un procedimiento administrativo-.

D.4.- Preparación y ejecución de los actos administrativos

En la etapa de preparación de un acto administrativo formal –en el curso del procedimiento abierto para dictarlo-, puede producirse una serie de actuaciones u operaciones materiales o técnicas como, por ejemplo, el avalúo por parte de los peritos de un inmueble para efectos de dictar un decreto expropiatorio, las inspecciones efectuadas por las autoridades administrativas para la determinación de una obligación tributaria o la imposición de una sanción por violentarse las normas de protección al consumidor o de promoción de la competencia.

De igual forma, una vez dictado y firme el acto administrativo formal que le pone fin al procedimiento administrativo –sea válido o relativamente nulo-, es preciso realizar una serie de actuaciones u operaciones materiales para darle debida ejecución, aún en contra de la voluntad o resistencia del destinatario (artículos 146, párrafo 1º, y 176, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública). Es claro que nos referimos a los actos administrativos ejecutorios, es decir, que requieren de su ejecución para tener eficacia. Si el Concejo Municipal de una de las 81 municipalidades del país acuerda, después de observar un procedimiento administrativo ordinario, ordenarle a un administrado la demolición de una tapia de más de un metro que levantó entre la línea de propiedad y la de construcción o la cabina o restaurante que se edificó en el área pública de la zona marítimo terrestre (los primeros 50 metros a partir de la línea de pleamar) –ambas edificaciones ilegales de acuerdo con el ordenamiento jurídico-, debe proceder a demoler, una vez firme el acuerdo, si el administrado desacata la obligación de hacerlo –ejecución sustitutiva-. De esta manera, es claro que no es lo mismo la orden de demolición dictada por el Concejo Municipal –acto administrativo formal- que la demolición misma de las edificaciones ilegales practicadas por los trabajadores municipales –actuación material-.

D.5.- Coacción ilegítima: la vía de hecho

La vía de hecho, es una institución dogmática del derecho administrativo que posee un doble perfil, uno sustantivo o material y otro de carácter adjetivo o procesal. Desde una perspectiva sustantiva, podemos definirla como una actuación material ilícita de una administración pública que afecta o daña, directa o reflejamente, los derechos fundamentales del administrado. En lo relativo a su dimensión procesal o adjetiva, veremos que por ser la más ilegítima de las actuaciones de las administraciones públicas puede ser atacada o impugnada por el administrado desde distintos frentes o cauces procesales.

a) Noción legislativa de vía de hecho

Por muchas elucubraciones de gabinete que se efectúen, nuestro ordenamiento jurídico-positivo nos ofrece una noción de vía de hecho que debe ser el norte de toda construcción formal o sustancial atinente a esa institución. Toda elaboración dogmático-jurídica, debe edificarse sobre la base fundamental o sólida del dato normativo, sistemática y axiológicamente considerado, así como del contexto histórico en el que surge y debe aplicarse .

Cualquier creación doctrinal o jurisprudencial que ignore o le de la espalda al sentido propio de los conceptos técnico-jurídicos empleados en las proposiciones normativas, sus antecedentes históricos, sus fines, el entero ordenamiento jurídico en el que se insertan y la realidad socio-económica y política a la que se aplican (artículo 10 del Código Civil), está condenada, inexorablemente, al fracaso.

El artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública, al referirse a las vías de hecho, las define como "**...las simples actuaciones materiales de la Administración, no fundadas en un acto administrativo eficaz...**".

Nos encontramos en el terreno de la **coacción administrativa ilegítima o de las simples actuaciones materiales**, en las siguientes hipótesis:

a) Cuando no existe un acto ejecutorio de base válido y eficaz, dictado en el ejercicio de la autotutela declarativa de la Administración, que le de cobertura a las actuaciones materiales o técnicas.

b) Cuando se produce un exceso en la ejecución del acto administrativo y se va más allá de la habilitación que brinda éste (v. gr. un Concejo Municipal, después de observar el debido proceso, ordena la demolición de una pared de más de dos metros levantada en la zona de antejardín y al demoler los trabajadores municipales se exceden derribando paredes laterales que se encuentran dentro de la línea de construcción).

c) Cuando no existe un servicio público autorizado por el ordenamiento jurídico que justifique el despliegue de las actuaciones materiales.

Sobre el particular, la Ley General de la Administración Pública en su numeral 11, párrafo 1º, establece que "La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y **sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.**" (la negrita no es del original).

d) Cuando no existe una situación de hecho que justifique el ejercicio de la coacción directa para la autodefensa administrativa, prevenir los delitos o mantener el orden público.

e) Cuando no median circunstancias anormales o excepcionales que justifiquen la sustitución o desaplicación provisional del ordenamiento jurídico vigente por uno adecuado a aquellas (estado de necesidad o de urgencia administrativos).

Por consiguiente, habrá vía de hecho cuando la Administración Pública ejerce coacción sin un acto administrativo o un servicio público que le otorgue cobertura o fundamento, o bien, si no median las circunstancias propias que motivan el ejercicio de la coacción directa o anómala. Cuando se trata de las administraciones públicas, el principio general es que sólo resultan legítimas sus actuaciones opuestas a los derechos o intereses del administrado cuando son ejecución fiel y directa de un acto administrativo previo, el cual tiene que estar fundado en una potestad abstracta, concedida a la Administración por una norma expresa, sea una ley formal o un reglamento ejecutivo en virtud de los principios de legalidad y reserva de ley. Adicionalmente, entre el acto de ejercicio de la potestad y su ejecución debe mediar, para legitimar a la última, otra potestad que autorice la ejecución. Consecuentemente, para que una administración pública pueda ejercer coacción legítima –salvedad hecha de la coacción directa y anómala– debe cumplirse con la siguiente secuencia: 1º) La potestad atribuida por la Constitución o la Ley, 2º) la competencia atribuida por la Constitución o la Ley, 3º) el acto de ejercicio de la competencia, 4º) la potestad de ejecución del acto y 5º) la actuación material de ejecución.

Esa concepción legislativa encuentra respaldo en la doctrina, la cual reconoce que la "...vía de hecho se contrapone a la vía de derecho, a la vía que ordinariamente debe seguir la Administración Pública para expresar su

voluntad. **Es más, prototípicamente, la vía de hecho va acompañada normalmente de una ausencia total de formas, lo que en la mayor parte de los casos la hace poco o nada identificable con un acto administrativo...**"¹¹⁸ (la negrita no es del original).

Consecuentemente, a la luz de lo expuesto, excluimos, como manifestaciones de la vía de hecho, los actos administrativos absolutamente nulos o los que algunos han denominado inexistentes, por tratarse de actividad formal y no de actuaciones materiales.

El equívoco de alguna doctrina de incluir, dentro de la vía de hecho, los actos absolutamente nulos y los inexistentes (categoría que no existe en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, la Ley General de la Administración Pública establece como veremos infra un sistema bipartido de nulidades –nulidad absoluta y nulidad relativa- y no tripartito –nulidad absoluta, relativa e inexistencia-), obedece a la distinción que efectúa la doctrina francesa entre acto-vía de hecho y actuación material-vía de hecho. De acuerdo con los franceses, el acto constitutivo de una vía hecho es el que con daño importante a la propiedad o a los derechos fundamentales del individuo, viola el ordenamiento constitucional o administrativo, principalmente por usurpación de competencias públicas, incompetencia absoluta, inexistencia del motivo necesario para hacer posible la satisfacción o realización del fin legal del acto o de la potestad en que se funda, por desproporción entre el contenido del acto su motivo y su fin, y, en general, por toda violación grave a la propiedad o a las libertades en las zonas de la actividad administrativa donde las conculcaciones no deben ser rutinarias o frecuentes (policía de orden y seguridad). La actuación material-vía de hecho serán las simples actuaciones constitutivas de la misma.

¹¹⁸ SEVILLA MERINO (Ignacio), La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa, Madrid, Ed. Civitas, 1a. edición, 1992, p. 116.

b) Hermenéutica gramatical del artículo 357 de la LGAP

El ordinal 357, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública no incluye, bajo ningún concepto, lo que la doctrina francesa ha denominado "acto formal-vía de hecho"¹¹⁹, puesto que, su redacción habría comprendido los actos absolutamente nulos o inexistentes -si se admite esta última categoría de invalidez-. La ley reduce la noción de vía de hecho, a las simples actuaciones materiales no fundadas en un acto administrativo eficaz.

Ciertamente, la ley establece que al acto administrativo absolutamente nulo no lo cubre la presunción de validez o legitimidad (artículo 169 de la Ley General de la Administración Pública), no obstante, tales actos producen, en el plano real y empírico, una serie de efectos precarios que, ulteriormente, son removidos por los efectos declarativos y retroactivos de la declaratoria de nulidad (artículo 170 de la Ley General de la Administración Pública). El aserto precedente, de la producción de efectos por parte del acto administrativo absolutamente nulo, queda corroborado por la propia ley al establecer que su ejecución produce responsabilidad civil de la Administración, así como civil, administrativa y, eventualmente, penal del funcionario público (artículo 170, párrafo 1º, ibidem), así como que la constatación de ese vicio no puede ir en perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe (artículo 171 ibidem).

En suma, a nuestro juicio, cuando el artículo 357, párrafo 1º, ibidem emplea el término eficacia no lo hace en un sentido estrictamente jurídico sino más bien empírico, esto es, como sinónimo de "efectividad".

¹¹⁹ Para una adecuada distinción entre "actividad material-vía de hecho" y "acto-vía de hecho" v. ORTIZ ORTIZ (E.), La vía de hecho..., pp. 50-62.

c) Hermenéutica histórica del artículo 357 de la LGAP

c.1) Significado de la vía de hecho en el sistema jurídico-administrativo francés

La "*voie de fait*", como institución dogmática del Derecho Administrativo, nace en Francia. Desde un principio, la vía de hecho tiene un marcado carácter formal al funcionar como una regla de atribución y delimitación de la competencia entre la jurisdicción ordinaria o propia (jueces civiles o penales) y la mal denominada "jurisdicción administrativa" -ejercida por el Consejo de Estado Francés-.

Sobre el particular, es menester recordar que, a partir de la revolución francesa, se maneja una noción del principio de separación de funciones muy distinta a la preconizada por los ingleses. Así la Ley de 16-24 de agosto de 1790, le prohibía a la jurisdicción ordinaria o común inmiscuirse o entorpecer la actuación administrativa juzgándola¹²⁰. Por esa razón, en Francia, la justicia administrativa nace en el seno de la propia Administración activa, primero en su fase retenida (doctrina del Ministro-Juez) y, luego, en su etapa delegada (a partir de 1872). En efecto, en Francia, a diferencia de Costa Rica, el órgano -consultivo y resolutivo- que controla la legalidad de la función administrativa (Consejo de Estado) pertenece a la propia organización administrativa, a esto se le denomina sistema administrativista de justicia administrativa. En Costa Rica, en contraposición, nuestro constituyente originario de 1949 optó por un sistema judicialista donde el control de la legalidad de la función administrativa le corresponde a un orden jurisdiccional especializado adscrito al Poder Judicial. Obviamente, este último sistema resulta totalmente congruente con los principios de re-

¹²⁰ Esa ley francesa estipulaba lo siguiente: "las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, interferir por ningún medio la actividad de los cuerpos administrativos, ni citar a juicio a los administradores por razón de sus funciones" texto citado por WEIL (Prosper), Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, reimpresión de la primera edición, 1989, p. 40.

serva y de unidad de jurisdicción establecidos en nuestra Carta Magna (artículos 152-155 de la Constitución Política).

Ante los límites estrictos y rígidos que el sistema francés le impuso al Juez ordinario para juzgar a la Administración, la jurisprudencia concibió una válvula de escape para atenuar la severa separación entre autoridad judicial y administrativa¹²¹. Desde esa perspectiva, cuando la actuación administrativa es grosera, espuria o cualificadamente ilegal, por ser disconforme con el ordenamiento jurídico y afectar gravemente el derecho de propiedad o el resto de las libertades esenciales, la Administración Pública pierde sus prerrogativas y con ello su fuero especial quedando sometida a un órgano jurisdiccional, en sentido estricto, y a una normativa diferente, como si se tratara de otro particular más.

En el fondo de esta construcción dogmática francesa, subyace una desconfianza a la "justicia administrativa" impartida por el Consejo de Estado, dada su adscripción a la estructura administrativa, por lo que siempre se pensó que, potencial o actualmente, podría irrespetar las libertades públicas, aunada a su distancia e inaccesibilidad para el justiciable y a su lentitud¹²².

El principio rector que nutre la vía de hecho en el sistema jurídico francés, consiste en que el juez ordinario o común es el guardián natural de la propiedad y de la libertad¹²³. La vía de hecho, por consiguiente, creó en Francia una duplicidad de jurisdicciones -si puede llamársele así a la impar-

¹²¹ V. SEVILLA MERINO (I.), op. cit., pp. 34-35.

¹²² V. SEVILLA MERINO (I.), op. cit., pp. 29, 33, 38, 49, 116.

¹²³ En ese sentido, el artículo 66 de la Constitución Francesa de 1958 establece "Nadie puede ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, guardiana de la libertad individual, asegura el respeto a este principio en las condiciones previstas por la ley". Por su parte, el Consejo Constitucional francés en su resolución del 12 de enero de 1977, estableció que ese precepto constitucional al confiar la protección de la libertad individual a la autoridad judicial, la erige como "principio fundamental" de la Constitución. De lo anterior, la doctrina francesa dedujo la siguiente conclusión: la posible inconstitucionalidad de cualquier ley, acto o resolución judicial que le atribuya competencias en esa materia a un juez distinto del judicial, o bien, que la "jurisdicción administrativa" tiene un rol secundario en la tutela de las libertades públicas. V. SEVILLA MERINO (I.), op. cit., pp. 87-89.

tida por el Consejo de Estado- para enjuiciar a la Administración Pública, de ahí el relevante papel desplegado por el Tribunal de Conflictos francés para determinar sus contornos.

Ahora bien, conviene puntualizar que en el propio sistema francés se reconoce que el "acto formal-vía de hecho" debe ser objeto del recurso contencioso-administrativo. Así, el Tribunal de Conflictos en su "Arret Guigon" del 27 de junio de 1966, consideró que el acto administrativo absolutamente nulo puede ser residenciado, para su anulación, ante la jurisdicción ordinaria o la "administrativa", posición esta que fue avalada por el Consejo de Estado en la "Arret Thorel" del 8 de mayo de 1968, al estimar que le compete a la "jurisdicción administrativa" conocer de un acto nulo en caso de que sea constitutivo de vía de hecho¹²⁴.

Seguidamente, procederemos al análisis de los parámetros o coordenadas propias del ordenamiento jurídico costarricense que lo distancian, sustancial y enormemente, de la realidad jurídica francesa.

1º) En Costa Rica existe un sistema de justicia administrativa judicialista, esto es, el control de la legalidad de la función administrativa le corresponde a un orden jurisdiccional especializado (artículos 49 de la Constitución Política, 1, párrafo 1º, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 110, inciso 1º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial)¹²⁵.

2º) En el sistema costarricense existe, en el ámbito de la justicia administrativa, la unidad de jurisdicciones, esto es, todo proceso en el que tenga interés directo o sea parte la Administración Pública central o descentralizada, debe ser conocido, resuelto y ejecutado por el Juez Contencioso

¹²⁴ V. El análisis a esas resoluciones efectuado por SEVILLA MERINO (I.), op. cit., pp. 73-78.

¹²⁵ Afirmación que debe matizarse después de dictados los Votos de la Sala Constitucional Nos. 3095-94 de las 15:57 hrs. del 3 de agosto de 1994, 7540-94 de las 17:42 hrs. del 21 de diciembre de 1994 y 5686-95 de las 15:39 hrs. del 18 de octubre de 1995, en los que se dispuso que los jueces agrario y laboral, pueden, cuando tengan atribución legal expresa de competencia, anular un acto administrativo.

Administrativo y Civil de Hacienda (artículos 2° y 3° de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Por consiguiente, si la Administración incurre en una vía de hecho, el juez competente es el contencioso-administrativo y nunca el juez civil.

3°) En el ordenamiento jurídico costarricense la defensora o garante de los derechos fundamentales, lo es, en primer término, la Sala Constitucional (artículos 10 y 48 de la Constitución Política, 2°, inciso a, 15, 29 y 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) y, en segundo lugar, por aplicación de los principios de supremacía constitucional, vinculación más fuerte de los derechos fundamentales y la eficacia directa e inmediata del Derecho de la Constitución, los jueces de la jurisdicción común y, especialmente, el juez contencioso-administrativo¹²⁶.

4°) En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del sistema francés donde no existen procesos constitucionales para la protección de las denominadas libertades públicas¹²⁷, existen los recursos de hábeas corpus y amparo para garantizar y restablecer el goce de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Esos procesos constitucionales, se encuentran inspirados por los principios procesales de legitimación vicaria, gratuidad, sumariedad, celeridad, preferencia, informalismo, etc..

Las observaciones anteriores, nos permiten concluir que resulta imposible extrapolar, irreflexiva y acriticamente, una construcción dogmática edificada para una realidad jurídica total y absolutamente distinta de la costarricense.

¹²⁶ V. JINESTA LOBO (Ernesto), La interpretación y aplicación directa del Derecho de la Constitución por el Juez Ordinario. Revista IVSTITIA, Nos. 118-119, octubre-noviembre 1996, pp. 34-45.

¹²⁷ V. SABORIO VALVERDE (R.), Las vías de hecho de la Administración, San José, Colegio de Abogados, 1991., pp. 16-17.

c.2) Significado de la vía de hecho en el sistema jurídico-administrativo español

En el caso español, a diferencia del francés, la evolución del concepto dogmático de la vía de hecho se produce no pretorianamente sino por su desarrollo legislativo¹²⁸.

En efecto, la Ley española de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954, en su artículo 125 estipula lo siguiente:

"Siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener, recobrar para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida."

La Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (Texto refundido del 26 de julio de 1957), establecía en su artículo 38 -derogado expresamente por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-, lo siguiente:

"Contra las providencias dictadas por las autoridades administrativas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, no procede la acción interdictal."

Por su parte, los artículos 100 y 103 de la Ley del Procedimiento Administrativo del 17 de julio de 1958, también derogados por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponían:

"100. 1. La Administración pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico.

2. El órgano que ordene un acto de ejecución material estará obligado a comunicar por escrito y a requerimiento del particular interesado, la resolución que autorice la actuación administrativa."

¹²⁸ V. SEVILLA MERINO (I.), op. cit., pp. 107-108.

"103. No se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido."

Posteriormente, con fundamento en el dictamen del Consejo de Estado español del 20 de junio de 1962 y el Decreto Resolutorio de las Competencias No. 2492 del 3 de octubre de 1963, la doctrina admitió el proceso interdictal para tutelar cualquier libertad individual y no solo la propiedad privada.

La Constitución Española del 27 de diciembre de 1978, estableció en su artículo 53, párrafo 2º, que cualquier ciudadano podrá racabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 ibidem "...por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...".

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 del 3 de octubre, establece que el recurso de amparo es admisible, entre otros aspectos, si se ha agotado la "vía judicial procedente" (artículo 43, párrafo 1º). En sus artículos 41, párrafo 2º, y 43, párrafo 1º, establece que el recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades "originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho" de los poderes públicos. Asimismo, esa ley estableció en la Segunda Disposición Transitoria, párrafo 2º, que "En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección Segunda de la Ley 62/1978, 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2, de la Constitución."

La Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona 62/1978 del 26 de diciembre, al diseñar un proceso conten-

cioso-administrativo especial contra los actos y disposiciones de la Administración que afecten el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, contiene ventajas tales como el carácter facultativo del agotamiento de la vía administrativa y la regla -no excepción- de la suspensión de la ejecución.

Evidentemente, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa¹²⁹ y del proceso especial de la ley 62/1978, impiden, en buena parte, que exista una jurisprudencia contencioso-administrativa acabada sobre la vía de hecho, puesto que, para atacarla en el proceso ordinario o especial debe ser reconvertida en un acto administrativo formal. Ahora bien, la doctrina estima que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al regular ampliamente, en sus artículos 41, párrafo 2º, y 43, párrafo 3º, su objeto de impugnación (los actos jurídicos y las actuaciones materiales) vino también a ampliar el radio de acción de la vía judicial previa al amparo, esto es, de los procesos contencioso administrativo ordinario y del especial¹³⁰.

Por último, la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992 de 26 de noviembre, en su ordinal 101 titulado "Prohibición de interdictos" estipula lo siguiente:

"No se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido."

Queda patente, de esta forma, que la ley y la doctrina españolas distinguen correctamente entre actividad formal (actos jurídicos) y actuación material (coacción legítima o ilegítima) de la Administración Pública.

¹²⁹ SEVILLA MERINO manifiesta que "El juez administrativo no puede sancionar la vía de hecho como tal, ni tampoco declarar la existencia de una vía de hecho. Sólo puede anular los actos que han dado lugar a la vía de hecho, incluso, en los casos más flagrantes, en aquellos en que es imprescindible rastrear el menor atisbo de actividad de la Administración, opta por provocar el acto para tener algo formalmente sólido en que apoyar su decisión." op. cit., pp. 146-147.

¹³⁰ V. SEVILLA MERINO (I.), op. cit., pp. 126-128.

Incluso, un sector importante de la doctrina española estima, con aguda y fundada argumentación, que la vía de hecho no se puede dar fuera de la ejecución material¹³¹.

El propio Tribunal Constitucional español, ha deslindado meridianamente la diferencia esencial entre la actividad formal y la actuación material de la Administración Pública. Así, ha estimado que "...por vías de hecho hay que entender los actos de los funcionarios y de los agentes de la Administración, faltos de cobertura legal y de cobertura concreta en un título jurídico..."¹³². De esa forma, el Tribunal Constitucional Español reserva la expresión vía de hecho para las actuaciones materiales realizadas sin la preceptiva cobertura legal, sin norma o principio habilitante y sin acto previo.

c.3.- Antecedentes legislativos inmediatos del artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública.

Cuando Eduardo Ortiz Ortiz compareció ante la Comisión Legislativa que conoció del proyecto de la Ley General de la Administración Pública, externó una serie de ideas sobre el ordinal 357, que nos permiten desentrañar la voluntad o intención del legislador, veamos:

"Esto tiene por objeto contemplar lo que llaman los franceses vía de hecho, que es cuando la Administración sin adoptar ningún acto jurídico previo, por ejemplo, procede una expropiación, y realiza la expropiación sin haber agotado el trámite, ni siquiera haber dictado un decreto de expropiación, simplemente viene violando la Constitución y la ley y se apodera de una propiedad privada, o bien supóngase que en Costa Rica, se apoderan de un periódico. Nosotros sostendremos que en esos casos, en donde no hay una resolución administrativa previa que justifique la actuación material, que está saliendo la

¹³¹ V. GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid, Ed. Civitas, 1988, p. 611. SEVILLA MERINO, sostiene al respecto "En general, la vía de hecho administrativa se produce como consecuencia de una ejecución material no precedida de acto administrativo...en nuestro Derecho la hipótesis de una vía de hecho constituida por un acto al margen de su ejecución constituye casi un experimento de laboratorio...que, en realidad, no son sino excepciones a la regla; la vía de hecho se desenvuelve en el ámbito de la ejecución de los actos o de actos materiales que no ejecutan actos jurídicos." op. cit., pp. 195 y 200.

¹³² Sentencia No. 22/1984, fundamento jurídico 1º.

Administración de su cauce propio, que está actuando en una forma arbitraria. En consecuencia, para pararlo será posible la vía interdictal. Cosa que en la doctrina está más o menos excluido, excepto en casos excepcionales como este. **Es un remedio rápido expedito que se da contra la Administración cuando esta puede actuar en forma arbitraria sin ningún fundamento jurídico que justifique su actuación material en perjuicio del particular.** Por ejemplo, la clausura del cine, la expropiación sin decreto de expropiación, decomiso de un periódico, un remate sin que haya deuda. En esos casos ponemos remedio expedito contra la Administración en el sentido de que no exigimos que haya agotamiento de la vía administrativa...¹³³ (la negrita no es del original).

Esa transcripción de las palabras pronunciadas por Ortiz Ortiz, confirman nuestra interpretación, esto es, que el numeral 357 de la Ley General de la Administración Pública no cubre la hipótesis del "acto administrativo-vía de hecho", puesto que, en tal circunstancia, hay un acto administrativo previo -actividad formal- que le da fundamento a la actuación material. Esto es, el artículo 357 ibidem sólo cubre el supuesto de la "actuación material-vía de hecho".

c.4.- Contexto histórico-jurídico existente al momento de promulgarse la Ley General de la Administración Pública

Para comprender a cabalidad el artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública, es menester considerar, asimismo, el contexto histórico-jurídico en que fue promulgada.

La Ley General de la Administración Pública No. 6227 del 2 de mayo de 1978, fue dictada cuando en nuestro ordenamiento jurídico estaba en vigor la Ley de Amparo No. 1161 del 2 de junio de 1950 y sus reformas. De conformidad con ese cuerpo normativo, el recurso de amparo procedía contra "...toda disposición, acto o resolución y, en general, contra toda acción u omisión que haya violado, viole o amenace violar..." los

¹³³ Ley General de la Administración Pública, concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional (a cargo de Roberto Quirós Coronado), San José, Editorial, Aselex, 1996, p. 409.

derechos consagrados en la Constitución (artículo 2°). Empero, el recurso de amparo presentaba las siguientes deficiencias o carencias:

a) Debía agotarse la vía administrativa (artículo 3°, inciso d, ibidem).

b) La suspensión de la ejecución no operaba de pleno derecho, sino que la Corte Plena o el Juez Penal podían, excepcionalmente, decretar esa medida cautelar (artículo 13° ibidem).

c) El recurso de amparo era conocido por órganos jurisdiccionales no especializados en el ámbito del Derecho Público como la Corte Plena - para los interpuestos contra el Presidente de la República, los Ministros de Gobierno, Gobernadores de Provincia, Comandantes de Plaza y Director General de la Guardia Civil- o los jueces penales -para los demás casos- (artículos 6° y 14 ibidem).

d) No se contemplaba, dentro del radio de control del recurso de amparo, las simples actuaciones materiales no fundadas en un acto administrativo eficaz.

e) De forma congruente con lo anteriormente apuntado, no se establecía una cláusula residual o norma de cierre para dictar medidas precautorias diferentes a la suspensión de la ejecución, tendientes a garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia que resolviera definitivamente el amparo.

El "status quo" cambió, sustancialmente, para bien de todos los costarricenses, con la reforma constitucional parcial a los artículos 10 y 48 de la Constitución Política por virtud de la Ley No. 7128 del 18 de agosto de 1989 y con la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional No. 7135 del 11 de octubre de 1989. Veamos las ventajas de la nueva concepción legislativa del recurso de amparo:

a) El agotamiento de la vía administrativa deja de ser un presupuesto procesal y pasa a ser un requisito optativo para el recurrente (artículo 31 Ley de la Jurisdicción Constitucional).

b) La suspensión de la ejecución del acto concreto impugnado opera de pleno derecho (artículo 41, párrafos 1° y 3°, ibidem).

c) El recurso de amparo es de conocimiento de la Sala Constitucional, órgano especializado en la tutela de los Derechos Fundamentales y en el control de la constitucionalidad (artículos 10, 48 de la Constitución Política, 2, inciso a, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

d) Se contempla, dentro del objeto del recurso de amparo, la vía de hecho, esto es, la "...simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos" (artículo 29, párrafo segundo, ibidem).

e) Al ser susceptible de impugnarse en el recurso de amparo las omisiones y simples actuaciones materiales de la Administración Pública, el legislador consagró una cláusula residual o norma en blanco para que el Presidente o Magistrado instructor dicte "...cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo conforme con las circunstancias del caso" (artículo 41, párrafo 4º, ibidem). Esta norma de clausura del sistema cautelar en el recurso de amparo, le permite al Juez Constitucional decretar cualquier medida precautoria, distinta a la suspensión de la ejecución, tendiente a garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de mérito. De consiguiente, si se impugna una simple actuación material, el Presidente o Magistrado instructor puede ordenar, provisoriamente, su cesación o detención inmediata.

d) Hermenéutica sistemática del artículo 357 de la LGAP

Si se considera de forma conjunta el entero ordenamiento jurídico costarricense, salta a la vista que existe una multiplicidad de cauces procesales para impugnar una simple actuación material de la Administración que resulta lesiva para las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados. En efecto, para una simple actuación material ("actuación material-vía de hecho"), el justiciable puede impetrar justicia pronta y cumplida mediante los siguientes mecanismos procesales:

1º) El proceso sumario interdictal (artículos 357 Ley General de la Administración Pública; 3º, párrafo 1º, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 110, inciso 2º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 432, inciso 3º, y 457-476 del Código Procesal Civil)¹³⁴.

2º) El proceso ordinario civil de hacienda (artículos 357 Ley General de la Administración Pública; 2º, inciso c, 3º, párrafo 1º, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 110, inciso 2º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

3º) El recurso de amparo (artículos 48 de la Constitución Política; 2º, inciso a, y 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Al constituir la vía de hecho una actuación material gravemente antijurídica por lesionar derechos fundamentales de los administrados, el ordenamiento jurídico reacciona con instrumentos procesales anormales respecto de aquellos que son los usuales para evitar, hacer cesar o reparar los daños producidos. Así, el artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública recoge dos instrumentos procesales anómalos o excepcionales que son los siguientes: a) la eliminación del presupuesto procesal

¹³⁴ La Sala Constitucional en sus Votos 3035-96 de las 10:51 hrs., 3036-96 de las 10:44 hrs., 3037-96 de las 10:55 hrs. y 3038 de las 11 hrs., todos del 21 de junio de 1996, sostuvo lo siguiente:

"El interdicto, para oponerse a las simples actuaciones materiales de la Administración (vías de hecho), según lo dispone el artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública, es vía idónea para combatir esos actos arbitrarios, y desde luego, ilegítimos, como desarrollo del principio contenido en el artículo 49 constitucional, sin que esto implique confundir los alcances del interdicto, como remedio procesal para combatir simples actuaciones materiales de la Administración, con el amparo que se ejerce ante la Jurisdicción Constitucional. Debe tenerse presente que esta Sala no ejerce control de mera legalidad sobre la Administración, puesto que la propia Constitución Política le atribuye solamente el ejercicio de la justicia constitucional (artículos 10, 48 y 128)...

"...los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para garantizar directamente los derechos y libertades fundamentales frente a las vías de hecho y, en general, a los actos o normas de la Administración; competencia que les corresponden concurrentemente con la de amparo encomendada a esta Jurisdicción Constitucional y, desde luego, sin perjuicio de la supremacía de esta última y de la vinculariedad de sus precedentes y jurisprudencia..."

A propósito de esos Votos, V. JINESTA LOBO (Ernesto), La interpretación y aplicación directas del Derecho de la Constitución por el juez ordinario. IVSTITIA, año 10, Nos. 118-119, octubre-noviembre 1996, pp. 34-45.

para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa del agotamiento previo de la vía administrativa establecido en los artículos 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 548 del Código Procesal Civil -para el caso del ordinario civil de hacienda y el interdicto, puesto que, para el amparo la propia Ley de la Jurisdicción Constitucional exime de ese requisito- y b) la posibilidad que se le brinda al administrado de impugnar la vía de hecho, y, por consiguiente, de demandar a la Administración Pública, en un proceso sumario interdictal (artículos 3º, párrafo 1º, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 432, inciso 3, 457 y siguientes del Código Procesal Civil) como si de otro particular se tratara.

Ahora bien, si se trata de la impugnación de lo que se denomina "acto administrativo-vía de hecho", dado su carácter absolutamente nulo o inexistente -si se admite esta última categoría de invalidez-, el administrado puede requerir tutela judicial efectiva a través de las siguientes vías procesales:

1º El proceso ordinario contencioso-administrativo (artículos 49 de la Constitución Política; 1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 110, inciso 1º, Ley Orgánica del Poder Judicial).

2º El recurso de amparo.

E.- Actividad formal

La actividad formal de las administraciones públicas, está referida a la que se desarrolla por escrito y a través del cauce de un procedimiento administrativo previo que finaliza con el dictado del acto final. Precisamente, el carácter escrito y el procedimiento previo son los factores que determinan la formalidad de la actividad.

E.1.- Actividad formal unilateral

Dentro de los actos unilaterales de las administraciones públicas los hay unos, la mayoría, de efectos concretos (v.gr. acuerdos, resoluciones

administrativas, decretos, etc.) y otros de alcance general como los reglamentos.

a) Acto administrativo

El capítulo siguiente está destinado en exclusiva para el análisis y desarrollo de los contornos del acto administrativo unilateral.

b) Reglamento

En el seno de los actos unilaterales debe, distinguirse entre los que producen efectos jurídicos de alcance general y normativo (para una serie indeterminada de casos) y los que generan efectos de alcance concreto e individual. Los primeros, son los denominados decretos reglamentarios o reglamentos, que tienen un régimen jurídico específico y una denominación propia, razón por la cual muchos autores reservan la denominación "acto administrativo" para los actos jurídicos unilaterales.

E.2.- Actividad formal bilateral o plurilateral (contratos administrativos)

Dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos existe una diferencia de régimen entre los que se realizan de común acuerdo entre la Administración y otro sujeto de derecho, para regular derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la Administración. Los primeros son los contratos administrativos que tienen un régimen jurídico propio diferenciado y autónomo.

En nuestro ordenamiento jurídico, la actividad contractual desplegada por los órganos de los Poderes Ejecutivo, Judicial y Legislativo, Tribunal Supremo de Elecciones, Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial, institucional y corporativo está sometida y regida por la ley de la contratación adminis-

trativa (No. 7494 del 2 de mayo de 1995 y sus reformas)¹³⁵ y su reglamento general (Decreto Ejecutivo No. 25038-H del 7 de marzo de 1996) - artículos 1º, párrafo 1º, 3º, párrafo 1º, Ley de la Contratación Administrativa, 1º y 2º de su Reglamento General-.

Por razones didácticas y jurídico-positivas, reservaremos el término acto administrativo para los actos jurídicos unilaterales de la Administración, puesto que, los bilaterales o plurilaterales tienen una denominación y un régimen jurídico propios.

F.- Inactividad jurídica forma o material

Hemos indicado que las omisiones de las administraciones públicas se enmarcan en el concepto de disfunción administrativa. Seguidamente, expondremos las dos grandes especies del género que tienen relevancia jurídica, esto es, la inactividad material y la formal.

La inactividad de la Administración Pública se produce de distintas y variadas maneras, veamos:

a) La no producción de un acto administrativo formal, esta variante se aproxima un poco a la inactividad formal. Se produce cuando la Administración Pública incumple su obligación de dictar un acto administrativo.

¹³⁵ La Ley de la Contratación Administrativa exceptúa de los procedimientos de contratación en ella previstos las siguientes actividades (artículo 2º, reformado por la ley No. 7612 del 22 de julio de 1996): 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 sujetos del Derecho Internacional Público, c) la actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público; d) la actividad contractual que, por su naturaleza, las circunstancias concurrentes o su escasa cuantía, no se pueda o no convenga someterla a concurso público sea porque solo hay un único proveedor, por razones especiales de seguridad, urgencia apremiante u otras igualmente calificadas, de acuerdo con el reglamento a la ley; e) las compras efectuadas con fondos de caja chica; f) las contrataciones realizadas 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; h) las actividades que por resolución motivada autorice la Contraloría General de la República, al existir suficientes motivos de interés público.

En este supuesto, se plantean dos opciones para solventar la situación: a) Que la Administración Pública dicte directamente el acto omitido, b) Que la Jurisdicción Contencioso Administrativa le ordene dictarlo (con o sin criterios de contenido).

b) La inactividad de la Administración en el dictado de normas o disposiciones generales, sobre todo cuando la ley le ordena o autoriza a la Administración Pública dictar un reglamento ejecutivo. Si la Administración Pública no emite el reglamento, la ley no puede producir efecto alguno e, incluso, puede llegar al extremo de extinguirse la voluntad legislativa y, eventualmente, se pueden quebrantar las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados derivadas de la ley.

c) La inactividad de la Administración Pública en la creación de órganos imprescindibles para el cumplimiento de tareas que ley les ha encomendado.

d) La inactividad en la prestación de servicios públicos, es decir, la no realización material de prestaciones comprometidas en el servicio.

e) El no ejercicio, por parte de la Administración Pública, de las acciones correspondientes para la defensa de los derechos e intereses que tiene encomendados.

f) La inactividad en la fase de ejecución de sentencias.

Pese a la multiplicidad de ejemplos, la doctrina ha propuesto una precisión tipológica más rigurosa, veamos:

F.1.- Inactividad formal o silencial

Es la producida en el seno de un procedimiento administrativo en el cual el administrado ha requerido el dictado de un acto administrativo. Esa petición formal, nunca obtiene respuesta o se "responde" con silencio. Su tratamiento legal es el del silencio administrativo -positivo y negativo-, por lo que el legislador procura reconvertir este tipo de inactividad material en

formal, mediante la ficción del acto presunto. La técnica de reconversión de una omisión en un acto presunto por silencio se justifica en el contexto de una jurisdicción contencioso administrativa revisora u objetiva.

F.2.- Inactividad material

Existe inactividad material, fundamentalmente, cuando la administración pública omite una actuación material o técnica. Este tipo de inactividad puede ser de signo negativo o positivo.

a) Inactividad material negativa

Este tipo de inactividad de la Administración Pública se produce fuera del contexto de un procedimiento administrativo. Tiene una relevancia jurídica especial cuando existe para la Administración Pública una obligación de actuar, impuesta, directamente, por las normas o por un acto de autovinculación o cuando media un derecho subjetivo perfecto del administrado. Esta categoría se subdivide, a su vez, en las siguientes:

a.1) Inactividad material jurídica

Se produce en ausencia de un acto jurídico -acto de alcance concreto o general-. Este supuesto es fácil, en algunas ocasiones, reconvertirlo en inactividad formal. Un ejemplo sería las hipótesis en que una Ley le fija al Poder Ejecutivo un plazo para reglamentar su ejecución (reglamento ejecutivo) -hipótesis en que la potestad reglamentaria deja de ser discrecional para ser vinculada- y ese órgano incumple con el imperativo fijado por el legislador.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Sala Constitucional, en varias ocasiones, ha declarado con lugar recursos de amparo por la omisión del Poder Ejecutivo en la reglamentación cuando la impone la Ley. Así, en el Voto No. 634-98 consideró lo siguiente "Cuando se requiere reglamentar una ley, el Poder Ejecutivo debe utilizar plazos razonables, todo con el fin de no perjudicar intereses de terceros, y cumplir con su obligación de regu-

lar materias que...son propias de la función social del Estado. No se justifica en absoluto, y más bien resulta abusivo, que el Estado, en un plazo de quince años aún no haya procedido a realizar la reglamentación requerida por una ley, sea cual sea el objeto de su regulación, pues si el legislador al crear la ley consideró necesaria su reglamentación, y ello fue aprobado por el Poder Ejecutivo, éste debe proceder como la misma ley prevé, de lo contrario estaría incumpliendo una obligación que él mismo aceptó adquirir.”

Ese órgano especializado de la Corte Suprema de Justicia, ha reconocido que la omisión en reglamentar una ley puede provocar “...un menoscabo a las garantías fundamentales de quién recurre, pues la falta de reglamentación repercute en el reconocimiento de un derecho o en el otorgamiento de una concreta prestación” (Voto No. 3528-97).

a.2) Inactividad material fáctica

No presupone la existencia de un acto administrativo previo, ni el administrado pretende la emisión de uno. Esta hipótesis no es fácil reconducirla a la inactividad formal, puesto que, la pretensión del administrado no se satisface con la emisión o dictado de un acto administrativo, además, normalmente, están en juego intereses generales o colectivos (v. gr. la omisión en la prestación de un servicio público).

b) Inactividad material positiva

Esta expresión parece ser un contrasentido, pero para efectos conceptuales debe tenerse en cuenta. Entran en esta categoría, los casos en que la Administración Pública al desplegar una actuación material, le produce daños o perjuicios a un administrado o un grupo de ellos y no hace nada por evitarlos, pese a la denuncia de los particulares (v. gr. un relleno sanitario municipal puede causar malos olores, un espectáculo público -cultural- o servicio público -recolección de basura- puede generar un ruido superior al permitido por el ordenamiento jurídico, etc.).

c) Inactividad de efectos trilaterales

Cuando se piensa en la inactividad, se tiende a creer que produce efectos, únicamente, entre la Administración inactiva y el particular. Empero, es frecuente que los efectos de la inactividad repercutan sobre terceros. Sucede lo anterior, a manera de ejemplo, cuando la Administración no prohíbe el ejercicio de una actividad privada ruidosa o maloliente que perjudica a los vecinos.

CAPITULO SEXTO

ACTO ADMINISTRATIVO

1.- Alcances del concepto

La decisión administrativa no solo se expresa mediante operaciones materiales, sino también por medio de declaraciones intelectuales de origen unilateral o bilateral, de alcance individual o general y de efectos directos o indirectos.

Debe tenerse claro que no existe una definición jurídico-positiva preestablecida de acto administrativo, sino un conjunto de normas jurídicas que rigen su formación, ejecución, patología y extinción y que constituyen su régimen jurídico. A partir del análisis y sistematización de ese régimen puede inducirse una definición relativamente adecuada de acto administrativo.

La definición de acto administrativo no es un asunto pacífico en la doctrina y en la legislación, dado que, existen diversas orientaciones sobre los alcances y los límites de tal categoría dogmática. Veamos:

a) Actuaciones materiales de la Administración.

Algún sector doctrinal estima que deben incluirse en el concepto de acto administrativo las actuaciones materiales de la administración -hechos jurídicos productores de efectos directos-. Es, precisamente, en este punto donde cobra utilidad la distinción que efectuamos supra entre hechos y actos administrativos.

Una simple actuación material de la Administración resulta, en tesis de principio, insuficiente para determinar cuál es la opinión o criterio de la administración. Por esa razón, se afirma que la "voluntad administrativa" sólo estará claramente especificada a través de actos formales, puesto que, si bien la voluntad puede inferirse de ciertos comportamientos materiales o técnicos de sentido unívoco de la Administración Pública, éstos no ofrecen la certeza de una manifestación expresa.

Existe una diferencia entre los efectos jurídicos emanados de un acto formal y de un hecho administrativo –actuación material-. El acto produce, como efecto principal y fundamental, la modificación del orden jurídico, creando derechos o deberes en cabeza de otros sujetos de derecho; el hecho produce efectos jurídicos más débiles, y se estima que resulta inoperante para generarle deberes al administrado ante la Administración, dado que, se trata de una mera operación material que no manifiesta formalmente una decisión o declaración administrativa. De otra parte, se señala que los actos administrativos válidos o anulables gozan de la presunción de legalidad o validez, no así los hechos administrativos.

Consecuentemente, se justifica tal distinción, sin que ello suponga que el administrado debe quedar desprotegido ante las operaciones materiales de la Administración Pública, al contrario, debe propiciarse la extensión de la tutela jurisdiccional al mayor número de situaciones.

El acto administrativo, como se indicó supra, es una declaración que supone una exteriorización intelectual y no material, a diferencia del hecho. Donde podrían surgir confusiones es al momento de la ejecución del acto, que supone, ordinariamente, una actuación material o cuando un hecho pone de manifiesto una decisión (v. gr. la decisión del agente de policía de detener a una persona que perturba el orden público se manifiesta cuando la detiene y la conduce a la Comisaría). Ahora bien, también pueden existir actos administrativos que no son ejecutados o hechos realizados sin una decisión previa formal. Lo que sí está claro es que la ejecución material es, siempre, un hecho, tanto cuando se ejecuta un acto administrativo como cuando falta éste. Así, ordenar la detención de una persona o aprobar la efectuada por un agente inferior es un acto, decidir por sí y comunicar al administrado que se va a detener es un acto, la detención en sí misma es, siempre, un hecho que puede estar o no precedida de un acto administrativo.

El acto administrativo se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad, juicio o conocimiento, dirigidas al intelecto del administrado, mediante la palabra oral o escrita, o de signos con un conte-

nido convencional o ideográfico, el hecho carece de sentido mental y se traduce en una actuación física material o técnica.

Las operaciones materiales, a diferencia de las declaraciones, se caracterizan por ser una conducta física o técnica -no formulaciones lógicas que traducen un contenido de voluntad, juicio o conocimiento- que producen una modificación en el mundo causal de los hechos pero no en el jurídico.

Esas operaciones materiales, como se ha venido sosteniendo, pueden desempeñar algunos de los siguientes roles:

1) Como instrumento de preparación de un acto administrativo (v. gr. recolección de informes acerca de la repercusión en el orden y la tranquilidad de un bar para proceder o no a su clausura, el avalúo de una finca para su futura expropiación por el Estado).

2) Como instrumento para ejecutar un acto administrativo (v. gr. demolición de una obra levantada y construida sin los permisos municipales; la vacunación masiva ordenada por el Ministerio de Salud ante una epidemia).

3) Como instrumento de ejecución o prestación de un servicio público (v. gr. la conducción de los autobuses, la operación y manejo de una central eléctrica, etc.).

Por las razones apuntadas arriba, en algunos ordenamientos jurídicos los comportamientos materiales no pueden, en tesis de principio, constituir modos de expresión de un acto administrativo ni de su voluntad. En ese sentido, se ha negado la posibilidad de los actos administrativos tácitos, los cuales se manifiestan a través de una conducta destinada a producir un efecto real que permite inferir la voluntad de la Administración de producir un efecto jurídico. Desde esa perspectiva, la actuación material de la Administración puede darse sólo en relación con un acto jurídico de ésta (para prepararlo o ejecutarlo). De consiguiente, los actos materiales autónomos que no presenten tal relación están prohibidos por innecesarios e injustificados, salvo que estén autorizados por la ley o la organización de un servi-

cio público encargado de realizarlos. Una operación material autónoma carece de vínculo con el interés público, y se trata de una conducta proscrita por el principio de adherencia al fin, que le impone al ente público omitir toda actuación que se distraiga del fin que le está normativamente impuesto.

En tales sistemas jurídicos, el acto administrativo tácito puede darse cuando sea necesario e inevitable por razones de urgencia. Así, en situaciones de necesidad la autoridad puede proceder a la ejecución de un acto sin haberlo dictado o lo dicta sin observar las formalidades de ley. La premura de la situación, permite suponer que la Administración Pública adoptó tal acto y que lo expresa, indirectamente, a través de la ejecución. Incluso, se sostiene que en tal hipótesis, el acto tácito es una ficción, puesto que, puede arribarse a igual conclusión si se admite que en estado de necesidad administrativa es factible desarrollar una conducta material sin otra base jurídica que la propia necesidad -independientemente de una ley o acto jurídico-.

No obstante lo señalado, en nuestro ordenamiento jurídico, el acto tácito sí se encuentra regulado, aunque de forma excepcional, en el artículo 137 de la Ley General de la Administración Pública, tal y como lo veremos en detalle infra dentro de las formas de manifestación de los actos administrativos.

b) Declaraciones administrativas de todo tipo.

Se estima que el acto administrativo comprende las declaraciones unilaterales y bilaterales, individuales y generales, con efectos directos o indirectos, excluyendo las actuaciones materiales. La noción de acto administrativo comprende, desde esta perspectiva, los simples actos, reglamentos y contratos administrativos.

c) Declaraciones administrativas unilaterales, bilaterales, individuales y generales, con efectos jurídicos directos.

Se excluyen las declaraciones administrativas que no tienen un efec-

to directo (invitaciones, simples comunicaciones, etc.).

d) Declaraciones administrativas unilaterales, individuales y generales, con efectos directos.

Se excluye del concepto de acto administrativo los contratos administrativos, por constituir declaraciones bilaterales, y se incluye, eso sí, el reglamento. Esta parece ser la orientación más congruente con el concepto de acto administrativo manejado por nuestra Ley General de la Administración Pública, la que, al clasificar los actos externos -destinados al administrado-, los subdivide en concretos y generales, según vayan o no destinados a un sujeto identificado.

e) Declaraciones administrativas unilaterales e individuales, con efectos directos.

Se excluyen, de esta forma, los reglamentos administrativos -actos unilaterales de alcance general- y los contratos administrativos -actos bilaterales o plurilaterales-. Esta postura doctrinal riñe, frontalmente, con la noción jurídico-positiva que maneja nuestra Ley General de la Administración Pública, la cual es comprensiva de los actos administrativos de alcance individual y general.

2.- Definición de acto administrativo

A continuación ofrecemos la definición de acto administrativo que estimamos más adecuada a nuestra realidad jurídica-positiva. El acto administrativo es una **declaración unilateral de voluntad, conocimiento o juicio** efectuada en el **ejercicio de la función administrativa**, que produce **efectos jurídicos concretos o generales**, de alcance normativo o no, en **forma directa o inmediata**.

De esta definición podemos extraer, a nuestro juicio, varios corolarios de importancia:

1º) No existe en la dogmática del Derecho Administrativo y en la legislación administrativa costarricense una expresión genérica, omnicomprendensiva de la totalidad de los actos jurídicos de la Administración Pública que producen efectos directos, dado que, el término "acto administrativo" se debe aplicar, por razones de "*iure conditio*", a los unilaterales de carácter concreto o general de alcance normativo o no.

2º) El concepto de acto administrativo, por razones doctrinales y legislativas, tiene una cobertura restringida, puesto que, las formas jurídicas de exteriorización de la función administrativa, como lo vimos supra, son el acto, el hecho, el simple acto, el reglamento y el contrato administrativo.

3.- Análisis de la definición

A.- Declaración

Es el resultado de un proceso de exteriorización intelectual -no material-, tomando para su expresión y comprensión datos simbólicos (v. gr. la palabra oral o la escrita, signos convencionales, etc.) de significación figurada, que se hacen accesibles al intelecto de los administrados mediante un proceso de análisis y conversión. Está referido sólo al momento externo del proceso intelectual, a su emisión o extrinsecación, comprendiendo la emisión de cualquier producto de la psiquis: volición, cognición o juicio.

El pronunciamiento declarativo contentivo de un significado puede tener un contenido variable, veamos:

1º) De **decisión**, cuando se dirige a un fin, deseo o querer de la Administración Pública (v. gr. una orden, un permiso, una autorización o una sanción).

2º) De **cognición**, se produce cuando la Administración Pública certifica el conocimiento de un hecho de relevancia jurídica (v. gr. certificaciones de nacimiento, matrimonio, defunción, inscripciones de actos en los Registros Públicos que integran el Registro Nacional, etc.).

3º) De **opinión**, cuando se valora y emite un juicio sobre un estado, situación, acto o hecho (v. gr. certificado de salud e higiene, etc.).

Con relación a este tema, es oportuno tener presente el criterio objetivo de la producción de los efectos jurídicos. En doctrina e, incluso, en el derecho positivo, es frecuente y usual encontrar que el acto administrativo se repunte como una "declaración o manifestación de voluntad", sin embargo, en el ámbito del Derecho Administrativo tal aseveración resulta un contrasentido, puesto que, tal expresión hace referencia explícita a la voluntad psíquica de una persona física. De manera que en la disciplina jurídica en que nos movemos, lo relevante es determinar si el acto administrativo produce o no efectos jurídicos objetivamente hablando. Esto es, si crea o no situaciones y relaciones jurídicas, si versa sobre derechos, obligaciones o intereses. Por consiguiente, el énfasis no debe hacerse en el elemento subjetivo o volitivo sino en el objetivo.

Lo anterior, resulta ratificado por cuanto el acto administrativo no es, necesariamente, expresión de la voluntad psíquica del funcionario público actuante (órgano-persona física o individuo), el resultado o efecto se produce cuando concurren las condiciones previstas por el ordenamiento jurídico -derecho objetivo- y no cuando el servidor público lo quiere o desea. Así, por ejemplo, puede acontecer que el agente público dicte el acto con la finalidad de producir determinados efectos que, objetivamente, no puede producir, o bien produce unos contrarios a la voluntad psíquica de aquél. Adicionalmente, existen actos administrativos, en los cuales no existe una finalidad que pueda perseguir voluntad alguna o bien que no se traducen en una declaración de voluntad (v. gr. el acto registral -la Administración anota o registra ciertos hechos o actos a los que le quiere conferir autenticidad como el nacimiento, el matrimonio, y la defunción- o inscribe en un Registro los actos celebrados entre los particulares; el acto certificante -certificación de un hecho que llega a su conocimiento como la propiedad de un bien inmueble y los gravámenes reales que soporta, el estado civil, etc. o de un hecho que conoce como el certificado de uso conforme del suelo en las hipótesis en que existe un reglamento de zonificación- y las expresiones de opinión o juicio -certificado de buena conducta, salud e higiene, etc.-).

Nuestra Ley General de la Administración Pública, siguiendo esa óptica objetivista, señala en su artículo 130, párrafo 1º, lo siguiente:

"1. El acto deberá aparecer **objetivamente** como una manifestación de voluntad libre y consciente, **dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento.**" (la negrita no es del original).

Esta norma jurídica puede parecer, en su redacción, un tanto equívoca, puesto que, se habla de una declaración libre y consciente de voluntad, sin embargo, obsérvese que el contenido del acto (efecto jurídico) debe ser objetivamente proporcional y congruente con el fin, el cual es siempre un elemento reglado por el ordenamiento jurídico. Lo anterior, significa que el acto administrativo, aunque asuma la apariencia objetiva de una manifestación de voluntad del servidor público, sólo puede producir los efectos que establece el ordenamiento jurídico. Es menester observar que el precepto de comentario adolece, también, de una escasa o limitada cobertura, puesto que, deja al margen los supuestos en que el acto administrativo se traduce en una declaración de juicio o conocimiento de la Administración Pública y no de voluntad o decisión.

Lógicamente, todo lo apuntado anteriormente, **no** impide obviar las circunstancias y situaciones en que la voluntad del agente o funcionario público sí tiene relevancia jurídica (v. gr. los supuestos de desviación de poder, error, vicio, dolo, violencia, etc.).

La desviación de poder en nuestro ordenamiento jurídico, es, incluso, un "motivo de impugnación de los actos administrativos" consagrado a nivel constitucional (artículo 49, párrafo 2º, de la Constitución Política). El legislador del 66 -Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa-, en el ejercicio de su libertad de configuración, explicitó esa figura dogmática al establecer que "3. **Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley**".

La Ley General de la Administración Pública en el artículo 130, párrafos 2º y 3º, estipula lo siguiente:

"2. El error no será vicio del acto administrativo pero cuando recaiga sobre otros elementos del mismo, la ausencia de éstos viciará el acto, de conformidad con esta ley.

3. El dolo y la violencia viciarán el acto únicamente cuando constituyan desviación de poder."

Por último, el ordinal 131, párrafo 3º, del cuerpo normativo citado señala que

"La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder."

En conclusión, basta con indicar que el acto administrativo es una declaración -exteriorización de un proceso intelectual- de voluntad o decisión, cognición o juicio.

B.- Unilateral

Su emanación y contenido depende de un sólo sujeto: la Administración Pública. Se excluyen los contratos administrativos -actos jurídicos bilaterales- que poseen un régimen jurídico particular con respecto al del acto administrativo (Ley y Reglamento de la Contratación Administrativa). Esa característica no le resta el carácter de acto administrativo al que requiere de la voluntad concurrente o coadyuvante del administrado (v. gr. solicitud, aceptación, asentimiento, adhesión, etc.) o al que se forma por la intervención de dos o más órganos administrativos (el denominado acto complejo).

La voluntad del administrado no interviene en la integración del acto administrativo, aunque puede constituir una de las causas de su formación -v. gr. una petición o solicitud-, pero no es un elemento esencial o presupuesto básico del acto administrativo. En síntesis, aunque el administrado solicite, provoque o acepte una declaración de la Administración Pública no significa que el administrado integra el acto con su voluntad.

En contraposición, para que haya un contrato administrativo debe mediar una bilateralidad simultánea en su formación y en sus efectos. Desde esa óptica, pueden existir actos administrativos unilaterales en su forma-

ción, pero de efectos bilaterales, o bien, bilaterales en su formación pero unilaterales en sus efectos (v. gr. solicitud, aceptación).

Evidentemente, no existe la menor duda acerca de la naturaleza diversa del contrato administrativo. Sin embargo, suele distinguirse, dentro de la amplia gama de actos administrativos, para evitar su confusión con el contrato administrativo, los siguientes:

1) El acto administrativo unilateral en su formación pero bilateral en sus efectos.

2) El acto bilateral en su formación y unilateral en sus efectos (algunos señalan que lo que existe son dos voluntades que concurren a integrarse en un solo acto). Veamos con más detalle esta clasificación:

1.- Acto de formación unilateral pero de efectos bilaterales.

La mayoría de los actos administrativos son susceptibles de enmarcarse en esta categoría, puesto que, cuando la Administración emplea sus potestades o privilegios (v. gr. impone una multa o una sanción, determina una obligación tributaria, clausura un establecimiento mercantil, expropia un inmueble, etc.), entabla una relación con el administrado. Un acto de esa índole no solo obliga al administrado sino también a la Administración Pública y, por mayoría de razón, se justifica la afirmación anterior cuando se trata de un acto declaratorio de derechos o favorable.

2.- Actos que requieren de la solicitud del administrado.

Existen actos que sólo pueden dictarse con la conformidad del interesado o a instancia del mismo (v. gr. solicitud de admisión en la Facultad de Derecho, solicitud de retiro justificado y voluntario de una materia previamente matriculada, solicitud para concursar una beca, otorgamiento de una concesión o un permiso, etc.). En tales supuestos, los efectos del acto son evidentemente bilaterales.

Ahora bien, debe quedar suficientemente claro que no se trata de un acto bilateral en su formación por requerir el consentimiento o aceptación del administrado, toda vez que la Administración puede, eventualmente,

dictar un acto sin haber sido peticionado, y si favorece al administrado éste puede aceptarlo después. En resumen, ni la solicitud del interesado, aceptada por la Administración Pública, ni el acto de ésta consentido por el administrado dan lugar, "*per se*", a la formación de actos bilaterales, el único acto jurídico de la Administración de formación y efectos bilaterales es el contrato administrativo.

C.- Realizada en ejercicio de la función administrativa

La función administrativa, que resulta ser, a nuestro juicio, la clave de bóveda o la nota cualificadora del Derecho Administrativo, es imposible que este ausente del concepto de acto administrativo, el cual no es más que una de las tantas formas jurídicas de exteriorización de aquélla.

Una corriente doctrinal estima que el acto administrativo es el emanado de un órgano administrativo (criterio subjetivo u orgánico). La aplicación estricta de tal criterio, puede conducir al contrasentido de afirmar que no son actos administrativos los dictados por el Poder Judicial o la Asamblea Legislativa en el ejercicio de funciones administrativas (v. gr. organización interna, personal, provisión de medios materiales, etc.) o cualquier otra persona jurídica pública (ente público menor) que no es, en sentido estricto, un órgano administrativo (v. gr. colegio profesional). Sin embargo, como hemos visto *supra* esos actos "sustancialmente administrativos" están igualmente sujetos al régimen y a los principios del Derecho Administrativo.

En virtud de lo anterior, lo procedente es partir de un criterio objetivo, esto es, del ejercicio efectivo de la función administrativa. Así las cosas, acto administrativo es el dictado en el ejercicio de la función administrativa, sin interesar el órgano o el ente público del que emana. De consiguiente, encuadran en su concepto los actos dictados por el Poder Judicial y Legislativo, Tribunal Supremo de Elecciones, Contraloría General de la República y la Administración Descentralizada -institucional, territorial y corporativa-. De igual forma, serán administrativos los actos emanados del concesionario de obras y servicios públicos, en cuanto se le transfiere el ejercicio temporal de determinadas potestades públicas, es decir, se le in-

viste del poder público que le confiere autoridad administrativa (v. gr. los que constatan la deuda del usuario por la utilización del servicio, una contravención o regulan el servicio).

En lo que respecta a otras organizaciones colectivas del Derecho Privado (v. gr. universidades privadas, en cuanto emiten un título o un diploma, las empresas públicas-entes de derecho privado), es menester observar si la ley les ha conferido, claramente, el ejercicio de una potestad pública, esto es, de poderes de imperio o de mando que los particulares, ordinariamente, no tienen frente o sobre los demás administrados; en tales supuestos, se puede admitir que un sujeto de derecho privado dicte un acto administrativo. Debe acotarse que la tendencia del Derecho Administrativo contemporáneo apunta hacia el otorgamiento de potestades o facultades públicas a órganos o entes que no son, en sentido estricto administrativos, por lo que no puede sostenerse categóricamente que el acto administrativo debe provenir de ente u órganos administrativos.

D.- Productora de efectos jurídicos

La clasificación de la función administrativa según produzca o no efectos jurídicos es de vital importancia. No toda forma de actividad o actuación administrativa produce efectos jurídicos, por ello la doctrina habla de actos y hechos no jurídicos en contraposición a los jurídicos. Incluso, no todos los actos de la Administración activa producen efectos jurídicos (v. gr. comunicaciones, felicitaciones, invitaciones, etc.). Ahora bien, la actividad productora de efectos jurídicos no solo se manifiesta a través de los actos administrativos, sino también por medio de las actuaciones materiales, los contratos administrativos, etc.. La característica de la producción de efectos supone que crea derechos y obligaciones tanto para la Administración Pública como para el administrado.

A continuación, analizaremos el alcance y tipo de los efectos jurídicos del acto administrativo.

D.1.- Actuales o potenciales

Se supone que los efectos del acto administrativo deben ser actuales, no obstante, infra veremos el denominado contenido accidental del acto que incluye la condición y el término y suponen efectos potenciales.

D.2.- Internos o externos

Los efectos del acto administrativo, como lo expresa la Ley General de la Administración Pública en su artículo 120, párrafo 1º, pueden estar destinados a los administrados (externos), o bien a los funcionarios, los órganos o los entes administrativos (internos). Los efectos del acto administrativo pueden proyectarse y producirse fuera o dentro de la órbita de la Administración Pública, en tal sentido, la doctrina distingue entre "actos administrativos" (externos) y "actos interadministrativos o interorgánicos" (internos). Son actos administrativos externos, un acuerdo, una resolución administrativa, un decreto o un reglamento ejecutivo de una ley, en tanto que son internos las ordenes, las instrucciones, las circulares y algunos reglamentos autónomos o independientes como los de organización y los que regulan la relación estatutaria entre el ente y sus funcionarios.

No obstante, hay quienes marginan del concepto de acto administrativo los que solamente producen efectos jurídicos en el ámbito de la administración.

En realidad, se trata de una distinción arbitraria, toda vez que tanto el acto interno como el externo están sujetos al mismo régimen jurídico (validez, impugnación, extinción, etc.). Lo que debe tomarse en consideración es, únicamente, si el acto produce efectos directos o inmediatos, y no la posición (interna o externa) de los órganos y sujetos a quienes alcanzan tales efectos.

En esa tesitura, nuestra Ley General de la Administración Pública, establece como regla general que los actos internos tienen valor ante el

ordenamiento general del Estado (efectos externos) solo cuando su aplicación beneficie al administrado, ya que, cuando lo perjudique carecen de ese valor (artículo 122, párrafo 1º, ibidem). Consecuentemente, si el órgano o ente administrativo al dictar un acto administrativo singular quebranta un reglamento interno -v. gr. autónomo de organización-, produciéndole un perjuicio al administrado, se produce la invalidez de ese acto y el último puede invocar, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la norma reglamentaria interna infringida para justificar la nulidad del acto concreto (artículo 122, párrafo 2º, ibidem).

Por su parte, el 123, párrafo 2º, ibidem establece que tendrán relevancia externa para los servidores o funcionarios públicos -pudiendo ser invocados por éstos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa- los actos internos de la Administración Pública que les afecten sus derechos en la relación estatutaria o de servicio. Como el funcionario público, por encontrarse en una relación de sujeción especial, no deja de ser administrado, obviamente, también puede invocar ante los Tribunales los actos internos que lo beneficien.

D.3.- Públicos o privados (distinción indebida entre acto civil de la administración y acto administrativo)

Los efectos jurídicos del acto administrativo resultan ser, preponderantemente, de Derecho Público. El Derecho Privado se aplica, únicamente, a algunos de los elementos del acto y por vía de excepción. La aplicación del Derecho Público a la actuación de los órganos administrativos es invariable en cuanto a la competencia, la voluntad y la forma del acto, sólo el objeto podría estar, eventualmente, regulado por el Derecho Privado. El acto no deja de ser administrativo por estar comprendidos sus efectos en el marco del Derecho Privado.

Sin embargo, se ha distinguido, a nuestro modo de ver indebidamente, entre el acto civil de la administración y el acto administrativo. Esta distinción obedece a la ya superada teoría de la doble personalidad y capacidad del Estado (persona de derecho público y de derecho privado). Adicionalmente, como ya se acotó, ordinariamente, el Derecho Privado se

aplica sólo al objeto del acto administrativo, puesto que, la aplicación del Derecho Público resulta invariable en cuanto a la competencia, la forma y la voluntad. En todo caso, lo decisivo en el acto, más que el objeto, resulta ser la competencia, dado que, si esta desaparece lo hace, igualmente, el acto que el Derecho Privado puede haber coonestado, por lo que no puede negársele a esa categoría de actos el carácter de prevalentemente administrativos. Por ejemplo, en el supuesto de un contrato de arrendamiento de un local celebrado por el Estado o un ente público menor (institución autónoma o municipalidad), contrato que se reputa de Derecho Privado, es fácil concluir que es nulo si el órgano o ente se excedió en su competencia, como lo sería la inobservancia del procedimiento de contratación administrativa específica -licitación¹³⁶- que es de Derecho Público, por lo que cualquier vicio sustancial cometido en ese *iter vicia* el acto de adjudicación.

En suma, en ciertos actos administrativos, el objeto puede estar regido por el Derecho Privado, sin embargo por tal circunstancia no dejan de ser administrativos para transformarse en "actos privados de la administración". Todo acto productor de efectos jurídicos directos, dictado en el ejercicio de la función administrativa, es, incuestionablemente, un acto administrativo. Por lo anterior, debe rechazarse categóricamente la posibilidad de que un órgano o ente administrativo, en ejercicio de la función administrativa, realice actos de derecho privado.

D.4.- Directos o indirectos

Los efectos del acto administrativo deben ser directos e inmediatos, surgen "*per se*" -del acto mismo-, no están subordinados a la emanación de un acto posterior. El acto debe producir y proyectar sus efectos jurídicos respecto del administrado. Consecuentemente, los dictámenes, pericias, informes, pareceres, proyectos, etc., no constituyen actos administrativos sino actos preparatorios (también denominados de trámite) o simples actos de la Administración, que se dictan para hacer posible el acto principal y

¹³⁶ El artículo 76 LCA establece "Artículo 76.- Procedimiento Aplicable. Para tomar en arrendamiento bienes inmuebles, con construcciones o sin ellas, la Administración deberá acudir al procedimiento de licitación pública, licitación por registro o licitación restringida según corresponda, de acuerdo con el monto."

final. Este tipo de actos tienen un efecto indirecto o mediato, así, por ejemplo, el informe puede dar origen a una sanción disciplinaria y el dictamen puede provocar otro acto¹³⁷.

Se desprende de lo anterior, que los denominados "actos preparatorios" quedan excluidos, en tesis de principio, de la noción de acto administrativo. Asimismo, se excluyen los actos que pueden tener un efecto jurídico pero en asocio con otros elementos o requisitos (v. gr. acto que debe ser aprobado, acto dictado no notificado, etc.).

Obviamente, cuando el acto preparatorio o de trámite produce efectos propios, es decir, efectos directos o inmediatos, por cuanto, suspende indefinidamente, hace imposible la continuación del curso del procedimiento o le pone término al mismo de forma directa o indirecta debe incluirse dentro de la categoría de los actos administrativos (artículos 163, párrafo 2°, 345, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública y 18, párrafo 1°, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

D.5.- Provisionales o finales (definitivos)

Se sostiene que el acto final está referido al fondo de la cuestión, diferenciándose del acto interlocutorio o de mero trámite. El acto final o definitivo decide, resuelve o concluye con la cuestión de mérito, mientras que el provisorio si bien puede contener una decisión o resolución en sí no concluye la cuestión sustancial con relación al administrado, eventual y excepcionalmente, puede provocar la suspensión indefinida del procedimiento (v.gr. se suspende indefinidamente el procedimiento hasta que la Sala Constitucional resuelva un recurso de amparo o una acción de inconstitucionalidad, se trata de un hecho futuro e incierto), la imposibilidad de su continuación (v. gr. un dictamen de un órgano técnico -de la administra-

¹³⁷ En punto a los dictámenes que carecen de efectos jurídicos inmediatos, al no extinguir o modificar una relación jurídica frente a terceros, pueden contener informes u opiniones técnico-jurídicas preparatorias de la decisión administrativa contenida en la manifestación objetiva de voluntad. Se traducen, como se verá infra, en una declaración de juicio que forma parte del procedimiento administrativo en curso para dictar el acto final.

ción ambiental y forestal- que impide obtener un beneficio fiscal – Certificado de Abono Forestal- a un administrado) o ponerle término al procedimiento (v.gr. el rechazo ad portas de una solicitud de licencia o concesión). sin entrar a valorar el fondo del asunto, supuestos en los que, por una ficción legal, se tienen como finales o definitivos.

Es menester, a este respecto, distinguir, también, entre los conceptos de "acto final o definitivo", "acto que causa estado" y "acto firme".

a) Acto final o definitivo

El acto definitivo, denominado por nuestra Ley General de la Administración Pública como "acto final", resuelve el fondo de la cuestión planteada. Ortiz Ortiz definió, magistralmente, la categoría del acto bajo examen, de la siguiente forma: "El acto definitivo es el que resuelve sobre el fondo del problema planteado por la necesidad administrativa o la petición del particular, y produce efecto externo creando una relación entre la Administración y las demás cosas o personas. Su nota fundamental está en su autonomía funcional, que le permite producir derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular. Se trata siempre de manifestaciones de voluntad que, en forma definitiva, definen el negocio planteado a la administración, sin supeditar su efecto a condiciones o plazos suspensivos."¹³⁸

El concepto de "acto administrativo definitivo", tradicionalmente, se ha empleado como sinónimo de "acto administrativo impugnabile". No obstante, no deja de existir una contradicción conceptual, puesto que, no resulta lógico afirmar que algo es definitivo o concluyente para dar a entender que es impugnabile, puesto que, no se puede atacar lo definitivo, inmutable e inmodificable. Por ello, resulta más acertada la denominación jurídico-positiva empleada por la Ley General de la Administración Pública de "acto final" que la doctrinal de "acto definitivo". A mayor abundamiento, en el mundo jurídico lo único definitivo es la sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada. En suma, resulta equívoco concebir la existencia

¹³⁸ ORTIZ ORTIZ (E.), *Materia y objeto del contencioso-administrativo*. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 5, 1965, p. 47.

de actos administrativos de efectos jurídicos definitivos. Tampoco el término "definitivo" se puede emplear como sinónimo de definitivo en sede administrativa, puesto que, de ser así se estaría marginando el régimen de los recursos administrativos que presupone un acto impugnabile. Es así como lo esencial del acto administrativo impugnabile no está en la producción de efectos jurídicos definitivos absolutos ni definitivos en la vía administrativa, sino en la generación de efectos jurídicos inmediatos o directos para admitir su impugnación.

A nuestro modo de ver, el acto final, es sinónimo del acto que concluye o cierra el procedimiento administrativo constitutivo, el cual puede ser revisado por razones de oportunidad o legalidad en un procedimiento administrativo de impugnación (recursos ordinarios).

b) Acto de trámite

Es preciso observar, tal y como se ha expuesto, que nuestro ordenamiento jurídico asimila al acto final o definitivo el acto de trámite que decida indirecta o directamente el fondo del asunto, suspenda indefinidamente o impida totalmente la consecución del procedimiento, concediéndosele "ex lege" definitividad procedimental (artículos 345, párrafo 3º, LGAP y 18, párrafo 1º, LRJCA). Sobre este particular, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en el Voto No. 9456-99 de las 11 hrs. del 26 de marzo de 1999, señaló lo siguiente:

"II.- En la doctrina se encuentra pacíficamente aceptado que los actos de mero trámite o preparatorios no pueden ser objeto de impugnación, por cuanto, no producen, en tesis de principio, efectos jurídicos directos, inmediatos o propios. Excepcionalmente, los actos administrativos de trámite son susceptibles de impugnación en la vía administrativa y jurisdiccional cuando son asimilados "ex lege" a un acto final. Así, a guisa de ejemplo, el artículo 345, párrafo 3º, de la Ley General de la Administración Pública estipula que "Se considerará como final también el acto de tramitación que suspenda indefinidamente o haga imposible la continuación del procedimiento.". Igualmente, el artículo 163, párrafo 2º, del mismo cuerpo normativo establece que "Los vicios propios de los actos preparatorios se impugnarán conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio.". De su parte la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa preceptúa en su numeral 18, párrafo 1º, que los actos de trámite son susceptibles de impugnación "...si deciden directa o in-

directamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquella vía -administrativa- o hagan imposible o suspendan su continuación.". El Código Municipal derogado y el vigente recogen normas de un contenido similar, puesto que, establecieron que no son susceptibles de impugnación los acuerdos municipales de mero trámite (artículo 172, inciso b, del Código derogado y 154, inciso b, del vigente -Ley No. 7794 del 3 de abril de 1998-). Sobre el particular la Sala Constitucional en el voto No.4072-95 de las 10:36 hrs. del 21 de julio de 1995, al resolver, entre otros extremos, la constitucionalidad del ordinal 172, inciso b), del Código Municipal consideró lo siguiente:

"III).- ...los actos de trámite son actos instrumentales de las resoluciones, las preparan, las hacen posibles. Es una distinción (entre actos resolutorios y de trámite) firmemente establecida con base en la propia estructura del procedimiento administrativo. La regla de la irrecurribilidad de los actos de trámite, sobre la cual la distinción se ha originado, es una simple regla de orden, no es una regla material absoluta. No quiere decirse con ella, en efecto, que los actos de trámite no sean impugnables, que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración que resulte absolutamente infiscalizable por los recursos. Quiere decirse, más simplemente, que los actos de trámite no son impugnables separadamente. Expresa, pues, un principio de concentración procedimental: habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, a través de la impugnación de la misma, poder plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite...".

En este respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia No. 176 de las 9 hrs del 11 de octubre de 1991, estimó lo siguiente:

"IV.- ...Los actos de trámite son actos preparatorios, antecedentes de la resolución final, trámites del procedimiento administrativo que no tienen la virtud de decidir sobre el objeto del juicio; integran el procedimiento antes de la emisión del acto final (manifestación final de la función administrativa), y no expresan voluntad sino un mero juicio, representación o deseo de la Administración y no producen en forma directa efectos jurídicos frente a terceros. Por regla general, no son susceptibles de impugnación en vía jurisdiccional; excepcionalmente lo son cuando deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que ponen fin a la vía administrativa o hacen imposible o suspenden el procedimiento administrativo."

c) Acto que agota la vía administrativa o causa estado

El acto que agota la vía administrativa o que "causa estado" es el que cierra el procedimiento administrativo, al haber sido dictado por la más alta autoridad competente -jerarca-, una vez agotados los recursos estable-

cidos en las normas que rigen la instancia administrativa. En nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, la Ley General de la Administración Pública, en sus artículos 126, 127, 356 y 357 se refiere al acto administrativo que agota la vía administrativa y no al que causa estado. Por su parte, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 31, párrafo 1º, establece, como presupuesto procesal para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, el agotamiento de la vía administrativa. En consecuencia, la resolución administrativa, para impugnarse en la vía jurisdiccional debe ser irrecurrible y final. Esto es, el acto administrativo debe ser final y agotar la vía administrativa.

d) Acto firme

El "acto firme" es aquel que ha adquirido firmeza en vía administrativa por dos razones, la primera, por cuanto, el administrado ejerció todos los recursos procedentes y no fue anulado, revocado o modificado - quedando expedita la vía judicial para su impugnación- y la segunda cuando el administrado lo consintió de forma expresa o tácita, renunciando a los recursos o no planteándolos en tiempo y forma, respectivamente. En el caso del acto consentido expresa o tácitamente queda excluida su impugnación en la sede judicial. Sobre el particular, nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que "No se admitirá la acción contencioso-administrativa respecto de: a) Los actos consentidos expresamente o por no haber sido recurridos en tiempo y forma..." (artículo 21, párrafo 1º, inciso a) .

D.6.- Futuros o retroactivos

Los efectos del acto administrativo se producen, por regla general, hacia el futuro ("*ex nunc*"), pero pueden ser retroactivos ("*ex tunc*"), siempre y cuando no lesionen derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, sea dictado en sustitución de otro revocado o cuando favorezca al administrado.

D.7.- Individuales o generales

El acto administrativo se caracteriza por producir efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance individual (v.gr. resoluciones y acuerdos administrativos), o bien de alcance general (v. gr. decretos)-y normativos (v. gr. reglamentos).

Empero, lo anterior no nos puede conducir al equívoco de confundir el acto administrativo de efectos individuales y concretos con el reglamento que es el acto administrativo de efectos generales y normativos. La distinción no es subjetiva o caprichosa, por cuanto, la establece la propia Ley General de la Administración Pública de forma indirecta, al disponer, en su artículo 6º, párrafo 3º, que "En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos". De conformidad con ese precepto, el reglamento tiene una regulación específica preferente y sólo en caso de ausencia o laguna normativa se puede acudir a la regulación general del acto administrativo contenida en la ley del 78.

Veamos, en consecuencia, las diferencias existentes entre el régimen jurídico-administrativo del reglamento y de los actos de alcance concreto o particular.

Primera: La legitimación para impugnar en sede jurisdiccional los actos administrativos concretos es directa e individual, en tanto que en el caso de los reglamentos esa legitimación es, en tesis de principio, corporativa e indirecta.

El artículo 10, párrafo 1º, inciso a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estatuye que la declaración de ilegalidad, y en su caso, la anulación de los actos y de las disposiciones de la Administración Pública podrá ser pretendida por el que tenga un interés legítimo y directo. El inciso b) ibidem establece que las entidades de Derecho Público que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter corporativo, pueden pretender la impugnación de un reglamento de la Administración Pública que les afecte directamente. Luego, el párrafo 2º

del citado artículo 10 *ibidem*, puntualiza que los administrados, individualmente considerados, pueden impugnar un reglamento, única y exclusivamente, cuando es de aplicación automática o directa, esto es, cuando debe ser cumplido sin necesidad de actos de aplicación específica o de sujeción individual.

Segunda: La Administración Pública no puede revocar los actos declaratorios de derechos o favorables, por aplicación del principio indebidamente denominado de la "cosa juzgada administrativa", siendo más riguroso y adecuado llamarlo de "irrevocabilidad de los actos administrativos" o "teoría de los actos propios". Esta limitación, obviamente, no le es aplicable a los reglamentos que pueden ser derogados en cualquier momento y de forma discrecional. Ese es, precisamente, el motivo por el cual nuestra Ley General de la Administración Pública en su artículo 173, admite la revisión de oficio de un acto administrativo declaratorio de derechos o favorable para el administrado cuando media una nulidad evidente y manifiesta previamente dictaminada en un procedimiento ordinario abierto para tal efecto y por órganos consultivos como la Procuraduría General de la República o la Contraloría General de la República. Igualmente, esa es la razón por la cual la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa admite el proceso de lesividad (artículos 10, párrafo 4º, y 35, párrafo 1º, LRJCA) -cuando la Administración asume el rol de parte actora-, únicamente, contra los actos administrativos concretos propios, declaratorios de derechos o favorables para el administrado y lesivos para los intereses públicos o económicos de la Administración -cuando en vía administrativa la Procuraduría o la Contraloría Generales de la República estimaron que el acto no padecía de una nulidad absoluta evidente y manifiesta-.

Tercera: El reglamento contiene normas jurídicas generales, circunstancia por la cual surge una gradación jerárquica entre éste y el acto administrativo concreto. En este respecto, se aplica uno de los célebres principios del Derecho Administrativo, el que establece que toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida. Rige, por consiguiente, el principio inverso de la función legislativa ("*lex specialis derogat generalis*"). Sobre el particular, el artículo 120, párrafo 2º, LGAP

dispone con claridad meridiana que "El acto concreto estará sometido en todo caso al general y el interno al externo...". Adicionalmente, el acto administrativo concreto no puede derogar, para el caso particular, por aplicación del principio de igualdad, la norma establecida en el reglamento ("principio de inderogabilidad singular del reglamento", artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública).

Cuarta: La eficacia del acto administrativo concreto se produce, por regla general, a partir de su notificación, en tanto que en el caso del reglamento, ordinariamente, opera en virtud de su publicación (Ley No. 4191 del 17 de septiembre de 1968 -interpretación auténtica artículo 37, párrafo 1º, LRJCA- y artículo 240, párrafo 1º, LGAP). Ahora bien, la falta de notificación del acto no impide que el administrado pueda invocar sus efectos favorables (el artículo 140 de la Ley General de la Administración Pública estipula que el acto administrativo concreto favorable o declaratorio de derechos para el administrado produce efectos desde su adopción), a diferencia del Reglamento, cuya falta de publicación impide su aplicación, puesto que, se estaría quebrantando el principio de igualdad ante la norma.

Quinta: El reglamento, a diferencia del acto administrativo concreto, no puede ser retroactivo, puesto que, al ser una norma jurídica debe tener efectos prospectivos (artículo 34 de la Constitución Política). En lo relativo a este tópico, la Ley General de la Administración Pública, regula varias hipótesis de excepción en que el acto concreto puede tener efectos retroactivos, veamos:

a) Cuando produce efectos favorables para el administrado, en este supuesto desde la fecha señalada para el inicio de su efecto debe existir el motivo y su aplicación retroactiva no debe lesionar derechos o intereses de terceros de buena fe (artículo 142, párrafo 2º, *ibidem*).

b) Cuando produce efectos desfavorables para el administrado, siempre que se dicte para anular un acto absolutamente nulo que lo favorezca, o bien, para consolidar, haciéndolo válido o eficaz un acto que lo desfavorezca (artículo 143 *ibidem*).

Sexta: La facultad de dictar actos administrativos concretos es amplia por ser inherente y propia a la función administrativa, en tanto que la facultad de dictar reglamentos resulta restringida al representar un avance respecto al principio constitucional conforme el cual las normas generales son de creación del órgano legislativo.

Séptima: Su vigencia temporal es diferente, así, los efectos del acto administrativo concreto se agotan en el caso particular, en el caso del reglamento, además de tener una vigencia formal permanente -hasta que sea modificado o derogado-, supone una continua o constante producción de efectos jurídicos.

Octava: Por lo anterior, el reglamento suele incluirse en el catálogo de las fuentes del Derecho Administrativo, dado que, tiene una significación para resolver los casos concretos. Así el artículo 6º, incisos d) y e), de la Ley General de la Administración Pública incluye en la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo los reglamentos de la Administración central y descentralizada.

Novena: El fin del reglamento es objetivo, en tanto que el del acto administrativo concreto es subjetivo.

Décima: El reglamento produce efectos normativos "*erga omnes*", frente a la eficacia concreta del acto administrativo. La generalidad del reglamento comprende la indeterminación de los destinatarios y la eficacia jurídica general.

Undécima: Entre el procedimiento de elaboración y dictado del reglamento y el de los actos administrativos concretos existen algunas diferencias sustanciales (v.gr. el trámite de la audiencia a las entidades descentralizadas y representativas de intereses de carácter general o corporativo y de información pública cuando el reglamento lo amerite, artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública).

El criterio básico para distinguir sendas figuras es el ordinalista, es decir, el reglamento forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto administrativo concreto, aunque tenga

tanto que el acto administrativo concreto, aunque tenga contenido general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del ordenamiento jurídico, es un acto ordenado y no ordinamental. También el criterio de la consunción es vital para distinguir estos dos tipos de actos administrativos, puesto que, si la actuación administrativa se consume por sí misma, se estará ante un acto administrativo concreto o general, en cambio, si se mantiene y se extiende su valor preceptivo para sucesivos cumplimientos se estará ante un reglamento o decreto de alcance normativo.

Como corolario de lo expuesto, podemos indicar que, evidentemente, existe un régimen jurídico dispar entre sendas categorías conceptuales, en cuanto a la protección jurisdiccional, posibilidad de revocación, jerarquía normativa, publicidad, etc.. Sin embargo, existen algunos principios comunes al reglamento y al acto administrativo concreto, particularmente, en materia de validez y eficacia. Tales diferencias sustanciales justifican, sobradamente, la distinción entre acto concreto y reglamento, sin que ello suponga afirmar que el último no es un acto administrativo. El reglamento es un acto administrativo más pero de contenido general. En ese sentido, se suele distinguir entre reglamento, acto administrativo general y acto administrativo particular, o bien, para emplear la terminología de la Ley General de la Administración Pública, entre decreto reglamentario o de alcance normativo, simple decreto y acuerdo o resolución. En lo relativo al acto administrativo general (simple decreto), se afirma que tiene de común con el reglamento (decreto reglamentario) el sujeto indeterminado al que se dirige -orientado a todo el que se encuentre en una determinada situación de hecho-, sin embargo, su motivo está en un hecho concreto ocurrido y su fin es satisfacer una necesidad pública determinada, logrando un resultado único e irrepetible y no regular la conducta de los administrados.

4.- Concepto jurídico-positivo de acto administrativo

A nuestro modo de ver, el ordenamiento jurídico-administrativo costarricense maneja un concepto amplio de acto administrativo en el cual tienen cabida tanto los actos administrativos de alcance concreto como los de alcance general sin o con efectos normativos.

La amplitud de la noción se puede extraer, con facilidad, de la clasificación contenida en el Título Sexto ("De los Actos Administrativos"), Capítulo Primero, de la Ley General de la Administración Pública, al comprender tanto los concretos como los generales "...según vayan destinados o no a un sujeto identificado" (artículo 120, párrafo, 1º *ibidem*). El párrafo 2º del precepto citado, distingue entre los actos administrativos de alcance general -denominados por ley decretos- y los de alcance particular o concreto -llamados por ley acuerdos-. De otra parte, el párrafo 3º del artículo 121 *ibidem*, prevé otra forma específica de acto concreto que son las denominadas resoluciones, las cuales constituyen los acuerdos que deciden un recurso o reclamo administrativo.

Por último, dentro de los actos administrativos de alcance general se distinguen dos tipos: a) Los que no poseen alcance normativo -decretos-, y b) Los de alcance normativo -denominados por la ley reglamentos o decretos reglamentarios (artículo 120, párrafo 2º) y que en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se llaman, imprecisamente, "disposiciones de carácter general" (artículos 10, 18, 20, 22 y 62)-.

Obviamente, a nuestro juicio, el legislador costarricense del 78 excluyó, expresamente, de la clasificación de los actos administrativos "*strictu sensu*" los actos bilaterales o plurilaterales, esto es, los contratos administrativos que tienen un régimen jurídico-positivo diferente (Ley de la Contratación Administrativa y su Reglamento General), sin que por ello dejen de ser actos jurídicos de la Administración Pública, esto es, una de las diversas manifestaciones de la función administrativa.

CAPITULO SÉPTIMO

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.- Introducción

La existencia y validez del acto administrativo, depende de la concurrencia simultánea de ciertos elementos esenciales impuestos por el ordenamiento jurídico.

Los elementos esenciales pueden subdividirse, para efectos didácticos, en materiales y formales. Los **materiales** o sustanciales se subdividen, al propio tiempo, en subjetivos y objetivos.

Los **subjetivos** están referidos al sujeto tales como la **competencia**, la **legitimación** y la **investidura**. Los **objetivos**, que condicionan la realización del fin del acto administrativo y no su mera realización, son el **motivo**, el **contenido** y el **fin**. Estos elementos materiales-objetivos son los que adecuan y proporcionan la conducta administrativa a la necesidad que se satisface, y determinan lo que la Administración Pública manda, autoriza o prohíbe.

Los elementos **formales** del acto administrativo están integrados por los adjetivos, tales como la **motivación**, el **procedimiento administrativo** y las **formas de manifestación** de aquél.

2.- Elementos materiales o sustanciales

A.- Subjetivos

A.1.- Competencia

a) Concepto

Las normas de organización, crean centros o polos parciales de imputación o acción que son los diversos órganos que conforman un ente

público. Tales órganos -género- pueden ser centros de imputación o acción dotados de competencias externas, esto es, para ejercerlas frente a terceros -los administrados-, en cuyo caso se denominan órganos en sentido estricto -especie- los cuales son creados por ley formal o bien de competencias internas que inciden sobre la actuación de los otros centros de imputación creados por un reglamento autónomo de organización, denominados dependencias -especie-.

A esos centros parciales de acción e imputación, se les asigna una serie de atribuciones o fines determinados, para alcanzarlos y satisfacerlos, esto es, se les confieren una cantidad de poderes y deberes que son los que configuran la competencia. Consecuentemente, la competencia es el medio conferido por el ordenamiento jurídico a un órgano o dependencia que integra un ente para el logro y satisfacción de los fines o cometidos encomendados. La competencia es, entonces, la medida normativa de la cantidad de medios materiales y jurídicos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los entes públicos y sus órganos para el cumplimiento de los fines públicos generales o específicos asignados. La Procuraduría General de la República ha señalado que “La competencia es la aptitud para actuar de las personas u órganos públicos. Comprende el conjunto de poderes y deberes otorgados por el ordenamiento jurídico a una autoridad administrativa. En ese sentido, es la medida de la acción de esa autoridad, señalando los límites de su accionar” (dictamen No. C-041-99 de 14 de febrero de 1999). Por su parte, Rafael Arnanz ha estimado que la competencia es “la aptitud legal para el cumplimiento de la actividad teológica de los órganos públicos. O, aún mejor: la aptitud legal para que con unos medios y unas formas predeterminadas realicen sus fines los órganos públicos”¹³⁹.

Existe una íntima conexión entre el principio de legalidad (en su sentido de vinculación positiva y negativa) y las competencias, puesto que, la manera de autorizar los actos de imperio es regulando, prolija y normativamente, las competencias. De esa forma, el efecto jurídico esencial de la actividad administrativa formal o material queda predeterminado. La regu-

¹³⁹ De la competencia administrativa, Madrid, Ed. Montecorvo, 1967 pp. 26-27.

lación de las competencias, como instrumento de medición de los poderes del ente público, es un instrumento o medio de realización del principio de legalidad.

La competencia puede definirse como la suma o esfera, determinada y conferida por el ordenamiento jurídico, de potestades, facultades y deberes del ente público y de los órganos que lo conforman para el cumplimiento de los fines públicos. También, la podemos conceptualizar como el conjunto de facultades y obligaciones que un ente u órgano puede y debe ejercer para el cumplimiento y realización de sus cometidos. La competencia es un concepto dogmático similar –no idéntico– al de la capacidad de actuar del Derecho Privado. La diferencia estriba en que en el Derecho Público, en general, y Administrativo, en particular, la competencia es la excepción y la incompetencia la regla por aplicación de los principios de legalidad (artículos 11 de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública) y de reserva de ley de las competencias externas o potestades de imperio (artículo 59, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública); en contraposición, en el Derecho Privado, la capacidad de obrar es la regla y la incapacidad la excepción¹⁴⁰.

La competencia, en tesis de principio, es de suyo irrenunciable, indelegable e improrrogable, debe ejercitarse directa y exclusivamente por el ente u órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los supuestos de transferencia de competencias expresamente dispuestos por la ley. El artículo 66, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública es sumamente explícito al indicar que "Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles". El artículo 70 de la Ley General de la Administración Pública, refuerza los caracteres supraindicados de la competencia (irrenunciabilidad, indelegabilidad e improrrogabilidad), al disponer que "**La competencia será ejercida por el titular del órgano respectivo**, salvo caso de delegación, avocación, sustitución subrogación, en la condiciones y límites indicados por esta ley." (la negrita no es del original).

¹⁴⁰ V. PEREZ VARGAS (Víctor), Existencia y Capacidad de las personas. En Derecho Privado, San José, Publitéx, 1a. edición, 1988, pp. 40-42.

La demora o la omisión inexcusable en el ejercicio de la competencia constituye una falta, sancionable según la gravedad y de acuerdo con la relación estatutaria o de empleo público, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal en que pueda incurrir el agente público. Sobre el particular, el artículo 114, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública reputa como **desempeño irregular de la función de servidor público**, en especial, "...todo acto, hecho u omisión que por su culpa o negligencia ocasione trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados". Ese precepto debe ser complementado con el 199, párrafo 1º, ibidem, al estatuir que el servidor público será responsable personalmente ante terceros cuando haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del cargo. El numeral 211 ibidem, al regular la responsabilidad disciplinaria del servidor público, señala que será responsable disciplinariamente "...por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes". El artículo 225, párrafo 2º, de ese cuerpo normativo establece que "Serán responsables la Administración y el servidor público por cualquier retardo grave e injustificado". Finalmente, el numeral 329 del mismo texto legal le impone a la Administración Pública el deber de resolver expresamente dentro de los plazos de ley siendo que "El no hacerlo se reputará falta grave de servicio".

La competencia del ente u órgano administrativo determina la validez de su conducta externa, al respecto el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública estatuye que "**El acto deberá dictarse por el órgano competente** y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, **previo cumplimiento** de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y **de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia**" (la negrita es muestra).

b) Requisitos

La competencia del ente u órgano, debe reunir los siguientes requisitos indeclinables:

1) Debe ser expresa, por lo que debe emanar de forma explícita o razonablemente implícita de la Constitución Política, la Ley o el Reglamento.

2) Es improrrogable o indelegable, se encuentra establecida en interés público y surge de la norma estatal y no de la voluntad de los administrados, ni del órgano-institución u órgano-individuo.

3) Irrenunciable por lo que no se puede declinar su ejercicio.

4) Le corresponde al órgano-institución y no al órgano-individuo, razón por la cual el agente público no puede disponer de ella, debe limitarse a su ejercicio en los términos que la norma establezca.

c) Criterios de determinación

El acto administrativo debe emanar del órgano competente que, a tenor del ordenamiento jurídico, ejerza las atribuciones en razón de la materia, territorio, tiempo y grado. En ese respecto, el artículo 60, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública dispone que la competencia se limitará por razón del territorio, tiempo, materia y grado.

c.1) Por razón de la materia

Esta competencia está referida a los fines que debe perseguir y las tareas, actividades o actuaciones sustanciales que legítimamente puede desempeñar el ente u órgano para alcanzarlos. Según la índole de la actuación o actividad, la materia puede ser deliberativa, ejecutiva, consultiva y de control. Al respecto, impera el "principio de especialidad", conforme al cual los entes administrativos sólo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación.

c.2) Por razón del territorio

A la competencia por razón del territorio, suele denominársele horizontal, frente a la competencia por razón del grado o jerárquica que es la vertical. Es la competencia comprensiva del ámbito espacial dentro de cuya demarcación es legítimo el ejercicio de la función administrativa respectiva. Se vincula, normalmente, a la división administrativa del territorio

del Estado o a las circunscripciones administrativas en las cuales el ente administrativo debe ejercer sus atribuciones.

En el caso de Costa Rica tenemos que la Administración Central y Descentralizada institucional y corporativa tienen competencia, en tesis de principio, en todo el territorio nacional, así, a modo de ejemplo, el Estado-ente público mayor- atiende fines generales, las instituciones autónomas (ICE, CCSS, ICAA -Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados- IMAS, etc.) y los entes corporativos responden a fines específicos¹⁴¹, pero, en ambos supuestos, en todo el territorio nacional (comprendido de las provincias, cantones y distritos que es la división administrativa consagrada a nivel constitucional y legal¹⁴²). Obviamente, existen algunas limitaciones puntuales en cuanto a algunos entes públicos descentralizados insti-

¹⁴¹ El Decreto-Ley No. 449 del 8 de abril de 1949, y sus reformas, por virtud del cual la Junta Fundadora de la Segunda República creó el Instituto Costarricense de Electricidad, estableció en su artículo 1° que se le "...encomienda el desarrollo racional de las fuentes productoras de energía física que la Nación posee, en especial los recursos hidráulicos. La responsabilidad fundamental del Instituto ante los costarricenses será encauzar el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica con el fin de fortalecer la economía nacional y promover el mayor bienestar del pueblo de Costa Rica.". En el caso de la Caja Costarricense de Seguro Social, su Ley Constitutiva dispone en su artículo 1° que esa institución fue creada "...para aplicar el Seguro Social obligatorio e incrementar el voluntario...". Para el caso del ICAA, la ley constitutiva No. 2726 del 14 de abril de 1961 y sus reformas dispone en su artículo 1° "Con el objeto de dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el planeamiento, financiamiento y desarrollo y de resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional se crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, como institución autónoma del Estado.". Finalmente, en la hipótesis del Instituto Mixto de Ayuda Social su Ley de creación (No. 4760 del 4 de mayo de 1971 y sus reformas), establece en su artículo 2° que ese ente tiene "...como finalidad resolver el problema de la pobreza extrema en el país, para lo cual deberá planear, dirigir, ejecutar y controlar un plan nacional destinado a dicho fin...". Como se puede palpar son competencias exclusivas y específicas que precisan ser ejercidas en todo el territorio nacional.

¹⁴² La Constitución Política en su artículo 168, párrafo 1°, establece que "Para los efectos de la Administración Pública, el territorio nacional se divide en provincias; éstas en cantones y los cantones en distritos. La ley podrá establecer distribuciones especiales...". En igual sentido dispone la "Ley sobre División Territorial Administrativa" No. 4366 del 19 de agosto de 1969, artículos 2°, 8° y 14.

tucionalmente con una competencia territorial claramente determinada como la JAPDEVA¹⁴³, el INCOP¹⁴⁴ y la JUDESUR¹⁴⁵, que tienen limitada su competencia funcional, respectivamente, a la vertiente atlántica, los puertos del litoral pacífico y la zona sur; lo anterior no significa que sean entes territoriales, puesto que, no son a fin general o universal –como el Estado y las municipalidades únicos entes públicos territoriales- sino a fin especial (desarrollo socioeconómico de una zona determinada que no coincide con un distrito, un cantón o una provincia que son las unidades de división territorial y, ni siquiera, con las regiones establecidas por el MIDEPLAN).

Es igualmente, posible, encontrar órganos administrativos que pese a la competencia territorial nacional ejercida por el respectivo ente u órgano al que están adscritos, la tienen circunscrita, por razones de organiza-

¹⁴³ La Ley Orgánica de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica No. 3091 del 18 de febrero de 1963 y sus reformas, la califica de "...ente autónomo del Estado, con carácter de empresa de utilidad pública, que asumirá las prerrogativas y funciones de Autoridad Portuaria; se encargará de construir, administrar, conservar y operar el puerto actual de Limón y su extensión a Cieneguita, así como otros puertos marítimos y fluviales de la Vertiente Atlántica...Se encargará asimismo de administrar la canalización del Atlántico y las tierras y bienes que esta misma ley le otorga. Administrará las empresas de transporte ferroviario del Estado que presten servicios de y hacia los puertos de la Vertiente Atlántica que específicamente contemple el Poder Ejecutivo en los planes nacionales de desarrollo (artículo 1º), por su parte el artículo 2º establece que "Promoverá el desarrollo socio-económico integral, rápido y eficiente de la Vertiente Atlántica de Costa Rica..."

¹⁴⁴ La Ley Orgánica del Instituto Costarricense de Puertos al Pacífico No. 1721 del 28 de diciembre de 1953 y sus reformas, establece en su artículo 1º "Créase una Institución de Derecho Público con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propios denominada "INSTITUTO COSTARRICENSE DE PUERTOS AL PACIFICO" cuyo objetivo principal será fortalecer la economía del país, asumiendo las prerrogativas y funciones de autoridad portuaria, con el propósito de suministrar eficientes servicios portuarios y facilidades conexas, incluyendo el transporte por ferrocarril de mercancías, y pasajeros de y hacia los puertos de la vertiente del Pacífico."

¹⁴⁵ La Ley de Creación del Depósito Libre de Golfito No. 7012 de 4 de noviembre de 1985, reformada por la No. 7730, dispuso en su artículo 10 "Créase la Junta de desarrollo regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas, llamada en esta ley la Junta, como Institución semiautónoma del Estado, con personalidad jurídica propia e independencia administrativa, domiciliada en el cantón de Golfito.

La Junta tendrá entre sus fines primordiales el desarrollo socioeconómico integral de la Zona Sur de la provincia de Puntarenas, así como la administración y operación del giro comercial del depósito libre comercial de Golfito..."

ción, a una región determinada como, por ejemplo, las "Direcciones Regionales" de un Ministerio o de una institución autónoma. Con ello hacemos referencia al fenómeno de la regionalización para fines de investigación y desarrollo implementada por el MIDEPLAN y la regionalización institucional y orgánica que obedece a razones de desconcentración territorial.

Sin embargo, los entes públicos descentralizados territorialmente (municipalidades), tienen su competencia limitada al cantón y a los distritos que lo conforman. Así, el Código Municipal dispone en su artículo 3° que "La jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón respectivo...", esto es, las municipalidades son entes públicos menores -frente al Estado que es el ente público mayor- a fin general pero dentro de un ámbito territorial claramente delimitado, puesto que, les compete la administración y gestión de los servicios e intereses locales del cantón (artículos 169 CP y 1° Código Municipal). De igual forma, dentro de la estructura organizativa municipal, encontramos órganos que ejercen una competencia territorial determinada como los Consejos de Distrito que son órganos auxiliares y colaboradores del Concejo Municipal en el respectivo distrito (artículos 54 y 57 del Código Municipal) y los Consejos Municipales de Distrito (artículo 172, párrafo 2°, de la Constitución Política).

Para la determinación de la competencia territorial, son aplicables las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia civil (artículo 61, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), obviamente se refería a la vigente para 1978. La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (No. 7333 del 5 de mayo de 1993), contiene, solamente, una norma general atinente a la competencia por razón del territorio en su artículo 165, no obstante, el numeral 173 ibidem establece una cláusula supletoria general al establecer que "A falta de norma expresa en esta Ley sobre jurisdicción y competencia, se aplicará lo dispuesto en los códigos y leyes procesales respectivos". En virtud de lo anterior, se impone consultar, para establecer criterios claros, la regulación prolija de la competencia territorial contenida en el Código Procesal Civil (artículos 23-39 ibidem). Ahora bien, si esas normas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil no fueren compatibles, será competente "el órgano

que ha iniciado el procedimiento, o aquel más próximo al lugar de los hechos que son motivo de la acción administrativa" (artículo 61, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública).

Es importante subrayar, que la incompetencia por razón del territorio produce la nulidad absoluta del acto administrativo, así, el artículo 268, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública dispone que "La actuación administrativa deberá tener lugar en la sede normal del órgano y dentro de los límites territoriales de su competencia, so pena de nulidad absoluta del acto, salvo que éste, por su naturaleza deba realizarse fuera de sede" (la negrita no es del original). El párrafo segundo de ese mismo numeral puntualiza que "El servidor podrá actuar excepcionalmente fuera de sede por razones de urgente necesidad", norma que resulta congruente con el ejercicio de la coacción anómala en un estado de necesidad o urgencia, durante el cual el principio de necesidad legitima la dislocación del orden de las competencias y, desde luego, la prescindencia de las formalidades sustanciales del procedimiento en circunstancias normales o la creación de un procedimiento sustitutivo especial (artículos 219, párrafo 1º y 226, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública).

c.3) Por razón del tiempo

Comprende el parámetro temporal en el cual es legítimo el ejercicio de la función administrativa. Por regla general, la competencia es permanente, esto es, el ente u órgano pueden ejercer, en cualquier tiempo, las atribuciones conferidas. Excepcionalmente, el ente u órgano, solamente, puede ejercitar sus atribuciones por un lapso determinado, en este último supuesto la competencia es temporal o provisional.

La competencia permanente o temporal está regularmente atribuida a un ente u órgano determinado. Sin embargo, no faltan las circunstancias o situaciones en que la competencia es accidental o fugaz (v.gr. el particular que colabora en la detención "*in fraganti*" de un delincuente al ejercer competencias de la policía administrativa).

La Ley General de la Administración Pública, dispone en su artículo 63, párrafo 1º, que "Habrà limitación de la competencia por razón del tiempo cuando su existencia o ejercicio esté sujeto a condiciones o términos de extinción.". Adicionalmente, el ordinal 66, párrafo 3º, ibidem estima que "El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes."

El artículo 63, párrafo 2º, ibidem se encarga de establecer la regla general en el sentido de que las competencias no se extinguen por el transcurso del plazo señalado para ejercerlas, salvo norma expresa en contrario. Esa regla es confirmada por los artículos 127 y 329, párrafo 1º, ibidem que le imponen a la Administración Pública el deber de resolver, siempre, expresamente aún después de vencidos los plazos establecidos. Consecuentemente, si la ley fija un plazo para ejercer una competencia -1 o 2 meses, por ejemplo- y no sanciona expresamente la omisión con la caducidad, el órgano o ente público podrá ejercerla pese a su expiración.

c.4) Por razón del grado o jerarquía

La organización administrativa, se caracteriza por la aplicación del principio de jerarquía, por su estructura vertical y piramidal. Culmina o remata, en el vértice, con un órgano supremo, denominado por nuestra Ley General de la Administración Pública como el "jerarca o superior jerárquico supremo" (artículo 103), al que están subordinados los otros agentes públicos u órganos del ente. De la relación de los ordinales 126 y 350, párrafo 2º, ibidem se infiere que al jerarca le corresponde, por regla general, agotar la vía administrativa al resolver la única instancia de alzada que existe en el procedimiento administrativo (artículo 350, párrafo 1º, ibidem).

El grado, se traduce en la posición o situación que ocupa un órgano en la pirámide jerárquica o línea vertical de la organización administrativa por referencia a los extremos. Se caracteriza por las atribuciones que puede ejercitar el órgano dependiendo de su posición en la ordenación jerárquica de la Administración. Al respecto, el artículo 64, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública estatuye que "La competencia por

razón del grado y los poderes correspondientes dependerán de la posición del órgano en la línea jerárquica." . Por virtud de la improrrogabilidad de la competencia, el órgano jerárquicamente inferior no puede dictar el acto administrativo que le compete al superior jerárquico mediato o inmediato y viceversa.

La jerarquía, está constituida por el conjunto de relaciones de supremacía entre órganos intrínsecamente desiguales de un mismo ente que tienen competencia común por su naturaleza, concebidas para mantener la subordinación del inferior respecto del superior. Para que haya jerarquía, debe existir una función administrativa activa o de gestión y no de control o consultiva, puesto que, fue concebida como un medio para garantizar la eficiencia y buena administración.

Sobre ese tópico, el artículo 101 de la Ley General de la Administración Pública dispone que "Habrá relación jerárquica entre superior e inferior cuando ambos desempeñen **funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarque la del segundo por razón del territorio y de la materia**" (la negrita no es del original). Desde el punto de vista jurídico positivo, para que exista la relación de jerarquía debe mediar identidad sustancial de funciones y concurrencia de competencias territorial y material.

El órgano superior tiene poder jerárquico sobre todas las actuaciones de los órganos subordinados o jerárquicamente dependientes, por razón de legitimidad y oportunidad (artículos 102, incisos a y b, y 105, párrafo 1º, Ley General de la Administración Pública) salvo que la ley o el reglamento le hayan otorgado al agente discrecionalidad administrativa o una competencia técnica exclusiva y excluyente.

El superior jerárquico tendrá las siguientes potestades sobre el inferior (artículo 102 LGAP):

a) Impartir órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad o conveniencia y de legalidad, con las restricciones establecidas expresamente. La presencia de esta potestad es indispensable y basta,

por sí misma, para que exista relación jerárquica -artículo 105, párrafo 1º, ibidem-.

b) Vigilar la acción del inferior, para constatar su legitimidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos (v. gr. arqueos, auditorias, informes, etc).

c) Ejercer la potestad disciplinaria, mediante la imposición de sanciones correctivas, cuyo fin consiste en lograr que el inferior enmiende su conducta en actuaciones futuras.

d) Adoptar medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a los principios de legalidad y de buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio o a instancia de parte.

e) Transferir el ejercicio de sus competencias administrativas por vía de la delegación o avocar las del inferior, sustituir al inferior en las hipótesis de inercia culpable en el desempeño de las competencias y subrogarlo, todo lo anterior dentro de los límites y condiciones legales.

f) Dirimir los conflictos de competencia, o de cualquier otra índole que se verifiquen entre los órganos inferiores.

Con excepción de las potestades señaladas en el punto a), el resto de las mencionadas podrá darse en la realidad, independientemente, de la existencia de una relación jerárquica, sin embargo, su sola presencia hace presumir ésta, salvo que de la naturaleza de la situación o de su régimen de conjunto se desprenda lo contrario (artículo 105, párrafo 2º, ibidem).

El inferior jerárquico, por su parte, tiene el "deber de obediencia", es decir, de obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, con las limitaciones legales establecidas (artículo 107, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública). El inferior no está obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato (107, párrafo 2º, ibidem).

De igual forma y correlativamente, el inferior tiene el deber de desobedecer al superior (artículo 108, párrafo 1º, ibidem) cuando se produzca alguna de las siguientes hipótesis:

a) La orden tiene por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior.

b) El acto es manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito.

La obediencia, en tales circunstancias, le acarrea al funcionario inferior responsabilidad personal -administrativa, civil y penal- (artículo 108, párrafo 2º, ibidem).

Si no se verifica ninguna de las situaciones precedentemente enumeradas, el inferior tiene el deber de obedecer aunque el acto del superior sea contrario, por cualquier otro motivo, al ordenamiento jurídico. Empero, en tal supuesto, con el propósito de salvar su responsabilidad, debe consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibo (artículo 109, párrafos 1º y 2º, ibidem). El propósito de esta norma, es impedir que el inferior se erija en el contralor de la legalidad de la conducta del superior o que pueda paralizar intencionalmente la función administrativa.

d) Transferencias o cambios de competencia

Los cambios de competencias tienden, en un sentido general, a mantener y mejorar la celeridad, eficiencia, eficacia y continuidad de la actuación administrativa (artículos 4º, 225, párrafo 1º, y 269 LGAP) y, por ende, a lograr la consecución y satisfacción de los fines e intereses públicos. En realidad constituyen, ante todo, una poderosa herramienta de la organización para solventar los diversos problemas propios y naturales de la misma.

Todas las transferencias, suponen una solución a la disyuntiva que se plantea entre la irrenunciabilidad dogmática de las competencias o su ejercicio obligatorio y el deber legal de satisfacer los fines o cometidos públicos de la manera más óptima y eficiente. En el plano real, puede acontecer que la oficina administrativa (órgano o dependencia) no actúe, lo que supone un abandono indebido de los deberes, o

bien que actúe ineficientemente por distintas razones, tales como la distancia espacial que media entre su sede normal y el lugar donde deben ejercerse las competencias, el elevado volumen de trabajo, así como la falta de especialización técnica. En tales circunstancias, la intervención o ejercicio de competencias por otro órgano, libre de tales ataduras, puede resultar conveniente, oportuna y necesaria. El instrumento para solucionar tales problemas u obstáculos para la eficiente, eficaz, celeridad y continua actuación administrativa es la transferencia en el ejercicio de las competencias al órgano capacitado para satisfacer las necesidades públicas existentes. Ese órgano puede ser el superior (v. gr. los supuestos de la avocación y la sustitución) o el inferior (v. gr. la delegación).

El conflicto dialéctico anteriormente reseñado es resuelto con el predominio de la eficiencia, eficacia, celeridad y continuidad sobre la seguridad, certeza y orden de las competencias, claro está, sin suprimir esta últimas. La transferencia o cambio de competencia es un medio anormal, excepcional y provisorio creado por la antítesis de las reglas de la organización pública.

Las competencias administrativas o su ejercicio se transfieren mediante los siguientes instrumentos jurídico-positivos: 1) Delegación; 2) avocación; 3) sustitución del titular o de un acto; 4) subrogación; y 5) suplencia.

La Ley General de la Administración Pública, define una serie de reglas generales o comunes para regular el cambio de competencias. Así, el artículo 85, párrafo 1º, dispone que "Toda transferencia de competencias externas de un órgano a otro o de un servidor público a otro, tendrá que ser autorizada por una norma expresa, salvo casos de urgencia". La "ratio legis" de esa norma, reside en que la transferencia de competencias supone una derogación de los principios de intransmisibilidad e irrenunciabilidad de las competencias públicas. Esos principios se encuentran debidamente recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, así el artículo 66, párrafo 1º, LGAP estipula que "Las potestades de imperio y su ejercicio...serán **irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles**" (la negrita no es del original), por su parte, el ordinal 70 ibidem, dispone "La competencia será

ejercida por el titular del órgano respectivo, salvo caso de delegación, avocación, sustitución y subrogación, en las condiciones y límites indicados por esta ley".

De otra parte, al suponer el cambio una derogación, por lo menos provisional, del orden normal de las competencias debe actuarse de forma clara y cierta, de ahí la necesidad de norma expresa. Por último, la norma expresa -ley o reglamento- que establece la transferencia, al ser excepcional o anormal y derogar principios fundamentales, debe ser objeto de una hermenéutica restrictiva, para evitar aplicarla extensivamente a supuestos no contemplados. Obsérvese, que el precepto transcrito no impone la existencia de norma expresa en la hipótesis de las circunstancias anómalas, esto es, del estado de necesidad y urgencia, puesto que, es inherente a éste, tal y como se apuntó supra, la supresión, sustitución o trastrocación provisional del orden normal de las competencias con fundamento en el principio general de la necesidad que, en tales ocasiones, reemplaza al de legalidad.

Asimismo, en todo supuesto de cambio de competencias, "...la norma que autoriza la transferencia deberá tener rango igual o superior al de la que crea la competencia transferida" (artículo 85, párrafo 2º, ibidem). De esa norma, se puede extraer una consecuencia importante que es menester acotar y es que toda competencia que contenga la atribución de potestades de imperio, la cual constituye reserva de ley (artículo 59, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), debe ser transferida en virtud de ley.

En concordancia con la norma precitada y con la certeza que debe imperar en la atribución del orden de las competencias, la ley, también, establece que no cabe la transferencia merced a la práctica, uso o costumbre (artículo 85, párrafo 3º, ibidem).

De otra parte, en desarrollo y observancia del artículo 9º de la Constitución Política, el numeral 86 Ley General de la Administración Pública dispone que "No podrán transferirse las competencias de los órganos constitucionales de la Administración que estén regulados únicamente en la Constitución."

La transferencia debe ser temporal y, salvo los supuestos de suplencia y sustitución del órgano, claramente limitada en su contenido por el acto normativo que la origina (artículo 87, párrafo 1º, ibidem).

Por último, toda transferencia de competencias debe ser ineluctablemente motivada, con las salvedades contempladas en la ley (artículo 87, párrafo 2º, ibidem).

La infracción de los límites sustanciales aludidos, determina la invalidez del acto de origen de la transferencia así como de los dictados en su ejercicio (artículo 87, párrafo 3º, LGAP).

d.1) Delegación

Mediante la delegación, el órgano superior hace posible que el inmediato inferior jerárquico ejerza competencias exclusivas que le corresponden al primero. De esa forma, los actos jurídicos del delegado tendrán igual valor jurídico que los del delegante. La delegación es discrecional, al permitirle al superior descargar sus funciones en el inferior, el delegante, por ende, determina el motivo y el contenido del acto administrativo de la delegación.

El efecto de la delegación es crear una competencia alternativa en el delegado, el cual goza de las mismas potestades del delegante en lo que es objeto de la delegación. En ese respecto, la ley exige que sendos órganos tengan funciones de igual naturaleza (artículo 89, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública).

d.1.a) Definición

Podemos definir la delegación interorgánica como la transferencia interorgánica y temporal del ejercicio de una competencia propia, actual y específica del superior jerárquico al inferior con el propósito de facilitarle al primero el cumplimiento de los fines institucionales encomendados.

Tal definición debe ser explicitada.

a) Transferencia interórganica: Una de las grandes diferencias entre descentralización y delegación, es que la primera es una transferencia intersubjetiva y la segunda interorgánica –entre órganos de un mismo ente público-. La nota distintiva entre desconcentración y delegación, que son ambas transferencias interorgánicas, es que la primera implica el traslado de la titularidad y del ejercicio de la competencia de forma definitiva, en tanto que la segunda implica la transferencia, solamente, del ejercicio de la competencia y de forma temporal.

b) Transferencia temporal: Debe insistirse en el punto que la delegación es una transferencia provisional de una o varias competencias, desde luego, no puede ser permanente o definitiva, puesto que, ello reflejaría un problema de carácter organizacional y, más concretamente, de distribución de competencias. Precisamente, por ello el acto de delegación debe contener, entre otros aspectos, su duración y debería fijarse, legislativamente, un plazo máximo de vigencia que bien podría ser de doce meses –lapso que entendemos razonable y suficiente para mantenerla-, por lo que si excede del mismo y persisten las circunstancias que la motivaron el ente respectivo debe proceder a la reforma de la estructura organizativa –reforma del respectivo reglamento autónomo de organización-.

c) Ejercicio de una competencia: Por la delegación se transfiere, únicamente, el ejercicio de una competencia no de su titularidad, motivo por el cual no supone pérdida de competencia para el superior, puesto que, ésta permanece en cabeza del mismo. Consecuentemente, la delegación es una excepción al principio del ejercicio de la competencia por su titular directo y no al de irrenunciabilidad de la misma. Que el delegante conserva la titularidad de la competencia se ratifica si se repara en que éste puede revocar, en cualquier momento, la delegación (artículo 90, inciso a, LGAP).

d) Competencia propia, actual y específica del superior jerárquico: La competencia delegada, debe pertenecerle al órgano delegante –rige el aforismo latino según el cual “nemo data quod non habet”-, debe existir de forma efectiva, por lo que no se puede delegar una competencia futura y debe ser específica o claramente determinada para evitar la delegación “ad libitum” o transferencia total de competencias que la pro-

pia ley proscribire en el artículo 90, inciso c), LGAP, puesto que, ello supondría vaciar competencialmente al órgano delegante.

e) Facilitarle al superior el cumplimiento de sus fines: El propósito de la delegación, es permitirle al superior jerárquico que cumpla con los fines asignados, lo cual se lo puede impedir momentáneamente el exceso de trabajo o de asuntos de escasa entidad.

La delegación provoca una competencia alternativa condicionada, puesto que, delegante y delegado tienen, en abstracto, la misma competencia pero la del inferior surge cuando el superior, de forma voluntaria, delega en el primero.

Como se ve, se trata de una técnica de organización administrativa por medio del cual el órgano superior habilita al inferior para que ejerza algunas de sus competencias.

d.1.b) Sujetos

Son el sujeto activo o delegante (superior jerárquico) y el sujeto pasivo o delegado (inferior jerárquico, por lo menos en la delegación jerárquica). En la medida en que afecta el orden de las competencias, la delegación no crea derechos adquiridos en el órgano delegado, por lo que su revocación es libre e irrestricta y no genera ningún tipo de responsabilidad. Así, el ordinal 90, inciso a), de la Ley General de la Administración Pública establece que la delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano delegante.

Si no existía una relación jerárquica previa -delegación no jerárquica- nace una atenuada como producto de la potestad de dirección interorgánica y no de mando u ordenación del delegante.

El delegado es responsable por el ejercicio de la competencia transferida frente al órgano delegante y los administrados. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación permanente del delegante de supervisar o fiscalizar la gestión del delegado, por cuya falta puede ser, incluso, responsable con

éste por culpa "in vigilando". Culpa que en la elección del delegado se produce cuando ésta haya sido discrecional.

En la delegación interorgánica *per saltum*, extrajerárquica o en diverso grado, los sujetos son un superior y un inferior no inmediatos, la misma se encuentra admitida por nuestra ley (artículo 89, párrafo 2°, LGAP) al establecer que requiere de norma expresa. Tiene un carácter excepcional, puesto que, puede desquiciar la organización administrativa.

d.1.c) Objeto

La competencia o competencias transferidas deben ser propias (artículo 89, párrafo 1°, LGAP) , actuales y específicas.

d.1.d) Clases de delegación

En lo referente a las clases de delegación se pueden señalar las siguientes:

a) Delegación personal y funcional: La primera se le da a un funcionario, por su identidad personal, por lo que al sobrevenir la muerte o destitución del mismo se produce el fin de la delegación. La segunda se le otorga a un funcionario o servidor por su calidad de tal.

b) Delegación de acto y delegación de función: La primera se produce para realizar uno o varios actos determinados, en tanto que en la segunda el delegado desempeña una función genérica por un lapso determinado.

c) Delegación en sentido estricto y delegación de firma: La primera ya la hemos analizado. La delegación de firma se encuentra regulada en el artículo 92 de la Ley General de la Administración Pública, es una figura que no constituye una delegación en sentido técnico y estricto, puesto que, no hay transferencia del ejercicio de la competencia, sino que lo único transferido es la materialidad de la firma, adoptándose la resolución en forma verbal o escrita por el titular de la competencia (delegante). El referido artículo 92 LGAP, establece que en el caso de la delegación de firma "...el delegante será el único responsable y el dele-

gado no podrá resolver, limitándose a firmar lo resuelto por aquél.”. Como se ve, la delegación, en sentido estricto, se produce cuando el delegado conoce, resuelve y firma al propio tiempo.

En la delegación de firma, el delegado rubrica los actos que dicta o redacta el delegante, por lo que tiene una gran utilidad en tratándose de actos administrativos en masa o tipo de carácter reglado. De esta forma, se desahoga al delegante de la tediosa y abrumadora labor de firmar actos y de contar en su oficina con un número incontable de expedientes. Otra ventaja de la delegación de firma, es que no tiene límites subjetivos por lo que el superior puede delegar la firma en cualquier inferior aunque no sea el inmediato.

La delegación de firma, puede producirse sin fundamento normativo, esto es, una ley o un reglamento, con lo que basta una circular que le haga saber al público la sustitución operada de la firma. Se afirma que es el término medio entre la delegación de competencias y la mera reproducción mecánica de la firma del titular del órgano. En el derecho español, los límites de la delegación de firma son los actos administrativos que limitan derechos subjetivos, los que resuelven recursos, los que se separan del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de un órgano consultivo, los que exigen motivación por ley, las decisiones sancionadoras, etc.

d) Delegación interorgánica y delegación intersubjetiva: La interorgánica se produce entre órganos de un mismo ente público, en tanto que la segunda entre el Estado (ente público mayor) y los entes descentralizados (entes públicos menores). La delegación intersubjetiva, por su carácter heterodoxo, siempre ha sido difícil de diferenciar de la descentralización, se afirma que se trata de una forma "sui generis" de la última en la que el ente público menor es titular alternativo de una competencia, comportándose el Estado (ente público mayor), por su natural supremacía, como un superior jerárquico. Se trata de la única forma de descentralización compatible con la jerarquía.

d.1.e) Límites

La ley establece una serie de límites sustanciales y formales a la delegación, algunos de los cuales como veremos infra son excesivos y le imprimen una rigidez enorme a la delegación.

a) La delegación debe ser autorizada por norma expresa y temporal, claramente delimitada en su contenido por el acto que la origina y motivada. La denominada delegación no jerárquica o en diverso grado, también, requiere de norma expresa que la autorice (artículos 85, párrafo 1º y 89, párrafo 2º, *ibidem*).

b) La delegación no puede ser total, puesto que, de lo contrario implicaría un abandono del cargo o la renuncia en el ejercicio de las competencias (artículo 90, inciso c, *ibidem*).

c) No puede delegarse las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o justifican su existencia (*ibidem*).

d) No puede delegarse las competencias especialmente otorgadas a un órgano en razón de la específica idoneidad para desempeñar el cargo (artículo 89, párrafo 3º, *ibidem*). El ejemplo podría ser la hipótesis de los órganos desconcentrados en grado máximo (v. gr. los Tribunales Fiscal Administrativo, Aduanero Nacional, del Ambiente y del Transporte, que por su específica idoneidad y competencia técnica ejercida, no podrían delegar su competencia).

e) No puede darse la subdelegación (delegarse competencias o potestades delegadas, artículo 90, inciso b, *ibidem*).

f) Sólo puede existir delegación entre órganos de la misma clase, por razón de materia, territorio y naturaleza de la función (artículo 90, inciso d, *ibidem*).

g) El órgano colegiado no puede delegar funciones (artículo 90, inciso e, *ibidem*), por ejemplo, en el secretario.

h) Cuando la delegación sea general (para un tipo de actos) y no singular (para un acto determinado), cobra eficacia a partir de su publicación en el Diario oficial (artículo 89, párrafo 4º, *ibidem*).

d.1.f) Figuras afines

La delegación no debe confundirse con algunas figuras afines con las que guarda diferencias importantes, tales como las siguientes:

a) La delegación permanente: Es creada por una disposición de ley que establece que algunas de las competencias de un órgano determinado podrán ser ejercidas por otro de modo permanente. Difiere de la delegación interorgánica, ya que, ésta es transitoria, se realiza por acto administrativo y es revocable.

b) La delegación intersubjetiva: Esta se produce, a diferencia de la interorgánica que estudiamos, entre dos entes públicos cada uno con personalidad jurídica y normalmente del ente público mayor hacia los menores. Obviamente, por la delegación intersubjetiva el ente delegante no pierde la titularidad de la competencia e incluso el ejercicio de la misma pasa a ser concurrente o conjunta, puesto que, puede ejercerla el delegante o el delegado, teniendo preferencia el último. Esta técnica de organización no la tenemos en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, en otros sí es utilizada así, por ejemplo, en España la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985 del 2 de abril establece, en su artículo 27 -complementado por el 37- lo siguiente:

“1. La Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y otras entidades locales podrán delegar en los Municipios el ejercicio de competencias en materias que afecten a sus intereses propios, siempre que con ello se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana. La disposición o el acuerdo de delegación debe determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de ésta, así como el control que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos que esta transfiera.

2. En todo caso, la Administración delegante podrá, para dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados, emanar instrucciones técnicas de carácter general y recabar, en cualquier momento, información sobre la gestión municipal, así como enviar comisionados y formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de las deficiencias observadas. En caso de incumplimiento de las directrices, denegación de las informaciones solicitadas o inobservancia de los requerimientos formulados, la Administración delegante podrá revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada

en sustitución del Municipio. Los actos de éste podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante.

3. La efectividad de la delegación requerirá su aceptación por el Municipio interesado, y, en su caso, la previa consulta e informe de la Comunidad Autónoma, salvo que por Ley se imponga obligatoriamente, en cuyo caso habrá de ir acompañada necesariamente de la dotación o el incremento de medios económicos para desempeñarlos.

4. Las competencias delegadas se ejercen con arreglo a la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas correspondientes o, en su caso, la reglamentación aprobada por la entidad local delegante.”

c) La desconcentración: A diferencia de la delegación, supone una transferencia permanente de la titularidad y ejercicio de una competencia lo que da origen a una competencia a cargo del órgano desconcentrado de carácter exclusiva, y no alternativa como en la delegación inter-orgánica.

d.1.g) Crítica a la regulación legislativa de la delegación

La LGAP contiene una regulación rígida e inflexible de la delegación, en primer término exige, al igual que para cualquier cambio o transferencia de competencia, de una norma habilitadora expresa y previa, salvo los casos de urgencia o necesidad (artículo 85, p. 1º, ibidem), lo anterior se agrava con lo que dispone el párrafo 2º del artículo 85 al indicar que la norma que autoriza la competencia debe tener un rango igual o superior a la que la creó. Esto es, si se trata de competencias creadas por ley debe dictarse otra ley para que resulte admisible la delegación, lo cual resulta un contrasentido por el trámite engorroso que demanda la aprobación de un texto legislativo.

Esta posición de la LGAP resulta contradictoria si se admite que la delegación es una potestad inherente a la jerarquía, tal y como lo dispone la propia LGAP en su artículo 102, inciso e), al establecer que el superior jerárquico tendrá, entre otras potestades, la de “Delegar sus funciones...”

Bastaría con que exista una habilitación legislativa genérica, la que podría entenderse es la contenida en la propia LGAP, con funda-

mento en la cual se dicte un acto administrativo suficientemente motivado de delegación el cual contenga las competencias, condiciones, requisitos, alcances y duración de la delegación.

Existen otros aspectos que han rigidificado la delegación como, por ejemplo, la imposibilidad que tiene el órgano colegiado para delegar en su secretario el ejercicio de algunas competencias (artículo 90, inciso e, LGAP), cuando bajo este argumento se encuentra latente el mito de las resoluciones acertadas, correctas y justas de los órganos pluripersonales, frente a las de los unipersonales, por el denominado control horizontal que opera en los primeros. De otra parte, se impide de forma tajante la subdelegación (artículo 90, inciso b, *ibidem*), cuando ésta puede constituir un instrumento importante para flexibilizar, agilizar y acelerar la gestión administrativa al percatarse que el órgano delegado no tiene la idoneidad y especialidad técnica requerida para ejercer la delegada, precisamente por ello, en una reforma legislativa debería admitirse la posibilidad de la subdelegación cuando lo autorice expresamente el delegante originario.

La LGAP contiene, también, omisiones importantes. Así, por ejemplo, no establece el contenido mínimo del acto de delegación - requisitos, condiciones, alcances, competencia o competencias delegadas y su duración-, omite indicar que las resoluciones que adopte el delegado deben considerarse como dictadas por el delegante -dado que nunca pierde la titularidad-, los recursos procedentes contra el acto dictado en ejercicio de la delegación -que deben ser los mismos que caben contra los actos dictados directamente por el órgano delegante-.

Una de las virtudes de la LGAP es que despersonaliza la delegación por lo que no asume los contornos de una relación de confianza entre delegante y delegado, a tal punto que si el individuo o persona física que ocupa el cargo del órgano delegante o delegado cesan en sus funciones no se extingue como acontece en otros ordenamientos (en Francia, por ejemplo, existe la *délégation de signature* que se hace personal o nominativamente por lo que termina cuando el delegante o delegado cesan en sus funciones a diferencia de la *delegation de pouvoir* que es im-

personal). En realidad, la delegación se sustenta más en criterios materiales y técnicos *-ratione materia-* que personales *-ratione persona-*.

d.2) Avocación

d.2.a) Definición

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

En doctrina, algunos han sostenido que es una delegación de signo inverso, puesto que, el superior absorbe o atrae para sí el conocimiento de un asunto determinado. Sin embargo, existen diferencias fundamentales, así en la delegación se transfiere temporalmente el ejercicio de una o varias competencias en abstracto, en tanto que la esencia de la avocación es el conocimiento y decisión de un asunto concreto y determinado que, normalmente, le corresponde al inferior. En tal sentido, el artículo 93, párrafo 1º, LGAP establece que “El superior podrá, incluso por razones de oportunidad, **avocar la decisión de asuntos del inmediato inferior...**”. Obsérvese, que, a diferencia de la delegación, que amplía el radio de acción del inferior, la avocación reduce el ámbito competencial del inferior para ampliárselo al superior.

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

d.2.b) Requisitos

Requisito indispensable, a la luz de la legislación vigente, es que el superior no pueda revisar, examinar o ajustar la conducta del inferior a la

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

La avocación, en la LGAP, por constituir una excepción al carácter taxativo e improrrogable de las competencias, debe ser establecida por una norma expresa igual a la que crea la competencia. Rige, sobre el particular, el requisito sustancial formal de los cambios de competencia indicado en el artículo 85, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública. Para la hipótesis particular de la avocación no jerárquica o de competencias del inferior no jerárquico se precisa de ley formal expresa que la autorice (artículo 93, párrafo 6º, *ibidem*).

d.2.c) Límites

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

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

d.2.d) Sujetos

Son el avocante (superior) y el avocado (inferior).

d.2.e) Objeto

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

d.2.f) Crítica a la regulación legislativa de la avocación

La LGAP (artículo 93, párrafo 1º), de forma incorrecta, circunscribe la avocación a la relación existente entre superior e inferior inmediatos siempre y cuando entre los mismos no exista un recurso jerárquico, con lo que la excluye respecto de los superiores e inferiores mediatos y de los superiores o inferiores inmediatos cuando existe un recurso jerárquico y el inferior no agota la vía administrativa. En realidad, la ley debería permitir que cualquier superior, incluso mediate con igual com-

petencia por razón de la materia, avoque siempre que se encuentre habilitado por una norma reglamentaria. De igual forma, debería proceder la avocación entre superior e inferior inmediatos aunque exista recurso jerárquico y el inferior no agote la vía administrativa.

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

En suma, para que sea procedente la avocación, a tenor del artículo 93, párrafo 1°, LGAP, el inferior jerárquico inmediato debe agotar la vía administrativa y, consecuentemente, no debe existir recurso jerárquico. Como se ve, se trata de una hipótesis realmente remota y aislada, en realidad el único ejemplo existente es la relación que se verifica entre el Consejo Superior del Poder Judicial y la Corte Plena –ambos órganos del Poder Judicial que ejercen función administrativa-, dado que, lo que resuelva el primero en materia de su competencia agota la vía administrativa y no tiene recurso jerárquico ante la segunda (artículo 83 LOPJ), motivo por el que se previó en el artículo 59, inciso 11°, LOPJ la potestad de avocación de la Corte Plena respecto de un asunto determinado que conozca el Consejo¹⁴⁶.

¹⁴⁶ “Artículo 83. Sin perjuicio del derecho de avocamiento de la Corte Suprema de Justicia, cuando el Consejo resuelva aspectos de carácter administrativo, su pronunciamiento agota la vía administrativa y sólo tendrá recurso de reconsideración...”

“Artículo 59. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia:

(...) 11.- Avocar el conocimiento y decisión de los asuntos de competencia del Consejo Superior del Poder Judicial, cuando así se disponga en sesión convocada a solicitud de cinco de sus miembros o de su Presidente, por simple mayoría de la Corte.

Desde que se presenta la solicitud de avocamiento, se suspende la decisión del asunto por parte del Consejo Superior del Poder Judicial, mientras la Corte no se pronuncie, sin

La LGAP no admite la avocación para los supuestos en que se encuentra previsto el recurso y el inferior no agota la vía, exclusión que no obedece a ninguna justificación objetiva y razonable. Bajo esta interpretación, el Jérfarca o superior jerárquico supremo nunca podría avocar el conocimiento de un asunto determinado, puesto que, es a ese órgano al que le corresponde, ordinariamente, agotar la vía administrativa (artículo 126, incisos a y b, LGAP). Esta confusa redacción, podría conducir, incluso, a la interpretación extrema y errónea de que los asuntos específicos de conocimiento de un órgano desconcentrado en grado máximo – que ordinariamente agota la vía administrativa, artículo 127 inciso c, LGAP- pueden ser avocados por el superior formal (v. gr. que el Ministro de Hacienda podría avocar el conocimiento de un asunto determinado del Tribunal Fiscal Administrativo o del Tribunal Aduanero Nacional), lo cual no resulta lógico ni conveniente, en función del ejercicio de una competencia técnico-exclusiva, la imparcialidad y la objetividad buscadas con la desconcentración.

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

Falta regular en la LGAP, la posibilidad que la avocación se produzca a instancia del interesado o interesados en el asunto concreto y determinado y que no se limite a una avocación oficiosa. Los interesados bien podrían poner en conocimiento del superior las razones de oportunidad, conveniencia o mérito que justifiquen el avocamiento.

perjuicio de las medidas cautelares que disponga la Corte.

La Corte dispondrá de un mes para resolver el asunto que dispuso avocar ante ella. En tal supuesto, el agotamiento de la vía administrativa se producirá con la comunicación del acuerdo final de la Corte. Al disponer el avocamiento, podrá ordenarse suspender los efectos del acuerdo del Consejo.”

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

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

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

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

El artículo 94 LGAP establece que “El órgano delegante puede avocar el conocimiento y decisión del cualquier asunto concreto que le corresponda decidir al inferior en virtud de la delegación general”, en realidad este artículo recoge la hipótesis de una revocación parcial de la delegación y decimos parcial, puesto que, está referida a un asunto concreto y determinado.

d.3) Sustitución

La sustitución, es el ejercicio de la competencia de un órgano por otro, o bien, por un titular que otro órgano o ente designa para sustituir al titular ordinario por inercia ilegal o mala administración de éste gravemente lesivas para los terceros o los intereses públicos.

Como se ve, el motivo de la sustitución suele ser un estado de urgencia administrativa. Lo idóneo es que la sustitución observe los requisitos sustanciales generales de los cambios de competencia, como una norma expresa de base, sin embargo, podría fundarse en un estado de urgencia para evitarle daños y perjuicios de imposible o difícil reparación a terceros y los intereses públicos. La sustitución, normalmente, es una situación de urgencia regulada o típica, prevista en cuanto a motivo y a contenido. Así, para el supuesto de la "sustitución del acto" (artículo 97 de la Ley General de la Administración Pública), se establece que procede, por parte del superior, cuando el inferior inmediato "...omita la conducta necesaria para el cumplimiento de los deberes de su cargo, pese a la debida intimación para que los cumpla, sin probar justa causa al respecto.". Se trata de la sustitución comisarial estudiada en el apartado relativo a la tutela administrativa o dirección intersubjetiva.

En punto a la denominada "sustitución del titular" (artículo de la 98 Ley General de la Administración Pública), el Poder Ejecutivo podrá remover y sustituir al inferior no jerárquico, individual o colegiado, de la Administración Central o Descentralizada "...que desobedezca reiteradamente las directrices que aquél le haya impartido sin dar explicación satisfactoria al respecto, pese a las intimaciones recibidas...".

La sustitución es necesaria cuando no existe una competencia concurrente entre sustituto y sustituido, dado que, de lo contrario el superior actúa en lugar del inferior, sin necesidad de norma expresa, por la igualdad o comunidad de competencias. La sustitución no crea una competencia nueva, sino que inviste a otro órgano u otro titular de la misma que posee el titular ordinario, en ese sentido el numeral 98, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública establece que "El servidor o colegio sustituto tendrá todas las potestades y atribuciones del titular ordinario". Se trata de una forma de investidura precaria y temporal, al respecto, en lo referente a la sustitución del titular, el artículo 98, párrafo 2º, ibidem señala que las potestades del sustituido serán ejercidas "para lo estrictamente indispensable al restablecimiento de la armonía de la normalidad administrativa, so pena de incurrir en nulidad". La sustitución no supone un cambio en el orden de imputación y de la responsabilidad. Incluso, en la susti-

tución intersubjetiva, esto es, del ente público mayor -Estado- respecto de los entes público menores -Instituciones Autónomas-, los responsables siguen siendo los últimos, sobre el particular el ordinal 98, párrafo 3º, señala que "Los actos del sustituto, en este caso, se reputarán propios del ente u órgano que ha sufrido la sustitución para todo efecto legal" . El ámbito natural de la sustitución, es el de la administración financiera del Estado o de un ente descentralizado, en defensa del patrimonio de éste y del interés público para su conservación.

En cuanto a los tipos de sustitución, podemos distinguir, desde una perspectiva jurídico-positiva, dos grandes categorías, veamos.

a) La sustitución del acto o interorgánica (artículo 97 de la Ley General de la Administración Pública). Se produce cuando hay una omisión ilegal y culpable del titular del órgano en el cumplimiento de un deber legal de carácter positivo (hacer o dar), esto es, en el dictado de un acto favorable, que puede causar un daño grave o amenazar seriamente el interés público, razón por la cual el superior jerárquico puede sustituir al inferior inmediato.

b) La sustitución del titular o intersubjetiva, también denominada comisarial o de intervención (artículo 98 de la Ley General de la Administración Pública). La sustitución del titular consiste en el nombramiento de nuevos titulares de un órgano o ente, generalmente, los jefes de un ente público menor. El motivo de la sustitución comisarial, consiste en la realización de actos gravemente lesivos para el patrimonio de la entidad, por una administración dañina e inobservancia de las potestades de dirección intersubjetiva ejercidas por el ente público mayor. Las potestades del sustituto interventor, coinciden con las del titular ordinario, "...pero deberá usarlas para lo estrictamente indispensable para el restablecimiento de la armonía de la normalidad administrativa, so pena de incurrir en nulidad" (artículo 98, párrafo 2º, LGAP). El sustituto debe limitarse a tomar aquellas decisiones necesarias para superar el estado de urgencia o de crisis y retornar a la normalidad, sin formular una política administrativa propia y de larga duración. La sustitución intersubjetiva es una forma típica de ejercer potestades de control propias de la tutela administrativa.

d.4) Suplencia

Por la suplencia se coloca a una persona en el puesto que le corresponde al titular del órgano por vacante (v. gr. muerte, renuncia, incapacidad definitiva, despido, etc.) o ausencia de éste (vacaciones, permiso, incapacidad temporal, suspensión, etc.) en forma extraordinaria y temporal, mientras es puesto en posesión del cargo el nuevo titular o regresa el titular en propiedad, todo en consideración de la oportunidad y la conveniencia. La suplencia no implica, en sentido estricto, un cambio en el orden de las competencias sino, exclusivamente, en la persona del servidor o funcionario que las ejerce o desempeña. El motivo de la suplencia es una situación anormal no urgente como lo es la ausencia definitiva o temporal del titular.

La suplencia se produce ante las ausencias temporales o definitivas del órgano-individuo, que son suplidas por el suplente previsto por el ordenamiento jurídico y, en su defecto, por el superior jerárquico inmediato o el que éste designe al efecto (artículo 95, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública).

Si el superior no quiere realizar la suplencia o transcurren dos meses de iniciado su ejercicio por él, debe nombrarse el suplente conforme a la ley (artículo 95, párrafo 2º, ibidem). El suplente sustituye al titular, para todo efecto legal, sin subordinación ninguna y ejerce las competencias del órgano con plenitud de poderes y deberes (artículo 96, párrafo 1º, ibidem). Toda suplencia requiere el nombramiento de suplente, excepción hecha del caso del superior jerárquico inmediato que la ejerce (artículo 96, párrafo 2º, ibidem). El nombramiento de suplente y el ejercicio de sus competencias se hará dejando a salvo de la potestad de nombrar titular sin responsabilidad de la Administración (artículo 96, párrafo 3º, ibidem).

d.5) Subrogación

Es mencionada en la Sección Quinta del Capítulo Tercero del Libro Primero de la Ley General de la Administración Pública y el legislador parece confundir esa figura con la suplencia. La subrogación opera en los

supuestos en que queda temporalmente vacante el puesto por abstención o recusación (artículos 230 a 238 *ibidem*), pasando la competencia al subrogado previsto por ordenamiento jurídico o al que designe el superior jerárquico.

d.6) Desconcentración

d.6.a) Noción

La desconcentración, supone la atribución en cabeza de un órgano administrativo de una competencia externa y exclusiva sometida o no a una relación jerárquica con el superior. La desconcentración tiene como propósitos racionalizar y flexibilizar el aparato administrativo, descongestionando de atribuciones a los órganos centrales superiores, para hacer más ágil y expedito el ejercicio de las competencias especiales, técnicas y exclusivas que son desconcentradas y la redistribución o reparto de competencias entre los órganos centrales y los periféricos. En términos generales, la desconcentración surge cuando el derecho objetivo, a través de una ley o un reglamento, le atribuye una competencia exclusiva a un órgano incrustado en una estructura jerárquica. La desconcentración puede ser originaria, cuando la ley o el reglamento establecen la estructura de un ente público, o bien, derivada o sobrevenida cuando se verifican reformas o cambios en la organización respectiva. El reparto o distribución descendente de las competencias que supone la desconcentración, debe efectuarse dentro de un mismo ente público, razón por la cual no provoca el surgimiento de un nuevo sujeto jurídico público. Aunque la desconcentración es más usual en el ámbito del ente público mayor o Estado –sobre todo en el seno de los Ministerios-, también se puede verificar en los entes públicos menores (v. gr. el Banco Central de Costa Rica tiene como órganos desconcentrados las SUGEF, SUGEVAL y SUPEN; el Consejo Nacional de Producción tiene como órgano desconcentrado la FANAL y el ICT tiene como órgano desconcentrado adscrito la Comisión Interinstitucional de Marinas y Atracaderos Turísticos –este es un caso dudoso por cuanto sus resoluciones tiene apelación ante la Junta Directiva-).

Es importante resaltar, que la desconcentración puede ser funcional o de servicios o bien territorial, en el primer caso se desconcentran competencias exclusivas por razones técnicas, de eficacia y eficiencia, imparcialidad y objetividad administrativas en un órgano determinado. La desconcentración territorial, suele coincidir con el fenómeno de la regionalización administrativa para evitar el excesivo centralismo de los servicios en un solo ámbito geográfico y acercarlos a los administrados, para lo cual se redistribuyen competencias en una serie de órganos periféricos (v. gr. las direcciones o divisiones regionales de cada Ministerio o ente público descentralizado institucional).

En nuestro medio se ha indicado que "Habrá desconcentración siempre que el inferior pueda decidir una materia sometida a una forma atenuada de supremacía, bien porque el superior no tenga potestad de mando, bien porque no tenga potestad de revisión o porque no tenga ninguna de las dos" (Ortiz Ortiz). La PGR, por su parte, ha señalado que la desconcentración es una "técnica de distribución de competencias a favor de órganos de una misma persona jurídica, por la cual un órgano inferior se ve atribuida una competencia en forma exclusiva, para que la ejerza como propia, en nombre propio y bajo su propia responsabilidad" (Dictamen C-171-96). Más recientemente, en el dictamen No. C-010-99 del 12 de enero de 1999 ese órgano consultivo sostuvo que "...la desconcentración es una de las técnicas de ordenación y distribución de las funciones y de la competencia. Por medio de ella, se transfiere la competencia de decisión, transferencia que se produce dentro de una misma estructura organizativa. Por consiguiente, no existe creación de una nueva persona jurídica. En ese sentido, se diferencia de la descentralización.". En el dictamen C-271-98 del 15 de diciembre de 1998 sostuvo que "La competencia de una organización administrativa puede ser transferida internamente mediante el proceso de desconcentración. En ese sentido, la desconcentración de competencias implica una distribución de éstas dentro de una misma persona jurídica, por la cual un órgano inferior recibe una competencia de decisión en forma exclusiva, para que la ejerza como propia, en nombre propio y bajo su propia responsabilidad. Por ese proceso, el órgano inferior se ve dotado de la capacidad jurídica para decidir en nombre propio de la materia desconcentrada, de modo que el reparto

administrativo se especializa como un medio para mejor satisfacer los cometidos públicos. Empero, el órgano desconcentrado continúa siendo parte de la organización central originaria”.

d.6.b) Definición

Podemos definir la desconcentración como la transferencia inter-orgánica y definitiva, operada por ley o reglamento, de la titularidad y ejercicio de una competencia exclusiva que debilita o extingue, parcialmente, la relación jerárquica. Esta definición amerita la siguiente explicación:

a) Transferencia interorgánica, por cuanto, se produce en el seno de una persona jurídica de derecho público y hacia el órgano desconcentrado. Precisamente, este rasgo permite distinguir la desconcentración de la descentralización, puesto que, la última supone una traslación de competencias de una persona jurídico-pública a otra –transferencia intersubjetiva- en tanto que la primera acontece en el ámbito interno de un mismo ente público. De otra parte, debe tenerse en consideración que la atribución de la competencia se le hace a un órgano (desconcentración orgánica) –el cual se encuentra conformado por el conjunto de competencias o atribuciones, los medios materiales y las personas que, respectivamente, las ejercen y los emplean- y no a un funcionario o agente público determinado.

b) Transferencia definitiva porque, a diferencia de las otras técnicas de cambio de competencias, es permanente o definitiva –en tanto se encuentre vigente la norma objetiva legal o reglamentaria que desconcentra-. El artículo 83, párrafo 1º, LGAP, establece que la desconcentración puede producirse por ley o por reglamento. La doctrina recomienda que opere por vía de reglamento autónomo si el órgano tiene cobertura en una disposición general de igual naturaleza, o bien, ejecutivo si el órgano superior tiene base en una ley. Al tratarse de una transferencia definitiva de una competencia exclusiva se justifica, plenamente, que opere por vía de ley o reglamento, a diferencia de la rigidez que tal requisito le imprime a otras formas de cambio de competencias. La PGR en el dictamen No. C-010-99 del 12 de enero de 1999 señaló que “En la medida en que la desconcentración entraña un cambio en el orden jurídico de las competencias

de la organización, la desconcentración debe producirse por una norma legal o reglamentaria. La Ley es necesaria cuando se pretenda desconcentrar potestades de imperio, o bien si se trata de competencias esenciales, que dan nombre al órgano o que han sido atribuidas por su específica idoneidad en la materia. Si ese no fuere el caso, la desconcentración puede crearse por vía reglamentaria. No obstante, debe recordarse que la jerarquía de la norma que desconcentra determina el órgano competente y el procedimiento para revertir la modificación de competencias operada por la desconcentración. Lo que significa que si una materia ha sido desconcentrada por ley, sólo un acto con ese mismo valor normativo podrá revertir la situación, centralizando de nuevo la competencia o bien redistribuyéndola en otro órgano y ello aún cuando no se esté en presencia de potestades de imperio. De modo que si la desconcentración operada por ley a favor de una oficina comprende también el ejercicio de controles sobre la gestión del órgano, sólo una ley podrá "centralizar" esa función contralora o redistribuirla en otro órgano." Para justificar que la desconcentración opere, únicamente, por ley o por reglamento -tal y como lo dispone la LGAP-, se ha sostenido que al constituir este cambio de competencia una excepción a la relación de jerarquía -técnica necesaria para asegurar una actuación racional y unitaria de la organización administrativa-, debe estar justificada "...en verdaderas razones de interés general, las cuales deben ser apreciadas por aquellos funcionarios que ostentan la representación popular o tienen la condición del superior jerárquico supremo...No podemos olvidar, que la desconcentración implica una pérdida de importantes potestades del jerarca, que en una relación normal, le corresponderían a él. Por tal razón, y dejando de lado cuando la desconcentración se decreta mediante ley, es el jerarca quien debe valorar, sopesar o justificar si, en un caso concreto, debe romperse o no la relación de jerarquía con el fin de satisfacer, de mejor manera, el interés público. Dado el carácter excepcional que tiene la figura de la desconcentración y al afectar uno de los institutos jurídicos más importantes de la organización y el funcionamiento de la Administración Pública, como es el principio de jerarquía, es lógico y comprensible suponer que el legislador haya establecido que la desconcentración solo puede operar por ley o por reglamento. Es por ello, que la Administración Pública no le está permitido utilizar otras vías o alternativas para operar este fenómeno. En este sen-

tido, la ley es clara, y al operador jurídico no le queda otro remedio que ajustarse a lo que dispone” (C-109-99 del 1 de junio de 1999). En este dictamen la PGR (C-109-99), analizó la creación de la unidad “Empresas Comerciales” del Consejo Técnico de Aviación Civil, mediante acuerdo No. 8 de la Sesión 159 del 13 de mayo de 1975 de ese órgano colegiado, arribándose a la conclusión de que, por aplicación del principio de legalidad, la administración referida no estaba facultada para crear un órgano desconcentrado por vía de simple acuerdo –aunque no hubiere entrado en vigencia la LGAP, al ser la jerarquía la regla y la desconcentración la excepción antes y después de dictarse esa ley- por lo que resultan de aplicación las normas y principios de la relación de jerarquía sin quitarle por ello la condición de empresa pública-órgano regida por el derecho común o ordinario (mercantil y laboral).

c) Transferencia de la titularidad y el ejercicio, en la desconcentración, a diferencia de la delegación, se transfiere, también, la titularidad de la competencia, precisamente, por su carácter definitivo.

d) Transferencia de una competencia exclusiva y, generalmente, muy técnica en la medida que el órgano desconcentrado es creado por razones de división del trabajo, especialización, eficiencia, eficacia, imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la competencia y el superior jerárquico no comparte la misma con el órgano desconcentrado. La competencia necesaria para que se configure la desconcentración, no debe ser compartida aunque sí exclusiva. Lo anterior significa que el órgano desconcentrado debe tener poderes de decisión propios y externos. Toda competencia exclusiva y excluyente, es incompatible con la relación jerárquica, eso significa que el órgano desconcentrado debe agotar la vía administrativa y contra sus actos no debe haber recurso de alzada o jerárquico (apelación) como si ocupara la cúspide de la pirámide organizacional –por lo menos respecto de la competencia desconcentrada-¹⁴⁷. Obsérvese, que el

¹⁴⁷ Este no constituye un aspecto pacífico en la doctrina, sin embargo las diferencias de enfoque pueden obedecer al ordenamiento jurídico positivo sobre el cual cada autor formula su exposición. Así, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, expresa, para el caso español, que “La desconcentración de competencias es compatible con una tutela jurídica y material completa que se expresa en la facultad que tiene el órgano que desconcentra de fijar criterios y dictar instrucciones que deberá cumplir el órgano-sujeto que ejerza competencias desconcentradas. 6. La desconcentración no sólo no es incompatible, sino que exige la posibilidad de que el órgano superior controle al órgano inferior desconcentrado,

artículo 101 de la LGAP indica que habrá relación jerárquica cuando superior e inferior ejerzan funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarque la del segundo por razón de la materia y el territorio, de tal modo que si la competencia del órgano desconcentrado es exclusiva, la del superior no puede comprenderla. La PGR, en el dictamen No. C-159-96 del 25 de septiembre de 1996 estimó que la desconcentración "...se funda en la necesidad de especializar ciertos órganos en materias específicas, de manera que se satisfagan en mejor forma los cometidos públicos. Desde esa perspectiva, desconcentrar es especializar funcionalmente determinados órganos, sin que se desliguen orgánicamente tales competencias de la estructura originaria. Por otra parte, la atribución de esa competencia quiebra los principios normales en orden a la relación de jerarquía. En primer término, el jerarca deviene incompetente para emitir los actos relativos a la materia desconcentrada..."

e) La desconcentración supone el debilitamiento (jerarquía imperfecta) o la extinción parcial de la relación de jerarquía, por esa razón, el artículo 83, párrafo 1°, de la LGAP, establece que "Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento". Como veremos, en la desconcentración mínima la relación de jerarquía se atenúa o distorsiona pero no se extingue y en la desconcentración máxima, se difumina, parcialmente. Resulta obvio indicar que la distorsión o extinción de la relación de jerarquía se va a producir, única y exclusivamente, respecto de las competencias que han sido desconcentradas no respecto de aquellas que no lo han sido. Consecuentemente, el superior jerárquico formal del órgano desconcentrado mantendrá los atributos jerárquicos respecto de las materias o competencias no desconcentradas respecto de las cuales se mantiene la relación de jerarquía. Sobre este respecto, la PGR en el dictamen C-010-99 del 12 de enero de 1999 señaló que una de las características de la desconcentración es su naturaleza parcial, por cuanto, "...subtrae de

por medio de la facultad de resolver los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones del órgano desconcentrado (tutela jurídica y material)" Transferencia y Descentralización; Delegación y Desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Revista de Administración Pública, No. 122, mayo-agosto 1990, pp. 56-57. Obviamente, esa conclusión resultaría errada a la luz de lo dispuesto por nuestra LGAP sobre la desconcentración.

la esfera de decisión del superior jerárquico un conjunto de materias y el poder de decidir sobre ellas. En tanto que alteración de la jerarquía administrativa, la norma que desconcentra debe delimitar el ámbito de la materia desconcentrada y por ende, precisar cuáles son los poderes y deberes que se asignan al órgano desconcentrado. Esa delimitación implicará, por otra parte, que en los ámbitos no incluidos o concernidos por la norma que desconcentra, el inferior continúa sometido plenamente a la relación jerárquica. En consecuencia, la desconcentración no entraña una independencia funcional o absoluta a favor del órgano desconcentrado ni un rompimiento total de la relación de jerarquía entre superior e inferior.”. En el dictamen No. C-271-98 del 15 de diciembre de 1998, este órgano consultivo sostuvo que “Este proceso conlleva que el jerarca resulte incompetente para emitir los actos relativos a la materia desconcentrada. Lo que no significa, sin embargo, una pérdida absoluta de competencia sobre el punto. Corresponde a la norma creadora de la desconcentración el definir el ámbito material de ésta y, por ende, cuales poderes mantiene el jerarca respecto del inferior, debiéndose concluir que en los demás aspectos de la actividad, el inferior permanece sometido a jerarquía. Importa señalar que el jerarca puede, además, mantener el poder de mando e instrucción sobre el órgano desconcentrado, aspecto que determina el grado de desconcentración”. En la desconcentración, existe, entonces, una relación inversamente proporcional entre competencia exclusiva y jerarquía, puesto que, a mayores competencias desconcentradas menor jerarquía y a mayor jerarquía menos competencias exclusivas desconcentradas.

d.6.c) Tipología

La tipología de la desconcentración depende del aumento del número de los poderes conferidos a los centros inferiores (órganos) y del grado de libertad de éstos para decidir, veamos.

a) Desconcentración mínima

A tenor del artículo 83, párrafo 2º, LGAP, se da cuando el superior está impedido de hacer lo siguiente: a) Avocar las competencias del inferior y b) revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instan-

cia de parte -anulación y revocación de oficio o por recurso ordinario o extraordinario- que constituyen típicas competencias del superior jerárquico sobre el inferior (ver artículo 102, incisos d y e, ibidem). Las normas que crean la desconcentración mínima, son de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado (artículo 83, párrafo 5º, ibidem) para evitar la ampliación de sus poderes. La denominación de esta figura, toma en consideración la perspectiva del órgano desconcentrado, puesto que, los poderes otorgados a este son mínimos y el superior jerárquico siempre conserva el ejercicio de ciertas potestades jerárquicas esenciales o significativas como la de mando (de dictarle al inferior órdenes, instrucciones o circulares -la cual, de acuerdo con el artículo 105, párrafo 1º, LGAP, es necesaria y suficiente para que exista jerarquía-), de vigilancia de la acción del inferior, disciplinaria, de delegación y de resolución de conflictos de competencia, etc.

En nuestro medio jurídico, se ha acudido en pocas ocasiones a esta forma de desconcentración, quizá, uno de los pocos ejemplos claros es el "Órgano de Normalización Técnica Municipal", el cual es definido por el artículo 12 de la Ley del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (No. 7509 del 9 de mayo de 1995 y sus reformas) como un órgano "...con desconcentración mínima y adscrito al Ministerio de Hacienda. Será un órgano técnico especializado y asesor obligado de las municipalidades. Tendrá por objeto garantizar mayor precisión y homogeneidad al determinar los valores de los bienes inmuebles en todo el territorio nacional; además de optimizar la administración del impuesto."

La PGR (dictamen No. C-010-99), ha estimado que la administración de cada puerto, bajo el control del INCOP, es un órgano desconcentrado en grado mínimo a la luz del artículo 18, párrafo 4º, de la ley de creación de ese ente¹⁴⁸. Esa desconcentración, a juicio de la PGR, comprende la administración y operación de los bienes que integran del puerto y de los servicios portuarios brindados y es mínima, dado que, "...la Ley se limita a indicar que los Administradores son responsables de la adminis-

¹⁴⁸ El texto literal indica "En cada puerto que esté bajo el control del Instituto habrá un Administrador que tendrá, como responsabilidad, la administración y operación de las obras e instalaciones portuarias."

tración y operación del puerto” y por cuanto del artículo 18 de la Ley del INCOP “...no puede deducirse que el Administrador tenga la potestad de agotar la vía administrativa, así como tampoco que esté sustraído a órdenes, instrucciones o circulares del superior. De manera que, en ausencia de una disposición específica en sentido contrario, la Junta Directiva agota la vía administrativa y ejerce respecto del Administrador las funciones de superior jerárquico”.

Estimamos que la desconcentración mínima, debe tener su ámbito natural en lo que hemos denominado la desconcentración territorial, en la cual los órganos periféricos (direcciones regionales) deben recibir órdenes, instrucciones y circulares del respectivo Ministro o Junta Directiva para una gestión administrativa coherente y técnicamente unitaria. Si a través de los órganos periféricos, se pretende evitar la concentración de los servicios en la zona central del país y acercarlos a todos los ciudadanos, deben tener la posibilidad de ejercer exclusivamente sus competencias en un ámbito territorial determinado y de agotar la vía administrativa

b) Desconcentración máxima

Se verifica cuando el superior jerárquico, además de no poder avocar las competencias y revisar la conducta del inferior –de oficio o a instancia de parte por vía de recurso–, no puede dictarle al “inferior” desconcentrado órdenes, instrucciones o circulares (artículos 83, párrafo 3º, y 102, incisos a, d y e ibidem). Las normas que crean la desconcentración máxima son de aplicación extensiva en favor de la competencia del órgano desconcentrado (artículo 83, párrafo 5, ibidem). La denominación de esta institución, tiene su origen en la perspectiva del órgano desconcentrado, puesto que, al estar abstraído, además, de la potestad de mando que es, quizá, la esencial de la relación de jerarquía, sus poderes son más amplios en tanto que los del superior jerárquico se ven ostensiblemente reducidos.

El órgano desconcentrado en grado máximo, se encuentra sustraído de las ordenes, instrucciones y circulares de su presunto “superior”. Como se ve, la desconcentración máxima suprime o extingue, prácticamente, la relación de jerarquía, dado que, la potestad de ordenación o mando, esto

es, de emitir ordenes instrucciones y circulares a los inferiores es, según los términos del propio legislador, necesaria y suficiente para que exista una relación jerárquica propiamente dicha (artículo 105, párrafo 1º, LGAP) y, adicionalmente, el órgano desconcentrado ejerce una competencia exclusiva y no compartida (artículo 101 LGAP a contrario sensu). En realidad un órgano desconcentrado en grado máximo se encuentra adscrito a un ente sin estar sujeto a ninguna subordinación de los jefes del mismo. Si bien es cierto que en cuanto al ejercicio de la competencia exclusiva desconcentrada, prácticamente, desaparece la jerarquía, el órgano desconcentrado siempre está sujeto a algunas potestades del superior tales como la de vigilancia o fiscalización, la disciplinaria, la delegación y la resolución de conflictos de competencia, las que, a tenor del artículo 105, párrafo 2º, LGAP, pueden darse sin que exista jerarquía. La desconcentración máxima, es una técnica o herramienta organizacional que obedece a razones de eficiencia, eficacia, especialidad técnica en el cumplimiento de una competencia, así como en la búsqueda de una mayor imparcialidad y objetividad administrativas, al separarse el ejercicio de una competencia exclusiva y técnica de los dinámicos y frágiles criterios políticos.

El grado de independencia que ofrece la desconcentración máxima en el ejercicio de una competencia técnica y exclusiva es, quizá, la razón por la cual en nuestro ordenamiento jurídico suele coincidir el uso de esta herramienta con la figura de los órganos-persona dotados de personalidad jurídica instrumental.

En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos varios y diversos supuestos de desconcentración máxima, veamos los más significativos:

a) El Tribunal Fiscal Administrativo es un órgano adscrito al Ministerio de Hacienda, es el encargado de conocer y resolver administrativamente las controversias o conflictos de interés de naturaleza tributaria (disconformidad con la determinación de la obligación tributaria o con el avalúo para efectos de expropiación). A tenor del artículo 158, párrafo 2º, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios "Dicho Tribunal es un órgano de plena jurisdicción e independiente en su organización, funcionamiento y competencia, del Poder Ejecutivo, y sus fallos agotan la vía administrativa". Por consiguiente, su competencia no puede ser avocada ni

revisada por el Ministro de Hacienda, adicionalmente, no está sometido a las órdenes particulares, instrucciones o circulares de ese órgano del Poder Ejecutivo. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 97 de las 14:40 del 9 de octubre de 1987, al definir su naturaleza jurídica, lo calificó de órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, jerárquicamente superior –jerarquía impropia- de la Dirección General de Tributación Directa. Sobra advertir que el Tribunal Fiscal Administrativo ejerce una función materialmente administrativa y no jurisdiccional.

b) El Tribunal Ambiental Administrativo, de acuerdo con el artículo 103, párrafo 2º, de la Ley Orgánica del Ambiente, es "... un órgano desconcentrado del Ministerio de Ambiente y Energía, con competencia exclusiva e independencia en el desempeño de sus atribuciones. Sus fallos agotan la vía administrativa y sus resoluciones serán de acatamiento estricto y obligatorio". El artículo 111, inciso d), de esa ley preceptúa que "Las resoluciones del Tribunal Ambiental Administrativo serán irrecurribles y darán por agotada la vía administrativa". Este Tribunal administrativo tiene por competencia conocer y resolver, administrativamente, las denuncias establecidas contra cualquier persona –pública o privada-, por violación a la legislación tutelar del ambiente y de los recursos naturales, y establecer, en sede administrativa, las indemnizaciones por quebranto de la legislación anteriormente citada.

c) El Tribunal Aduanero Nacional, a tenor del artículo 205 de la Ley General de Aduanas es un órgano "...de decisión autónoma, adscrito al Ministerio de Hacienda" que tiene competencia para "conocer y decidir, en última instancia administrativa, los recursos contra los actos dictados por el Servicio Nacional de Aduanas" –según el artículo 8, párrafos 1º y 2º, ibidem, "...es el órgano de la Administración Tributaria dependiente del Ministerio de Hacienda que tiene a su cargo la aplicación de la legislación aduanera" y "...estará constituido por la Dirección General de Aduanas, las aduanas, sus dependencias y los demás órganos aduaneros...". El artículo 209, párrafo 1º, de la Ley General de Aduanas, señala que la resolución dictada por el Tribunal Aduanero Nacional dará por agotada la vía administrativa.

d) El Concejo Nacional de Concesiones es definido por la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (No. 7762 del 14 de abril de 1998), como un "órgano con desconcentración máxima,

adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes” (artículo 6°, párrafo 1°) con “personalidad jurídica instrumental para los efectos de administrar el Fondo de Concesiones, así como para concertar los convenios y contratos necesarios para cumplir sus funciones...” (artículo 7°, párrafo 1°).

e) El Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) es, de acuerdo con el artículo 3° de su ley de creación (No. 7798 del 30 de abril de 1998), un “...órgano con desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. El Consejo tendrá personalidad jurídica instrumental y presupuestaria para administrar el Fondo de la red vial nacional, así como para suscribir contratos y empréstitos necesarios para el ejercicio de sus funciones...”.

f) El Consejo de Transporte Público es definido por la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la modalidad de Taxi (No. 7969 del 22 de diciembre de 1999), como un “órgano con desconcentración máxima, con personería jurídica instrumental” (artículo 5°) “especializado en materia de transporte público y adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes” (artículo 6°, párrafo 1°).

g) El Tribunal Administrativo de Transporte creado por la Ley No. 7969 del 22 de diciembre de 1999, es un “órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Sus atribuciones serán exclusivas –conocer los recursos de apelación contra las resoluciones del Consejo de Transporte Público y establecer las indemnizaciones por los daños provocados con la violación de la legislación de transporte público- contará con independencia funcional, administrativa y financiera. Sus fallos agotarán la vía administrativa y sus resoluciones serán de acatamiento estricto y obligatorio”

h) El Tribunal Registral Administrativo que, de acuerdo con la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual No. 8039 del 12 de octubre del 2000 (artículo 19, párrafo 1°), es un “...órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Justicia y Gracia, con personalidad jurídica instrumental para ejercer las funciones y competencias que le asigna esta Ley –recursos de apelación contra las resoluciones de todos los registros que conforman el Registro Nacional-. Tendrá la sede en San José y competencia en todo el territorio nacional. Sus

atribuciones serán exclusivas y tendrá independencia funcional y administrativa; sus fallos agotarán la vía administrativa”.

i) El Sistema de Emergencias 9-1-1, su ley de creación No. 7566 del 18 de diciembre de 1995 y sus reformas, establece en su artículo 1° que es un órgano adscrito al ICE con un “nivel de desconcentración...máximo...respecto a las competencias que, de manera exclusiva, la presente ley asigna al Sistema” (Su objetivo es “participar oportuna y eficientemente en la atención de situaciones de emergencia para la vida, libertad, integridad y seguridad de los ciudadanos o casos de peligro para sus bienes” (artículo 1°). El artículo 2° indica que “El sistema tiene personalidad jurídica instrumental y su organización y actividad serán reguladas por el Derecho Público”.

j) La SUGEF, SUGEVAL y la SUPEN son tres órganos desconcentrados, en grado máximo, del Banco Central de Costa Rica. La Ley Orgánica del Banco Central No. 7558 del 3 de noviembre de 1995 y sus reformas, en su artículo 115 creó la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) como un “órgano de desconcentración máxima del Banco Central De Costa Rica”, para que ejerza supervisión y fiscalización sobre todas la entidades que efectúan intermediación financiera todo con el propósito de velar por la estabilidad, solidez y eficiente funcionamiento del sistema financiero nacional (artículo 119 ibidem). La Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732 del 17 de diciembre de 1997 y sus reformas, creó en su artículo 3° la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL) como un “...órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia velará por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos, la protección de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar la consecución de estos fines (...) La Superintendencia regulará, supervisará y fiscalizará los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos y los actos o contratos relacionados con ellos...”. La Superintendencia de Pensiones (SUPEN), de acuerdo con la Ley No. 7523 del 7 de julio de 1995 y sus reformas de Régimen Privado de Pensiones Complementarias y Reformas de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Código de Comercio, artículo 33, es un “órgano de máxima desconcentración, con personalidad y capacidad jurídicas instrumentales, y adscrito al Banco Central de Costa

Rica” para autorizar, regular, supervisar y fiscalizar los planes, fondos y regímenes de pensión complementarios, así como la actividad de las operadoras de pensiones, entes autorizados para administrar fondos de capitalización laboral.

Como se ve, en la mayoría de los ejemplos referidos, el órgano desconcentrado en grado máximo ejerce una competencia exclusiva o privativa y además muy técnica, agotando la vía administrativa respecto de la misma. La desconcentración máxima, debe tener como espacio natural la denominada desconcentración funcional, en la que por razones técnicas, de imparcialidad y objetividad –independencia de los criterios políticos- se busca crear un órgano especializado con una competencia nacional para atender un determinado servicio o competencia material exclusiva.

e) Conflictos de competencia

Cuando las normas que atribuyen la competencia son interpretadas y aplicadas de forma distinta, pueden suscitarse los conflictos de competencia en que dos entes u órganos administrativos se consideren igualmente competentes o incompetentes para conocer y resolver un asunto. Tal oposición, determina el conflicto, cuestión o contienda de competencia. Si dos entes u órganos se consideran, simultáneamente, competentes se dice que existe un conflicto de competencia positivo; si ninguno se considera competente se habla de un conflicto negativo.

La LGAP establece una tipología de conflictos y una serie de reglas de solución (artículos 72-82), veamos:

e.1) Conflictos de competencia dentro de un mismo Ministerio o ente (artículos 73-75 LGAP)

El órgano que se estime incompetente para resolver un asunto lo debe remitir, directamente, al que considere competente, si depende del mismo Ministerio o ente público. Si el órgano que recibe el asunto se considera, igualmente, incompetente lo eleva ante el superior jerárquico co-

mún, a fin de decidirse el conflicto negativo de competencia (artículo 73 ibidem).

El órgano que se estime competente para resolver un asunto, que es conocido por otro de igual jerarquía dentro del mismo Ministerio o ente público, pedirá que se inhiba, si el requerido se considera competente, se procede igual que en el supuesto anterior (artículo 74 ibidem).

Al respecto, el numeral 75 LGAP dispone que el inferior no puede sostener competencia con el superior. A lo sumo puede exponerle las razones que tenga para estimar que le corresponde el conocimiento del asunto y el superior resolverá lo procedente.

e.2) Conflictos de competencia entre distintos Ministerios (artículos 76-77 LGAP)

El órgano ministerial que se estime competente o incompetente en relación a un órgano de otro Ministerio, eleva el asunto, mediante resolución fundada, al Ministro del que depende, a fin de que decida si remite las actuaciones o requiere la inhibición al otro Ministerio. Planteado el conflicto positivo o negativo, por estimarse competente o incompetente el otro ministerio, se elevan las actuaciones al Presidente de la República para que resuelva.

e.3) Conflictos entre el Estado y otros entes públicos menores o entre éstos (artículos 78-79 LGAP)

En los conflictos negativos o positivos entre los Ministerios o el Estado y los entes públicos menores descentralizados o entre éstos, la decisión le corresponde al Presidente de la República.

El procedimiento es el siguiente: El órgano que quiera plantear el conflicto debe exponerlo al jerarca con expresión de las pruebas y razones pertinentes. El jerarca puede acoger o rechazar la petición, comunicando su decisión al inferior, si la acoge la envía al Presidente, éste da audiencia a la contraparte y decide.

La Sala Constitucional en el Voto No. 3855-93 de las 9:15 hrs. del 11 de agosto de 1993 (reiterado en el No. 4450-93 de las 14:54 hrs. del 8 de septiembre de 1993) sostuvo, claramente, en la parte dispositiva del mismo que "...la potestad del Presidente de la República para dirimir conflictos de competencia suscitados entre entes públicos descentralizados otorgada por los artículos 26.d) y 78 de la Ley General de la Administración Pública, no transgrede la autonomía administrativa de estos entes asignada por el artículo 188 de la Constitución". Al respecto, la Sala Constitucional distingue o deslinda los conflictos de competencia que se suscitan entre los entes descentralizados creados constitucionalmente y los creados legalmente, puesto que, en el primer caso le corresponde dirimirlo a la Sala Constitucional y en el segundo al Presidente de la República. Así, en el Considerando V del Voto 3855-93 señala que "Es necesario apuntar que la reforma operada en 1989 al artículo 10 de la Constitución, desarrollado por el Título V (artículo 109.b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, creó una nueva categoría de conflictos entre entes descentralizados, que son los que nos interesan: los conflictos de atribuciones o competencias constitucionales. Entonces resulta necesario delimitar las funciones del Presidente de la República con las de la Sala constitucional. En primer término podemos definir las instituciones autónomas cuyas competencias han sido contempladas por la constitución que son: ... la Caja Costarricense del Seguro Social....el Patronato Nacional de la Infancia...la Universidad de Costa Rica y las otras instituciones de educación superior universitaria del Estado...y las Municipalidades. Es únicamente respecto de éstas que la Sala Constitucional podría pronunciarse en cuanto a sus fines y propósitos en relación con otra entidad de similar naturaleza. Sin embargo escapa de la función de la Sala los casos suscitados entre las demás entidades autónomas, en tanto sus fines y propósitos han sido determinados por ley, hipótesis en la cual la declaratoria de la Sala se limitaría a defender precisamente la autonomía administrativa frente a las demás instituciones del Estado o a los demás órganos de la Administración Pública Central u otros poderes, pero no incursionaría la Sala en la decisión sobre el fondo de la controversia si se trata de un problema de gobierno, caso en el cual compete la solución al Presidente."

e.4) Conflictos de competencia planteados por la parte interesada en un procedimiento administrativo (artículos 81-82 LGAP)

El interesado en el procedimiento administrativo, podrá plantear el conflicto cuando estime incompetente a un órgano administrativo, requiriéndolo, en cualquier momento, para que declare su incompetencia.

Si acoge la gestión debe remitir las actuaciones al órgano que estime competente. Si se considera competente, su decisión será impugnabile mediante los recursos jerárquicos del caso. Una vez agotada la vía jerárquica no procede impugnar lo resuelto en la vía jurisdiccional. Empero, una vez dictada la resolución de fondo podrá plantearse la nulidad de ésta por incompetencia del órgano que la dictó.

A.2.- Regularidad en la investidura del funcionario

El órgano-individuo, servidor o funcionario público, debe haber sido "regularmente designado" al momento de dictar el acto administrativo -estar en funciones-. Se afirma que para el ejercicio de una función pública, se precisa de una investidura regular sea de un nombramiento legal y de la toma de posesión del puesto respectivo.

En tal sentido, el artículo 111 de la LGAP dispone que el servidor, funcionario o empleado público es el que presta sus servicios a la Administración, a nombre y por cuenta de ésta, como parte de la organización "en virtud de un acto válido y eficaz de investidura...".

Lo anterior nos lleva a distinguir entre el funcionario de *iure* y el funcionario de hecho o de facto. El primero, como vimos, es el que tiene título legal y está investido con la insignia, poder y autoridad del cargo (artículo 111 LGAP).

El funcionario de hecho, es la persona que, aunque, no es legalmente funcionario o servidor, está en posesión y ejercicio de un cargo. La LGAP en su ordinal 115 dispone que "Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero **sin investidura** o con una

investidura inválida o ineficaz, aun fuera de las situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno...".

Para reputar a un sujeto como funcionario de hecho, deben concurrir las siguientes circunstancias:

a) La función o servicio, con efectos externos ante el público, debe existir legalmente.

b) Que no se haya declarado, todavía, la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente. De lo contrario, cesa la buena fe o creencia del titular de hecho con relación a su investidura, esto es, debe existir una apariencia de legitimidad o de título.

c) Que la conducta sea desarrollada en forma pública -de conocimiento general-, pacífica -sin oposición ni obstáculo de hecho para el ejercicio del cargo-, continua y normalmente acomodada a derecho para que los administrados crean en la validez de la investidura.

Existen varios supuestos de funcionario de hecho, veamos:

a) Por falta total de investidura -usurpador-, sin embargo, al ejercer la función pública pacíficamente puede reputarse como funcionario de hecho en aras de la protección de la buena fe y la seguridad del administrado así como de la continuidad de los servicios públicos.

b) Por vicios en la investidura: b.1) por una constitución irregular del órgano, por ejemplo, cuando debía ser por ley y se hizo por vía de reglamento; b.2) por ausencia de alguno de los requisitos subjetivos genéricos o específicos del servidor nombrado (v. gr. nacionalidad, ciudadanía, requisitos académicos, etc.); b.3) por defectos formales, lo cual sucede cuando se inviste por un acto verbal cuando debió ser por escrito; b.4) por quebranto del procedimiento (v. gr. cuando se omite, siendo necesario, el concurso de antecedentes o se infringen los principios de igualdad y libre concurrencia en ese procedimiento de contratación); b.5) por incompetencia, por ejemplo, si el acto de investidura -nombramiento- fue dictado por una autoridad administrativa incompetente; b.6) por vicio del consentimiento por error, dolo o violencia; b.7) por algún defecto en la delegación, suplencia, avocación o sustitución.

c) Por cesación, suspensión e ineficacia de la investidura. En este supuesto se encuadran los casos de los servidores regularmente investidos por título aun ineficaz o que llega a extinguirse por una invalidez sobreviniente.

Los efectos de la figura dogmática del funcionario de hecho son los siguientes:

a) Con relación al propio funcionario de hecho.

Carece de una relación orgánica y de servicio con el ente público, por lo que no tiene los derechos ni obligaciones propios del funcionario de derecho frente al ente, al respecto el ordinal 117 LGAP estatuye que "No habrá relación de servicio entre el funcionario de hecho y la Administración...". Desde una perspectiva pasiva, es responsable frente a terceros y la propia administración pública, así el artículo 118, párrafo 1º, LGAP estipula que el funcionario de hecho "será responsable ante la Administración y ante los administrados por los daños que cause su conducta.". Desde un perfil activo, el funcionario de hecho no está obligado a devolver lo percibido de la Administración en concepto de retribución si ha actuado de buena fe (artículo 117 LGAP). Asimismo, si nada hubiere recibido, puede recuperar los costos de su conducta cuando medie un enriquecimiento sin causa o ilegítimo de la Administración Pública (artículo 117 ibidem).

b) Con referencia a los Administrados.

Sus actos "...serán válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél." (artículo 116, párrafo 1º, LGAP). Adicionalmente, sus actuaciones le generan responsabilidad a la administración pública (artículo 118, párrafo 2º, ibidem).

c) En lo atinente a la Administración.

El numeral 116, párrafo 2º, de la LGAP dispone que la Administración quedará obligada o favorecida, ante terceros, por los actos del funcionario de hecho. De su parte, el ordinal 118, párrafo 2º, ibidem preceptúa que la Administración será responsable ante los administrados por la conducta del funcionario de hecho.

Como se ve, el instituto jurídico del funcionario de hecho fue concebido tanto en beneficio del administrado como de la propia administración pública. En efecto, la seguridad, la certeza y la buena fe del administrado, fundadas en la apariencia de legitimidad de la investidura, imponen otorgarle validez a los actos administrativos del funcionario de hecho, sobre todo, entrándose de los denominados actos administrativos favorables que declaran derechos o eximen de obligaciones y reconocerle consecuencias o efectos jurídicos a sus actuaciones materiales. Asimismo, las exigencias del mejor cumplimiento de los fines de la administración, la continuidad y la regularidad en la prestación de los servicios públicos y, por ende, su eficiencia imponen concederle validez a los actos del funcionario de hecho.

A.3.- Legitimación

Se traduce en "la posibilidad genérica de ejercer la competencia propia para todos los casos que ésta abarca, en razón de haber llenado determinadas exigencias jurídicas que son la condición necesaria al efecto. Así, requisito de legitimación para ejercer la función pública son, en Costa Rica, el juramento de ley (artículos 11 y 194 Constitución Política), el haber rendido caución -suscripción de póliza- de ejercicio para los directores de Instituciones Autónomas o los encargados del manejo de dineros públicos o de grandes responsabilidades, la declaración jurada de bienes, rentas y derechos al inicio y cesación del cargo para prevenir el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, la existencia de quórum y convocatoria para los órganos colegiados, etc.

La legitimación puede definirse como la titularidad de la potestad, para ejercer las atribuciones que confiere la competencia en razón de condiciones que garantizan la adecuación de dicho ejercicio al interés público y al interés de los administrados. Su ausencia produce la imposibilidad genérica para actuar para todos los casos posibles del cargo.¹⁴⁹

¹⁴⁹ ORTIZ ORTIZ (Eduardo), *Derecho Administrativo* -Tesis No. 16-, San Pedro, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1972, p. 4.

A.4.- Voluntad

El artículo 130, párrafo 1º, LGAP, dispone que "El acto deberá aparecer objetivamente como **una manifestación de voluntad libre y consciente**, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento jurídico." (la negrita no es del original). Se entiende la voluntad como la capacidad de dirigir la conducta interna y externa hacia un resultado distinto de dicha conducta. La voluntad, en los actos administrativos, es la condición de eficacia para la aplicación de la ley a todo el acto o a sus elementos principales, pero no la causa reguladora de los mismos. Más claramente, la voluntad, en el ámbito de la teoría general del acto administrativo determina, únicamente, los elementos discrecionales del acto administrativo, pero no los reglados que están en coordinación con los primeros y limitan las posibilidades del funcionario público.

En el precepto de comentario, los efectos jurídicos deben ser los necesarios o pertinentes para el fin impuesto por el ordenamiento jurídico. Rige, al respecto, el carácter objetivo de los efectos, es decir, el funcionario o servidor público no puede dictar un acto administrativo para fines que no coinciden con los queridos por el ordenamiento jurídico. Importa señalar, que a tenor del numeral 131, párrafo 2º, LGAP los fines principales del ordenamiento jurídico deben estar regulados por el ordenamiento jurídico, de modo y manera que la falta de regulación de los mismos no le crea discrecionalidad al órgano administrativo que lo dicta, puesto que, a falta de regulación expresa, el juez contencioso-administrativo debe determinarlos con vista de los otros elementos y del resto del ordenamiento jurídico.

De lo anterior, resulta evidente que el acto administrativo no puede ser una declaración de voluntad caprichosa o antojadiza del funcionario público, dado que, está determinada por la satisfacción objetiva de los fines principales regulados por el ordenamiento jurídico o especificados por el Juez Contencioso Administrativo. Si la declaración de voluntad en la que se traduce empíricamente el acto administrativo, pretende producir efectos jurídicos para satisfacer o lograr fines personales, de terceros o, incluso, de la propia Administración Pública -recuérdese que el artículo 113, párrafo 2º, LGAP distingue claramente entre el interés público y el de la Adminis-

tración, por lo que no son conceptos sinónimos- se produce una desviación de poder.

La desviación de poder, constituye un vicio de validez del acto administrativo susceptible de impugnación (artículo 49, párrafo 2º, de la Constitución Política). Nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, define en su artículo 1º, párrafo 3º, la desviación de poder como "...el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley", noción legislativa que resulta congruente con lo establecido en el artículo 131, párrafo 3º, LGAP al estatuir que "La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder."

En la voluntad concurren elementos subjetivos (intelectivos del órgano-individuo) y objetivos (normativos). La voluntad del acto administrativo está determinada por la voluntad subjetiva del funcionario público y la voluntad objetiva del legislador. Los vicios de la voluntad, por ende, pueden manifestarse en la misma declaración, en el proceso de su producción, o en la voluntad intelectual del funcionario público competente que dictó la manifestación. La voluntad administrativa puede ser expresa o tácita, es explícita cuando se exterioriza mediante la palabra oral o escrita, símbolos o signos. En contraposición, la voluntad es tácita en los siguientes supuestos:

a) Cuando el silencio administrativo, por previsión expresa del ordenamiento jurídico, es considerado como un acto presunto. En tal sentido, el artículo 139 de la LGAP dispone que "El silencio de la administración no podrá expresar su voluntad salvo ley que disponga lo contrario.". En desarrollo de ese numeral, el artículo 261, párrafo 3º, LGAP, al regular el silencio negativo, estipula que transcurrido el plazo para que se dicte el acto final en un procedimiento administrativo constitutivo o de impugnación -2 y 1 mes, respectivamente- "...se entenderá rechazado el reclamo o petición del administrado en vista del silencio de la Administración, sea para la interposición de los recursos administrativos procedentes o de la acción contenciosa en su caso...". Por su parte, el artículo 19, párrafo 1º, de la LRJCA establece lo siguiente: "Cuando se formulare alguna petición

ante la Administración Pública y ésta no notificare su decisión en el plazo de dos meses, el interesado podrá considerar desestimada su instancia, al efecto de formular, frente a ésta denegación presunta, el correspondiente reclamo administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición." . Ciertamente, esta norma de la LRJCA no establece un plazo diferente para el procedimiento administrativo constitutivo (cuando se presenta una solicitud o petición para que sea resuelta mediante un acto final) o el de impugnación (cuando se ataca o impugna, mediante los recursos ordinarios de revocatoria y apelación el acto final), como si lo hace la LGAP, por lo que existe una antinomia o contradicción normativa. Empero, sin bien la LGAP en su artículo 368, párrafo 2º, mantuvo vigentes "...las disposiciones de procedimiento administrativo contenidas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", debe entenderse que la primera prevalece, toda vez, que es la ley especial, posterior y "En caso de duda, sus principios y normas prevalecerán sobre los de cualesquiera otras disposiciones de rango igual o menor" (artículo 364, párrafo 2º, LGAP). Con este criterio se le evita al administrado tener que aguardar dos meses para que opere el silencio negativo cuando interpone un recurso (procedimiento administrativo de impugnación), debiendo dejar transcurrir solamente un mes.

b) El acto administrativo tácito del artículo 137 de la LGAP, esto es, el que se expresa a partir de los comportamientos o actuaciones materiales de la Administración Pública con un sentido unívoco e inequívoco. Obviamente, el acto administrativo tácito no se puede producir cuando la naturaleza o circunstancias del acto exijan una manifestación expresa.

c) El acto administrativo implícito del numeral 138 de la LGAP, es decir, el acto que es presupuesto por el acto expreso.

El ordenamiento jurídico, fija una serie de trámites, formalidades y procedimientos para dictar o emitir esa manifestación de voluntad libre y consciente en que se traduce el acto administrativo. Así, tenemos, verbigracia, los procedimientos administrativos para el dictado de los actos unilaterales (ordinario y sumario), los procedimientos de contratación administrativa (licitación pública, por registro, restringida, etc.), el incumplimiento

de tales requisitos vicia la voluntad administrativa por no haberse preparado conforme al ordenamiento jurídico.

La emisión de la voluntad administrativa se debe ajustar, según el caso, a los siguientes requisitos o parámetros:

1) Finalidad: Los funcionarios públicos, como ya se indicó supra, deben actuar cumpliendo el fin de la norma que les otorga las competencias, sin perseguir con el dictado del acto otros fines. De lo contrario, se produce la desviación de poder como vicio pasible de ser impugnado y controlado por el órgano jurisdiccional.

2) Razonabilidad o proporcionalidad: El servidor público debe valorar, razonablemente, las circunstancias de hecho y el derecho aplicable a la especie fáctica para, de esa forma, disponer las medidas proporcionadas al fin perseguido por el ordenamiento jurídico. El acto administrativo es irrazonable o arbitrario cuando el objeto es absurdo, contradictorio o desproporcionado.

Hay contradicción cuando la resolución o acto administrativo explica y fundamenta una solución en la parte considerativa y adopta la contraria en la parte resolutive, o cuando enuncia proposiciones o decisiones anti-téticas. Hay desproporcionalidad, cuando el funcionario público actúa respetando la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico pero excediéndose en los medios empleados.

La arbitrariedad acontece cuando el agente público no se sujeta al ordenamiento jurídico o a la prueba de los hechos, o bien, cuando razona falsamente, con lo que el acto se funda en su sola voluntad, su capricho o veleidad personal. Así, si el funcionario público, al dictar el acto administrativo, no se atiene a los hechos demostrados, se funda en pruebas inexistentes, desconoce las existentes, prescinde de toda la fundamentación normativa o comete un inexcusable error de derecho actúa arbitrariamente.

3) Debido proceso: Al administrado debe ofrecérsele y respetársele la garantía de defensa en juicio, dándosele oportunidad de alegar, proponer

y producir prueba, recurrir, ser debidamente comunicado de los actos adoptados, etc.

4) Ausencia de error, dolo y violencia: El error en cuanto vicio de la voluntad se produce cuando el servidor público dicta un acto administrativo distinto del que tenía voluntad de dictar, quería hacer una cosa y firmó otra. Nuestra LGAP en el artículo 130, párrafo 2º, estipula que el error no será vicio del acto administrativo, pero cuando recae sobre otros elementos -tales como el motivo o el contenido-, provocando su ausencia o defecto, se vicia de nulidad absoluta (artículos 158, párrafo 1º, y 166 LGAP). Por consiguiente, el error como vicio de la voluntad incide de forma mediata o indirecta en la validez del acto administrativo.

En punto al dolo y a la violencia, como vicios de la voluntad administrativa, es preciso indicar que es muy difícil que se presenten en la realidad, aunque están previstos por la ley. Un ejemplo de dolo es cuando el funcionario ejerce una facultad discrecional, pudiendo dictar o no el acto, pero decide hacerlo con fundamento en manifestaciones falsas, probanzas adulteradas -documentos falsos-. El dolo puede ser del servidor público o, incluso, puede surgir de la connivencia con el administrado producto del soborno o del cohecho. El artículo 130, párrafo 3º, LGAP dispone que "El dolo y la violencia viciarán el acto únicamente cuando constituyan desviación de poder". Es decir, debe mediar violencia o dolo y, adicionalmente, ejercitar potestades para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, para que tales figuras vicien la voluntad.

5) Sujeción a las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y de aplicación exacta, así como a los principios elementales de la justicia, lógica o la conveniencia (artículos 16, párrafo 1º, y 158, párrafo 4º, LGAP).

Resulta importante distinguir entre la voluntad del órgano colegiado y el acto complejo (en cuanto concurre la voluntad de varios órganos), veamos:

1) Colegialidad: En los órganos colegiados la voluntad emana de un solo órgano-institución, formado por varios órganos-individuo -miembros-. Los actos de tales órganos, deben emitirse observando los principios de sesión, orden del día, quórum y deliberación.

Las reglas para preparar y emitir un acto administrativo de un órgano colegiado son, a grandes rasgos, las siguientes: a) El presidente del órgano hace la convocatoria -especial en la hipótesis de sesión extraordinaria- (artículo 52 LGAP). b) El presidente debe fijar el orden del día o agenda (artículo 49, párrafo 3º, inciso e, ibidem). c) El órgano queda válidamente constituido sin cumplir los requisitos de convocatoria u orden del día, cuando asistan todos su miembros y así lo acuerden por unanimidad (artículo 52, párrafo 4º, ibidem). d) El quórum para la válida constitución del órgano colegiado es la mayoría absoluta de sus componentes. De no haber quórum el órgano puede sesionar válidamente, en segunda convocatoria 24 horas después, con la asistencia de una tercera parte de sus miembros (artículo 53 ibidem). e) Los acuerdos deben tomarse por mayoría absoluta de los miembros (artículo 54, párrafo 3º, ibidem). f) Ninguna decisión se podrá adoptar por el órgano colegiado sin haber sometido la cuestión a la deliberación de sus miembros, otorgándoseles razonables posibilidades de expresar su opinión; los miembros pueden hacer constar en el acta su voto contrario -salvado- al acuerdo adoptado y sus motivos, quedando exentos de responsabilidad (artículo 57 ibidem). g) Los acuerdos quedarán firmes al ser aprobados en la sesión ordinaria siguiente, salvo que dos tercios de la totalidad de los miembros los declaren aprobados en firme en la misma sesión en que se adoptan (artículo 56, párrafo 2º, ibidem).

2) Actos complejos: A diferencia de los actos simples que emanan de un sólo órgano-institución -individual o colegiado-, se forman por la concurrencia de la voluntad de distintos órganos-institución. Así, un decreto ejecutivo (simple decreto o un decreto reglamentario -reglamento ejecutivo-) se forma por el concurso de voluntades del Presidente de la República y del respectivo Ministro del ramo (artículo 140, inciso 3, de la Constitución Política). En este tipo de actos administrativos el vicio de una de las voluntades concurrentes lo afecta.

B.- Objetivos

B.1.- Motivo

El motivo son los antecedentes, presupuestos o razones jurídicas (derecho) y fácticas¹⁵⁰ (hechos) que hacen posible o necesaria la emisión del acto administrativo, y sobre las cuales la Administración Pública entiende sostener la legitimidad, oportunidad o conveniencia de éste. El motivo, o como también se le denomina causa o presupuesto, está constituido por los antecedentes jurídicos y fácticos que permiten ejercer la competencia causalmente, su ausencia determina la imposibilidad de ejercerla, exclusivamente, para el caso concreto.

Desde luego, que tales antecedentes, además de ser legítimos deben concurrir al momento de dictar el acto administrativo, en tal sentido el artículo 133, párrafo 1º, LGAP establece que el motivo deberá "... ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto".

Consecuentemente, habrá ausencia de motivo o causa cuando los hechos invocados como antecedentes y que justifican su emisión son falsos, o bien, cuando el derecho invocado y aplicado a la especie fáctica no existe -v. gr. si la ley o el reglamento que le dan sustento se encuentran derogados, modificados, reformados o anulados por inconstitucionales-. El acto administrativo, sea reglado o discrecional, debe siempre fundamentarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes, lo mismo que en el derecho vigente, de lo contrario faltará el motivo.

Esos antecedentes puede asumir una naturaleza diversa, veamos:

a) Puede tratarse de un hecho simple que debe constatarse, mediante reglas empíricas -cognoscible mediante los sentidos-, como la "noche" para prohibir el funcionamiento de un establecimiento industrial.

¹⁵⁰ El artículo 214, párrafo 2º, LGAP dispone que el objeto "más importante" del procedimiento administrativo es la "verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final. Por su parte el ordinal 221 ibidem establece que "En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible...".

b) Un hecho técnico o constatable mediante apreciaciones técnicas efectuadas por un perito en la materia, como el "estado infeccioso" del ganado para ordenar su sacrificio, la "marea roja" para impedir la pesca de ciertos moluscos, el "estado ruinoso" de una edificación para demolerla.

c) Una cualidad jurídica o indeterminada de una cosa, un acto, un comportamiento o un sujeto, como la calidad de "terreno de utilidad pública" para una expropiación, "persona jubilable" para otorgarle una pensión.

d) Una situación histórico-ambiental, conjunto de hechos enfocados unitariamente por la ley pero a través de conceptos indeterminados que requieren precisión y apreciación de parte del funcionario, como el "estado de emergencia", clausura de un negocio de expendio de licores en caso de "escándalo notorio".

El motivo puede clasificarse desde otros puntos de vista, a saber:

a) De mera constatación cuando la ley lo define mediante palabras de sentido común o técnico, sin vaguedades o polisemia alguna, implican una unidad de comprensión o de medida del motivo mismo, como los supuestos de "noche", "epidemia", etc.

b) De apreciación, cuando la ley los define mediante palabras con sentido vago e impreciso, que alude a valores y cuya precisión depende de la concepción objetiva que tenga de éstos el funcionario público, como las hipótesis de los conceptos indeterminados de "escándalo público", "orden público", "urgencia", "emergencia", etc.

Los motivos constatables son reglados en tanto que los indeterminados discrecionales. Sobre este particular, el artículo 133, párrafo 2º, de la LGAP indica que cuando el motivo no este regulado "deberá ser proporcionado al contenido", esto es, debe existir una relación de proporcionalidad entre la situación de urgencia, necesidad o la petición de particular y el contenido del pronunciamiento declarativo. Este mismo numeral indica que cuando el motivo esté regulado de forma imprecisa "deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento", al respecto, es preciso recordar que los conceptos jurídicos indeterminados que los hay de tipo empírico y axiológico, otorgan una margen de apreciación positivo y negativo (aunque siempre queda un "halo de

incertidumbre"), por lo que al ser empleados el órgano debe arribar a una única solución justa y válida, con lo que constituyen un importante elemento para controlar la discrecionalidad administrativa.

Son motivos subjetivos, los referidos a las cualidades del administrado destinatario del acto (la edad y el tiempo de servicio para el otorgamiento de una pensión, el estado socioeconómico para concederle un beneficio como podría ser una beca municipal o un bono para vivienda de interés social, etc.) y son objetivos los referidos a las características de los actos, comportamientos o cosas, como la necesidad o utilidad pública de un inmueble para efectos de expropiación, la "calamidad pública" o "conmoción interna" para el estado de necesidad o urgencia, etc.

No se debe confundir el motivo del acto administrativo con los actos procedimentales preparatorios (de trámite) del acto final, cuya función radica en hacerlo posible y representan la condición pero no la causa que determina la emisión del mismo. Tales actos de trámite (v. gr. dictamen o simple providencia administrativa), son presupuestos formales o adjetivos del acto administrativo pero no sustanciales.

La relevancia del motivo es capital, puesto que, el motivo es el antecedente inmediato del acto administrativo, que crea la necesidad pública o particular, y lo hace posible o necesario. Desde tal perspectiva, la adecuación del acto administrativo al fin depende de la verificación del motivo, por lo que la ausencia del último determina la ausencia del fin del acto administrativo. El motivo está coordinado, también, con el contenido, por lo que a un motivo determinado corresponde, normalmente, un contenido específico y viceversa. Por ejemplo, ante una vacante corresponde un nombramiento interino y no un recargo de funciones, frente a un desorden público -motín- una orden de dispersión y no la de detener a todos los presentes.

Por lo general, el motivo contiene la enunciación implícita de un fin secundario o conexo al principal, así en el caso de la orden de dispersión de los manifestantes se supone que debe intentarse respetar los derechos de los que no incurrir en la irregularidad, y aún frente a éstos, sólo debe efec-

tuarse por la inminencia de un mal mayor. El respeto al derecho de reunión y de los derechos de los particulares ajenos, es un fin secundario agregado al primario de mantener el orden público.

B.2.- Contenido

El contenido propiamente dicho es la definición del efecto del acto administrativo como resultado jurídico inmediato del mismo. La realización del contenido es el efecto del acto administrativo. El contenido es lo que el acto administrativo declara, dispone, ordena, certifica o juzga y suele expresarse en la parte dispositiva de las resoluciones administrativas.

En cuanto a la correspondencia del contenido con el motivo, la ley establece que el primero debe "...abarcar todas las cuestiones de hecho y de derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas" (artículo 132, párrafo 1º, LGAP). Debe, asimismo, ser proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos estén regulados (artículo 132, párrafo 2º, ibidem).

En virtud del principio de la tipicidad administrativa, esto es, que se reputa autorizado el acto regulado expresamente aunque sea de forma imprecisa por norma escrita en cuanto a motivo o contenido (artículo 11, párrafo 2º, ibidem), el artículo 132, párrafo 3º, ibidem preceptúa que cuando el motivo no está regulado el contenido debe estarlo.

Para efectos didácticos se suele distinguir los siguientes tipos de contenido:

a) Contenido esencial o necesario.

Es el que le da nombre al acto administrativo y lo individualiza (v. gr. el traspaso forzoso del dominio es el contenido esencial de la expropiación, puesto que, sirve para denominar y catalogar esa figura jurídica en el género de los actos traslativos de derechos; en la autorización el contenido esencial es permitir el ejercicio de un derecho preexistente, por lo que sin tal resultado no habrá autorización). Se incluyen bajo esta denominación, todos los efectos ligados necesariamente al acto administrativo por la ley,

en cuanto esenciales para su existencia por su carácter imperativo. Parte de tal contenido esencial lo integran los términos y condiciones legales, tales como la autorizaciones, vistos buenos, aprobaciones, refrendos, etc., necesarios todos para que el acto administrativo adquiera eficacia.

b) Contenido implícito y natural.

Se da por ley, aunque el acto administrativo no disponga nada al respecto. Se trata de hipótesis marginales de leyes administrativas supletorias de la voluntad del funcionario público, que disponen, para el caso en que éste no decide nada en contrario. Se trata de un contenido que no es legalmente necesario, se da en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa para lograr una adaptación a las circunstancias del caso. Se asemeja más al contenido eventual.

No obstante lo señalado, el contenido del acto administrativo, en sentido estricto, sólo puede ser esencial o accidental. Así, Ortiz Ortiz estimó que el contenido implícito legalmente supletorio de la voluntad del servidor público es parte del contenido accidental.

c) Contenido accidental.

Se denomina, también, eventual, por lo que puede darse o no, según la voluntad del funcionario público. Su función es adaptar el contenido al motivo y al fin del acto, haciendo más extensos o limitados sus efectos normales. Su resultado no es modificar el contenido necesario sino su eficacia y duración temporal.

Para que el contenido accidental pueda darse, es preciso que el motivo del acto sea discrecional, además, su contenido no debe estar regulado por la ley en términos taxativos que prohíban inequívocamente modificarlo en cualquier sentido. No basta, para excluir la posibilidad de agregar cláusulas accidentales, que el contenido del acto administrativo sea reglado, sin evidenciar esta intención prohibitiva o concluyente. No es suficiente cualquier regulación del contenido para impedir la inserción en el mismo de cláusulas eventuales, sino que es preciso la inadecuación o inoportunidad de las mismas con relación al motivo y al fin del acto administrativo. El contenido esencial es necesario y legalmente típico para toda clase de acto

administrativo, no obstante lo cual las cláusulas eventuales son posibles. Cuando el contenido esencial está integrado por una regulación legal detallada de aplicación imperativa, es factible que las cláusulas accidentales sean compatibles con dicho régimen, mientras éste no de a entender lo contrario.

En apariencia, el problema medular del contenido accidental radica en formular reglas sobre la adecuación entre éste y el contenido reglado del acto considerando su motivo y fin. Debe reputarse como posible todo contenido eventual que colabore con el cumplimiento del fin, así como indebido todo aquél que lo obstaculice o lo haga imposible.

Todo juicio sobre la legalidad del contenido accidental requiere una ponderación sobre su oportunidad en relación con el fin del acto administrativo. Tal contenido es indebido cuando es manifiestamente inadecuado para realizarlo, porque viola las reglas de la lógica, la técnica y la justicia, etc.

En tal sentido, el ordinal 132, párrafo 4º, de la LGAP indica que la adaptación del contenido al fin se podrá lograr mediante la inserción discrecional de "...condiciones, términos y modos, siempre que...éstos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo". Las cláusulas eventuales no son necesarias para la existencia del acto administrativo, su nulidad no acarrea la de éste, salvo disposición en contrario de la ley o la necesidad derivada de la naturaleza misma de aquél. En aras del principio de la conservación del acto administrativo (artículo 168 LGAP), la cláusula accidental nula debe tenerse por no puesta.

El contenido accidental se expresa en el modo, el término y la condición (los dos últimos suspensivos o resolutorios). El modo es una carga que corre por cuenta del administrado y que si es incumplida cesan los efectos. En materia administrativa, el término suele ser legal y resolutorio (v. gr. el otorgamiento de la licencia de conducir y de la cédula de identidad por un plazo determinado). La condición es un hecho futuro e incierto, pudiendo ser suspensiva (v. gr. el otorgamiento de una licencia de construcción bajo la condición que el administrado modifique los planos de la

obra) o resolutoria (v. gr. el permiso hotelero en tanto no haya más de 4 en la zona).

Antes de concluir, conviene analizar el concepto del objeto, entendido no como un elemento constitutivo material del acto administrativo sino como un criterio para delimitar y definir conceptualmente el contenido de aquél. De hecho, el artículo 132, párrafo 1º, de la LGAP está referido al objeto. El objeto es la materia del acto, entendida como el fin genérico y amplio dentro de cuya zona se ubica el interés público. Así, en la expropiación el objeto sería, el fin último y más amplio que persigue y que sirve para distinguirlo de otros actos (v. gr. la construcción de obras públicas o de infraestructura y el desarrollo socio-económico).

No obstante, se pueden manejar tres nociones, un tanto diferentes, de objeto, veamos.

a) El objeto es la conducta o cosa que recibe los efectos del acto administrativo (v. gr. la cosa expropiada, el acto impugnado, el negocio clausurado, etc.). El defecto de esta acepción es que restringe el objeto a los actos denominados de segundo grado -que revisan otros- o a los que se dirigen a cosas, negando el objeto en actos de otra índole.

b) Es el resultado real inmediato a que tiende el acto administrativo, determinado por su contenido o efecto (v. gr. en la expropiación poner el bien en manos de la Administración Pública en ejecución de su efecto traslativo; en una multa sería la detracción de una parte del patrimonio del administrado en ejecución de su efecto obligatorio). Esta noción permite afirmar su carácter de elemento esencial y común a todos los actos administrativos, pero puede confundirse con el resultado de la ejecución del acto administrativo, y, en el mejor de los casos, con su contenido. La crítica a esta perspectiva es que los vicios y cualidades del objeto serán, necesariamente, los de su contenido, por lo que desaparece el objeto como elemento independiente.

c) Es la conducta autorizada o prohibida por el acto, sea cual sea su contenido (v. gr. el objeto de un servicio público es lo que hay que hacer efectivamente para prestarlo; el objeto de un acto es la conducta regulada

por su efecto, a que se refieren los derechos y obligaciones que crea; el objeto de la expropiación sería la toma de posesión por la Administración Pública y su entrega por el particular; el de la licencia para explotar una venta de licores es la explotación permitida del respectivo establecimiento). Al igual que la tesis anterior, esta noción termina con la autonomía del objeto como elemento y lo reduce a la condición de correlato real del contenido.

El objeto, en cualquiera de los sentidos vistos, es reducido al contenido, entendido como el correlato mental y subjetivo del efecto jurídico del acto administrativo. El contenido no es otra cosa que la definición de ese efecto y queda delimitado por las personas, cosas, conductas a que se refiere. El contenido de una orden de no vender un determinado producto alimenticio, es la anticipación mental de la obligación que produce y queda delimitado por la persona a quien se dirige, el producto que no se venderá y la abstención ordenada. De tales límites, sólo el último es el objeto del acto pero representa con los otros dos un criterio de precisión y acotación de lo que se quiere hacer en el caso concreto. La obligación de no vender que producirá tiene identidad y existencia propia, distinta de las que corresponden a otro acto en virtud de tales límites. Consecuentemente, lo que el acto administrativo dispone para cada caso específico queda definido y precisado, parcialmente, por la conducta a que se refiere o por el resultado real inmediato que intenta lograr. El objeto es un modo de individualización y determinación del contenido del acto administrativo y no es, por sí mismo, un elemento independiente de éste.

El objeto debe reunir las características establecidas en el artículo 132, párrafo 1º, LGAP, es decir, debe ser lícito, posible, claro y preciso con el fin de cumplir la función delimitadora que le compete.

a) Lícito: No puede estar prohibido por el ordenamiento jurídico. La ilegitimidad del acto puede surgir de la violación de las normas escritas y no escritas e, incluso de la moral y las buenas costumbres. Así, sería irregular el acto administrativo que, por razón del objeto, autoriza la comisión de un delito o el que no sanciona gravemente al administrado que comete una falta grave, como el expendio de licores a menores de edad. El

administrado puede orientar su voluntad a cualquier resultado, cosa o conducta. No obstante, el principio de tipicidad administrativa y la conexión entre motivo y contenido le prohíben a la Administración Pública todo lo que no esté permitido positivamente¹⁵¹ y la obligación de referir su conducta, únicamente, a aquellas entidades de la realidad o aquellas formas de conducta que pueden ser afectadas por ella según la ley.

b) Posible: En punto a la imposibilidad de hecho, la misma opera por falta o ausencia de lo siguiente: a) un sustrato personal, como el nombramiento como servidor público de una persona fallecida; b) un sustrato material, v. gr. si la cosa a que se refiere el acto ha perecido; 3) un sustrato jurídico, como la aplicación de una sanción disciplinaria no prevista por ordenamiento jurídico (v. gr. a quien ya no es funcionario público).

c) Determinado: Lo resuelto se debe precisar, de tal manera que se sepa de qué especie de acto se trata, a qué personas o cosas afecta, en qué tiempo y lugar ha de producir los efectos queridos. Así, la sanción disciplinaria debe indicar cómo se sancionará al funcionario público.

B.3.- Fin

Se trata del resultado metajurídico y objetivo último que persigue el acto administrativo en relación con el motivo. No debe confundirse el fin con el objeto, puesto que, según se vio supra, el último es el resultado inmediato del acto en relación con su efecto. En una expropiación el objeto es el traspaso del dominio a la Administración Pública, en tanto que el fin es hacer posible la obra pública.

Es objetivo en tanto es independiente de la intención y de la voluntad del servidor público. Esto es, para la validez del acto administrativo no se requiere que haya coincidencia entre el fin objetivo del acto indicado por la ley y el fin subjetivo intentado por el funcionario. Al constituir el resultado último, está determinado por el motivo y el contenido del acto como

¹⁵¹ El artículo 11, párrafo 2º, LGAP consagra el referido principio de la tipicidad administrativa al estatuir que "Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa."

medios para su realización. El motivo es el presupuesto fáctico y jurídico que provoca la necesidad en cuya satisfacción objetiva consiste el fin, y el contenido es el que determina el modo de satisfacerla. Cuando el motivo no se da regularmente o se da un contenido ilegal, el fin resulta directamente afectado al parecer imposible en el caso concreto por falta de interés público suficiente en dicho obrar administrativo.

Las irregularidades del motivo y del contenido, se traducen en una inadecuación del acto administrativo a su fin y producen lo que se denomina vicio por exceso de poder. El fin principal del acto administrativo es siempre reglado, la ley lo fija, usualmente, de forma expresa y específica, pero puede hacerlo mediante conceptos jurídicos indeterminados o no indicarlo del todo. Aún en estas dos hipótesis, el órgano no posee discrecionalidad administrativa -libertad de elección y determinación-, pues el fin está fijado, en todo caso, por la norma administrativa. El fin no es ni puede ser un beneficio personal del servidor público y dentro de tal círculo estrecho tiene que ser congruente con el motivo y el contenido del acto administrativo. Si estos no son discrecionales y están precisamente determinados, dicho fin resulta fácilmente cognoscible en un sentido unívoco. Por lo general, la regla de competencia contiene una fijación de los fines del acto administrativo lo mismo que define el motivo.

Si el motivo o el contenido son discrecionales, el fin es siempre coincidente con la interpretación que el juez de al respecto, como si desvelara la voluntad implícita de la ley. Es decir, si el fin no está fijado por la ley, lo fija, en todo caso, el juez, quien debe inferir el tipo de resultado que la conducta administrativa debe perseguir.

Sobre el particular, el artículo 131, párrafos 1º y 2º, LGAP dispone que

- "1. Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinan los demás.
2. Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento."

El fin es objetivo o independiente de la intención del funcionario público. El vicio del fin no consiste, únicamente, en la desviación subjetiva de éste, sino que, también, en la inadecuación externa del acto administrativo a su función legal, por defectos en el motivo o en el contenido. Mientras que la desviación subjetiva del poder es el vicio del acto exclusivamente cuando el motivo y el contenido son discrecionales, la desviación objetiva (vicio de la función del acto) es una causa de nulidad en todo caso. La posibilidad de cumplir la misión legal que el acto tiene, queda dificultada cuando hay un defecto en el motivo o en el contenido del acto, dado que, constituyen la condición y el medio para satisfacer dicho fin. Generalmente, todo vicio del fin corresponde a un vicio en el motivo. La falta de motivo imposibilita la existencia del fin en el caso concreto y su defecto produce la imposibilidad de cumplirlo con toda perfección. Se traduce en una inadecuación o desproporción del acto con su fin, por defectos en el motivo o en contenido.

Hemos visto que a tenor de lo dispuesto en los artículos 49, párrafo 2º, de la Constitución Política, 1º, párrafo 3º, de la LRJCA y 131, párrafo 3º, de la LGAP, la desviación de poder constituye un vicio del fin, puesto que, según la definición contenida en el numeral citado de la LRJCA consiste en "...el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley". La desviación de poder, constituye una poderosa herramienta, aunque bastante infrutilizada por nuestros tribunales, para el control o fiscalización de los actos administrativos discrecionales - originariamente intangibles o no fiscalizables-, puesto que, permite examinar su conformidad con el fin. Posteriormente, se admitió su uso como mecanismo de control respecto de los actos reglados que no son debidos y no tienen un contenido automático. Se trata de una categoría dogmática que, originalmente, nace en Francia bajo el impulso de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la doctrina de ese país ("*détournement de pouvoir*"), es así como en 1896 Laferriere¹⁵² la definió como el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el que fue instituido, para hacerlo

¹⁵² LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, París, 2ª. Edición, Vol. II, 1896, p. 548.

servir fines que no estaban determinados. La desviación de poder tiene, desde la perspectiva positiva, dos elementos que son los siguientes:

a) El ejercicio de una potestad administrativa, al respecto es preciso recordar que los poderes jurídicos ejercidos por las administraciones públicas son potestades-función o potestades-fiduciarias, puesto que, con su ejercicio se busca la satisfacción de determinados intereses públicos – pluralidad o heterogenidad del interés público- o la consecución de fines ajenos a la propia administración y de titularidad de la comunidad o de determinados colectivos sociales. Obviamente, cabe la desviación de poder cuando existe una omisión en el ejercicio de una potestad, puesto que, al permanecer pasiva la respectiva administración, tratándose de una actuación debida, incumple el fin.

b) El apartarse, deliberada y concientemente, la respectiva administración pública, del fin tácita o explícitamente fijado por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la potestad. En ese respecto, el Tribunal Supremo Español ha señalado que “la desviación de poder...supone la existencia de un acto ajustado a la legalidad extrínseca, pero que no responde en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa” (Sentencia de la Sala 5^a. Del 31 de marzo de 1987, Aranzadi 1608). La intencionalidad o voluntariedad de la desviación de poder, permiten distinguirla del error de hecho o de derecho, sin embargo, ofrece serios problemas de carácter probatorio (prueba diabólica) para el administrado, puesto que, debe hurgarse en la intenciones más ocultas de la administración y, más concretamente, de sus funcionarios, para acreditar que con el acto emitido se buscaba un fin distinto al establecido por el ordenamiento jurídico. En este particular, el Tribunal Supremo Español ha indicado que en esta materia “...no puede exigirse una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco puede fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable” (Sentencia del 16 de julio de 1991, Aranzadi 5559). Evidentemente, la dificultad probatoria de demostrar intenciones nos lleva a la conclusión de que debe acreditarse mediante prueba indirecta, esto es, indicios graves preci-

sos y concordantes que pongan de manifiesto el síndrome de la desviación de poder y conduzcan al juez a una presunción de hombre de haberse cometido. Tampoco, parece razonable, por innecesario, exigirle al administrado que demuestre el fin ilícito o lícito –distinto del fijado por el ordenamiento jurídico- que pretende alcanzar la administración pública (de la propia administración, de un funcionario de ésta o de terceros) con el ejercicio de la potestad¹⁵³.

3.- Elementos formales

Dentro de los elementos constitutivos de carácter formal del acto administrativo figuran los siguientes: 1) su forma de expresión o manifestación (instrumentación), 2) la motivación y 3) el procedimiento administrativo seguido para dictarlo. Son adjetivos por cuanto hacen referencia a aspectos puramente formales.

A.- Forma de expresión o instrumentación del acto administrativo

La forma en que se instrumenta o expresa el acto administrativo, final o preparatorio, puede ser diversa, así, tradicionalmente, se distingue entre acto escrito, verbal u oral, simbólico, tácito e implícito.

A.1.- Expresión escrita

El principio general, salvo norma expresa en contrario, es que el acto administrativo debe constar por escrito, lo cual es consecuencia del carácter predominantemente escrito del procedimiento en el cual se dicta, cualquier otra excepción debe ser interpretada restrictivamente. El artículo 134, párrafo 1º, LGAP, sienta esa regla general al indicar que “El acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa”. Ese acto escrito, tal y como lo impone el párrafo 2º del artículo 134, debe contener indicación del órgano

¹⁵³ Sobre la desviación de poder V. CHINCHILLA (C.), La desviación de poder, Madrid, Civitas, 1989 y SÁNCHEZ ISAC (J.), La desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español, Madrid, IEAL, 1973, ambos in totum.

agente, el derecho aplicable, la disposición, la fecha y la firma mencionando el cargo del suscriptor.

Cuando se trate de actos en masa (serie de actos de la misma naturaleza), como nombramientos en la función pública, permisos, licencias, determinación de obligaciones tributarias, etc., pueden refundirse en un solo documento que debe especificar las personas y otras circunstancias que individualicen cada uno de los actos y sólo dicho documento debe llevar la firma de rigor (artículo 135 LGAP).

Para el caso de los órganos colegiados, el artículo 56, párrafos 1° y 3°, LGAP estipula que de cada sesión se debe levantar un acta que debe contener la indicación de las personas asistentes, circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos, la que debe ser firmada por el presidente y los miembros que hayan salvado el voto. El acta debe ser aprobada en la sesión ordinaria siguiente, ya que, antes de ese momento, los acuerdos tomados carecen de firmeza, a menos que los miembros presentes acuerden su firmeza inmediata (definitivamente aprobado o aprobado en firme) por votación de los dos tercios de la totalidad de los miembros del colegio (artículo 56, párrafo 2°, *ibidem*).

A.2.- Expresión verbal u oral

Excepcionalmente, se admite la posibilidad que el acto administrativo no se documente por escrito sino que se exprese verbal u oralmente (v. gr. las órdenes impartidas por un policía administrativo o de tránsito o del superior al inferior, etc.).

La manifestación oral o verbal del acto administrativo es excepcional -y como tal de interpretación restrictiva-, por cuanto, se justifica en determinadas circunstancias apremiantes o de urgencia en que existe una imposibilidad práctica o material de emplear la forma escrita (v. gr. la orden de disolución de un grupo de personas por motivos de seguridad pública al anticiparse un motín o desorden).

En general se admiten los actos verbales u orales en las siguientes circunstancias:

- a) En situaciones de mera urgencia, en las que se requiere agilidad y flexibilidad –el tránsito vehicular- o de imposibilidad de hecho para acudir a las formas escritas;
- b) cuando se trata de actos administrativos cuyos efectos se hayan agotado y respecto de los cuales su registración no tiene justificación razonable; y,
- c) respecto de las órdenes de servicio del superior al inferior referidas a cuestiones ordinarias o de rutina.

A.3.- Expresión por signos o símbolos

El acto administrativo, puede manifestarse, excepcional y eventualmente, por medio de signos o símbolos, lo cual significa que la administración puede declarar expresamente su voluntad o decisión a través de una simbología predeterminada, estandarizada y convencional.

Los signos o símbolos empleados, pueden ser de muy diversa naturaleza, tales como: a) señales acústicas (timbres, sirenas, alarmas, pitadas), b) lumínicas (luces de tránsito vial –semáforos-, ferroviario o aéreo), c) banderas (navegación naval y aérea), d) carteles o impresos (señales viales verticales –una señal de “alto”, “ceda”, “velocidad máxima” y horizontales –señalizaciones en el asfalto como un “alto”, un “ceda”, doble línea amarilla para evitar adelantamientos, zona de seguridad para los peatones, cordón amarillo para evitar el estacionamiento, etc.) y e) la mímica que incluye los signos que con el brazo o el cuerpo realizan los policías de tránsito.

A.4.- Expresión tácita, implícita y presunta

a) Acto tácito

En nuestro ordenamiento jurídico, eventualmente, las actuaciones materiales de las administraciones públicas pueden manifestar una decisión,

al respecto el ordinal 137 de la Ley General de la Administración Pública dispone lo siguiente:

“Los comportamientos y actividades materiales de la Administración que tengan un sentido unívoco y que sean incompatibles con una voluntad diversa, servirán para expresar el acto, salvo que la naturaleza o circunstancia de éste exijan manifestación expresa”.

El acto tácito se desprende, entonces, de un comportamiento o actividad material con un sentido que no se preste para equívocos y que no contraste con una voluntad diferente.

La norma de comentario (137 ibidem), significa que en tales supuestos, el hecho o la acción material se rigen por las mismas reglas que gobiernan los actos administrativos, en cuanto le resulten aplicables.

Un ejemplo de acto tácito sería la concesión en la zona marítimo-terrestre o el permiso de uso del área pública de aquella que otorga una municipalidad no de forma expresa -a través de un procedimiento y un acuerdo formal del respectivo Concejo Municipal- sino tácitamente, a través de una serie de comportamientos materiales de sentido unívoco e incompatibles con una voluntad diversa, tales como recibirle al beneficiario los pagos por concepto de canon o derecho de ocupación, el pago de patentes -si desarrolla una actividad comercial-, otorgarle permisos de construcción, etc..

b) Acto implícito

En punto al acto implícito, es menester indicar que se infiere del contenido de otro acto administrativo. Resulta perfectamente posible que una declaración suponga un acto de voluntad anterior de forma clara y unívoca, en la que se expresan dos actos: el formulado y el evidentemente supuesto. Para que exista el acto implícito es necesario que la voluntad supuesta sea compatible con la formulada, y que se le considere como un antecedente o una consecuencia necesaria de la expresada (v. gr. la reforma por la Administración de un acto propio que supone, necesariamente, su anulación; el otorgamiento de un permiso municipal de construcción si no se ha obtenido previamente el certificado de uso conforme del suelo puede

suponer el otorgamiento implícito de este último). Sobre el particular, el artículo 138 LGAP establece que “El acto podrá expresarse a través de otro que lo implique necesariamente, en cuyo caso tendrá existencia jurídica propia.”.

c) Acto presunto

En lo relativo al acto presunto por silencio administrativo, el artículo 139 LGAP sienta una regla general que es la siguiente “El silencio de la administración no podrá expresar su voluntad salvo ley que disponga lo contrario”. Existen, por supuesto, hipótesis normativas en las que el silencio sí expresa una decisión de la administración pública, así el artículo 261 de la LGAP al regular el silencio negativo, establece que para tramitar el procedimiento administrativo constitutivo y el de revisión -recursos- la administración cuenta con el plazo de 2 y 1 mes, respectivamente, por lo que si al cabo de esos plazos “...no se ha comunicado una resolución expresa, se entenderá rechazado el reclamo o petición del administrado en vista del silencio de la Administración, sea para la interposición de los recursos administrativos procedentes o de la acción contenciosa en su caso...”; la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo tocante al silencio, negativo señala en su artículo 19, párrafo 1º, que “Cuando se formule alguna petición ante la Administración Pública y ésta no notificare su decisión en el plazo de dos meses, el interesado podrá considerar desestimada su instancia, al efecto de formular, frente a esta denegación presunta, el correspondiente reclamo administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.

Por su parte, el ordinal 330 de la LGAP, al normar el silencio positivo, establece que así se entenderá de tal naturaleza el silencio “...cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones”, o bien, de autorizaciones o aprobaciones que deben concederse en el ejercicio de funciones de fiscalización o de tutela administrativa. El numeral 331 ibidem, agrega que “El plazo para que surja el silencio positivo será de un mes, a partir de que el órgano reciba la solicitud de aprobación, autorización o licencias con los requisitos legales.”

Ante la incerteza, para el ejercicio de una actividad empresarial, industrial o comercial, generada por la obtención de una licencia o permiso por silencio positivo, en algún momento se pensó en la necesidad de introducir una pretensión meramente declarativa en proceso contencioso administrativo, por cuyo medio el administrado lograra una declaración de haber operado esta figura. No obstante, la Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos (No. 8220 del 4 de marzo del 2002), vino a solventar tal situación, al establecer en su artículo 7°, que una vez operado el silencio positivo -por el transcurso del plazo establecido en la ley-, el interesado podrá efectuar lo siguiente:

- "a) Presentar una nota a la Administración donde consta que la solicitud fue presentada en forma completa y que la Administración no la resolvió en tiempo. La Administración deberá emitir, al día hábil siguiente, una nota que declare que, efectivamente, el plazo transcurrió y la solicitud no fue aprobada, por lo que aplicó el silencio positivo o bien
- b) Acudir ante un notario público para que certifique, mediante acta notarial, que la solicitud fue presentada en forma completa y que la Administración no resolvió en tiempo."

Obviamente, el acto presunto no excluye la obligación de la respectiva administración pública de resolver expresamente -por aplicación de los derechos constitucionales de petición y respuesta-, en ese respecto, el artículo 329, párrafo 1°, LGAP establece que "La Administración tendrá siempre el deber de resolver expresamente dentro de los plazos de esa ley" y el "no hacerlo se reputará falta grave de servicio" (párrafo 2°). La LRJCA en el artículo 19, párrafo 2°, estatuye que "En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada...".

B.- Motivación

Nos referimos, en este epígrafe, a la motivación como elemento formal del acto administrativo y no al motivo como elemento material-objetivo, aunque existe una conexión evidente. Nótese, incluso, que el legislador les da un tratamiento a parte, puesto que, para regular el motivo

está el artículo 133 LGAP y para normar la motivación encontramos el numeral 136 LGAP.

La motivación se traduce en una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la respectiva administración pública al dictado o emanación del acto administrativo. La motivación es la expresión formal del motivo y, normalmente, en cualquier resolución administrativa, está contenida en los denominados "considerandos" -parte considerativa-. La motivación, al consistir en una enunciación de los hechos y del fundamento jurídico que la administración pública tuvo en cuenta para emitir su decisión o voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad de esta y una pauta indispensable para interpretar y aplicar el respectivo acto administrativo.

La Sala Constitucional, en diversos y reiterados pronunciamientos ha señalado que la debida motivación del acto administrativo final y de los de trámite forma parte del debido proceso. Así, en el Voto No. 15-90 de las 16:45 hrs. del 5 de enero de 1990, indicó que el debido proceso comprende la "notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde". El principio general es la obligación de motivar todos los actos administrativos, dado que, la misma dimana de la observancia y aplicación del principio de legalidad por parte de los entes y órganos públicos. Desde la perspectiva del administrado, la motivación supone una mayor protección de sus derechos, puesto que, del cumplimiento efectivo de la obligación de motivar por parte de la respectiva administración depende que conozca los antecedentes y razones que justificaron el acto administrativo para efectos de su impugnación. La motivación del acto administrativo, como bien lo ha apuntado la Sala Constitucional, constituye una manifestación concreta y específica de los derechos constitucionales al debido proceso y de la defensa (artículos 39, 41 y 49 de la Constitución Política), esto es, forma parte de su contenido esencial. Consecuentemente, si la motivación falta habrá un vicio de forma y de arbitrariedad en el acto administrativo. En realidad, los actos administrativos que pueden prescindir de la motivación son pocos, lo que depende de su naturaleza y de las circunstancias en que se adopte (los actos tácitos, implícitos, expresados en forma verbal o simbólica no requieren de

ritos, expresados en forma verbal o simbólica no requieren de motivación, precisamente, por su naturaleza y las circunstancias en que se adoptan).

La motivación del acto administrativo debe ser auténtica y satisfactoria, es decir, una explicación de las razones que llevaron a su emisión, por lo que no se trata de un mero escrúpulo formalista que pueda ser cumplido con la fabricación “*ad hoc*” de los motivos. La motivación debe ser concomitante con el acto administrativo, excepcionalmente, se admite la motivación previa si surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados como sustento y comunicados. Si no se da una motivación concomitante o previa, el acto administrativo se encuentra viciado por falta de motivación, salvo que se admita, excepcionalmente, que sea suplida por una motivación ulterior suficientemente desarrollada y razonada.

Sobre el particular, el artículo 136, párrafo 1°, de la LGAP establece que “Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos” los siguientes actos administrativos:

- a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos (actos administrativos desfavorables o de gravamen).
- b) Los que resuelvan recursos, esto es, las denominadas resoluciones administrativas (artículo 121, párrafo 3°, LGAP).
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos –en este último caso siempre y cuando el dictamen sea facultativo y no obligatorio-.
- d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto de recurso. Se trata de la medida cautelar que puede ser decretada bajo los supuestos del artículo 148 LGAP.
- e) Los reglamentos y los actos discrecionales de alcance general; y,
- f) Los que deban serlo en virtud de ley.

El párrafo 2° del artículo 136, admite la denominada “motivación previa” a que hemos hecho referencia al indicar que “La motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición

del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia”.

Evidentemente, la LGAP no admite la llamada “motivación ulterior” o a posteriori, razón por la que queda descartada en nuestro ordenamiento jurídico.

C.- Procedimiento administrativo

Este elemento formal, será objeto de estudio en el tomo del tratado relativo al procedimiento administrativo y al proceso contencioso-administrativo, no obstante, adelantaremos algunas ideas básicas o fundamentales del mismo, sobre todo, en cuanto repercuten en la validez o regularidad del acto administrativo.

El acto administrativo final o definitivo, no surge espontáneamente por el puro capricho de la administración pública sino después de haberse observado un *iter* procedimental (iniciado de oficio o a instancia de parte interesada) tendiente a garantizar el debido proceso y la defensa del administrado y el carácter acertado de la decisión adoptada. Debe tomarse en consideración, igualmente, que los actos preparatorios o de trámite con efectos jurídicos propios o inmediatos se producen en el seno de un procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo, como un mecanismo objetivo de autocontrol (autotutela administrativa en cuanto la ejerce la propia administración pública), está establecido en beneficio tanto del administrado como de la propia administración respectiva. El artículo 214, párrafo 1º, de la LGAP establece que “El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respecto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico”. En los procedimientos administrativos de control o negativos –a través de los cuales se suprimen, limitan o deniegan derechos subjetivos e intereses legítimos o se otorgan derechos en forma reglada u obligatoria-, el beneficiario es el administra-

do, en tanto que en los procedimientos positivos –por cuyo medio se amplía la esfera jurídica del particular discrecionalmente, ya sea, confiriéndole nuevos derechos al administrado o liberándolo de obligaciones- las garantías están establecidas a favor de la administración pública respectiva.

La función administrativa formal debe ser ejercida a través de un procedimiento para encauzarla, así como la función legislativa y judicial discurren, respectivamente, por el procedimiento legislativo y los procesos jurisdiccionales. El procedimiento administrativo, es, entonces, el medio o cauce formal por el que se prepara, exterioriza y manifiesta la actividad formal de la administración pública. El acto administrativo es el ejercicio de una potestad o de una competencia, las cuales consisten en facultades o atribuciones normativas y abstractas que no pueden transformarse, por sí mismas, en actos administrativos -manifestaciones concretas de aquellas- sin pasar por una serie de etapas o fases de elaboración y construcción de los elementos previstos en la norma que atribuye la potestad o la competencia. Son necesarias una serie de conductas intermedias entre las potestad o la competencia y el acto que autorizan las dos primeras para que llegue a perfeccionarse. El procedimiento administrativo es, entonces, la secuencia o concatenación de actos, actuaciones, formalidades u operaciones de trámite necesarias para la formación, exteriorización y eventual impugnación del acto administrativo final o definitivo.

El procedimiento administrativo, está destinado u orientado a preparar o hacer posible el acto administrativo final y, eventualmente, si así lo decide el administrado, a impugnarlo o atacarlo por razones de legalidad, oportunidad o conveniencia. Desde esa perspectiva, se distingue entre el procedimiento administrativo constitutivo (para la preparación, elaboración y formación del acto final) y el procedimiento de revisión o impugnación (los recursos ordinarios y extraordinarios procedentes contra el acto administrativo final o el acto de trámite de efectos propios e inmediatos). El procedimiento administrativo constitutivo, tiene, en suma, por propósito crear o producir una situación objetiva final consistente en la posibilidad de ejercer la competencia para dictar el acto administrativo final, consecuentemente, mientras el procedimiento administrativo no concluya dicha posibilidad no existe y el acto emitido resulta inválido. Consecuentemente, la

omisión o irregularidad en cualquiera de las etapas o fases del procedimiento administrativo, normalmente, produce la invalidez del acto final.

La observancia del procedimiento administrativo es obligatoria para la administración pública en aras de garantizar la validez del acto administrativo finalmente adoptado, en ese sentido el artículo 215, párrafo 1º, de la LGAP –emplazado en el Libro Segundo denominado “Del procedimiento administrativo”–, establece que “El trámite que regula esta ley, se aplicará cuando el acto final haya de producir efectos en la esfera jurídica de otras personas”, sean estos favorables o desfavorables. Por su parte, el numeral 216, párrafo 1º, de la LGAP estipula que **“La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél”** (la negrita no es del original).

Es importante señalar que en el procedimiento administrativo existen formalidades obligatorias o reguladas y otras accesorias, siendo que dentro de las primeras existen algunas de carácter sustancial y otras insustanciales, desde la perspectiva de su importancia para la emisión del acto y el cumplimiento del fin público, por lo que no toda violación del procedimiento puede viciar el acto final aunque suponga el quebranto del ordenamiento jurídico.

El quebranto de una formalidad sustancial provoca la invalidez del acto administrativo final, lo que sucede es que se trata de una “invalidez derivada” por cuanto proviene de la invalidez de otro acto anterior dentro del procedimiento administrativo, por lo que se contrapone al concepto de “invalidez originaria” que nace de un vicio intrínseco de los elementos constitutivos del acto administrativo final. La formalidad es esencial en los siguientes casos: a) cuando la ley expresamente sanciona su omisión o imperfección con nulidad; b) cuando se establece para evitar confabulaciones o actos inmorales contra la administración –licitación pública–; c) cuando se da en garantía de los derechos del administrado que puede verse afectado por el acto administrativo y d) cuando es indispensable y determinante para

la emisión del acto, de tal manera que si no se hubiera observado no se dicta o se emite de forma distinta.

Sobre el punto, el artículo 223 de la LGAP establece lo siguiente:

- “1.- Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento.
- 2.- Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión.”

Un ejemplo de formalidad sustancial es la audiencia oral y privada que debe existir en el procedimiento administrativo –sobre todo en los negativos o de control- para el ofrecimiento, producción y evacuación de la prueba y formular alegatos (artículos 217 y 218 LGAP). La propia ley establece (artículo 219, párrafo 1º, ibidem) que solo excepcionalmente, en situaciones de urgencia, se puede prescindir de ese trámite para evitar daños graves a las personas o de imposible reparación en las cosas. El párrafo 2º del artículo 219 de la LGAP, señala categóricamente que “La omisión injustificada de dichos trámites causará indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente”.

La infracción de las formalidades insustanciales, no provocan la invalidez del acto administrativo final pero si una responsabilidad personal del funcionario agente que la cometió. Las formalidades insustanciales, denominadas, también, “irregularidades” se pueden determinar al interpretar a contrario sensu el artículo 223 LGAP, esto es, tendrán esa naturaleza aquellas cuya inobservancia no impida o cambie la decisión final o no cause indefensión.

Formalidades insustanciales son, por ejemplo, la observancia de los plazos para dictar resoluciones o impulsar el procedimiento administrativo, la intervención de órganos consultivos o de control cuando es lógicamente previsible que el acto pueda volver a repetirse con igual contenido si se subsana su omisión, la comunicación defectuosa por un vicio que no genere nulidad absoluta, etc.

CAPITULO OCTAVO

VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO¹⁵⁴

1.- Validez del acto administrativo

La validez del acto administrativo se traduce, en términos prácticos, en su conformidad o adecuación sustancial con el ordenamiento jurídico. La actividad formal de las administraciones públicas, para que sea válida, debe ajustarse a los esquemas de comportamiento precisos estructurados normativamente. Al respecto, debe recordarse que el principio de legalidad le impone a las administraciones públicas el sometimiento al ordenamiento jurídico o al derecho objetivo que fija las pautas o cauces para la satisfacción de los intereses y fines públicos. Toda actividad o actuación específica de las administraciones públicas, debe estar habilitada o autorizada en una norma –escrita o no escrita- que le de sustento. Al respecto, el artículo 11, párrafo 1º, de la LGAP establece que “La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes”, por su parte, el ordinal 13, párrafo 1º, *ibidem* dispone que “La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo...”.

El artículo 128 de la LGAP dispone que “Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta.”

El artículo 158, párrafo 1º, de la LGAP establece que “La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.”. Evidentemente, a tenor de este numeral, la presencia y perfección de los elementos constitutivos del acto administrativo constituyen un indicador necesario y relevante de la regularidad o conformidad sustancial del mismo con el

¹⁵⁴ V. SABORIO VALVERDE (Rodolfo), Eficacia e invalidez del acto administrativo, San José, Alma Mater, 1986, in totum.

ordenamiento jurídico, de ahí su importancia para el estudio de la invalidez del acto administrativo.

Como regla general, todo acto administrativo se presume válido o legítimo, siendo que esta presunción de validez o legitimidad constituye un privilegio sustancial de las administraciones públicas que determina que la anulabilidad (nulidad relativa) sea la regla. El propósito de la presunción, es velar por la continuidad, regularidad, eficacia y eficiencia de la función administrativa. El artículo 176 de la LGAP, establece tal presunción pero, única y exclusivamente, para el acto relativamente nulo con lo que excluye los absolutamente nulos. Obviamente, se trata de una presunción "*iuris tantum*" que admite prueba en contrario, puesto que, ese mismo ordinal señala que se presume legítimo "...mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional...".

2.- Invalidez del acto administrativo

A.- Concepto

La invalidez es el concepto opuesto al de validez y se traduce, en términos prácticos, en la disconformidad o inadecuación sustancial del acto administrativo con el ordenamiento jurídico. El artículo 158, párrafo 2°, de la LGAP establece que "Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico."

En realidad, el bloque o parámetro de legalidad para determinar la invalidez del acto administrativo es de amplio espectro, puesto que, incluye, desde luego, las normas escritas y no escritas que conforman la jerarquía de fuentes. Es así como el artículo 158, párrafo 3°, de la LGAP establece que "Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas". Deben incluirse como componentes del parámetro de legalidad o validez, por consiguiente, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la costumbre (artículos 6 y 7 LGAP) y, adicionalmente, normas de carácter metajurídico, en sentido estricto, pero debidamente positivizadas o incorporadas al ordenamiento jurídico como las reglas unívocas o de aplicación exac-

ta de la ciencia y de la técnica y los principios o reglas elementales de la lógica, justicia o conveniencia (artículos 158, párrafo 4°, 160, 15, 16 y 17 de la LGAP). En realidad, estas normas metajurídicas cobran especial importancia en tratándose de actos administrativos dictados en el ejercicio de una potestad discrecional.

Otro indicador relevante, para determinar la invalidez del acto administrativo, lo constituyen los vicios o defectos en los elementos constitutivos y entendemos por tales los materiales (subjetivos -competencia, legitimación, investidura, voluntad- y objetivos -motivo, contenido y fin) y los formales (motivación, forma de expresión y procedimiento administrativo). De manera que constituye un error considerar que la invalidez se produce cuando faltan o son defectuosos, únicamente, el motivo, el contenido y el fin. La invalidez puede provenir, también, por defectos u omisiones en la competencia, la legitimación, la investidura, la voluntad, la motivación, la forma de expresión o el procedimiento administrativo.

Como resulta lógico y esperable, no toda infracción o disconformidad con el ordenamiento jurídico produce la invalidez del acto administrativo, puesto que, existen algunas de menor entidad denominadas infracciones insustanciales que no producen una inadecuación sustancial con el ordenamiento jurídico. Tales infracciones insustanciales, si bien no invalidan el acto administrativo, no son excusables, puesto que, pueden acarrearle al funcionario público responsabilidad disciplinaria (artículo 158, párrafo 5°, LGAP).

La invalidez del acto administrativo, puede ser tanto originaria como sobrevenida. Es sobrevenida cuando, después de su adopción y de haber adquirido validez y eficacia, desaparecen las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico para su adopción, cuando la permanencia de las mismas sea necesaria para la existencia de la relación jurídica creada en razón de la naturaleza de la misma o por disposición de ley (artículo 159 LGAP). Un ejemplo de nulidad sobrevenida es cuando la norma jurídica - ley o reglamento-, que le da cobertura al acto administrativo concreto, es eliminada del mundo jurídico a través de una derogación, modificación o

anulación por razones de constitucionalidad, en este supuesto, sobrevenidamente, desaparece el antecedente jurídico del acto –parte del motivo–.

B.- Efectos y límites

La invalidez produce dos grandes efectos que son los siguientes: a) ausencia o precariedad de efectos y b) la responsabilidad de la administración pública y del titular del órgano.

En lo relativo a los límites, obsérvese que el ordenamiento impone dos requisitos objetivos para la invalidez que son (a) la disconformidad y (b) su carácter sustancial. La invalidez está limitada por los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para la conservación del acto administrativo, los cuales son los siguientes:

B.1.- Principio “*favor acti*”

De acuerdo con este principio, ante la duda acerca de la invalidez del acto se le debe tener como válido. Sobre el particular, el artículo 168 LGAP establece que “En caso de duda sobre la existencia o calificación e importancia del vicio deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto”.

B.2.- Presunción de legitimidad o validez del acto administrativo

Hemos visto que de acuerdo con el artículo 174 LGAP, el acto relativamente nulo se presume legítimo hasta que se demuestre lo contrario firmemente en la vía jurisdiccional.

B.3.- Invalidez parcial

Una parte del acto administrativo puede ser inválida pero no se comunica al resto (incomunicabilidad de la invalidez). Este supuesto se da, sobre todo, tratándose de reglamentos en los que la invalidez de uno o varios artículos no supone la de la totalidad, de igual forma puede ocurrir respecto de actos concretos en cuanto a sus elementos accesorios. El artícu-

lo 164, párrafo 2°, LGAP establece que “La invalidez parcial del acto no implicará la de las demás partes del mismo que sean independientes de aquella”.

B.4.- Conservación de actuaciones

Cuando en el curso del procedimiento se produce un acto nulo, la invalidez no se comunica al resto de los actos sucesivos del procedimiento. En el derecho administrativo, opera la regla conforme a la cual los actos sucesivos independientes del acto inválido se reputan válidos. Este límite obedece a razones de economía procedimental, por cuanto, al no existir una relación de causalidad directa, si el procedimiento es retrotraído al momento del vicio los actos sucesivos serían idénticos. El artículo 164, párrafo 1°, LGAP señala que “La invalidez de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del inválido”.

B.5.- Convalidación

Opera respecto de un acto relativamente nulo por vicio en la forma (motivación, forma de exteriorización o procedimiento), el contenido o la competencia. La convalidación, se verifica a través de un acto administrativo nuevo que contenga mención expresa del vicio y de su corrección y tiene efectos retroactivos a la fecha del acto convalidado. En el nuevo acto estarán corregidas o subsanadas las irregularidades o defectos que determinaron la nulidad relativa (artículo 187 LGAP).

B.6.- Saneamiento

Se trata de una forma singular o específica de convalidación que consiste en la posibilidad de conservar los actos que han omitido formalidades sustanciales en las que se requería la intervención de otro órgano, ente (v. gr. autorización) o del administrado (v. gr. solicitud o requerimiento), en cuyo caso deben darse después de dictado el acto con una manifestación expresa de conformidad. El saneamiento produce efectos retroactivos a la fecha del acto saneado (artículo 188 LGAP).

B.7.- Conversión

Opera respecto del acto administrativo absolutamente nulo o relativamente nulo, cuando reúne los elementos constitutivos para dictar otro acto administrativo válido. Se requiere de declaración expresa de la respectiva administración y que el acto viciado o convertido contenga todos los requisitos formales y materiales del acto válido. La conversión no tiene efectos retroactivos (artículo 189 LGAP).

C.- Grados de invalidez

C.1.- El sistema bipartito de nulidades

Nuestra LGAP en su artículo 165, opta por un sistema bipartido de nulidades, por lo que la invalidez puede manifestarse como nulidad absoluta o nulidad relativa, según la gravedad o intensidad de la violación cometida. No obstante lo dicho, hay quienes han sostenido que en nuestro ordenamiento jurídico administrativo existe un sistema tripartido de nulidades, puesto que, aparte de las clásicas nulidades absolutas y relativas, admiten la categoría del "acto inexistente" (inexistencia), postura doctrinal que en algún momento ha sido asumida por la jurisprudencia. Sin embargo, si se lee con cuidado la LGAP nunca encontraremos la categoría del acto inexistente e, incluso, como veremos la nulidad absoluta puede ser subsanada por el transcurso del tiempo.

La nulidad absoluta se produce cuando faltan totalmente uno o varios de los elementos constitutivos del acto administrativo o cuando alguno es imperfecto pero impide la realización del fin (artículo 166 LGAP). Al respecto, volvemos a aclarar que los elementos constitutivos del acto administrativo no son solo el motivo, el contenido y el fin, sino que también la competencia, la legitimación, la investidura, la voluntad, la motivación, la forma de exteriorización del acto y el procedimiento administrativo. Desde luego, que habrá, también, nulidad absoluta, cuando la ley sancione, expresamente, con ese grado de invalidez determinado acto defectuoso o una omisión, circunstancia que, normalmente, acontece respecto de otros de los elementos constitutivos mencionados. Así, a modo de ejemplo, el artículo

82, párrafo 2°, LGAP establece la nulidad de la resolución administrativa de fondo dictada por un órgano incompetente (competencia), aun cuando éste se haya considerado competente; el artículo 98, párrafo 2°, establece que el órgano sustituto –en la tutela administrativa–, únicamente, puede adoptar los actos necesarios para restablecer la armonía de la normalidad administrativa so pena de nulidad (competencia); el artículo 125, párrafo 2°, ibidem dispone que el desconocimiento del valor y jerarquía de los reglamentos, circulares e instrucciones produce una nulidad absoluta; el ordinal 155, párrafo 2°, estatuye que el acto de revocación de un acto declaratorio de derechos subjetivos debe contener el reconocimiento y, si es posible, el cálculo de la indemnización completa so pena de nulidad absoluta; el artículo 173, párrafo 3°, ibidem indica que la anulación de oficio de un acto declaratorio de derechos sin observancia de los requisitos establecidos produce la nulidad absoluta de la misma; los artículos 219 y 223 ibidem establecen que la omisión de la comparencia oral y privada que se debe realizar en un procedimiento administrativo para ofrecer y recibir la prueba producirá indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente (estos numerales representan una excepción al principio de la conservación de actuaciones del artículo 164, párrafo 1°, ibidem); el artículo 237, párrafos 1° y 2°, ibidem señala que la actuación de los funcionarios en los que concurra algún motivo de abstención implicará la nulidad absoluta de los actos en que haya intervenido; el ordinal 247, párrafo 1°, ibidem indica que la comunicación del acto efectuada por medio inadecuado, fuera del lugar debido u omisa en cuanto a una parte cualquiera de la disposición del acto, será absolutamente nula; el numeral 268, párrafo 1°, ibidem preceptúa que la actuación administrativa debe tener lugar en la sede normal del órgano y en sus límites territoriales, so pena de nulidad absoluta del acto, salvo que por su naturaleza deba realizarse fuera de la sede.

La nulidad relativa se produce cuando uno de los elementos constitutivos del acto administrativo es imperfecto pero no está ausente, salvo que la imperfección impida la realización del fin en cuyo caso se produce una nulidad absoluta (artículo 167 LGAP). De igual forma, la ley, en determinados, casos sanciona una omisión o irregularidad con una nulidad relativa, así el artículo 247, párrafo 2°, LGAP estipula que la comunica-

ción defectuosa por cualquier otra omisión que no provoque la nulidad absoluta será relativamente nula y se tendrá por válida y bien hecha si la parte o el interesado no gestionan su anulación dentro de los diez días posteriores a su realización.

C.2.- Criterios de distinción entre la nulidad absoluta y relativa

Los efectos jurídicos materiales y formales de cada categoría o grado de invalidez son diferentes, por ello se debe echar mano de algunos criterios objetivos para deslindar sendas figuras.

El artículo 165 LGAP emplea el (a) criterio de la gravedad de la violación cometida. La gravedad está determinada por la noción de fin público, por lo que la violación grave que origina una nulidad absoluta es la que impide la realización del fin y la que no provoca lo anterior es una nulidad relativa. El legislador emplea, también, en el artículo 166 LGAP el (b) criterio de la ausencia de algún elemento constitutivo, ese numeral presume que cuando falta uno o varios de los elementos constitutivos del acto, no se puede realizar el fin público hacia el que se dirige el acto administrativo.

Cuando la utilización de los criterios indicados no permite determinar con certeza en que tipo de nulidad incurre el acto viciado, por aplicación del principio favor *acti* recogido en el artículo 168 LGAP, la invalidez se debe reputar como nulidad relativa.

C.3.- Nulidad absoluta

Habrán nulidad absoluta cuando falta uno de los elementos constitutivos del acto administrativo (competencia, legitimación, investidura, voluntad, motivo, contenido, fin, motivación, forma de exteriorización prescrita y procedimiento administrativo) o existe un defecto en uno de éstos que impide la realización del fin. En términos generales, se produce una nulidad absoluta cuando la gravedad de la infracción al ordenamiento jurídico impide la realización de los fines públicos.

La nulidad absoluta produce efectos sustanciales y formales característicos, veamos:

1) Efectos sustanciales:

a) El acto absolutamente nulo no se presume legítimo (artículos 169 y 176 LGAP a contrario sensu).

b) El acto absolutamente nulo no produce, en tesis de principio, efectos jurídicos. Esta afirmación es relativamente cierta, puesto que, aunque un acto administrativo sea absolutamente nulo siempre genera, en la realidad, determinados efectos, en ocasiones, incluso de difícil remoción.

c) El acto absolutamente nulo no puede, en tesis de principio, ejecutarse lo cual es una conclusión lógica de su ilegitimidad flagrante e ineficacia intrínseca. De lo contrario, le acarrea responsabilidad a la administración pública y al funcionario (artículo 146, párrafo 3°, LGAP).

d) El acto absolutamente nulo, en tesis de principio, no se puede convalidar o sanear, ese es un principio doctrinal generalmente admitido. El artículo 172 de la LGAP establece que “El acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación”, esta norma entra en abierta y flagrante contradicción con el ordinal 175 ibidem al establecer que “Caducará en cuatro años la potestad del administrado para impugnar el acto absolutamente nulo en la vía administrativa y jurisdiccional, sin que se apliquen al respecto los plazos normales de caducidad”, lo que significa, a contrario sensu, que el acto absolutamente nulo se puede arreglar a derecho por el transcurso de ese tiempo. Esta inconsistencia o incoherencia legislativa, es la que ha provocado el surgimiento de varias alternativas hermenéuticas tendientes a salvar la antinomia legislativa y evitar la aplicación del plazo de los cuatro años establecido en el artículo 175 LGAP. Surge así la categoría de la “inexistencia” o del “acto inexistente”, para quienes admiten este tercer grado de invalidez, el acto inexistente es aquel que tiene una nulidad absoluta groserísima que justifica la posibilidad de impugnarlo en cualquier momento, aun después de transcurridos los 4 años del artículo 175 LGAP. De igual forma, se ha sostenido que el artículo 175 LGAP otorgó un plazo de cuatro años en la vía administrativa y otro igual para la vía jurisdiccional, con lo que el administrado cuenta con 8 años para impugnar el acto absolutamente nulo.

cuenta con 8 años para impugnar el acto absolutamente nulo. Otra solución ha sido estimar que el artículo 175 LGAP, referido a la impugnación en sede administrativa, no derogó el ordinal 21, párrafo 2º, de la LRJCA que admite la impugnación de los actos administrativos consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma "...cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efectos; pero ello únicamente para fines de su anulación e inaplicabilidad futura". Por último, se ha sostenido que para mantener la armonía y coherencia lógico jurídica del ordenamiento debe derogarse el artículo 175 LGAP.

2) Efectos formales.

a) La declaración de nulidad absoluta del acto administrativo es obligatoria para la administración pública a instancia de parte o de oficio (artículos 162 y 174, párrafo 1º, LGAP).

b) La nulidad absoluta es declarable de oficio tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional (artículos 174, párrafo 1º, LGAP y 24 LRJCA).

c) La legitimación, por lo menos en vía administrativa, para pretender la declaración de nulidad absoluta es muy amplia (artículo 275 LGAP).

d) La declaración de nulidad absoluta tiene efectos declarativos, por los que sus efectos se retrotraen al momento del dictado del acto administrativo anulado -eficacia ex tunc-, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe (artículo 171 LGAP).

C.3.- Nulidad relativa

Hay nulidad relativa cuando no faltando los elementos constitutivos existe en alguno de estos un defecto que impide la realización del fin. La nulidad relativa tiene efectos sustanciales y formales particulares.

1) Efectos sustanciales:

a) El acto relativamente nulo se presume legítimo en tanto no se declare lo contrario en la vía jurisdiccional (artículo 176, párrafo 1º, LGAP) o no haya sido anulado en sede administrativa (artículo 174, párrafo 2º, LGAP).

b) El acto relativamente nulo produce efectos jurídicos al presu

mírsele válido. Tales efectos jurídicos son precarios, puesto que, subsisten en tanto no venzan los términos de impugnación o sea convalidado.

c) El acto administrativo relativamente nulo puede ejecutarse con responsabilidad para la administración pública y, eventualmente, para el funcionario público cuando haya actuado con dolo o culpa grave (artículos 146, párrafo 1º, y 176, párrafo 1º, LGAP).

d) El acto relativamente nulo puede ser convalidado, saneado o convertido.

2) Efectos formales:

a) La nulidad relativa puede ser declarada –en vía administrativa- a instancia de parte o de oficio, en este último caso será discrecional y deberá estar justificada por un motivo de oportunidad específico y actual (artículo 174, párrafo 2º, LGAP). Solo cabe la nulidad relativa si el acto invalidado es de gravamen, puesto que, si es favorable o declaratorio de derechos la anulación en sede administrativa no está permitida, siendo necesario que la administración pública respectiva haga uso del proceso de lesividad (artículo 183, párrafo 3º, LGAP).

b) La nulidad relativa no puede ser declarada de oficio en vía jurisdiccional.

c) La legitimación en vía administrativa para demandar la nulidad relativa es amplia.

d) La declaratoria de nulidad relativa tiene efectos constitutivos, puesto que, hay una nueva actuación que no se limita a declarar el vicio sino que es un nuevo acto que dispone la anulación del acto viciado para el futuro, sus efectos son prospectivos –ex nunc-, excepto cuando es necesario darle un efecto retroactivo para evitar daños al destinatario, a terceros o al interés público (artículo 178 LGAP).

3.- Eficacia del acto administrativo

A.- Definición

La eficacia es la capacidad actual del acto administrativo para producir los efectos jurídicos previstos por el ordenamiento jurídico. La efi-

encia se inicia con el cumplimiento de ciertos requisitos (v. gr. la comunicación del acto al administrado o una aprobación en el marco de una relación de tutela administrativa).

La eficacia, está referida a las condiciones y requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para que el acto administrativo produzca los efectos programados. La eficacia es el complemento indispensable de la validez, puesto que, de lo contrario el despliegue de la actuación administrativa, esto es, la ejecución de las operaciones técnicas o materiales sería ilegítima teniendo connotaciones estrictamente fácticas y espúreas (vía de hecho). La validez real o aparente, constituye el presupuesto de la eficacia. Es importante señalar, que los requisitos que condicionan la eficacia no guardan relación con los elementos constitutivos sustanciales y formales del acto administrativo.

B.- Eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad

En algunas ocasiones, se suelen confundir tales conceptos por su similitud gráfica y fonética, pese a tener un contenido sustancial claramente singular, por lo que para efectos sistemáticos y didácticos se impone deslindarlos.

B.1.- Ejecutividad

La ejecutividad consiste en la obligatoriedad o exigibilidad inmediata del acto administrativo, luego de ser comunicado, esto es, el derecho de la Administración Pública de exigirlo y el deber correlativo del administrado de cumplirlo. Puede definirse, también, como la capacidad de la Administración Pública de obligar unilateralmente al destinatario del acto administrativo o a un tercero, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídico-administrativas.

La obligatoriedad, es el deber de respetar el acto administrativo como válido, por todos los administrados, en el tanto y en el cuanto subsista su vigencia. La ejecutividad señala la fuerza obligatoria, el deber de cumplimiento y su potencial ejecutoriedad. La exigibilidad es un atributo

de todos los actos administrativos finales, existe siempre y significa que el acto administrativo, por su condición de tal (emanado de la Administración Pública), debe de cumplirse. Para que el acto administrativo tenga ejecutividad, es preciso que sea regular -que no esté viciado de nulidad absoluta o de inexistencia si se admite esta última categoría de invalidez- y comunicado.

La ejecutividad es una cualidad genérica del acto administrativo en tanto que la eficacia se constata en el caso particular. Las dos nociones -ejecutividad y eficacia- operan a diferentes niveles. La ejecutividad explica el carácter obligatorio del acto administrativo por el ejercicio de las potestades o prerrogativas de imperio, en tanto que la eficacia hace alusión a los requisitos que debe cumplir, obligatoriamente, el acto válido o presuntamente válido para que surta los efectos programados.

Usualmente, la ejecutividad se toma como sinónimo de eficacia del acto administrativo, empero la primera noción es la regla general del acto administrativo y consiste en el principio conforme al cual, una vez perfeccionado, produce todos sus efectos, sin diferir su cumplimiento. La exigibilidad deriva del cumplimiento de todos los requisitos, por lo que no debe confundirse con el término ejecutoriedad que es la posibilidad otorgada por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública de ejecutar por sí y ante sí, sin acudir a los Tribunales de Justicia, el acto administrativo, para lo cual cuenta con diversas medidas de coerción tendientes a asegurar su cumplimiento. En suma, las nociones de exigibilidad, ejecutividad u obligatoriedad inmediata son términos sinónimos en el léxico jurídico-administrativo.

Desde una perspectiva lógica, la ejecutividad se asienta en la validez y la ejecutoriedad en la ejecutividad. La ejecutividad es una consecuencia de la presunción de legitimidad o de validez del acto administrativo. Precisamente por lo anterior, se distingue entre los conceptos de **acto ejecutivo** y **acto ejecutorio**. El acto administrativo ejecutivo es el exigible u obligatorio y el ejecutorio es el que presupone lo anterior por lo que es susceptible de ejecución forzosa. Consecuentemente, no todo acto exigible

o ejecutivo es ejecutorio, es decir, habrá actos que no son susceptibles de ejecución forzosa, así, por ejemplo, los actos declarativos, conformadores, certificatorios y registrales. La exigibilidad es una cualidad sustancial del acto administrativo y la ejecutoriedad es una característica instrumental o formal del mismo.

B.2.- Ejecutoriedad

La Administración Pública tiene la capacidad, la aptitud y la fuerza, atribuidas por el ordenamiento jurídico, para obtener el cumplimiento efectivo de sus propios actos, sin necesidad de obtener el reconocimiento y habilitación jurisdiccional para hacerlo. Se supone que si la Administración Pública tiene la titularidad de la potestad de mando y de la ejecutiva debe contar con la prerrogativa para hacerlas efectivas (ejecución coactiva del acto administrativo).

La ejecutoriedad es la prerrogativa, otorgada por el ordenamiento jurídico, para que pueda ejecutar o hacer cumplir los actos administrativos válidos o relativamente nulos y eficaces por sí y ante sí, sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia y aún en contra de la voluntad o resistencia del administrado (artículo 146, párrafo 1º, LGAP). Para tal efecto, la Administración Pública dispone de una serie de medios de coerción que la habilitan para la realización inmediata y unilateral de los actos administrativos.

Sobre la ejecutoriedad la Sala Constitucional en el Voto No. 2180-96 de las 9:21 hrs. del 10 de mayo de 1996 (reiterado en los Votos Nos. 2360-96 del 17 de mayo de 1996 y 6477-96 de las 14:39 hrs. del 28 de noviembre de 1996) consideró lo siguiente:

“II. (...) en el Derecho Administrativo existe un principio que orienta toda la función pública, de la presunción de legalidad que tienen todos los actos administrativos -de ser dictados conforme al ordenamiento jurídico-, de él se deriva el de la ejecutoriedad y ejecutividad de los mismos, en virtud del cual, su cumplimiento es obligatorio, una vez que adquieren eficacia; en otras palabras, la Administración Pública puede válidamente ejecutar forzosamente sus actos, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial, en aras de la satisfacción de concretos intereses públicos. Partiendo del principio de la ejecutoriedad de los actos administrativos, se puede concluir que, siempre que en la producción y ejecu-

ción del acto no se violenten derechos fundamentales -como lo sería la violación al debido proceso-, ésta resulta acorde con la Constitución, es más, resulta **necesaria para la Administración a fin de que pueda cumplir con los fines públicos que le fueron asignados.** La Administración puede ejecutar por sí misma los actos que dicte, siempre y cuando esta acción no cause un perjuicio irreparable y quede abierta al administrado la posibilidad de impugnar jurisdiccionalmente lo actuado por la Administración. En este sentido, este Tribunal ha venido estableciendo, en una serie de pronunciamientos -sobre todo en materia de amparo-, que la Administración Pública, en ejercicio de su potestad ejecutoria, puede incluso crear en el administrado el deber de acatar lo resuelto, pero siempre con la intervención del juez, cuando se trate de medidas coactivas sobre las personas o su patrimonio."

La ejecutoriedad es una característica instrumental del acto administrativo que debe estar atribuida, expresamente, por el ordenamiento jurídico -el artículo 146, párrafo 1º, LGAP contiene una autorización general-. Se manifiesta en algunas categorías de actos administrativos en los que no se mantiene latente.

Para que el acto administrativo sea ejecutorio debe ser válido o, a lo sumo, relativamente nulo, eficaz -comunicado en forma debida- y ejecutivo. Consecuentemente, la ejecución del acto administrativo no puede darse antes de su comunicación, así el artículo 150, párrafo 1º, LGAP estipula que "La ejecución administrativa no podrá ser anterior a la debida comunicación del acto principal, so pena de responsabilidad", asimismo el ordinal 141, párrafo 2º, ibidem establece que "Si el acto es indebidamente puesto en ejecución antes de ser eficaz o de ser comunicado, el administrado podrá optar por considerarlo impugnabile desde que tome conocimiento del inicio de la ejecución."

Adicionalmente, la ejecución debe ser posible fáctica y jurídicamente (v. gr. no es ejecutable el acto administrativo suspendido o sujeto a homologación o aprobación). La LGAP le atribuye ejecutoriedad, únicamente, a los actos administrativos eficaces, por lo que la ejecución de un acto absolutamente nulo o ineficaz además de constituir, por disposición expresa de la ley, abuso de poder (artículo 146, párrafo 4º, ibidem) genera responsabilidad de la administración pública respectiva y administrativa,

civil y penal del funcionario público (artículos 146, párrafo 3º, y 170, párrafo 1º, *ibidem*).

La ejecutoriedad se da cuando el acto administrativo se ha formado y el ordenamiento jurídico le otorga exigibilidad. Se le reputa como una manifestación especial de la eficacia, por cuanto, los actos imponen deberes, obligaciones, cargas, gravámenes o restricciones a los administrados, que pueden ser realizados por los órganos administrativos aun en contra de la voluntad de los últimos.

Una consecuencia directa de la ejecutoriedad de los actos administrativos, consiste en que los recursos administrativos interpuestos no suspenden su ejecución, salvo que se puedan causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación (artículo 148 LGAP), de esa forma, queda patente que la ejecutoriedad no es una regla inflexible sino tan sólo una pauta de la actuación administrativa. En realidad, esa prerrogativa de las administraciones públicas ha entrado, actualmente, en franca crisis con la afirmación doctrinal y jurisprudencial de un derecho fundamental a la tutela cautelar que encuentra acomodo en el contenido esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida –tutela judicial efectiva- de los artículos 41 y 49 de la Constitución Política¹⁵⁵.

Procederemos, de seguido, a exponer los medios de ejecución que contempla la LGAP.

a) La ejecución forzosa, mediante el apremio sobre el patrimonio de administrado, cuando se trata de un crédito líquido a favor de la Administración Pública. Al respecto, resultan de aplicación las normas del Código Procesal Civil sobre el embargo y el remate, con la salvedad de que el título ejecutivo podrá ser la certificación del acto constitutivo del crédito expe-

¹⁵⁵ V. JINESTA LOBO (Ernesto), La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo, San José, Colegio de Abogados, 1996, in totum y del mismo autor La dimensión constitucional de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, San José, Ed. Guayacán, 1999, pp. 133-183; autos del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primeras Nos. 402 de las 15 hrs. del 29 de noviembre de 1995, 413 de las 9:45 hrs. del 29 de noviembre de 1995, 421 de las 9:30 hrs. y 422 de las 9:45 hrs. del 12 de diciembre de 1995.

dida por el órgano competente para ordenar la ejecución (artículo 149, párrafo 1º, inciso a, LGAP). En ese respecto, el artículo 65, párrafo 2º, LGAP estipula que "La potestad de emitir certificaciones corresponderá únicamente al órgano que tenga funciones de decisión en cuanto a lo certificado o a su secretario."

Sobre la constitucionalidad de las normas de la LGAP (artículos 149, párrafo 1, inciso a, 204 y 210) que reputan el acto administrativo debidamente certificado, para efectos de ejecución, como un título ejecutivo, la Sala Constitucional señaló en el Voto No. 2180-96 de las 9:21 hrs. del 10 de mayo de 1996 (reiterado en los Votos Nos. 2360-96 del 17 de mayo de 1996 y 6477-96 de las 14:39 hrs. del 28 de noviembre de 1996), lo siguiente:

“IV. La razonabilidad de las normas cuya constitucionalidad se cuestiona deriva, del hecho de que, la facultad otorgada a la Administración Pública para emitir título ejecutivo con fuerza ejecutiva tiene como base un proceso ordinario administrativo, en el que se determina la responsabilidad del funcionario o administrado; ello se encuentra dentro del contexto del régimen de responsabilidad del Estado y del funcionario, donde a través de un procedimiento ordinario garantizado y estructurado en la propia Ley General -artículos 308 y siguientes-, y de obligado acatamiento para la Administración, se le permite al administrado ejercer su derecho de defensa, sin perjuicio de acudir ante los tribunales de justicia a defender sus derechos. Ante todo, debe tenerse en cuenta que, para que la Administración pueda determinar la responsabilidad civil de un funcionario o administrado, debe seguir un procedimiento administrativo ordinario con ese objeto, regulado en la Ley General de la Administración Pública, el cual debe cumplir con todas las garantías del debido proceso, como lo ha exigido esta Jurisdicción Constitucional, que en reiteradas ocasiones ha señalado que el respeto del debido proceso no es únicamente garantía para los procesos que se tramitan ante los tribunales de justicia, sino que también se extiende a los procesos tramitados ante la vía administrativa (...).

V. Si el procedimiento administrativo ordinario concluye con la determinación de responsabilidad y el establecimiento de una cantidad líquida exigible, la Administración procederá a dictar un acto administrativo, el cual tiene los recursos de apelación o reposición, según corresponda. Posteriormente, si la ejecución se realiza administrativamente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 204 y 210 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración procederá a certificar el adeudo, el cual constituye título ejecutivo para su ejecución ante la autoridad judicial correspondiente. Así como el régimen de

responsabilidad del Estado y del funcionario, permiten ejercer su defensa dentro de este proceso administrativo, lo puede hacer en el propio proceso ejecutivo, oponiendo las excepciones que corresponda, entre ellas, las de pago, prescripción, y también de inejecutividad del título por inexistencia del mismo o por carecer de los requisitos esenciales para su validez, por no ser exigible la obligación o no concurrir las condiciones necesarias para la constitución de una relación procesal válida (...) Efectivamente tiene razón la Procuraduría General de la República, al señalar que si la Administración pierde esta facultad, el régimen de responsabilidad consagrado en la Ley General de la Administración Pública se vería seriamente obstaculizado incluso más allá de lo que está establecido en el régimen de responsabilidad entre particulares, por cuanto éstos no están sujetos a un procedimiento administrativo previo; y la responsabilidad del funcionario quedaría diluida en el tiempo, por cuanto no tiene sentido iniciar un procedimiento administrativo para luego tener que acudir a la vía ordinaria contenciosa a discutir lo mismo, y habría que esperarse hasta que haya sentencia firme -lo cual puede ocurrir hasta Casación- para iniciar la ejecución de sentencia y obtener el resarcimiento derivado de la responsabilidad.”

b) La ejecución sustitutiva, cuando se trata de obligaciones cuyo cumplimiento puede ser logrado por un tercero en sustitución del obligado directo (v. gr. la demolición de un muro construido entre la línea de construcción y la de propiedad o de un edificio ruinoso, la construcción de la acera por la propia municipalidad o un tercero que ésta haya contratado pero por cuenta del administrado), por lo que las costas de la ejecución podrán serle cobradas al administrado destinatario del acto (artículo 149, párrafo 1º, inciso b, *ibidem*).

c) El cumplimiento forzoso cuando la obligación de dar, hacer, no hacer es personalísima (v. gr. la elaboración de un fresco o mural en un edificio público cuando se ha contratado a un pintor por sus especiales características y trayectoria), con la posibilidad de convertirla en una indemnización de los daños y perjuicios, todo al prudente arbitrio de la Administración Pública (artículo 149, párrafo 1º, inciso c, *ibidem*).

Para lograr el cumplimiento forzoso, la Administración Pública puede obtener el concurso de la policía y emplear la fuerza o coacción en los límites de lo estrictamente necesario, estando facultada para decomisar bienes y clausurar establecimientos comerciales (artículo 149, párrafo 2º, *ibidem*).

Ante la fuerza e intensidad de los medios de ejecución, la LGAP prevé una serie de garantías en favor del administrado (artículo 150), veamos: a) La ejecución administrativa no puede ser anterior a la debida comunicación del acto, so pena de responsabilidad; b) de previo a la ejecución, salvo casos de urgencia, deben mediar dos intimaciones consecutivas, cuyo contenido debe ser un requerimiento a cumplir, la definición del medio coercitivo aplicable, y el plazo de cumplimiento; c) los principios de proporcionalidad y razonabilidad enunciados en el artículo 150, párrafo 5º, LGAP al establecer que "Cuando sea posible elegir entre diversos medios coercitivos, el servidor competente deberá escoger el menos oneroso o perjudicial de entre los que sean suficientes al efecto."; 4) El principio de intervención mínima, siendo que los medios coercitivos se aplican uno por uno a la vez, pudiendo variarse por la rebeldía del administrado si no ha surtido efecto el anterior.

Por último, la LGAP prohíbe la resistencia violenta del administrado contra la ejecución del acto administrativo, sometiéndola, de presentarse, a responsabilidad civil o penal aun cuando se vaya a ejecutar un acto absolutamente nulo (artículo 151).

C.- Síntesis y balance crítico

La ejecutividad es una cualidad otorgada al acto administrativo por el hecho de provenir de la Administración Pública, con lo que ésta puede crear unilateralmente relaciones jurídico-administrativas de contenido objetivo. La ejecutoriedad es la prerrogativa que le otorga el ordenamiento jurídico, por cuyo medio la Administración Pública puede ejecutar, por sí misma, los actos administrativos, aún en contra de la voluntad o resistencia del directamente obligado. La ejecutividad es una cualidad sustancial poseída, genéricamente, por todos los actos administrativos en tanto que la ejecutoriedad es una cualidad instrumental que no todos los actos administrativos tienen. Podemos indicar que por la ejecutividad, la Administración Pública puede decidir, unilateralmente, los conflictos y controversias con los administrados, decisiones que son ejecutivas por lo que el administrado

está obligado a cumplirlas y a acatarlas, en tanto que la ejecutoriedad le permite a la Administración Pública emplear los mecanismos de ejecución forzosa para vencer la resistencia de los particulares. El primer privilegio dispensa a la Administración de acudir al proceso jurisdiccional declarativo o de cognición plena para obtener una sentencia que reconozca sus pretensiones, en tanto que el segundo releva a la Administración Pública de acudir al proceso jurisdiccional sumario ejecutivo para realizar lo mandado por un acto administrado en contra de la voluntad del administrado.

García de Enterría, por su parte, al tratar de explicar la relación existente entre las administraciones públicas y los tribunales de justicia acude a la idea de la autotutela, entendida como la potestad de las administraciones públicas para tutelar por sí mismas sus propias situaciones jurídicas sin necesidad de recabar la tutela judicial, justificada en la eficacia y efectividad de la gestión administrativa. Esa tutela la divide García de Enterría en declarativa (ejecutividad) y ejecutiva (ejecutoriedad). La autotutela declarativa exime a la administración Pública de la carga del proceso declarativo o de cognición y la ejecutiva del proceso de ejecución. En aplicación de la autotutela declarativa, los actos administrativos obligan, inmediatamente –lo que se refuerza con la presunción de legitimidad de los mismos–, a su cumplimiento, y la administración modifica unilateralmente las situaciones jurídicas sobre las que actúa mediante el dictado de un acto. La autotutela ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, comportamientos u operaciones materiales, a través del uso de la coacción frente a los administrados y está referida a la ejecución forzosa de los actos previamente dictados por la administración cuyos destinatarios resistan su cumplimiento¹⁵⁶.

¹⁵⁶ GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón), Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Civitas, tomo I, 6a edición, 1993, pp. 484-493.

D.- Ciclo de la eficacia

D.1.- Inicio

El inicio, es el momento a partir del cual el acto administrativo válido o presuntamente válido puede surtir los efectos jurídicos programados, al haberse cumplido con los recaudos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico (v. gr. comunicación -notificación o publicación- o aprobación) o derivados del propio contenido del acto administrativo (v. gr. eventual o accidental tales como condiciones, modos y términos).

El punto de inicio de la eficacia puede variar de un acto administrativo a otro, puesto que, depende de su naturaleza e incluso de la propia ley. Puede acontecer que sea eficaz desde la fecha misma de su adopción, o bien, requerir de la comunicación al administrado por notificación o publicación, como, también, puede estar sometido al requisito de una aprobación entratándose de relaciones de tutela administrativa.

a) Inicio de la eficacia supeditada a la comunicación

Nuestro ordenamiento jurídico-administrativo sienta, como regla general, que el acto administrativo produce efectos luego de comunicado (artículos 140 y 334 LGAP).

El fundamento de tal requisito, son la seguridad y la certeza jurídicas del administrado para que pueda conocer los términos que rigen su relación con la Administración Pública. Así, el ordinal 239 LGAP estatuye que "Todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes o de un tercero, deberá ser debidamente comunicado al afectado, de conformidad con esta Ley.". Con este requisito deben cumplir, únicamente, los actos administrativos externos, esto es, que inciden, directa o indirectamente, sobre la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado, resultando innecesario cuando se trata de actos administrativos internos tales como ordenes, instrucciones o circulares, los que, en tesis de principio, carecen de valor ante el ordenamiento general del Estado cuando per-

judican al administrado (artículo 122, párrafo 1º, LGAP)¹⁵⁷. Lógicamente, en aras del principio de publicidad que rige todo el actuar administrativo, los actos internos deben exponerse en vitrinas o murales en la oficina respectiva por el plazo mínimo de un mes y compilarse en un repertorio puesto permanentemente a disposición de los servidores públicos y de los administrados (artículo 125, párrafo 1º, LGAP).

La LGAP reconoce o recoge dos formas básicas de comunicación que son la publicación para los actos administrativos de alcance general y la notificación para los de alcance particular.

a.1) Publicación

En principio, esta forma de comunicación solo es necesaria para los actos administrativos de alcance general, los que pueden o no tener alcance normativo (reglamentos y decretos). Se efectúa, normalmente, por publicación en el Diario Oficial "La Gaceta". La publicación marca el inicio de la eficacia, salvo que se fije una fecha posterior. La publicación es el punto o parámetro temporal de referencia para computar los plazos de los recursos judiciales admisibles contra el acto administrativo de alcance general (37, párrafo 1º, inciso b, LRJCA).

Ahora bien, el numeral 240, párrafo 2º, LGAP establece una excepción a la regla señalada de la comunicación de los actos generales, puesto que, cuando éstos afectan, particularmente, a una persona y el lugar para recibir notificaciones consta en el expediente administrativo o es conocido por la propia Administración Pública, el acto administrativo debe ser notificado.

Nuestra LGAP sienta una regla general sana y relevante para evitar indefensiones de los administrados, la misma consiste en que la publicación, normalmente, no sustituye a la notificación (artículo 241, párrafo 1º,

¹⁵⁷ Excepcionalmente tienen relevancia externa ante los administrados cuando los benefician (artículo 122, párrafo 1º, LGAP), estén regulados por ley, reglamento o cualquier otra norma del Estado o cuando el acto interno afecta la relación de servicio (artículo 123 ibidem).

LGAP). Excepcionalmente, la publicación sustituye a la notificación en los supuestos taxativamente indicados por el ordenamiento jurídico (artículo 241, párrafos 2º y 3º) que son los siguientes:

a) Cuando se ignore o esté equivocado, por culpa del administrado, el lugar para recibir notificaciones. En cuyo caso, la comunicación se tiene por hecha cinco días después de la publicación.

b) Para la primera notificación en un procedimiento y si no consta en el expediente respectivo el lugar para recibir notificaciones.

En tales casos de sustitución de la notificación por una publicación, debe efectuarse por tres veces consecutivas en el Diario Oficial "La Gaceta" y los términos se contabilizan a partir de la última (artículo 241, párrafo 4º, 256, párrafo 4º, LGAP).

a.2) Notificación

Se comunican por notificación los actos administrativos concretos (destinados a un "sujeto identificado") -artículos 120, párrafo 1º, y 240, párrafo 1º, LGAP-. La notificación es el acto administrativo que tiene como fin poner en conocimiento de los interesados un acto administrativo anterior que les afecta particularmente. Como acto de comunicación que es, tiene independencia sustancial respecto del acto administrativo comunicado, por consecuencia puede adolecer de una nulidad absoluta o relativa y cualquier defecto que padezca no incide sobre la validez del último.

En cuanto a la forma, la notificación puede ser efectuada personalmente, por medio de telegrama o por carta certificada, dirigida al lugar designado por el administrado. De no haber señalamiento, se hace en la residencia, lugar de trabajo o dirección del interesado si consta en el expediente administrativo por indicación de la propia Administración Pública o de cualquiera de las partes interesadas (artículo 243, párrafo 1º, LGAP).

En el supuesto de la notificación personal, servirá como prueba de la misma la respectiva acta firmada por el interesado y el notificador (artí-

culo 243, párrafo 2º, LGAP). En tratándose de telegrama o carta certificada, la notificación se tiene por hecha con la boleta de retiro o el acta de recibo firmada por quien hace la entrega (artículo 243, párrafo 3º, LGAP). Actualmente, se han aceptado otras formas de notificación, por ejemplo vía fax, así la PGR en el dictamen C-062-2000 del 21 de marzo del 2000, admitió la notificación por ese medio, dado que, la Ley de Notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales (No. 7637 del 21 de octubre de 1996) es de aplicación supletoria al procedimiento administrativo (artículo 229, párrafo 2º, LGAP), siempre y cuando, el administrado lo solicite expresamente.

Cuando el acto administrativo tenga varios destinatarios, debe comunicarse a todos ellos, salvo que actúen unidos bajo una misma representación o si han designado un solo domicilio para recibir notificaciones (artículo 244, párrafo 1, LGAP).

En aras de los intereses tutelados con la notificación, el ordenamiento jurídico establece, además de la obligación de efectuarla, su contenido. El ordinal 245 LGAP dispone que la notificación debe contener el texto íntegro del acto con indicación de los recursos procedentes, el órgano que los resolverá, ante quien deben interponerse y el plazo para interponerlos. Asimismo, cuando se trata de un acto motivado por referencia debe contener copia de las peticiones, propuestas, decisiones o dictámenes que hayan determinado su adopción (artículos 335 y 136, párrafo 2º, LGAP). Finalmente, debe advertirse que la publicación que supla a la notificación debe contener los mismos requisitos de esta (artículo 246 LGAP).

a.3) Comunicación defectuosa

El ordenamiento jurídico, para resguardar el derecho de defensa y la seguridad jurídica del administrado, regula o regla la forma, lugar y contenido de la comunicación.

De esa forma, se establece que la comunicación hecha por medio inadecuado, fuera del lugar debido u omisa, en cuanto a cualquier parte del

acto, es absolutamente nula y se tiene por efectuada en el momento en que gestione el interesado dándose por enterado, expresa o implícitamente, ante el órgano competente (artículo 247, párrafo 1º, LGAP). Ejemplos de comunicaciones absolutamente nulas son los siguientes: a) La comunicación efectuada mediante publicación cuando debía ser notificada; b) la notificación en un lugar equivocado; c) la comunicación por un medio no previsto por el ordenamiento jurídico como sería dejarla en un sobre debajo de la puerta de una casa de habitación; d) la comunicación en la que falta el texto íntegro del acto al faltar el motivo (parte considerativa) o el contenido (parte dispositiva).

Si la comunicación es defectuosa por cualquier otra omisión (v. gr. no se indicaron los recursos procedentes, el órgano competente para resolverlos y los plazos para interponerlos), será relativamente nula y se tiene convalidada si la parte o interesado no gestiona su anulación en el plazo de los diez días posteriores a su realización (artículo 247, párrafo 2º, LGAP).

b) Inicio inmediato de la eficacia

El ordenamiento jurídico puede disponer, explícita o implícitamente, que el acto administrativo adquiera eficacia desde la fecha misma de su adopción, sin necesidad de su comunicación. Así sucede en dos hipótesis: a) Cuando el acto concede únicamente derechos -acto favorable o declaratorio de derechos- (artículo 140 LGAP) y b) cuando se trata de actos administrativos internos (artículos 120, párrafo 1º, y 122, párrafo 1º, LGAP) como un reglamento autónomo de organización o una circular, dado que, su principal característica es que no inciden en la esfera del administrado por lo que no es requisito de eficacia su comunicación a éste (artículo 334 LGAP).

c) Inicio de la eficacia supeditado a la aprobación

La eficacia del acto administrativo puede estar supeditada a la aprobación de otro órgano o ente público, por razones de fiscalización o de tutela administrativa (v. gr. aprobaciones o refrendos de la Contraloría

General de la República en materia de Hacienda Pública -presupuesto- y contratación administrativa). Consecuentemente, hasta tanto no se produzca el acto aprobatorio, el acto administrativo fiscalizado no cobra eficacia ni podrá comunicarse, ejecutarse ni impugnarse (artículos 145, párrafo 4º, LGAP y 11, párrafo 2º, LRJCA).

El acto aprobatorio hará que los efectos del acto administrativo aprobado o fiscalizado se retrotraigan a la fecha de su adopción, salvo norma expresa en contrario (artículo 145, párrafo 2º, LGAP).

e) Inicio demorado de la eficacia por exigencia del contenido del acto

Del contenido natural o accidental (v. gr. acto que contiene una condición suspensiva por cuya virtud surtirá efectos tres meses después de dictado para tomar las previsiones del caso antes de su ejecución) puede derivar la necesidad de cumplir ciertos requisitos de eficacia (artículo 145, párrafo 1º, LGAP).

D.2.- Cesación de la eficacia

La eficacia del acto administrativo puede terminar de forma temporal o definitiva.

a) Cesación temporal

Se produce cuando se ordena la suspensión de la ejecución del acto administrativo. La eficacia del acto administrativo puede ser suspendida, temporal o provisionalmente, tanto en la vía administrativa (artículo 148 LGAP¹⁵⁸) como en la jurisdiccional (artículo 91¹⁵⁹ y siguientes LRJCA).

¹⁵⁸ "Los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución, pero el servidor que dictó el acto, su superior jerárquico o la autoridad que decide el recurso, podrán suspender la ejecución cuando la misma pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación".

¹⁵⁹ Artículo 91.- 1. La interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición impugnada, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión.

En ambas sedes, lamentablemente, la regla general es la ejecutividad del acto administrativo y, excepcionalmente, cabe la suspensión de la ejecución. El principio general debe invertirse para lograr adecuar la suspensión de la ejecución al Derecho de la Constitución, puesto que, el derecho a la tutela cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a una tutela judicial efectiva, esto es, a una justicia pronta y cumplida (artículos 41 y 49 de la Constitución Política).

La suspensión de la ejecución de la eficacia del acto administrativo, es una medida cautelar o preventiva que pretende garantizar, provisionalmente, la eficacia del acto final que se dicte en un procedimiento administrativo o de la sentencia definitiva pronunciada en un proceso judicial, dada la lentitud de los mismos. Adicionalmente, busca reequilibrar la desigualdad existente entre el administrado y la Administración Pública dados los privilegios con que cuenta ésta.

Para que se pueda ordenar la suspensión de la ejecución deben concurrir los presupuestos de toda medida cautelar tales como el "*periculum in mora*" -peligro en la mora- que es el temor razonable y objetivamente fundado del interesado de ver afectada grave e irreparablemente su situación jurídica o fáctica (daños y perjuicios de imposible o difícil reparación) por la lentitud del procedimiento administrativo o del proceso judicial y el "*fumus boni iuris*" que es la apariencia de buen derecho que se traduce en un juicio de probabilidad o verosimilitud acerca de la efectiva existencia de la situación que aduce el promovente y del éxito eventual de la pretensión formulada por el mismo y que se manifiesta en la seriedad, fundamento y consistencia de los alegatos formulados por la parte.

Es menester agregar, que la suspensión de la ejecución, como toda medida cautelar, tiene una serie de características estructurales tales como la instrumentalidad (es un instrumento del instrumento, esto es, del proce-

2. Procederá ésta cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil."

dimiento o proceso administrativos), provisionalidad (su eficacia está supe-
ditada al dictado del acto final o de la sentencia definitiva), urgencia (al
proceder en circunstancias apremiantes se derogan, en ocasiones, algunas
reglas del procedimiento o del proceso administrativos tales como el con-
tradictorio y la defensa) y la cognición sumaria *-summaria cognitio-*, dado
que, la suspensión de la ejecución debe resolverse interlocutoriamente con
reducidos y escasos elementos probatorios.

b) Cesación definitiva

El acto administrativo cesa definitivamente en la producción de sus
efectos cuando se extingue. La extinción definitiva puede producirse por
causas previstas en el propio acto administrativo o sobrevinientes.

Las previstas derivan de su propia naturaleza, como cuando se ago-
tan sus efectos con la sola emisión del acto o cuando se cumple su conteni-
do u objeto (v. gr. un acto certificador agota sus efectos cuando es exten-
dido -certificación de propiedad inmueble-, los efectos de una sanción ad-
ministrativa se cumplen cuando se paga la multa). También, cuando el acto
administrativo prevé una condición o término resolutorios.

En punto a los motivos sobrevinientes, la regla general consiste en
que los actos administrativos tienen eficacia indefinida, esto es, no tiene
límites temporales. No obstante, pueden sobrevenir nuevas circunstancias
que determinan la cesación definitiva de la eficacia del acto administrativo.
Así, como se verá infra, el acto administrativo puede ser revocado (revoca-
ción) por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, entre otros moti-
vos, por la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no
conocidas al momento de dictarse (artículos 152 y 153, párrafo 1º,
LGAP). De igual forma, el acto administrativo puede ser anulado (anula-
ción) cuando, sobrevenidamente, desaparezca alguna de las condiciones
fácticas o jurídicas (motivo) exigidas por el ordenamiento jurídico para su
adopción y las mismas sean indispensables para la existencia de la relación
jurídica creada (artículo 159 LGAP).

E.- Límites de la eficacia y la retroactividad

La eficacia del acto administrativo está sometida a las condiciones derivadas de su contenido y del propio ordenamiento jurídico. Los límites de la eficacia pueden ser de tres tipos: subjetivos, objetivos, espaciales o temporales.

E.1.- Límites subjetivos

En tesis de principio, el acto administrativo eficaz está capacitado para surtir efectos jurídicos *erga omnes*. La innovación creada por el acto administrativo, debe ser reconocida por todo sujeto público o privado, puesto que, existe el deber jurídico general a cargo de la Administración Pública y de los administrados de respetar todo acto administrativo y de reconocer las situaciones jurídicas derivadas del mismo. Este tipo de eficacia es predicable, sobre todo, respecto de los reglamentos. Empero, el acto administrativo tiene una eficacia directa y relativa, limitada a los sujetos que forman parte de la relación jurídico-administrativa. La eficacia directa varía en función de los sujetos que forman parte de la relación jurídico-administrativa, siendo más amplia si estamos ante actos administrativos generales y limitada si son actos administrativos concretos.

El artículo 144, párrafo 1º, LGAP recoge el principio de la relatividad del acto administrativo al señalar que "...no podrá surtir efecto ni ser ejecutado en perjuicio de derechos subjetivos de terceros de buena fe, salvo disposición expresa o inequívoca en contrario del ordenamiento", por su parte, el párrafo 2º de ese ordinal estipula que toda lesión causada por un acto administrativo a terceros de buena fe debe ser indemnizada en su totalidad, sin perjuicio, claro está, de la anulación procedente.

En suma, la eficacia directa se extiende, únicamente, a los sujetos que forman parte de la relación jurídico-administrativa, ampliándose a terceros cuando el ordenamiento jurídico lo autorice y sin perjuicio de la indemnización respectiva.

E.2.- Límites objetivos

La eficacia del acto administrativo puede variar según la función realizada, así hay actos que no imponen comportamiento alguno a la Administración Pública o a los administrados y agotan su eficacia en una simple declaración o calificación (v. gr. las certificaciones). Existen otros actos administrativos que establecen una carga, así la concesión produce efectos en tanto subsista.

E.3.- Límites espaciales

La eficacia del acto administrativo se limita al territorio sobre el que tiene competencia el respectivo órgano -artículos 60 y 61 LGAP- (v. gr. las municipalidades en un cantón determinado, las direcciones regionales de un Ministerio en una región específica). Desde luego, que el propio órgano administrativo competente puede establecer límites espaciales como por ejemplo el dictado de un reglamento para regular ventas ambulantes en el distrito primero del Cantón Central de San José. Fuera de su ámbito territorial el acto administrativo es ineficaz.

E.4.- Límites temporales

La eficacia del acto administrativo, desde un punto de vista temporal, puede verse sometida a diversos límites impuestos por el propio ordenamiento jurídico o por su contenido.

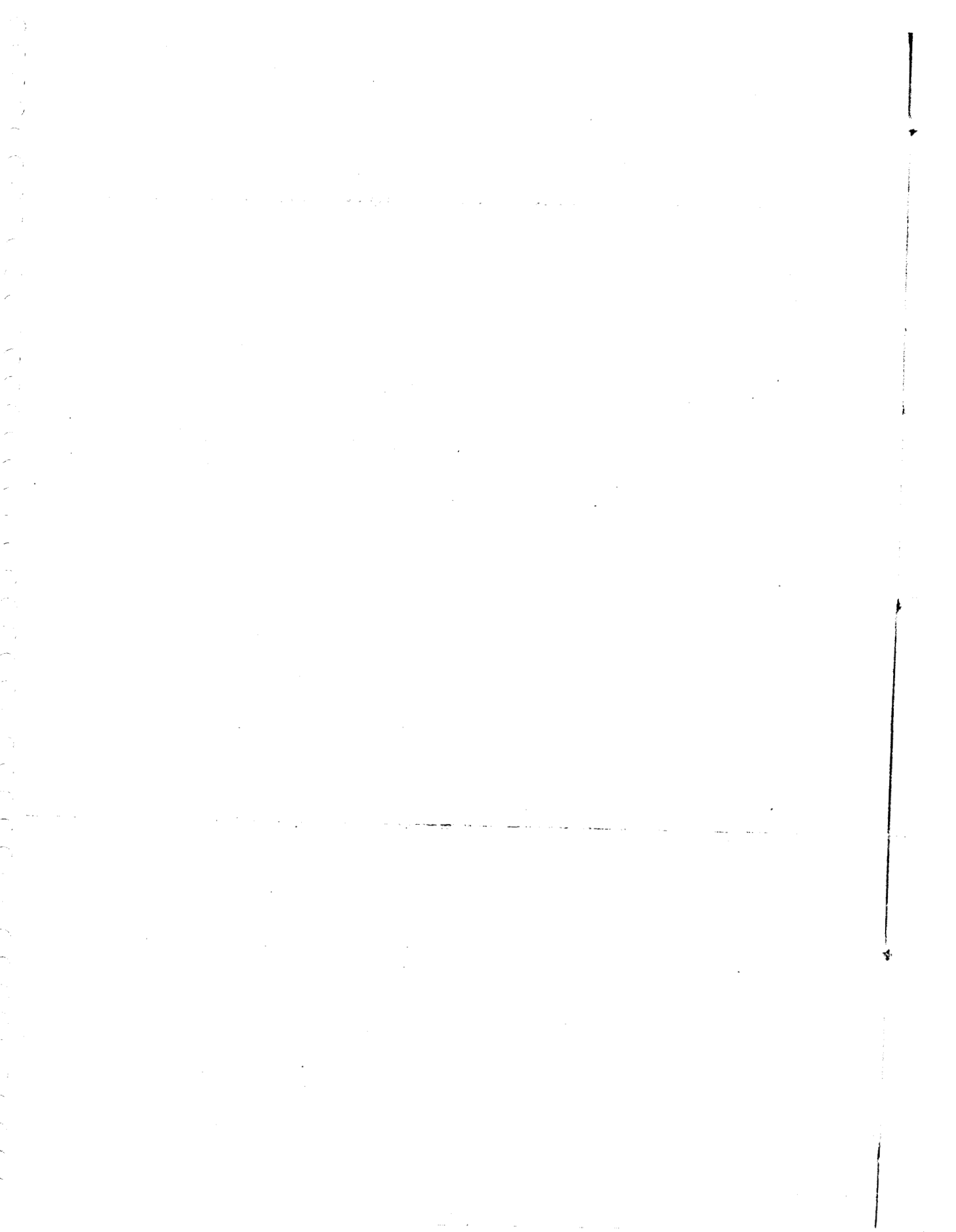
En tesis de principio y como regla general, el acto administrativo de gravamen o desfavorable surte efectos hacia el futuro -eficacia *ex nunc*- (artículo 142, párrafo 1º, LGAP), no obstante, bajo ciertas circunstancias puede tener efecto retroactivo -eficacia *ex tunc*- aún en contra del administrado. Como se ve, la irretroactividad es un principio generalmente aceptado y de especial aplicación en tratándose de los reglamentos o disposiciones generales, puesto que, el artículo 34 de la Constitución Política se aplica a cualquier norma jurídica; obviamente, también repercute en el ámbito de los actos administrativos concretos.

El acto administrativo produce, excepcionalmente, eficacia retroactiva en los supuestos siguientes:

a) Que se trate de un acto administrativo favorable o declaratorio de derechos, en cuyo caso se requiere que desde la fecha señalada para el inicio de sus efectos existan los motivos para su adopción y que no se lesionen derechos o intereses de terceros de buena fe (artículo 142, párrafo 2º, LGAP).

b) Los actos administrativos de gravamen o desfavorables pueden tener eficacia retroactiva cuando se dicten para anular actos declaratorios de derechos o favorables absolutamente nulos, obviamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe¹⁶⁰, o bien, para consolidar, haciéndolos válidos o eficaces actos desfavorables (artículos 143, 171 -efectos de la declaratoria de nulidad absoluta-, 187, párrafo 2º, -convalidación- y 188, párrafo 3º, -saneamiento- LGAP).

¹⁶⁰ Obviamente en esta hipótesis deben observarse los recaudos sustanciales y formales del artículo 173 LGAP relativos a la revisión de oficio y seguirse un procedimiento administrativo ordinario (artículo 308 y ss. *ibidem*).



CAPITULO NOVENO

MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.- Modificación

Los actos administrativos con vicios insustanciales o incluso viciados de nulidad relativa pueden ser modificados.

A.- Aclaración

Procede cuando el acto administrativo es oscuro o impreciso, o bien, cuando en su emisión o transcripción se han producido errores materiales (de escritura o numéricos) que deben ser corregidos o rectificadas. En esta hipótesis, el órgano competente que dictó el acto administrativo es el llamado a modificarlo suprimiendo o corrigiendo el vicio insustancial, adicionándolo o aclarándolo.

En tal sentido, el numeral 157 LGAP estatuye que "En cualquier tiempo podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos.". La PGR en el dictamen C-145-98 del 24 de julio de 1998, señaló que "En lo que se refiere al concepto de error material de hecho o aritmético, debemos indicar que es aquel que resulta notorio y obvio, cuya existencia aparece clara, sin necesidad de mayor esfuerzo o análisis, por saltar a primera vista". La doctrina, por su parte, indica que el error material, de hecho o aritmético debe ser ostensible, manifiesto, indiscutible, que se evidencia por sí solo y se manifieste "*prima facie*" por su sola contemplación¹⁶¹. Estos errores deben versar sobre un hecho, cosa o suceso, es decir, una realidad independiente de toda opinión, criterio o calificación jurídica o de derecho, de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados y de la valoración legal de las pruebas¹⁶². La

¹⁶¹ SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO (Luciano), Derecho administrativo, La jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1992, p. 389.

¹⁶² La PGR en el dictamen C-145-98 del 24 de julio de 1998 ilustra dos ejemplos importantes para deslindar el concepto de error material, de hecho o aritmético -se

rectificación de errores de hecho, materiales o aritméticos puede efectuarse, como lo indica el 157 LGAP, en cualquier tiempo, de oficio o a instancia de parte, sin que constituyan un límite para realizarla la doctrina del acto consentido y la de la intangibilidad o inderogabilidad de los actos propios –vinculación de la administración pública a los actos favorables o declaratorios de derechos–.

La PGR ha señalado que la rectificación de un error material, de hecho o aritmético, cuando afecte un acto declarativo de derechos, se debe producir después de observarse un procedimiento, siendo que la corrección surte efectos a partir de la fecha de adopción del acto rectificador, por lo que cuando el acto rectificado tiene un contenido patrimonial surge la obligación del sujeto que se haya beneficiado con el error –administrado o administración pública– de devolver las sumas erróneamente percibidas o de reponer las que se dejaron de cancelar (C-145-98 del 24 de julio de 1998).

Por último, cabe observar que el ordinal 157 de la LGAP se encuentra pésimamente emplazado, puesto que, está en Capítulo Quinto “De la revocación”, del Título Sexto del Libro Primero, cuando no se trata de un supuesto de revocación sino de rectificación del contenido del acto administrativo.

refiere a sumas pagadas en exceso por la Dirección Nacional de Pensiones en el cálculo de pensiones o sus reajustes-, veamos: “...si en la determinación del monto de una pensión se tomó en cuenta un rubro salarial que no consta ni se deriva de las piezas del expediente, ello puede catalogarse como un error material. No obstante, si lo que medió fue un juicio de valor en cuanto a la procedencia jurídica de aplicar ese rubro salarial, o bien si existía al momento de la cuantificación del beneficio jubilatorio una certificación u otro documento que hacía constar su existencia, el asunto trasciende la esfera del simple error...Igualmente, en el supuesto de anualidades reconocidas en exceso, es preciso determinar –siempre dentro del expediente respectivo– si ese reconocimiento se originó en una mala operación aritmética, o en una incorrecta transcripción o apreciación del número exacto de pasos, en cuyo caso sí procedería, en cualquier momento, la rectificación del error. Por el contrario, si lo que medió fue más bien una mala calificación jurídica (por ejemplo en cuanto a la procedencia o no de reconocer servicios prestados en determinadas instituciones), la posibilidad de rectificar el problema debe desecharse.”

B.- Convalidación, saneamiento y ratificación

Como se vio supra, el acto administrativo relativamente nulo puede ser convalidado o saneado para arreglarlo a derecho (artículos 187 y 188 LGAP). La ratificación se produce cuando el acto originario se encuentra viciado por una incompetencia por razón del grado por lo que el superior jerárquico ratifica el acto administrativo dictado por el inferior.

2.- Extinción

Es la cesación, supresión o eliminación definitiva de los efectos jurídicos del acto administrativo por causas normales o anormales.

A.- Cumplimiento del objeto

Hay extinción normal del acto administrativo, de pleno derecho, sin necesidad de dictarse otro acto. Se produce cuando el contenido del acto administrativo se ha cumplido o desaparece el objeto sobre el cual recaía (v. gr. el permiso de construcción expira cuando se termina de edificar el inmueble).

B.- Imposibilidad sobrevenida

Se refiere a la imposibilidad física o jurídica de cumplir con el contenido del acto administrativo por faltar el sustrato material que posibilita el cumplimiento de aquél, lo que puede consistir en la falta o cambio de la situación jurídica de las cosas o personas a las que se dirige el acto administrativo (v. gr. muerte o estado de ausencia de la persona a la que se le otorgó un derecho o se le impuso una obligación).

C.- Expiración del plazo

Hace alusión al cumplimiento de un término resolutorio establecido en el contenido natural o accidental del acto administrativo por lo que produce efectos durante un lapso determinado (v. gr. una licencia de conducir o una beca otorgada por un ente público por un período

determinado). En este supuesto, la extinción del acto opera de pleno derecho.

D.- Cumplimiento de la condición resolutoria

Habiendo acontecido un hecho futuro e incierto se extingue de pleno derecho la eficacia del acto administrativo.

E.- Renuncia

El interesado manifiesta su voluntad de renunciar a los derechos que le concede el acto administrativo y así se lo comunica al órgano competente sin que sea necesaria la aceptación de éste. Solo se pueden renunciar los actos administrativos favorables, siendo irrenunciables los actos de gravamen. Obviamente, en tratándose de los actos administrativos de doble efecto o bifrontes -que producen, simultáneamente, efectos favorables y desfavorables-, se pueden renunciar los derechos o efectos favorables, lo mismo si el acto otorga de forma principal derechos y accesoriamente obligaciones.

F.- Revocación

F.1.- Concepto

La regla general es que los actos administrativos gozan de estabilidad por lo que no pueden ser revocados por razones de oportunidad y conveniencia, la excepción está representada por la revocación y la anulación que será estudiada en el epígrafe siguiente. 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 inoportunos¹⁶³. 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 tanto 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 procede cuando se produce un desajuste entre el contenido del acto administrativo y su fin, así el numeral 152, párrafo 2º, LGAP, establece que la revocación debe 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".

Existe una diferencia entre la revocación inicial y la sobrevenida, la primera consiste en la eliminación inicial de un acto administrativo por una inoportunidad que no es provocada por un hecho posterior, simplemente implica un cambio de criterio del funcionario público que actúa en nombre y por cuenta de la administración pública y que el acto no debió dictarse por una ausencia mínima de racionalidad, justicia y eficiencia.

¹⁶³ En las actas de discusión de la LGAP Ortiz Ortiz indicó lo siguiente: "...la revocación del acto...consiste en el retiro de un acto regular acomodado a derecho, pero que llega a ser inconveniente después de haber sido dictado, porque hechos nuevos o errores de juicio inicial al dictarlos producen un desajuste progresivo. Supóngase que se otorga un permiso para establecer puestos de venta en diciembre alrededor del Parque Central. Pero resulta que el crecimiento de la población y el tránsito es tan grande que eso empieza a producir accidentes y lesiones o muertes. Porque la gente que está interesada en comprar invade las calles y hay atropellos. O haya demasiada gente en la calle. Entonces ese acto que se dictó conforme a derecho resulta cada vez más inoportuno o inconveniente o evidentemente inoportuno. Y es necesario retirarlo para poder evitar los desórdenes o los accidentes que se están produciendo". Acta No. 102 - período extraordinario-, Comisión Permanente de Gobierno y Administración, sesión del 1º de abril de 1970.

La revocación sobrevenida, que es la que estudiaremos, es el acto de eliminación de otro anterior u originario por razones de oportunidad fundadas en circunstancias sobrevinientes. Para su justificación es menester un hecho nuevo que determine, objetivamente, la necesidad de eliminar el acto original para satisfacer el interés público. Si el hecho nuevo no existe, la revocación es absolutamente nula por falta de motivo. Sobre este particular, el artículo 153, párrafo 1º, LGAP dispone que "La revocación podrá fundarse en la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario.". Nuestro ordenamiento jurídico administrativo admite, también, la revocación fundada "...en una distinta valoración de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado." (artículo 153, párrafo 2º, ibidem).

En suma, la LGAP admite la revocación por la aparición sobrevenida de nuevos hechos, por una ponderación diferente de los antecedentes fácticos que originaron el acto revocado o del interés público afectado.

F.2.- Fundamento

En cuanto al fundamento de la potestad revocatoria radica en que la actuación administrativa se ejerce frente a circunstancias dinámicas o mutables, las que constituyen su motivo; los hechos y los acontecimientos son los motores que impulsan la actuación administrativa y no un mero objeto de conocimiento. La realidad social y económica, está en permanente cambio por lo que obliga a la Administración Pública a buscar nuevas soluciones jurídicas. La función administrativa se ejerce mirando el presente y el futuro y no el pasado. La potestad de dictar un acto administrativo con un motivo discrecional implica, también, la posibilidad de omitirlo y lograr el fin público sin el mismo. La potestad de revocar un acto discrecional, es una forma de omitirlo para restituir las cosas al estado anterior si así lo exige el presente o el futuro en el cual actúa la Administración Pública. Es así como toda potestad discrecional, por el motivo, incluye la de revocar el acto que es autorizado. La revocación es un acto más, dictado en ejercicio de la potestad original para satisfacer el

fin público de acuerdo con la realidad actual diferente de aquella en que se uso la potestad por primera vez. En resumen, cuando el cambio en las circunstancias aconseja que el fin público se puede cumplir sin el acto administrativo original, es posible revocarlo en uso de la misma potestad empleada para dictarlo pero que ya, de por si, originariamente permitía omitirlo.

Como vemos, la potestad revocatoria, prácticamente, está implícita en la potestad de dictar un acto administrativo discrecional, sin embargo, nuestra LGAP en los artículo 152 y siguientes la ha hecho expresa y explícita al regularla de una forma detallada. La normación y limitaciones a la revocación obedece a la aplicación de la doctrina o teoría de los actos propios (nadie puede liberarse de la consecuencias de sus actos propios en perjuicio de terceros) y del principio de legalidad.

F.3.- Sujetos

El sujeto activo de la revocación del acto administrativo es el órgano o el ente que tuvo potestad para dictarlo y el sujeto pasivo es el administrado destinatario del acto favorable o de gravamen.

F.4.- Objeto

La LGAP sienta el principio de que el acto administrativo revocable es el discrecional -en cuanto a motivo o contenido-, incluso, cuando tiene efectos continuados (artículo 156, párrafos 1° y 2°). El acto revocable puede tener una naturaleza o contenido diverso veamos:

a) Acto administrativo que le confiere al administrado un derecho en precario: De acuerdo con el ordinal 154 LGAP, todo acto administrativo que le reconozca a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, como los permisos de uso de dominio público o de instalaciones públicas -v. gr. parques, plazas, mercados, aeropuertos, puertos, áreas públicas y de uso restringido de la Zona Marítimo Terrestre- puede ser revocado, por razones de oportunidad o conveniencia, en cualquier tiempo sin responsabilidad para la Administración. En tal

supuesto, la revocación no puede ser intempestiva ni arbitraria y debe concedérsele al administrado un plazo prudencial para el cumplimiento del acto revocatorio. Tanto la PGR (dictamen C-213-98 del 15 de octubre de 1998) como la Sala Constitucional (Voto No. 5561-94 de las 12:27 hrs. del 23 de septiembre de 1994), han señalado que, en tal hipótesis, no debe observarse un procedimiento administrativo previo, siendo que la única formalidad requerida por la ley es que la revocación del derecho en precario o no consolidado no sea intempestiva y arbitraria, consecuentemente, en criterio de esos dos órganos el artículo 154 LGAP es una excepción al 215 ibidem. No compartimos la posición de la PGR y de la Sala Constitucional, puesto que, para el ejercicio regular de cualquier potestad -como lo es la revocatoria- debe observarse un procedimiento previo, máxime si el acto final produce una lesión directa a los intereses legítimos del administrado (artículos 215 y 308 LGAP). En todo caso, habrá situaciones en que sí se compromete la responsabilidad de la administración pública por la revocación de un permiso o derecho en precario, ello acontece, por ejemplo, cuando una Municipalidad -por desidia o error- le otorga de forma expresa o tácita a cualquier administrado un permiso de ocupación sobre la zona marítimo terrestre (área de uso restringido) -y no una concesión por no existir un plan regulador- y le autoriza, también, para construir obras con adherencia permanente al suelo (restaurante, bar o soda), en estas situaciones los eventuales daños y perjuicios provocados al administrado que confió legítimamente en la administración deben discutirse en un procedimiento administrativo.

b) Acto administrativo que le confiere al administrado un derecho subjetivo perfecto: A tenor del artículo 155 LGAP, la revocación de los actos administrativos declaratorios de derechos subjetivos o favorables debe efectuarse por el jerarca respectivo previo dictamen de la Contraloría General de la República. El acto de revocación, en tal supuesto, debe contener el reconocimiento y, de ser posible, el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, so pena de nulidad absoluta. La liquidación debe efectuarla la administración respectiva dentro del mes posterior a la solicitud o recurso del administrado que contenga la que pretende.

c) Acto administrativo que le impone al administrado obligaciones o le suprime, deniega o limita derechos: De conformidad con el artículo 156, párrafo 3º, el acto administrativo desfavorable o de gravamen puede ser revocado, aún si es firme para el administrado, previo dictamen de la Contraloría General de la República. En esta hipótesis, la potestad de revocación caduca en el plazo de cuatro años. En cuanto al dictamen rendido por la Contraloría General de la República, la Sala Constitucional en el Voto No. 5120-95 de las 20:39 hrs. del 13 de septiembre de 1995, indicó lo siguiente: "... En primer término, es pertinente indicar que el dictamen de la Contraloría previo a la revocación del acto administrativo se regula en la norma impugnada en relación con los actos discrecionales desfavorables al administrado y constituye un requisito que como parte de las formalidades del acto integra uno de sus elementos esenciales ... El requisito impuesto contribuye a que la revocación de los actos administrativos no sea intempestiva o arbitraria. En ese sentido, no se observa infracción constitucional alguna con el hecho de que el legislador haya impuesto un requisito para el control de legalidad de los actos de la Administración que a su vez forma parte de los elementos esenciales del acto..."

F.5.- Motivo

La revocación es un acto discrecional por el motivo que no es obligatorio para la administración pública. La regla es que la administración pública respectiva puede revocar o no, según lo considere oportuno o conveniente. Como hemos visto procede por las siguientes razones: a) cuando media una divergencia grave entre los efectos del acto -contenido- y el interés público; b) por la aparición de nuevas circunstancias de hecho desconocidas o sobrevinientes al momento de dictarse al acto originario, y c) ante una distinta valoración o ponderación de las circunstancias de hecho o del interés público afectado existentes al momento de dictarse el acto originario.

La revocación requiere lo siguiente: a) que el acto por revocarse sea válido y eficaz, si es un acto administrativo inválido no podría haber revocación sino anulación o declaración de nulidad y si es ineficaz lo que

puede existir es un retiro del acto pero no su revocación; b) que el acto administrativo por revocarse sea discrecional, puesto que, la revocación es el ejercicio de la potestad de omitir el acto dictado por razones de oportunidad, conveniencia o mérito. Si la oportunidad o conveniencia del acto administrativo, está impuesta por la ley y debe dictarse con un contenido reglado no puede la administración pública respectiva revocarlo. Consecuentemente, no son revocables los actos administrativos de contenido reglado como las certificaciones, inscripciones, actas, declaraciones constitutivas, etc.; c) los efectos del acto administrativo revocado deben estar a disposición del órgano agente o sujeto activo, puesto que, éste puede perder la competencia respecto al efecto y fin del acto. El sujeto activo de la revocación, debe ser parte en la relación jurídica creada por el acto administrativo susceptible de revocación o tener potestades para vigilar su ejecución. Por consecuencia, los actos administrativos que han surtido un efecto irreversible -v. gr. permiso para una reunión pública- o plenamente ejecutados no son revocables.

F.6.- Contenido

Los derechos adquiridos son un límite a la potestad de revocación y ésta es, al propio tiempo, un límite a la existencia de los derechos adquiridos, existe así una suerte de círculo vicioso. Ese es el problema fundamental de la revocación, esto es, o se da pura y simplemente o debe contener, además, el reconocimiento de una indemnización a favor del quien sufrió perjuicio con su ejercicio.

Nuestra LGAP, como hemos podido constatar, establece que la revocación de actos administrativos que otorguen derechos en precario o debilitados no genera responsabilidad administrativa, razón por la que no debe indemnizarse ningún daño o perjuicio (artículo 154), en tanto que la revocatoria de actos administrativos que otorgan derechos subjetivos perfectos -favorables o declaratorios de derechos- debe contener el reconocimiento y, de ser posible, el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, so pena de nulidad absoluta (artículo 155, párrafo 2°). Por razones obvias, la revocación de los actos administrativos de gravamen o desfavorables no debe contener

reconocimiento o cálculo ninguno de los daños y perjuicios, puesto que, en estos últimos no se produce ninguno, ya que, el beneficio para el administrado deriva de la revocación de la obligación impuesta o de la denegatoria, limitación o supresión de los derechos subjetivos.

F.7.- Plazo

La LGAP establece en el artículo 152, párrafo 2°, que la revocación puede producirse “pese al tiempo transcurrido”, esto es, independientemente del lapso corrido, esto es, en cualquier tiempo siempre que se verifiquen los supuestos y requisitos de que hemos hablado. Ahora bien, en tratándose de la revocación de los actos desfavorables o de gravamen el artículo 156, párrafo 4°, establece un plazo de cuatro años.

F.8.- Efectos

La revocación del acto administrativo produce efectos desde su dictado y hacia el futuro, lo que significa que la eficacia del acto originario se mantienen hasta que se produce la revocatoria. Obviamente, hacia el futuro la administración pública respectiva no puede fundar nuevos actos administrativos en el previamente revocado.

F.9.- Procedimiento

Debe seguirse el mismo procedimiento observado para dictar el acto administrativo revocado.

G.- Anulación (nulidad relativa o absoluta)

La declaratoria de invalidez del acto administrativo, ya sea por nulidad relativa o absoluta produce la supresión o eliminación de los efectos del acto administrativo. Esa anulación puede producirse en vía administrativa o jurisdiccional.

G.1.- Anulación en vía administrativa

En vía administrativa, la anulación o declaratoria de nulidad se puede producir de dos formas a instancia de parte, mediante el recurso procedente, y de oficio por la propia administración pública (artículo 180 LGAP).

a) Anulación a instancia de parte

El artículo 180 de la LGAP estipula que será competente, en sede administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto el órgano que lo dictó, el superior jerárquico del mismo o el contralor no jerárquico en virtud de un recurso administrativo (revocatoria, apelación, reposición o revisión, artículos 342-343 LGAP). Debe tomarse en consideración, que en el procedimiento administrativo no opera la “*no reformatio in pejus*” – reforma en perjuicio- de modo que el órgano que conoce del recurso puede, resolverlo aun en perjuicio del recurrente cuando el acto administrativo está viciado de nulidad absoluta (artículo 351, párrafo 2°, LGAP).

En lo relativo al contralor jerárquico –jerarquía impropia- (v. gr. el Tribunal Fiscal Administrativo respecto de las resoluciones de la Dirección General de Tributación Directa en materia de la determinación de la obligación tributaria), que solo puede revisar la legalidad y no la oportunidad del acto, la LGAP es categórica al afirmar que no podrá anular de oficio (artículo 184 ibidem) sino, única y exclusivamente, en virtud de recurso administrativo (a instancia de parte) debiendo resolver dentro del límites de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente (artículo 181 ibidem). Tampoco podrá anular de oficio el órgano que pierde la competencia con la primera decisión sobre la validez del acto (artículo 184).

b) Anulación de oficio (o revisión de oficio)

El artículo 180 LGAP permite la anulación o declaratoria de nulidad de oficio. Esa anulación o revisión de oficio puede ser de un acto administrativo favorable o de un acto de gravamen.

b.1) Anulación o revisión de oficio de los actos administrativos favorables o declaratorios de derechos

Esta posibilidad constituye una excepción calificada a la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado o del principio de intangibilidad de los actos propios –al que la Sala Constitucional le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (sentencias Nos. 2186-94 de las 17:03 hrs. del 4 de mayo de 1994 y 899-95 de las 17:18 hrs. del 15 de febrero de 1995)-. La regla general es que la administración pública respectiva no puede anular un acto declaratorio de derechos para el administrado, siendo las excepciones la anulación o revisión de oficio y la revocación. Para ese efecto, la administración pública, como principio general, debe acudir, en calidad de parte actora y previa declaratoria de lesividad del acto a los intereses públicos, económicos o de otra índole, al proceso de lesividad (artículos 10 y 35 LRJCA), el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una garantía para los administrados. Sobre este particular la Sala Constitucional en el Voto No. 897-98 del 11 de febrero de 1998 señaló que “...a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido confirmando derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos, con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración, al emitir un acto y con posterioridad al emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido, sea por error o por cualquier otro motivo. Ello implica que la única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso de jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado, o bien, en

nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República (como una garantía más a favor del administrado) y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, si la Administración ha inobservado las reglas de estos procedimientos, o bien, las ha omitido del todo o en parte...el principio de los actos propios determina como efecto de dicha irregularidad la invalidez del acto”

De acuerdo con el artículo 173 LGAP, la administración pública puede anular en vía administrativa un acto declaratorio de derechos para el administrado pero lesivo para los intereses públicos o patrimoniales de la primera, sin necesidad de recurrir al proceso contencioso administrativo de lesividad de los artículos 10 y 35 de la LRJCA (es el proceso en el que la parte actora es una administración pública que impugna un acto propio favorable para el administrado pero lesivo para ella) cuando el mismo este viciado de una nulidad absoluta evidente y manifiesta. La nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser dictaminada, previa y favorablemente, por la Procuraduría o la Contraloría Generales de la República –acto preparatorio del acto anulatorio final-. Le corresponderá a la Contraloría cuando la nulidad verse sobre actos administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa (hacienda pública). Ese dictamen es indispensable, a tal punto que la Sala Constitucional en el Voto No. 1563-91 de las 15 hrs. del 14 de agosto de 1991 estimó que “Es evidente, entonces, que a partir de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la competencia de anular en sede administrativa solamente puede ser admitida si se cumple con el deber de allegar un criterio experto y externo al órgano que va a dictar el acto final.”. La propia PGR, ha indicado que su intervención en el procedimiento administrativo abierto para revisar o anular el acto administrativo, a través de un dictamen vinculante –sobre la nulidad absoluta evidente y manifiesta-, le confiere a ese órgano el carácter de contralor de legalidad de las actuaciones de la administraciones pública en vía administrativa que no riñe con ningún grado de autonomía, puesto que, es a ese órgano al que le corresponde “...la competencia de determinar

técnicamente si los hechos contenidos en el expediente del procedimiento administrativo implican que el acto que se pretende anular, adolece de vicios que ameriten calificar su nulidad de absoluta, evidente y manifiesta” (C-024-94 del 10 de febrero de 1994). En el dictamen C-080-94 del 17 de mayo de 1994, señaló que su intervención en tal hipótesis “...se plasma mediante la emisión de un dictamen vinculante, que reviste la naturaleza de un acto de control preventivo de legalidad; lo anterior, en el tanto que dicho dictamen, que ha de rendirse antes de dictar el acto final del procedimiento, debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la Administración, en el sentido de acreditar que en la especie los vicios del acto son efectivamente de tal magnitud.”

Acerca del concepto de nulidad evidente y manifiesta, la PGR en el dictamen C-019-87 del 27 de enero 1987, lo ha precisado de la siguiente manera:

“...en cuanto a esos dos adjetivos el Diccionario de la Real Academia Española, en relación con las acepciones que nos interesan expresa:

“Evidente (del Lat. Evidens, -entis) adj. Cierto, claro, patente, y sin la menor duda”.

“Manifiesto, ta. (Del Lat. Mnifestus) pp. Irreg. De Manifestar. 2. adj. Descubierto, patente, claro.”

En forma acorde con el espíritu del legislador y con el significado de los adjetivos “evidente” y “manifiesta”, debe entenderse que la nulidad absoluta evidente y manifiesta es aquella muy notoria, obvia, la que aparece de manera clara, sin que exija un proceso dialéctico su comprobación por saltar a primera vista.

Lo anterior nos induce a pensar que, para efectos de la declaratoria de las nulidades, dentro de nuestro derecho podemos distinguir tres categorías de nulidad, que son: la nulidad relativa, la nulidad absoluta, y la nulidad absoluta evidente y manifiesta.

La última categoría es la nulidad de fácil captación y para hacer la diferencia con las restantes tenemos que decir, que no puede hablarse de

nulidad absoluta evidente y manifiesta cuando se halla muy lejos de saltar a la vista de comprobación, comprobación cuya evidencia y facilidad constituyen el supuesto sustancial e indeclinable que sirve de soporte fundamental a lo que, dentro de nuestro derecho, podemos denominar la máxima categoría anulatoria de los actos administrativos...”.

Posteriormente, en el dictamen C-062-88 del 4 de abril de 1988, la PGR puntualizó lo siguiente:

“...podemos concluir que este tipo de nulidad está referida a la existencia de vicios del acto que sean notorios, claros, de fácil captación, donde no se requiere de mayor esfuerzo y análisis para su comprobación, ya que el vicio es evidente, ostensible, manifiesto y de tal magnitud y consecuencia, que hace que la declaratoria de nulidad absoluta del acto sea consecuencia lógica, necesaria e inmediata, dada la certeza y evidencia palpable de los vicios graves que padece el acto de que se trata.” .

La Sala Constitucional en el Voto No. 1563-91 de las 15 hrs. del 14 de agosto de 1991 estimó lo siguiente:

“...un acto declaratorio de derechos solamente puede ser declarado nulo por la propia administración, cuando se esté en presencia de una nulidad absoluta, manifiesta y evidente. Por manera que no se trata de cualquier nulidad, sino de aquella que se encuentre acompañada de una nota especial y agravada, consistente en que la nulidad absoluta sea perceptible fácilmente, o lo que es igual, sin necesidad de forzar las circunstancias para concluir con ello.”

La doctrina española (Garrido Falla y González Pérez), siguiendo los pronunciamientos del Tribunal Supremo de ese país (sentencias del 6 de enero de 1961 y del 26 de abril de 1963), sostienen que la nulidad absoluta evidente y manifiesta es la declarada y patente que se logra descubrir por la mera confrontación del acto administrativo con la norma legal, sin necesidad de acudir a ninguna interpretación o exégesis. Sobre el particular, Ortiz Ortiz señala que “Por “nulidad absoluta evidente y manifiesta” debe entenderse no la que es patente y grosera hasta para el lego -lo que es hipótesis académica- ni tampoco la que se refiere a sólo un tipo determinado de vicio grave, sino toda la que afecte el orden público de la organización y del funcionamiento de la Administración y que es, por eso mismo, grave y peligrosa para la colectividad. Arribamos así a una verdadera tautología, pues toda nulidad es de pleno derecho precisamente

en la medida en que es grave, por afectar el orden público...”. De la precisión anterior, cabe concluir que cuando el legislador del 78 distingue entre la nulidad absoluta evidente y manifiesta y la que carece de estas notas cualitativas, no está pensando en que la primera es más grave o trascendente que la segunda, sino en que el carácter manifiesto, palpable y evidente de la regulada en el artículo 173 facilita su anulación o revisión en sede administrativa, sin necesidad de acudir al análisis profundo y experto del juez contencioso administrativo. En suma, entre la nulidad absoluta simple y la calificada de evidente y manifiesta no existen diferencias en cuanto a la gravedad o trascendencia del vicio o infracción que se sanciona.

Desde luego que la administración pública respectiva -autora del acto que se pretende anular o revisar-, de previo a la declaratoria de nulidad, debe abrir un procedimiento administrativo ordinario en el que se deben observar los principios y las garantías del debido proceso y de la defensa (artículo 173, párrafo 3°), la justificación de observar ese procedimiento está en que el acto final puede suprimir un derecho subjetivo del administrado (artículo 308 LGAP). Durante la sustanciación del procedimiento ordinario, resulta indispensable recabar el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría siendo un acto de trámite del mismo. El dictamen debe pronunciarse, expresamente, sobre el carácter absoluto, manifiesto y evidente de la nulidad (artículo 173, párrafo 4°, LGAP).

Si el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría Generales de la República es desfavorable, en el sentido que la nulidad absoluta del acto administrativo no es evidente y manifiesta, la respectiva administración pública se verá impedida, legalmente, para anular el acto en vía administrativa y tendrá que acudir al proceso ordinario contencioso administrativo de lesividad. El dictamen de los dos órganos consultivos citados es vinculante para la administración respectiva en cuanto al carácter evidente y manifiesto de la nulidad. Sobre este punto, el artículo 183, párrafo 1°, LGAP establece que “Fuera de los casos previstos en el artículo 173, la administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos a favor del administrado y para obtener su eliminación deberá recurrir al contencioso de lesividad previsto en los

artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

En cuanto al sujeto activo de la revisión de oficio, una vez concluido el procedimiento administrativo ordinario con dictamen favorable, cuando se trata de la administración central, el órgano constitucional superior que emitió el respectivo acto debe declarar la nulidad. En tratándose de la administración descentralizada, la declaratoria de nulidad le corresponderá al respectivo jerarca -unipersonal o colegiado-.

La revisión oficiosa o anulación con quebranto de los requisitos y condiciones que hemos comentado y que establece la LGAP “sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser la nulidad absoluta evidente y manifiesta” (v. gr. que el dictamen sea desfavorable, que no se recabó el dictamen o que no se abrió un procedimiento administrativo ordinario) es absolutamente nula y hace responsable por los daños y perjuicios provocados tanto a la administración pública como al funcionario (artículo 173, párrafo 6°).

La potestad de revisión o anulación de oficio de los actos favorables, le caduca a la administración pública interesada en el plazo de cuatro años (artículo 173, párrafo 5°, LGAP). Se trata de un plazo rígido de caducidad -aceleratorio y perentorio- que no admite interrupciones o suspensiones en aras de la seguridad jurídica de los administrados en cuyo favor se hayan declarado derechos subjetivos (V. dictámenes de la PGR C-168-94 del 2 de noviembre de 1994 y C-117-95 del 31 de mayo de 1995). Así, en el dictamen C-044-95 del 8 de marzo de 1995 se indicó que el término es absolutamente rígido “...pues, de lo contrario, habría total incertidumbre y se vería desnaturalizado el límite que se establece precisamente a través del plazo de los cuatro años, a fin de que no se vea sujeto a circunstancias de cualquier naturaleza que pudieran presentarse durante los trámites previos a la declaratoria de nulidad, -sea el desarrollo del proceso administrativo ordinario y la solicitud del criterio de este Despacho-, gestiones que de ningún modo tienen la cualidad de interrumpir o suspender el transcurso del plazo en cuestión”.

b.2) Anulación o revisión de oficio de los actos administrativos de gravamen

El artículo 183, párrafo 1º, LGAP, por su parte, establece la potestad de revisión o anulación de oficio de los actos administrativos desfavorables o de gravamen para el administrado, al establecer que “La Administración conservará su potestad para anular o declarar de oficio la nulidad del acto –sea absoluta o relativa- aunque el administrado haya dejado caducar los recursos administrativos y acciones procedentes, siempre y cuando dicha revisión se dé en beneficio del administrado y sus derechos”.

En este supuesto de anulación de actos desfavorables en vía administrativa, igualmente, se requiere dictamen de la Procuraduría General de la República y la potestad de la administración para hacerlo caduca en cuatro años a partir de la adopción del acto respectivo (párrafo 2º del artículo 183).

G.2.- Anulación en vía judicial

Este aspecto será tratado en el volumen correspondiente al procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo, no obstante, podemos indicar que el administrado o la administración, respectivamente, que no hayan logrado la anulación en vía administrativa a través de los recursos ordinarios y extraordinarios o de la anulación o revisión de oficio, pueden acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa deduciendo, respectivamente, una pretensión de mera anulación -solo nulidad del acto impugnado- o de plena jurisdicción - nulidad del acto impugnado más el restablecimiento de la situación jurídica sustancial con reparación in natura o por equivalente- (artículos 10, 22 y 23 de la LRJCA) o de lesividad (artículos 10 y 35 de la LRJCA) para lograr que la nulidad –absoluta o relativa- sea declarada en la vía judicial.

El artículo 182 de la LGAP establece lo siguiente:

“1. El juez no podrá declarar de oficio la invalidez del acto, salvo que se trata de infracciones sustanciales relativas al sujeto, al procedimiento o a la forma, casos en los cuales deberá hacerlo.

2. Para efectos de este artículo el sujeto se entenderá como elemento comprensivo de la existencia del ente y su capacidad, de la existencia del órgano y su competencia, de los requisitos necesarios para el ejercicio de ésta y de la regular investidura del servidor público.
3. El Juez podrá controlar de oficio la existencia de todos los extremos dichos en relación con el sujeto del acto, con la excepción contenida en el párrafo siguiente.
4. La incompetencia relativa no podrá ser declarada ni hecha valer de oficio.”

Esta norma de la LGAP debe ser concordada con el artículo 24 de la LRJCA que establece lo siguiente:

- “1. La jurisdicción Contencioso-Administrativa juzgará dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar la acción y oposición.
- 2.- No obstante, si el Tribunal al dictar sentencia estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia motivos susceptibles de fundar la acción o la defensa, los someterá a aquéllas mediante providencia en la que, advirtiendo que no prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo de ocho días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas; con suspensión del plazo para pronunciar el fallo”.

Del contraste de ambas normas podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) Para el juez contencioso-administrativo la declaratoria de nulidad no puede ser de oficio, puesto que, rige el principio de rogación lo que implica que debe ser a instancia de parte interesada.
- b) Si el juez contencioso-administrativo estima que existen otros motivos de nulidad del acto administrativo, no aducidos por las partes, debe ponerlo en conocimiento de éstas.
- c) Cuando se trate de infracciones sustanciales relativas al sujeto, esto es, de los elementos materiales subjetivos –competencia, legitimación y regularidad de la investidura- o de los formales –motivación, forma de expresión del acto y procedimiento- no esgrimidas por las partes, el juez contencioso-administrativo puede declarar de oficio la nulidad, prescindiendo de la audiencia del artículo 24 LRJCA.

H.- Caducidad

La caducidad es una extinción del acto administrativo dispuesta por la propia administración pública respectiva por un incumplimiento grave, culpable e imputable al administrado de las obligaciones y deberes que el acto crea. Se trata, más bien, de una especie de sanción o pena administrativa al incumplimiento del administrado y supone que el acto que se extingue otorga derechos pero, también, deberes. Esta figura opera, principalmente, en materia de contratación administrativa y, más concretamente, en materia de concesiones de servicios públicos y de uso de bienes o instalaciones de dominio público, sin que por ello se excluya su aplicación en los actos administrativos unilaterales.

La licencia municipal para desarrollar una actividad lucrativa, puede ser suspendida y, eventualmente, caducar si el administrado no cumple con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

La caducidad es una sanción máxima por el incumplimiento del administrado, de modo que tiene que ser aplicada y utilizada de forma restrictiva para el supuesto de incumplimiento grave, culpable, reiterado y probado de obligaciones esenciales, previa intimación al administrado.

I.- Desuso

Consiste en el no ejercicio de un derecho conferido por un acto administrativo que faculta a la administración pública para retirar el acto administrativo del mundo jurídico, con fundamento en una voluntad presunta legalmente de renunciarlo. Se asemeja a la renuncia solo que ésta es expresa y no tácita y se le comunica a la administración pública. Nuestra LGAP no regula esta forma de extinción normal del acto administrativo.

J.- Rechazo o renuncia

Existen actos administrativos que requieren, para su eficacia, de la aquiescencia o consentimiento del administrado una vez dictados, siendo

que este puede aceptarlos o rechazarlos formalmente (v.gr. el otorgamiento de una beca por un ente público o de un beneficio fiscal -CAT o CAF-).

CAPITULO DÉCIMO

ACTOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

La tipología de los actos administrativos es muy amplia, sin embargo encontraremos ciertos actos administrativos típicos en cuanto a su denominación y contenido. Seguidamente, estudiaremos los principales tipos o modalidades de actos administrativos.

1.- Autorización

La autorización tiene un doble alcance jurídico, puesto que, puede ser vista como un acto de “habilitación o permisión” y como un acto de “fiscalización o control”, esta última arista cuando nos encontramos ante relaciones de tutela administrativa o de dirección intersubjetiva.

Como acto de habilitación cubre, las autorizaciones otorgadas al administrado por razones de orden público (autorización para la construcción o edificación, para abrir una farmacia, autorización a personas jurídicas, etc.). Es un 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 la licencia, en sentido estricto, radica es que la última tiene un efecto similar a la autorización pero normado, esto es, su contenido es reglado.

Como acto de fiscalización o control es una declaración de voluntad administrativa constitutiva o de remoción de obstáculos preexistentes para superar los límites que el ordenamiento jurídico le pone al libre desenvolvimiento de la actividad pública. Es un acto de control, puesto que, por su medio un órgano o ente faculta a otro para que dicte un acto, despliegue una actividad o realice un comportamiento. En estos casos, antes de la emisión del acto administrativo definitivo, se debe dictar un acto autorizante, puesto que el primero sin el segundo es relativamente nulo, la

autorización integra la voluntad administrativa y su omisión solo puede ser subsanada por confirmación expresa y posterior. Hay dos actos uno principal –autorizado- y el secundario –autorizante-, desde luego, que por ello no debe confundirse con el acto complejo, ya que, el principal es independiente del que autoriza. El acto administrativo dictado sin autorización previa, en caso de ser requerida por el ordenamiento jurídico, es relativamente nulo pudiéndose subsanar. Así, el artículo 188, párrafo 1º, de la LGAP establece que “cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria...éstos podrán darse después del acto, acompañados por una expresa manifestación de conformidad con todos los términos”. El acto autorizante produce efectos *ex nunc*, desde su emisión, puesto que la autorización es un requisito de validez del acto definitivo ulterior razón por la que debe producirse antes del dictado del acto principal, es así como el artículo 145, párrafo 3º, LGAP establece que “Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa”.

2.- Aprobación

Se trata de un acto administrativo de control que se produce con posterioridad al acto aprobado. La aprobación, a diferencia de la autorización, opera *ex post* o *a posteriori* del acto definitivo que es válido y perfecto, por lo que constituye un requisito de eficacia del acto aprobado. Al respecto, el artículo 145, párrafo 4º, LGAP dispone que “Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse”. La aprobación, supone que el acto administrativo aprobado alcanzó su plena perfección y formación pero que todavía no es eficaz por falta de un control confirmativo de su legalidad u oportunidad, de oficio o a instancia del órgano interesado.

La aprobación, suele ser un acto administrativo interno que incide en la relación entre el órgano o ente contralor y el controlado tiene, eventualmente, relevancia externa para el administrado cuya situación jurídica depende del acto sometido a ella, el cual puede impugnar la improbación que le impida un efecto favorable. Si el acto es aprobatorio, el

objeto de impugnación debe ser el acto aprobado y si es erróneamente improbadado se puede impugnar la improbadación. Al respecto, el artículo 11, párrafo 2º, incisos a) y b), de la LRJCA establece lo siguiente:

“2. Para los efectos de lo dispuesto en el inciso a) del párrafo anterior, cuando una entidad dictare algún acto o disposición, que no quede firme sin previo control, autorización, aprobación o conocimiento -de oficio o a instancia de parte-, de la Administración estatal o de otra entidad administrativa, se entenderá por parte demandada:

- a) El Estado o la Entidad que dictó el acto o disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización ha sido aprobatorio;
- b) La entidad fiscalizada y la que ha ejercido la fiscalización, si esta no ha aprobado el acto o la disposición impugnados, salvo que ambos órganos fueren parte del Poder Ejecutivo, en cuyo caso se demandará al Estado; o que la fiscalización desaprobatoria la haya ejercido la Contraloría General de la República, caso en que regirá el inciso a) de este párrafo, sin perjuicio de que la Contraloría pueda intervenir como coadyuvante.”

La aprobación es una *conditio iuris* para la eficacia del acto administrativo aprobado, es necesaria para producir efectos jurídicos, pero no los produce por si misma. La aprobación no constituye el acto sino que solo remueve obstáculos para que este, una vez formado y perfecto, despliegue su eficacia. Sin la aprobación el efecto jurídico no se da, pero una vez otorgada nace el efecto del acto aprobado, de forma retroactiva a la fecha de su dictado. Tampoco debe confundirse la aprobación con un acto complejo, dado que, existen dos voluntades consecutivas con el fin de producir un efecto jurídico inmediato, son dos actos sucesivos y distintos.

3.- Concesión

La concesión es el acto por el cual la administración pública le transfiere a otro sujeto de derecho -normalmente, un sujeto de derecho privado, sea persona física o jurídica- un poder o derecho propio o no que el segundo no tenía antes. La concesión confiere un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, precisamente, su característica esencial estriba en caracterizarse por ser un acto administrativo creador de derechos.

Existen dos tipos de concesiones: a) las constitutivas, que son aquellas por las cuales la administración pública constituye en los administrados nuevos derechos derivados del ordenamiento jurídico y que se forman ex novo (v. gr. concesiones especiales de dominio público como la explotación y aprovechamiento de las aguas de un río por una empresa para efectos de riego o la concesión sobre el área de uso restringido de la zona marítimo terrestre) y b) las traslativas, en las que el derecho del concesionario nace como consecuencia directa e inmediata del traspaso de poderes propios del concedente (v. gr. concesiones de servicio público y de obra pública).

La Sala Constitucional, en el Voto No. 4351-96 de las 15:33 hrs. del 9 de julio de 1996, al deslindar la figura de la concesión del permiso – en cuanto al transporte remunerado de personas modalidad taxi- indicó lo siguiente:

“...por medio de la concesión de servicio público el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración voluntaria de los administrados en la prestación de los servicios públicos. Por el contrato de concesión de servicio público se encomienda a una persona -física o jurídica-, por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un determinado servicio público. El concesionario lleva a cabo su tarea, por su cuenta y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio o tarifas pagadas por los usuarios, en subvenciones o garantías satisfechas por el Estado, o ambas a la vez. El concesionario queda supeditado al control propio de todo contrato administrativo; es decir, está sujeto permanentemente a la fiscalización del Estado, puesto que en este tipo de contrato siempre media un interés público, el concesionario queda vinculado a la Administración Pública como cocontratante y también entra en relación con los usuarios en cuyo interés se otorgó la concesión. En este tipo de contrato el concesionario tiene un derecho subjetivo perfecto y declarado; es decir, deriva un derecho patrimonial en el sentido constitucional del término, porque al otorgar una concesión de servicio público, se formaliza un contrato administrativo en sentido estricto. Conviene aclarar que el derecho de explotación del servicio público que se concede a particulares, no es susceptible de ser enajenado, puesto que esa actividad sigue siendo pública, y por ende, sometido a su régimen jurídico esencial. El concesionario debe gozar de un plazo razonable para dedicarse a la actividad de que se trate, de manera que por definición los tiempos indefinidos o de corta duración se encuentran excluidos de la concesión y resultan más bien propios de los permisos, que son revocables

en cualquier momento como se dijo. Por lo demás, adviértase que la concesión pertenece a la categoría de contratos administrativos que la doctrina denomina de "colaboración" y su duración es temporaria, pero ha de serlo por un lapso tal que razonablemente permita la amortización de los capitales invertidos y la obtención de una ganancia adecuada para el concesionario. Conviene indicar finalmente, que en algunas ocasiones el contrato de concesión puede incluir tratos especiales para el concesionario, relacionados con su actividad. La doctrina admite como posible que la administración asuma el compromiso de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio, si éstas pueden afectar la prestación del mismo."

La concesión es otorgada *intuitu personae*, tomándose en consideración las condiciones y calidades del concesionario¹⁶⁴.

¹⁶⁴. La Sala Constitucional en el Voto No. 5403-95 de las 16:06 hrs. del 3 de octubre de 1995, abordó este aspecto de la concesión de la siguiente forma: "**V. DEL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LAS CONCESIONES.** Así, una característica típica de la contratación administrativa es que crea una obligación o un derecho personal a cargo o a favor del contratante, según se esté en presencia de "colaboración" o de "atribución", respectivamente; dicho en otros términos, se trata de un acto *intuitu personae*. Así, resulta preponderante la elección de la autoridad concedente respecto del concesionario cuya competencia técnica y capacidad financiera y ética garanticen la mejor ejecución del servicio público. De ese carácter personalísimo de la contratación administrativa se desprende el corolario de que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato le corresponden "personalmente" al concesionario, lo que no excluye la posibilidad de una transferencia de la concesión bajo ciertos supuestos. La confianza que le ha sido acordada por la Administración no puede ser alterada por una transmisión a tercero no autorizada administrativamente, motivo por el cual el concesionario está obligado a ejecutar por sí mismo la concesión; el principio *intuitu personae* entraña la ilicitud de las cesiones y subcontrataciones no autorizadas. Así, salvo el supuesto de que el ordenamiento jurídico lo permita y el contrato lo autorice "*ab initio*", sin autorización expresa de la Administración, el concesionario no puede "ceder" o "transferir el contrato, introduciendo o colocando a un "tercero" en lugar suyo; todos los contratos de la Administración se conciertan "*intuitu personae*", por lo que, por regla general, no se pueden ceder a terceros, ni transmitirse a los causahabientes los derechos y obligaciones que dimanen de ellos, sin autorización expresa de la Administración. Asimismo, tampoco puede, sin la autorización de la Administración Pública, subcontratar recibiendo la colaboración de un tercero. La necesidad de previa autorización en la transmisión inter vivos o mortis causa no es un requisito meramente formal, sino un requisito *ad solemnitatem*, ya que hacen ineficaz y sin efecto alguno para la propia Administración la transmisión que no cuenta con la

anuencia de la Administración. De este modo, constituye una obligación fundamental del concesionario el ejercer por sí mismo la concesión, de ahí que el cambio de titularidad sin autorización administrativa previa y expresa constituye un grave incumplimiento de la concesión, que faculta para declarar la caducidad del contrato. Estas limitaciones existen por sí mismas, en razón de la naturaleza de los contratos administrativos, por lo que no resulta necesario incluirlas en el contrato.

VI. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el fundamento de la originaria prohibición de ceder o transferir el contrato -ya se esté en presencia de un contrato celebrado "*intuitu personae*", o de un contrato celebrado "*intuitu rei*", o de un contrato que ponga a cargo del concesionario obligaciones, o que le otorgue a éste derechos-, consiste en que la persona del cocontratante será de esencial importancia, en el sentido de que debe tratarse de una persona de buenos antecedentes, o por lo menos que no los tenga malos, en el tanto que la Administración debe tender al bienestar general. Es en razón del interés público implícito en el servicio público que la Administración debe valorar la capacidad del oferente para brindar el servicio que se licita, y no puede desentenderse de esta obligación. De ahí que, habiéndose aceptado como concesionario a una persona determinada, de antecedentes satisfactorios, dicha persona no puede transferir su contrato, todo o en parte, cediendo o subcontratando, sin la anuencia de la Administración, pues ésta tiene un indiscutible derecho -e incluso una obligación- de saber quién será su colaborador y si los antecedentes personales de éste aconsejan o no relacionarse con él. Aquí no está en juego únicamente la idoneidad técnica o financiera del eventual cesionario, sino también la estructura moral de éstos; de manera que aparte del aspecto ético o moral para ser aceptado por la Administración como concesionario, el heredero ha de reunir condiciones de capacidad técnica y financiera. El carácter personalísimo de los contratos administrativos de obra, gestión de servicios -como el caso en estudio- y suministros, se comprende si se considera en la finalidad del servicio público que siempre encierra la contratación administrativa o de cumplimiento de funciones esenciales del Estado que le incumbe, es decir, de fines públicos propios del Estado -como sucede en la materia que tratamos, el transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores, **"es un servicio público cuya prestación es exclusiva del Estado, el cual podrá ejercer directamente o a través de particulares a quienes expresamente autorice de acuerdo con las normas que aquí se establecen"**-, y cuya prestación exige cualidades especiales del contratista y la sujeción y cumplimiento de una serie de condiciones establecidas en el contrato. Debe tenerse en cuenta que la garantía técnica y la solvencia moral son factores que priman hoy sobre el puro interés financiero de la Administración, lo cual resulta lógico tratándose de contratos de gran complejidad y duración que han de estar presididos por la mutua confianza y la idea de colaboración en un fin común. El otorgamiento de una concesión se hace por las condiciones que rodean a la persona, sea física o jurídica, las que hacen que las prestaciones del contrato sean de obligado cumplimiento por el contratista y no por otro.

4.- Permiso

El permiso es un acto que autoriza a una persona -administrado- para el ejercicio de un derecho, en principio, prohibido por el propio

VII. De lo anterior se concluye que, del carácter *intuitu personae* se deriva la prohibición de todo traspaso de las concesiones, o en su caso, establece la obligación de que, previa autorización mediante ley, se someta al consentimiento administrativo la cesión propuesta. En otras palabras, el concesionario carece de libertad para ceder su contrato a un tercero - en razón de que la titularidad de la acción corresponde a la Administración, de manera que la concesión únicamente transmite el derecho de explotación del servicio público-; y en el mejor de los casos, esa transmisión dependerá de que el ordenamiento jurídico así lo permita, con la anuencia previa de la Administración.

VIII. Como se dijo anteriormente, la relación jurídico-administrativa no es transmitible "*mortis causa*", por lo que los causahabientes no pueden heredar al difunto por el sólo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. El contrato administrativo se regula de conformidad con lo dispuesto en la última frase del artículo 520 del Código Civil, que dice: "*salvo los derechos y obligaciones que por ser meramente personales, se extinguen con la muerte*"; sea, no serán transmitibles los derechos y obligaciones en razón de la naturaleza del bien o del contrato, por pacto o por disposición de la ley, supuestos en los cuales se encuentra la contratación administrativa. Por ello, es que en razón de las cualidades personales de los contratos administrativos, siempre se da la consecuencia de la intransmitibilidad, estableciéndose la posibilidad de la rescisión del contrato por muerte del concesionario, aún cuando los herederos ofreciesen llevarlo a cabo en las mismas condiciones, ofrecimiento que la Administración puede desechar sin que tengan derechos a ser indemnizados. Sin embargo, existe la posibilidad de transmitir los contratos administrativos, cuando así lo autorice la ley o se estipule expresamente en el acuerdo, y medie el asentimiento o complacencia de la Administración; es decir, no podría cederse o transmitirse una concesión a los herederos si la Administración no da su consentimiento expreso al respecto, habiendo posibilitado la ley o el contrato mismo tal cambio.

IX. Consecuentemente, con fundamento en los principios generales señalados en los considerandos anteriores, tampoco pueden ser transmitibles "*inter vivos*" los contratos administrativos, y únicamente cuando así lo disponga expresamente la ley o el contrato, y con la anuencia de la Administración es que tal transmisión podría verificarse, pero debe tenerse en cuenta que la "cesión" autorizada en el contrato o posteriormente por la Administración coloca al cesionario en el lugar del cedente, desvinculando a éste del contrato, incluso liberándolo de toda responsabilidad, salvo estipulación expresa en contrario. El contratista que ceda el contrato sin estar autorizado para ello incurre en grave responsabilidad: su actitud implica incumplimiento del contrato, de ahí que esa cesión ilícita no resulte oponible a la Administración, y que el contrato originario celebrado entre el concesionario y la Administración pueda ser extinguido por caducidad."

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.

Los caracteres del permiso son los siguientes:

a) Crea una situación jurídica individual condicionada al cumplimiento de la ley, siendo que su incumplimiento implica la caducidad del permiso.

b) Se da *intuitu personae* en consideración a sus motivos y al beneficiario, en principio se prohíbe su cesión o transferencia.

c) Confiere un derecho debilitado o un interés legítimo, la precariedad del derecho del permisionario se fundamenta en que el permiso constituye una tolerancia de la administración pública respectiva que actúa discrecionalmente.

d) Es precario, razón por la cual la administración pública puede revocarlo en cualquier momento, sin derecho a un resarcimiento o indemnización.

e) Su otorgamiento depende de la discrecionalidad administrativa, por lo que la Administración Pública puede apreciar si el permiso solicitado se adecua o no al interés general.

Se diferencia de la concesión en cuanto esta se refiere y tiene aplicación en tratándose de actividades de importancia y trascendencia económica y social. La significación de las actividades públicas objeto de la concesión determina que las mismas se encuentren reguladas, sea obligatorio su otorgamiento en concesión y existan límites para revocarla. En todo caso, la concesión es un acto creador de derechos subjetivos perfectos y no debilitados como en el caso del permiso. Sobre el particular, la Sala Constitucional en el citado Voto No. 3451-96 de las 15:33 hrs. del 9 de julio de 1996, consideró sobre el permiso, para diferenciarlo de la concesión, lo siguiente:

“La doctrina del Derecho público admite de manera casi unánime, que la trascendencia que tiene la concesión, por ser la forma ordinaria para la satisfacción de la necesidad del servicio, desaparece en el permiso, que al ser

otorgado por la administración tiene aplicación en supuestos carentes de esa mayor importancia, de donde se deriva su naturaleza esencialmente temporal. Por ello el permiso tiene un contenido unilateral y precario. Su precariedad es consubstancial con la figura misma, de manera que el permisionario -salvo la prerrogativa de ejercitar su actividad- carece de derechos concretos que pueda exigir al Estado y que vayan más allá de lo que dispone el acto administrativo de autorización. La facultad emergente para conceder un permiso no constituye un derecho subjetivo completo y perfecto y su propia esencia admite que sea revocado sin responsabilidad para la administración, es decir, sin derecho a indemnización, cuando desaparecen las causas que le han dado origen, o cuando la Administración formaliza el contrato de concesión. La posibilidad que tiene la administración de revocar el permiso, sin necesidad de que exista una cláusula especial que así lo establezca es de principio general, pero de todas formas, cuando la revocación sea jurídicamente posible, ésta no puede ser intempestiva, ni arbitraria, conceptos jurídicos que han sido suficientemente desarrollados por la Sala. Se parte de que quien se vincula a la administración sobre bases tan precarias no puede luego quejarse de las consecuencias que de ello se derivan. Ahora bien, el otorgamiento de permisos depende de la discrecionalidad administrativa y la Administración puede apreciar si el permiso que se pide está o no de acuerdo con el interés público y conforme a ello decidir si lo otorga o lo niega...”

En lo relativo a la diferencia con la autorización, se señala que ésta se otorga, principalmente, respecto de los actos de órganos o entes públicos, en tanto que el permiso está referido a sujetos de derecho privado. La autorización solo es oponible a la propia administración y sus órganos, en tanto que el permiso se puede hacer valer frente a los administrados. Ambas figuras tienen, como sustrato común, la remoción de obstáculos para el ejercicio de una actividad privada, no obstante en el caso de la autorización la respectiva actividad no está prohibida habiendo, en ocasiones, un derecho preexistente, en el caso del permiso siempre se otorga un derecho debilitado nuevo que supone una excepción a una prohibición de orden público.

5.- Dispensa

Es el acto administrativo por el que la administración pública descarta la aplicación de una norma general (legal o reglamentaria) para un

caso concreto, eximiendo al administrado de determinadas obligaciones que le impone (v. gr. dispensa para ciertos impedimentos matrimoniales). No debe confundirse con las excepciones y exenciones previstas en la propia norma general. Se puede definir como la remoción administrativa de una carga o deber del administrado para lograr un fin de interés del último. Prácticamente, no existe una diferencia sustancial entre la autorización y la dispensa, puesto que, ambas remueven un obstáculo para el ejercicio de un derecho. La distinción obedece a que el motivo de la dispensa debe ser calificado y especial por razones subjetivas, puesto que en la autorización el petente se encuentra colocado en una situación normal para todos los administrados que persiguen igual fin, en tanto que en la dispensa el administrado se ubica en una situación excepcionalmente favorable que le permite lograr un fin sin reunir los requisitos normales y ordinarios establecidos.

6.- Admisión

Es el acto que tiene como efecto incorporar al administrado en una institución, organización o actividad de interés público o en una categoría particular de personas, atribuyéndole derechos y obligaciones. La admisión a un grupo, institución o servicio público inviste al administrado de una determinada situación jurídica general y preestablecida. Se trata de un acto reglado (decisión de incorporación) y de verificación constitutiva respecto de aquel que posee los requisitos que la ley exige.

7.- Renuncia

Es el acto administrativo por cuya virtud la administración pública respectiva extingue, unilateralmente, una obligación concreta establecida a su favor (v.gr. condonación de impuestos, multas e intereses). Por atentar contra el principio de adherencia al fin público debe estar expresamente prevista y autorizada por la ley.

8.- Orden

Es una decisión de la administración pública que le impone a los administrados y funcionarios públicos la obligación o prohibición de hacer, no hacer o dar algo, cuya inobservancia da lugar a una sanción. Las ordenes dimanar de las relaciones de supremacía o sujeción general y especial existentes entre las administraciones públicas y los administrados.

9.- Registro y certificación

El registro es el acto por medio del cual la administración pública anota o inscribe, en la forma prescrita por el derecho objetivo, determinados actos o hechos cuya realización se hace constar auténticamente. El acto registral puede hacerse de oficio, a instancia de parte interesada o por mandato de la autoridad competente. Los efectos, respecto del acto o hecho registrado son variados como darle certeza y seguridad mediante una fecha cierta, hacerle surtir efectos respecto de terceros a través de su publicidad, perfeccionar o asignarle fuerza, etc..

La certificación es un acto escrito, por medio del cual la administración pública afirma la existencia de un acto o un hecho referido a particulares, a las relaciones de éstos con ella o a los actos de esta última. Sobre el particular, la PGR en el dictamen C-139-99 del 6 de julio de 1999 afirmó que "...la potestad certificante forma parte de la función pública. Es por ello, que el funcionario público que ejerce este poder, está realizando actividad administrativa, la cual se encuentra sometida a todo el régimen jurídico de Derecho Público". Esa función administrativa certificante se ha definido como la "...desarrollada por el Estado de forma exclusiva o por entidades públicas o parastatales e incluso por personas físicas por su concepción, que tiene por objeto la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas o relaciones, en intervenciones de las relaciones jurídicas individuales, o intervenciones jurídicas públicas, por razones de seguridad e interés general"¹⁶⁵. La potestad certificante se

¹⁶⁵ MARTINEZ JIMÉNEZ (José Esteban), La función certificante del Estado, IEAL,

concretiza, en la realidad, en un acto administrativo de certificación, por cuyo medio un órgano administrativo acredita la verdad real o formal de un hecho, una situación, una relación o una conducta. La certificación es un acto administrativo cuyo contenido es una declaración de conocimiento con la finalidad de asegurar la verdad de lo contenido en él y que la administración pública conoce, no innova el ordenamiento jurídico, puesto que, se reduce a refrendar, con valor de certeza, los hechos, situaciones, o conductas que ya existen pero que sin tal refrendo resultan cuestionables. La potestad certificante no es irrestricta, puesto que, no le ha sido conferida a todo funcionario público, así el artículo 65, párrafo 2º, LGAP dispone que “La potestad de emitir certificaciones corresponderá únicamente al órgano que tenga funciones de decisión en cuanto a lo certificado o a su secretario”.

10.- Sanción

Las administraciones públicas son titulares de una potestad sancionadora previamente atribuida por el ordenamiento jurídico, por cuyo medio le imponen a los administrados, sometidos a relación de sujeción general o especial, una sanción cuando incurren en una transgresión o infracción administrativa previamente tipificada por el ordenamiento jurídico. La sanción administrativa ha sido definida, por su carácter aflictivo y represivo, como un mal inflingido por una administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal o reprehensible, previamente configurada como tal. Ese mal (fin aflictivo) puede consistir en la privación de un bien o de un derecho o en la imposición de la obligación de pago de una multa¹⁶⁶.

Se trata de un medio indirecto de la administración pública para mantener la observancia de las normas, restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado, evitar los actos contrarios al derecho, etc. La sanción administrativa es la consecuencia dañosa que le impone la administración pública a los infractores del ordenamiento jurídico administrativo. Para su

Madrid, 1977, p. 21.

¹⁶⁶ CARRETERO PÉREZ (Adolfo) et. alt., Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, EDERSA, 2ª. Edición, 1995, 172-173.

imposición, debe seguirse un procedimiento administrativo con el objeto de proteger los derechos fundamentales del inculpado (debido proceso y defensa) y de asegurar el mejor acierto de la sanción.

Existe una tipología de las sanciones administrativas: a) sanciones disciplinarias que han sido concebidas para asegurar la subordinación jerárquica y el exacto cumplimiento de los deberes en la función pública; b) sanciones contravencionales que son las impuestas a los administrados por el incumplimiento de los deberes o su cumplimiento irregular en materia de derecho aduanero y tributario –multas, recargos e intereses-.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., Derecho Constitucional Costarricense, San José, Ed. Juricentro, 1983.
- AA. VV., Libro homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz, San José, Fundación Santo Tomás de Aquino, 1994.
- AGIRREAZKUENAGA (Iñaki), La coacción administrativa directa, Madrid, Editorial Civitas, 1ª. Edición, 1990.
- ALESSI (Renato), Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, Ed. Bosch, Tomo I, 1970.
- ALFARO RAMOS (Eduardo), Tutela administrativa y el nombramiento y la remoción de los directores de los institutos autónomos. Revista del Colegio de Abogados. No. 14, diciembre 1967.
- ARIAS SÁNCHEZ (Rodrigo), ¿Es el reglamento un acto administrativo? Doctrina y legislación. Revista de la Contraloría General de la República, No. 8, diciembre 1968.
- ARIÑO ORTIZ (Gaspar), Descentralización y planificación, Madrid, IEAL, 1972.
- ARIÑO ORTIZ (Gaspar), Principios de Derecho Público Económico, Granada, Ed. Comares, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO (Celso Antonio), Relaciones entre el Estado y entes descentralizados. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, LIL, 1981.
- BAUER (Hartmunt) ¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo?. Documentación Administrativa, Madrid, INAP, No. 234, abril-junio 1993.
- BELADIEZ ROJO (Margarita), Los principios jurídicos, Madrid, Ed. Tecnos, 1994.
- BENDA (Ernest) et. alt., Manual de Derecho Constitucional, Madrid, IVAP-Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.
- BENVENUTI (Feliciano), La impugnación de los Reglamentos. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, LIL, 1981.
- BETANCOR RODRÍGUEZ (Andrés), El acto ejecutivo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- BOLAÑOS CÉSPEDÉS (F.), Acerca de la fuentes del Derecho Administrativo. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 25, enero-abril 1975.



BORDEAU (Georges), Derecho Constitucional e instituciones política, Madrid, Editora Nacional de Cultura y Sociedad Torregalindo, traducción 18^a. Edición, 1981.

BREWER-CARIÁS (A.R.), Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, LIL, 1981.

CALDERON (Jorge), Recentralización administrativa en Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 52, enero-abril 1985.

CALVO MURILLO (Virgilio), Silencio positivo de la administración. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 58, septiembre-diciembre 1987.

CARRETERO PEREZ (Adolfo), et. alt., Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, EDERSA, 2^a. edición, 1995.

CARVAJAL HERRERA (Mario) et alt., Motivo del acto administrativo. Revista de la Contraloría General de la República, No. 7, octubre 1968.

CASSESE (Sabino), Las bases del Derecho Administrativo, Madrid, INAP, 1994.

CASTRO BOLAÑOS (Jorge), Revisión de actos administrativos en vía gubernativa. Revista de la Contraloría General de la República. No. 3, diciembre 1967.

CASTRO LOPEZ (M.A.), Prescripción y su renuncia en Derecho Administrativo. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 8, noviembre 1966.

-Revocación de los actos administrativos. Revista de la PGR, No. 10, marzo 1975.

CHINCHILLA (Carmen), La desviación de poder, Madrid, Ed. Civitas, 1989.

CHINCHILLA (R.A.), El principio de legalidad en la Administración Pública. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, LIL, 1981.

CORDERO (Edgar), Ensayo sobre los principios generales del Derecho Administrativo. Revista de la PGR, No. 12, marzo 1979.

CORDOBA ORTEGA (Jorge), ¿Son los conceptos jurídicos indeterminados fuente de discrecionalidad administrativa?. Iustitia, Año 14, No. 160, abril 2000.

CORTIÑAS PELAEZ (León), Teoría general de los cometidos del Poder Público. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 57, mayo-agosto 1987.

- DALSASSO ARAUZ (Gladys) et. alt., Empresa pública y empresa privada del Estado. Revista Judicial, No. 44, septiembre 1988.
- DROMI (José Roberto), El acto administrativo, Madrid, IEAL, 1985.
- Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1983.
 - Introducción al Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Grouz, 1986.
- DUVERGER (Maurice), Influencia de las fuerzas políticas en la administración pública en los países en proceso de desarrollo. Revista del Colegio de Abogados, No. 6, 1961.
- ENTRENA CUESTA (Rafael), Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Tecnos, 10a. edición, Vols. I/1, 1993 y I/2, 1994.
- FERNANDEZ TOMÁS (Antonio) y otros, Instituciones de Derecho Comunitario, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.
- GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo) et. alt., Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Civitas, Vol. I, 6ª. Edición, 1993.
- La lucha contra las inmunidades del poder, Madrid, Civitas, 3ª. Edición, 1989.
 - Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho, Madrid, Ed. Civitas, 1986.
- GARCIA MACHO (Ricardo), Las relaciones de especial sujeción en la constitución española, Ed. Tecnos, 1992.
- GARCIA-TREVIJANO FOS (José Antonio), Los actos administrativos, Madrid, Ed. Civitas, 1986.
- Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, Tomos I, 1974 (3ª. Edición) y II, vol. I 1971 (2ª edición).
- GIANNINI (Massimo Severo), Derecho Administrativo, Madrid, INAP, Vol. 1, 1991.
- El Poder Público (Estados y administraciones públicas), Madrid, Ed. Civitas, 1991.
 - Ingresos de los entes públicos menores y la reserva de la ley. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 15, junio 1970.
 - Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo, Madrid, INAP, 1980.

GARRIDO FALLA (Fernando), Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Tecnos, 11ª. Edición, Vol. I, 1989.

GOMEZ PUENTE (Marcos), La inactividad de la Administración, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997.

GONZALEZ PEREZ (Jesús), El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Civitas, 3ª. Edición, 1999.

GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ (Santiago), El Derecho Administrativo Privado, Madrid, Ed. Montecorvo, 1996.

GORDILLO (Agustín), El acto administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª. Edición, 1969.

-Legalidad y urgencia en el Derecho Administrativo. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, LIL, 1981.

-Teoría General del Derecho Administrativo, Madrid, IEAL, 1984.

-Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, Tomos 1, 1998 y 3, 1999.

HERNÁNDEZ (Rubén), El Derecho de la Constitución, San José, Editorial Juricentro, volúmenes I 1993 y II 1994.

-Temas de Derecho Constitucional, San José, IVS Ediciones Jurídicas, 1988.

HERRERA MORA (Manuel Antonio), Instituciones autónomas. Revista del Colegio de Abogados, No. 88, abril 1953.

JINESTA LOBO (Ernesto), Evaluación de resultados y rendición de cuentas en la Administración Pública (La reforma al artículo 11 de la Constitución Política). Ivstitia, año 14, Nos. 166-167, octubre-noviembre 2000.

-La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa, San José, Ed. Guayacán, 1999.

-La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo, San José, Colegio de Abogados, 1996.

JIMÉNEZ MEZA (Manrique), Derecho Público, San José, Editorial Jurídica Continental, 2001.

-La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional, San José, Mundo Gráfico, 1997.

LASAGABASER HERRARTE (I.), Las relaciones de sujeción especial, Madrid, Ed. Civitas, 1994.

MARIENHOFF (Miguel), Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Tomo I, 3ª. Edición, 1982.

MARTÍN MATEO (Ramón), Manual de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Trivium, 15ª. Edición, 1993.

MARTINEZ BRENES (Luis) et. alt., Nulidad del acto administrativo. Revista Judicial No. 22, julio 1982.

MARTINEZ JIMENEZ (José Esteban), La función certificante del Estado, IEAL, 1977.

MEÑO (Jhonny), Proceso de planificación integral en Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 35, mayo-agosto 1978.

MUÑOZ QUESADA (Hugo Alfonso), La Asamblea Legislativa en Costa Rica, San José, Editorial Costa Rica, 1981.

-Autonomía universitaria. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 37, enero-abril 1979.

MURILLO (Mauro), Autonomía y competencia municipales constitucionales, San José, IFAM, 1992.

-Ensayos de Derecho Público, San José, Euned, Vol I, 1988.

-Ensayos de Derecho Público, San José, Ed. Juritexto, Vol II, 1995.

-Perfiles jurídicos de la empresa pública en Italia y en Costa Rica. Revista de la Contraloría General de la República, No. 15, diciembre 1972.

NIETO (Alejandro), La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo. Revista de Administración Pública, No. 37, enero-abril 1962.

-La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. Documentación Administrativa, No. 208, abril-diciembre 1986.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Autonomía administrativa costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 8, noviembre 1966.

-Autonomía administrativa en Costa Rica (II parte), Revista de Ciencias Jurídicas, N. 9, junio. 1967.

-Descentralización pública. Revista del Colegio de Abogados No. 127, julio 1956.

-Expropiación y responsabilidad pública, San José, LIL, 1996.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo), La empresa pública como ente público. Ivstitia, año 5, No. 52, abril 1991.

-La Municipalidad en Costa Rica, Madrid, IEAL, 1987.

-La potestad reglamentaria en Costa Rica. Régimen actual y perspectivas. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 16, noviembre 1970.

-La vía de hecho y la jurisdicción contencioso administrativa, San José, LIL, 1993.

-Límites y contralor de la discrecionalidad en Costa Rica. Revista Judicial, No. 28, marzo 1984.

-Los sujetos del Derecho Administrativo, San José, Departamento Publicaciones UCR, 1971.

-Intereses colectivos y legitimación constitucional. Ivstitia, año 4, No. 46, octubre 1990.

-Justicia Administrativa Costarricense (cuatro estudios), San José, Litografía e Imprenta LIL S.A., 1990.

-Materia y objeto del contencioso-administrativo. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 5, mayo 1965.

-Nulidades del acto administrativo en la Ley General de la Administración Pública (Costa Rica). Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, LIL, 1981.

-Orden jurídico administrativo. Revista del Colegio de Abogados, Nos. 162-163, junio-julio 1960.

-Privilegios de la administración pública. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 23, febrero 1974.

-Situaciones jurídicas Administrativas. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 18, diciembre 1971.

-Tesis de Derecho Administrativo, San José, Ed. Stradtman S.A., I, 1998 y II, 1999.

-Tutela Administrativa. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 6, noviembre 1965.

PARADA (Ramón), Derecho Administrativo, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Vol. I y II, 1992.

PAREJO ALFONSO (Luciano), Crisis y renovación en el Derecho Público, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

-El concepto del Derecho Administrativo, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984.

-Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa, Madrid, Ed. Civitas, 1983.
PAREJO ALFONSO (Luciano) et. alt., Manual de Derecho Administrativo, Madrid, Ariel, Volumen 1, 4ª edición, 1996.
PENAGOS (Gustavo), La descentralización en el Estado unitario, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1997.
PEREZ VARGAS (Víctor), Derecho Privado, San José, Publitex, 1988.
PRAT (Julio), Recurribilidad de los llamados "actos discrecionales". Revista de Ciencias Jurídicas, No. 7, mayo 1966.
RAABE (Carlos) et. alt., Regionalización socio-económica y administrativa. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 35, mayo-agosto 1978.
RIVERO (Jean), Derecho Administrativo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, traducción 9ª. Edición, 1984.
ROJAS (Magda Inés), El Poder Ejecutivo en Costa Rica, San José, Ed. Juricentro. 2ª. Edición, 1997.
ROMERO PEREZ (J.E.), Derecho Administrativo -Ensayos-, San José, Euned, 2ª. Edición, 1993.
SABORIO (Rodolfo), Eficacia e invalidez del acto administrativo, San José, Alma Máter, 1986.

-Las vías de hecho de la administración, LIL, 1991.

SÁNCHEZ ISAC (Jaime), La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español, Madrid, IEAL, 1973.
SANTAMARIA PASTOR (J.A.) y PAREJO ALONSO (Luciano), Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1992.
SANTAMARÍA PASTOR (J.A.), Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991.

-Principios de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Vol. I 1990 y Vol II 1999.
SEVILLA MERINO (Ignacio), La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa, Madrid, Editorial Civitas, 1992.
SOLEY GUTIERREZ (Elías), Refinadora Costarricense de Petróleo como empresa del Estado. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 65, enero-abril 1990.

STOLLEIS (Michael), Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho Administrativo en la era industrial. Documentación Administrativa: El Derecho Administrativo en Alemania tendencias actuales, Madrid, INAP, No. 223, abril-junio 1993.

TREJOS SALAS (Gerardo), Entes públicos no estatales en el Derecho Costarricense. Revista de la Contraloría General de la República, No. 4, marzo 1968.

VALVERDE KOPPER (Mercedes), Administraciones Públicas, Revista de la PGR, No. 13, 1980.

-Autorizaciones y aprobaciones. Revista de la Contraloría General de la República, No. 3, diciembre 1967.

-Nulidad en la Ley General de la Administración Pública. Revista de la PGR, No. 12, marzo 1979.

VARGAS BONILLA (I.A.), El marco constitucional de la Ley General de la Administración Pública. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, LIL, 1981.

-Instituciones autónomas y la potestad reglamentaria en la Constitución Política de Costa Rica. Revista de ciencia jurídico-sociales, Vol. I, No. 1, marzo 1956.

VARGAS CARREÑO (Edmundo), Introducción al Derecho Internacional, San José, Editorial Juricentro, volumen I, 1979.

VEDEL (Georges), Derecho Administrativo, Madrid, Aguilar, 1980.

VERGOTIINI DE (Giuseppe), Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Espasa-Calpe, 1985.

VIDAL PERDOMO (Jaime), Derecho Administrativo, Bogotá, Ed. Temis, 9ª. Edición, 1987.

-La delegación en el Derecho Público. Revista del Seminario internacional de Derecho Administrativo, San José, LIL, 1981.

VILLALOBOS GONZALES (Francisco), Descentralización administrativa en Costa Rica. Revista de la PGR, No. 12, 1979.

VILLAR PALASI (J.L.) et. alt., Principios de Derecho Administrativo, Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1992.

VIGNOCCHI (Gustavo), Función administrativa. Revista de Ciencias Jurídicas, Nos. 20-21, octubre de 1972.

VIQUEZ JIMÉNEZ (Renato) et. alt., Principio de legalidad en la Ley General de Administración Pública, San José, Editorial Alma Máter, 1985.

WEIL (Prosper), Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Civitas, reimpresión primera edición, 1989.