Manual de Procedimiento Administrativo

2006

Manual de Procedimiento Administrativo

Redactores:

Ana Cecilia Arguedas Chen Apuy
Ana Lorena Brenes Esquivel
Iván Vincenti Rojas
Luis Guillermo Bonilla Herrera

PGR
Procuraduría General de la República

2006

342.46
C8375m

Costa Rica. Procuraduría General de la República
Manual de Procedimiento Administrativo / Procuraduría General de la República. San José, Costa Rica : La Institución, 2006.

239 p. ; 8 x 11 cm.

ISBN: 9968-44-007-8

1. DERECHO ADMINISTRATIVO. 2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - MANUALES 3. COSTA RICA. I Título

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN vii

INTRODUCCIÓN ix

Capítulo Primero:
ASPECTOS GENERALES SOBRE EL PROCEDIMIENTO 3

1. Requisitos relacionados con el expediente y las partes del procedimiento 9

   A. Sobre el expediente 9
      A.1. De la foliatura del expediente 9
      A.2. Del expediente completo 11
   B. Sujetos 12
      B.1. El órgano director 12
         a) El órgano director del procedimiento y el órgano con competencia para dictar el acto final (decisor) 12
         b) Sobre la necesaria existencia del órgano director y el órgano decisor como sujetos administrativos independientes en el procedimiento administrativo 18
         c) Nombramiento del órgano director por órganos colegiados 22
         d) Sobre el número de integrantes del órgano director y sobre la posibilidad de que no sean funcionarios públicos los designados para conformarlo 28
      B.2. Las partes en sentido estricto 33
      B.3. El denunciante 37

2. Tipos de procedimiento 43

   A. Ordinario 43
   B. Sumario 44
   C. Elaboración de disposiciones de carácter general 47

Capítulo Segundo:
PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 49

1. Debido proceso 49

2. Intimación e imputación 56

3. Informalidad 60

4. Motivación de los actos 64

5. Comunicación de los actos 69

6. Celeridad 78

7. Oralidad 84

8. Acceso al expediente 86

Capítulo Tercero:
ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO 113

1. Medidas cautelares 113

2. Investigación preliminar 137

3. Decisión de inicio y acto de inicio 150

4. Audiencia oral y prueba 154

5. Acto final 176

6. Recursos 185

   A. Los recursos ordinarios 191
   B. El recurso extraordinario de revisión 192
   C. El incidente de nulidad 193

Capítulo Cuarto:
LA ANULACIÓN O REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES O DECLARATORIOS DE DERECHOS 195

Capítulo Quinto:
LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y SU PRESCRIPCIÓN 205

1. La potestad sancionadora administrativa 205

2. Variedades de la potestad sancionadora administrativa 206

3. El procedimiento sancionador administrativo 209

4. Principios relativos a la iniciativa y comienzo del procedimiento 212

   A. El régimen de responsabilidad "subjetiva" del funcionario público frente a la Administración (distribución interna de responsabilidades) 213
   B. Inicio del procedimiento a petición de parte 215
   C. Inicio del procedimiento de oficio 216

D. Efectos del inicio del procedimiento 217
E. La caducidad del procedimiento 218

5. Prescripción de la potestad sancionadora administrativa-disciplinaria 220

A. El régimen jurídico disciplinario del servidor "de la Hacienda Pública" 222
B. El régimen jurídico disciplinario del servidor regular 227
C. "Dies a quo" de la prescripción cuando el jerarca es un órgano colegiado 232
D. Intervención de la Junta de Relaciones Laborales y la prescripción 237
E. Propuesta de la Ley de Reforma Procesal Laboral (expediente legislativo Nº 15990) 242

Presentación

El abordaje de un tema tan vasto y complejo como lo es el procedimiento administrativo, no siempre resulta fácil. De ahí el doble valor que se encuentra inmerso en el presente Manual de Procedimientos Administrativos elaborado por la Procuraduría General de la República, primero, al haberse propuesto y logrado el desarrollo de un texto que trata esta materia en todo su conjunto, y segundo que al haberlo hecho desde una óptica eminentemente práctica, facilita su comprensión y asimilación para todo operador del derecho.

Partiendo de un marco general y bajo la constante de que el proceso metodológico utilizado consiste en verificar las facetas del procedimiento administrativo desde una óptica básicamente jurisprudencial, se ahonda en temas de vital importancia como el de los principios del procedimiento administrativo, tal y como han sido recogidos por la legislación patria y desarrollados en la copiosa jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la misma Procuraduría General; las distintas etapas del procedimiento, dentro de las cuales se destaca lo relacionado con el régimen de medidas cautelares, tan pocas veces utilizado y de tanta utilidad para lograr una efectiva protección del interés público; la anulación de oficio de los actos propios de la Administración; finalizando con un desarrollo de la potestad sancionadora administrativa, tema este último de especial interés de parte de la Contraloría General de la República, dadas las especiales atribuciones que en materia de responsabilidad administrativa en función de la Hacienda Pública, nos asignan la Constitución Política y la ley.

De acuerdo con el Dr. Eduardo Ortiz Ortiz, el procedimiento administrativo se encuentra constituido por "...el conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir."[*].

Se destaca, de la cita que nos regaló el licenciado Ortiz Ortiz, que el procedimiento administrativo debe tender necesariamente a que la decisión que se llegue a adoptar en el seno de la Administración Pública, armonice los distintos intereses de la mejor manera posible, con el fin público que se debe cumplir, para lo cual sobra decir deberá de buscarse la verdad real de los hechos, garantizando siempre la perfecta observancia de los principios del debido proceso, intimación, imputación, informalidad, motivación de los actos, celeridad, oralidad y acceso al expediente, entre otros.

[*] Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública, Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados, San José, Asociación Costarricense de Derecho Público, 1981, p. 383.

En este sentido, se indicó en la Comisión Permanente de Gobierno y Administración durante la tramitación de la que a la postre sería la Ley General de la Administración Pública, que el procedimiento administrativo pretende "... asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Se recogen dos propósitos básicos sobre los que descansan toda la normativa del proyecto enunciados desde el comienzo de esta exposición a saber: 1) el de resolver la contraposición entre autoridad y libertad entre prerrogativa y garantía. Buscando un justo equilibrio entre las necesidades de un procedimiento rápido, ágil y flexible indispensable para el funcionamiento eficiente y económico de la Administración y las garantías debidas al administrado sobre las cuales el proyecto no admite transacción salvo casos de excepción, de urgencia que se regulan restrictivamente. 2) En general el de garantizar la vigencia efectiva de los principios de derecho sobre los que se asienta todo el régimen institucional costarricense y que valen no sólo para garantizar intereses legítimos de los administrados sino también cada día más como la condición...en la defensa del interés público."[**].

Esta defensa del interés público por medio del procedimiento administrativo ha sido muchas veces relegada, más por desconocimiento de los funcionarios públicos llamados a ejercer las atribuciones de órganos directores o decisores, sobre el contenido de sus potestades, deberes y obligaciones, que por actuaciones intencionalmente alejadas del marco de legalidad.

Es por ello que el esfuerzo que ha venido desarrollando la Procuraduría General de la República, tendiente a fortalecer las destrezas del servidor público en esa materia, producirá, más pronto que tarde, los frutos deseados. Es de este esfuerzo de capacitación del órgano técnico jurídico asesor del Estado, que ha tenido la posibilidad de participar en esta oportunidad la Contraloría General de la República, publicando el trabajo intelectual y altamente profesional contenido en este Manual, el cual está llamado a convertirse en documento de consulta obligada para todo servidor público que deba participar en la instrucción o en la decisión final de un procedimiento administrativo.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

[**] Acta 105 del 7 de abril de 1970.

Introducción

Con el presente Manual, la Procuraduría General de la República pretende iniciar un ambicioso proyecto que consiste en brindarle mayores instrumentos a la Administración Pública, de modo que se facilite su quehacer diario, al tiempo que se posibilite mejorar la eficiencia y la transparencia en la función administrativa, y sirva como instrumento útil para prevenir la corrupción. Todo ello, en definitiva, tiende a garantizar la tutela de los derechos de los administrados.

Un funcionario público mejor capacitado, y que cuente con mayores instrumentos a su alcance, podrá tomar decisiones de una manera más segura y ágil, en un menor plazo y con un menor margen de error.

Es por ello que desde hace muchos años se ha venido modificando la visión del papel de la Procuraduría General en la función asesora que la Ley Orgánica le otorga.

Por ejemplo, se creó y se mantiene actualizado lo que ahora conocemos como el Sistema Costarricense de Información Jurídica (SCIJ), que en el componente que nos corresponde (SINALEVI) publicita por medio de la Internet la normativa vigente (así como su historial), los dictámenes y pronunciamientos que ha emitido la Institución, así como los informes que presentamos ante la Sala Constitucional, con ocasión de toda acción de inconstitucionalidad que se presenta ante ese Alto Tribunal.

De otra parte, se han impartido una serie de cursos de capacitación, dirigidos básicamente a los funcionarios públicos, que les permiten conocer de una manera más cercana la jurisprudencia de la Procuraduría General sobre los diversos temas, así como la emanada de otros Órganos, como la del Poder Judicial o la de la Contraloría General de la República.

Todo este esfuerzo ha sido posible y es posible al día de hoy, en virtud del alto grado de mística, seriedad y conocimiento con el que los funcionarios de la Institución desempeñan sus labores.

Con la presentación de este Manual, damos un paso más en este esfuerzo. Nuestro interés ahora no es sólo poner a disposición de los funcionarios públicos, y del público en general, el contenido de las conferencias impartidas y de sus correspondientes filminas, sino ofrecer al lector manuales técnicos, de fácil consulta, que contienen información procesal básica sobre diversos temas, entregados en formato de libro o CD, para facilitar su acceso y consulta. Dicho material constituye, a no dudarlo, un instrumento más que facilita el quehacer diario de la Administración, al tiempo que da cumplimiento a nuestro propósito institucional: la búsqueda de la eficiencia en la actuación administrativa y la tutela de los intereses públicos y de los intereses de los administrados.

Nuestra pretensión no es la de presentar un estudio doctrinario de los diversos temas. Nuestro propósito es más simple y práctico: desarrollar los temas a partir de la jurisprudencia elaborada a través de los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, así como de la jurisprudencia que se extrae de las resoluciones de la Sala Constitucional, adicionándose con la correspondiente a otras Salas de la Corte Suprema de Justicia o de la Contraloría General de la República, para ofrecerle al lector, de una manera ordenada y sistematizada y con nuestros comentarios, ese material.

A partir de la experiencia adquirida por los Procuradores (as) en la tramitación de los asuntos judiciales, en la función consultiva, así como en la revisión de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, nos hemos percatado que una de las mayores fuentes de error en los asuntos que se tramitan en la Administración Activa se encuentran en la instrucción de los procedimientos administrativos. Esto produce varias consecuencias, tanto en el ámbito de la propia administración, como con relación al administrado. De una parte, nos encontramos ante la imposibilidad de una toma de decisión de fondo del asunto de manera oportuna, o bien, que una vez dictado el acto, éste quede sujeto a nulidades futuras por vicios de procedimiento; de otra parte, se produce una afectación al derecho de acceso a la justicia administrativa pronta y cumplida del administrado y se lesiona su derecho al debido proceso.

Amén de lo anterior, hay que resaltar que a pesar de que con anterioridad a la existencia de la Sala Constitucional se había iniciado el desarrollo de jurisprudencia en esta materia, tanto por este Órgano Asesor como por la Sala Primera, es a partir del funcionamiento del Tribunal Constitucional que se inicia un periodo en el que adquiere mayor relevancia el tema, al obligarse a hacer efectiva por parte de la Administración la aplicación del procedimiento administrativo y de sus principios, como un mecanismo para hacerle efectivo al administrado el principio del debido proceso, como garantía del derecho de defensa. Por lo tanto, si el funcionario público cuenta con mayores instrumentos, como puede ser tener a su alcance de manera ordenada y con comentarios la jurisprudencia sobre el tema, se facilitará su quehacer, lo que esperamos mejore la eficiencia y, además, tutele de una mejor forma los derechos de los administrados.

Es por ello que hemos escogido como primera experiencia los aspectos relativos al procedimiento administrativo.

Valga aclarar que el análisis del procedimiento administrativo se realiza a la luz de las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública, por ser esa la normativa general.

El desarrollo inicia con un Capítulo Primero relativo los aspectos generales del procedimiento. Éste comprende los requisitos relacionados con el expediente y los sujetos del procedimiento, así como los tipos de procedimiento. Aquí es importante resaltar la importancia de la relación entre el órgano decisor y el

director, y sus ámbitos de competencia. También, debe hacerse mención del estudio de la figura del denunciante, que a partir de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito adquiere un especial tratamiento.

El Capítulo Segundo se dedica al estudio de los principios del procedimiento administrativo. Se han escogido aquellos que consideramos de mayor relevancia: el debido proceso, intimación e imputación, informalidad, motivación y comunicación de los actos, celeridad, oralidad y acceso al expediente. Comprender a cabalidad los alcances de esos principios coadyuva en la interpretación de las diversas normas que nuestro ordenamiento prescribe en torno al procedimiento administrativo. En razón de lo anterior deben manejarse debidamente todos los principios, y tenerlos presentes en el momento de aplicar la normativa referida a aspectos de procedimiento administrativo.

Se continúa en el Capítulo Tercero con las etapas del procedimiento, a saber, las medidas cautelares, la investigación preliminar, la decisión y el acto de inicio, la audiencia oral, prueba, el acto final y los recursos. La investigación preliminar es un importante instrumento para la Administración y que se realiza como etapa previa al momento de tomar la decisión de si se inicia un procedimiento administrativo o no. En muchas ocasiones puede llegar a conocimiento de un jerarca una eventual irregularidad, pero sin que se tenga pruebas sobre su veracidad o bien, sin que puedan determinarse los responsables de aquélla, por lo que devendría en indispensable iniciar una investigación previa para tener datos más claros que permitan motivar adecuadamente la decisión de inicio de un procedimiento administrativo, o bien archivar el asunto por carecer de veracidad. Por su parte, las medidas cautelares aplicadas en la vía administrativa, pueden constituir en determinados casos una vía que permita una investigación más transparente en la búsqueda de la verdad real.

El inicio del procedimiento también requiere de un cuidado especial desde la doble perspectiva: la Administración en ese momento define su marco de acción, y el administrado tiene un conocimiento cierto, entre otros elementos, de cuáles son los hechos que se investigan, los cargos que se le imputan, el objeto del procedimiento, las personas encargadas de dirigirlo y los recursos que tiene la resolución. Sólo de esta forma podrá hacer una efectiva defensa de sus derechos.

Un tema que está presente a lo largo de todo el Capítulo es la búsqueda de la verdad real. Siempre debe tenerse presente que la decisión de inicio de un procedimiento administrativo no implica una obligación de la Administración de concluirlo con un acto desfavorable al administrado. Su obligación consiste en la búsqueda de la verdad real, y por ello, en los procedimientos el órgano director debe asumir un papel activo en la recolección de todas las pruebas y elementos de juicio, con independencia de si favorecen la tesis de la Administración o del administrado, porque precisamente ese es el sentido del procedimiento.

Posteriormente se analiza el tema de la anulación o revisión de oficio de actos administrativos favorables o declaratorios de derechos, lo que constituye una excepción a la doctrina de la inderogabilidad e intangibilidad de los actos propios. La Ley General de la Administración Pública posibilita a la administración a anular de oficio, actos administrativos declaratorios de derechos, siempre y cuando dicha nulidad sea absoluta, evidente y manifiesta, estableciéndose un procedimiento especial para tal efecto. Así, no sólo debe seguirse el procedimiento ordinario, sino además, una vez finalizado éste y antes del dictado del acto final, el expediente debe trasladarse a la Contraloría General de la República en tratándose de actos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, o a la Procuraduría General, en los demás casos. En esos supuestos ambos Órganos tiene la función de ejercer un control de legalidad de la actuación administrativa. Precisamente el ejercicio de esa atribución es la que ha permitido a la Procuraduría desarrollar la jurisprudencia en torno al procedimiento administrativo, porque, de previo a valorar si el acto contiene un vicio que permita declararlo absolutamente nulo en la vía administrativa, revisa si el procedimiento ha cumplido con todas las garantías del debido proceso.

Finalmente, el último Capítulo está destinado al tema de la potestad sancionatoria administrativa y su prescripción, abarcando las variedades de esa potestad, el procedimiento sancionador administrativo aplicable, los principios relativos a la iniciativa y comienzo del procedimiento administrativo. Dentro de este último aparte, se incluyen temas como el de la distribución interna de responsabilidades, en particular, el régimen de responsabilidad subjetiva del funcionario público, el inicio del procedimiento a petición de parte o de oficio, los efectos que produce el acto de inicio, y la caducidad del procedimiento. Asimismo, se analiza la prescripción de la potestad sancionatoria administrativa en la parte disciplinaria, especificándose el régimen jurídico disciplinario del funcionario de "la hacienda pública" y de los servidores que no están en esa categoría. Importante también, y que causa muchas dudas, es el tema de la prescripción cuando el jerarca es un órgano colegiado o bien cuando existe intervención de la una Junta de Relaciones Laborales.

Creemos que con la información y aporte sobre todos estos temas cumplimos, en una nueva visión, la competencia asignada en nuestra Ley Orgánica, de ser el órgano superior consultivo técnico-jurídico de la Administración Pública.

Capítulo Primero:
ASPECTOS GENERALES SOBRE EL PROCEDIMIENTO

Con la promulgación de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP), en el año 1978, se introducen, entre muchas otras novedades jurídicas, un conjunto de disposiciones que regulan el accionar de la Administración. La finalidad de los promotores de dicho cuerpo normativo estaba, en este tema, claramente definida. Se buscaba llenar una laguna en cuanto a la forma en que debe actuar la Administración, atendiendo a que no todos los repartos administrativos contaban con una reglamentación de los procedimientos que debían seguirse para llegar a la toma de la decisión final, correspondiente con sus competencias. Además, se pretendía que las disposiciones del procedimiento se convirtieran en un parámetro para casos que tuvieran su propia regulación en torno a la forma en que se adoptaban los actos, pero que tuvieran omisiones. Y, por encima de todo, asegurar el mejor cumplimiento de los fines de la Administración con respecto a los derechos e intereses del administrado.

De suerte tal que, se pueda afirmar que los principios inspiradores de la intr oducción del Libro Segundo de la LGAP sean:

- Dotar a la Administración de un mecanismo ágil, flexible para que se adopten sus acuerdos.
- Respeto a las garantías fundamentales que se reconocen a los particulares.

Pero, además, es claro que la determinación de los pasos que debe seguir una determinada oficina pública para alcanzar una decisión que respete esos principios trae aparejada una serie de consecuencias adicionales:

- Permite la válida manifestación de la competencia, siendo que el respeto de ese procedimiento es elemento de validez del acto administrativo (artículo 129 de la LGAP cuando hace indispensable el cumplimiento de "… todos los trámites sustanciales previstos al efecto…)
- Le define al funcionario un marco de acción, incluso llegando a delimitar la eventual responsabilidad personal frente a terceros o ante la misma Administración (relación de los artículos 199 y 210 de la LGAP)
- Sirve de mecanismo de control para que el órgano que emite el acto no incurra en un exceso de poder, abarcando con el mismo aspectos ajenos a su competencia.

En palabras de ORTIZ ORTIZ, el procedimiento administrativo es: *"… el conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir."* [1]

La introducción del administrado en este acercamiento conceptual no es producto del azar: recuérdese que la actividad de la Administración está encaminada a satisfacer el interés público (artículo 113 de la LGAP), y que, en mayor o menor medida, toda actuación que desarrolle la Administración vendrá a tener incidencia en la esfera de derechos e intereses de los particulares. Obviamente, el que se privilegie el estudio del procedimiento ordinario administrativo (artículos 308 y siguientes de la LGAP) en este Manual, no debe ser óbice para recordar que las competencias públicas no se ejercitan en un laboratorio o campo virtual: su inmediato o diferido efecto es un tema del tipo del acto, pero su incidencia en la esfera de intereses de los miembros de la sociedad siempre deberá ser considerado como sujeto a la satisfacción del interés público (artículo 131 LGAP).

> *"Las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades, competencias o atribuciones deben conocer y resolver en la sede administrativa o gubernativa previa, a través de un procedimiento, múltiples solicitudes de los administrados o usuarios de los servicios públicos a efecto de obtener un acto administrativo final, cuyo contenido psíquico puede ser volitivo, de juicio o de conocimiento. Ese acto administrativo conclusivo de un procedimiento administrativo puede otorgar o reconocer derechos subjetivos o intereses legítimos –situaciones jurídicas sustanciales- (actos favorables) o bien suprimirlos, denegarlos o imponer obligaciones (actos de gravamen o ablatorios). Es lógico y sensato que no puede haber una justicia administrativa inmediata, puesto que, la administración pública y sus órganos requieren de un plazo prudencial para tramitar de forma adecuada la respectiva petición y dictar la resolución administrativa más acertada y apegada a la verdad real de los hechos que constituyen el motivo del acto final. Lo anterior significa que entre el pedimento inicial formulado por el administrado y su resolución final debe mediar un tiempo fisiológicamente necesario (vacatio o distantia temporis), impuesto por la observancia de los derechos fundamentales de aquel (debido proceso, defensa, bilateralidad de la audiencia o contradictorio) y la mejor satisfacción posible de los intereses públicos. No debe perderse de perspectiva que el procedimiento administrativo se define como un conjunto de actos –del órgano administrativo director, decisor y del propio gestionante- concatenados y*

[1] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública, Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, Colegio de Abogados, 1981, p. 383.

teleológicamente vinculados o unidos que precisan de tiempo para verificarse. Consecuentemente, la substanciación de las solicitudes formuladas por los administrados requiere de un tiempo necesario que garantice el respeto de los derechos fundamentales de éstos, una ponderación adecuada de los elementos fácticos, jurídicos, del interés particular, de terceros y de los intereses públicos involucrados." (Sala Constitucional, Resolución N° 10290-2004 de las 16:59 horas del 21 de setiembre del 2004).

Puede considerarse que el mayor aporte que ha brindado la Sala Constitucional en la temática que nos ocupa viene a estar constituida por la relevancia que se le confiere a los derechos fundamentales que deben reconocerse y tutelarse a favor del administrado que es sujeto de un procedimiento administrativo. Y es con el desarrollo de los conceptos de las garantías constitucionales del "debido proceso" y el "derecho de defensa" que se han perfilado los elementos básicos para que se pueda hablar de un procedimiento administrativo que garantice, efectivamente, la vigencia de esos principios constitucionales. En este sentido, puede afirmarse que tanto, desde la perspectiva de la ritualidad necesaria del trámite (debido proceso), como desde aquel que destaca el contenido de las garantías que se deben reconocer al administrado para que se manifieste dentro de ese trámite (derecho de defensa), es que se ha logrado dotar de contenido concreto a esos principios dentro de la regulación contenida en la LGAP.

Atendiendo a la importancia que se destaca en el párrafo anterior en torno a las resoluciones de la Sala Constitucional en el tema del procedimiento administrativo, es necesario hacer un breve recuento de estos pronunciamientos, para evidenciar la coherencia dogmática que los inspira:

"... el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política (…) se ha sintetizado así:

a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento;
b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes;
c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate;
d) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas;
e) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y
f) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada." (Sala Constitucional, Resolución 15-90 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990).

> *"Esta Sala ha señalado los elementos del derecho al debido proceso legal, (ver especialmente la opinión consultiva nº 1739-92), aplicables a cualquier procedimiento sancionatorio o que pueda tener por resultado la pérdida de derechos subjetivos. La Administración debe, en atención al derecho de defensa del administrado: a) Hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna, los hechos que se imputan; b) Permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; c) Concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa; d) Concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; e) Fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; f) Reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria." (Sala Constitucional, Resolución 5469-95 de 18:03 horas del 4 de octubre de1995)*

> *"En efecto, toda actuación administrativa que pueda derivar en un acto capaz de afectar negativamente la esfera de derechos subjetivos de la persona, debe ser precedida de un procedimiento que se constituya en un instrumento apto para conocer y tomar en consideración la posición del interesado, de frente a la decisión del Estado que habrá de proyectarse directamente sobre sus derechos." (Sala Constitucional, Resolución 11408-2000 de las 15:15 horas del 20 de diciembre del 2000)*

En las siguientes páginas, buscaremos precisar, con ayuda de otros criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y de la PGR, los contenidos de esos elementos del debido proceso y del derecho de defensa. Precisamente, no es sino con el enfrentamiento entre los principios y las situaciones concretas que se presentan ante la Administración donde se puede ir perfilando el verdadero alcance y amplitud de los aspectos relacionados con la "notificación", la "imputación de cargos", "acceso al expediente", "prueba", "audiencia oral", "recursos", "plazos", entre otros.

Sin embargo, nos parece importante destacar un criterio de interpretación sobre las acciones que pueden lesionar los anteriores derechos fundamentales, y que está en manos de la Administración impedir que se configuren. Ese criterio, emanado de la propia Sala Constitucional, indica:

> ***"III.- (...)*** *Es por esa razón que se estima importante, de previo a entrar al análisis de fondo en este asunto, realizar algunas reflexiones acerca del principio del debido proceso y las vulneraciones al mismo que deben ser dilucidadas en esta sede. Esto por cuanto es claro que, en lo que atañe a la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público, el artículo 49 de la*

Constitución Política determina que debe ser garantizada por la jurisdicción contencioso-administrativa, no por la jurisdicción constitucional. ***Es así como en punto a la determinación de posibles vulneraciones al debido proceso y al derecho de defensa acaecidas en la tramitación de un proceso administrativo, procede el amparo constitucional solamente contra actos evidentemente arbitrarios que conculquen en forma directa derechos fundamentales, es decir, de violaciones graves, burdas, claras.*** *Así se determinó, entre otras sentencias, en la que se cita textualmente de seguido –en lo conducente-:*

"Debe tenerse presente además que la jurisdicción constitucional, al igual que la penal, la contenciosa administrativa, etc tienen sustento constitucional (artículo 153 de la Carta Magna), motivo por el cual la primera no está llamada a sustituirlas . Es por eso que constantemente se ha indicado que el amparo constitucional solamente procede contra actos evidentemente arbitrarios que conculquen en forma directa derechos fundamentales, es decir, de violaciones graves, burdas, claras, en el presente caso, al derecho de defensa y al debido proceso, habida cuenta que ***esta sede no está llamada a corregir todos los vicios in procedendo****, a pesar de que con frecuencia los litigantes pretenden arreglar cualquier irregularidad procesal, por pequeña que sea, acudiendo al amparo, que no está diseñado para ese propósito, sino solo para enmendar las infracciones a los elementos esenciales del debido proceso." (Sentencia número 98-2109 de las 17:24 horas del 25 de marzo de 1998). –El resaltado no es del original-*

Similares consideraciones ha hecho el Tribunal Constitucional Español sobre este tópico, al ir perfilándolo poco a poco en su jurisprudencia, la cual, por su gran interés se transcribe en lo conducente (tomado de: Portero Molina, José Antonio, "Constitución y Jurisprudencia Constitucional (selección), 3ª edición corregida y aumentada con nueva jurisprudencia. Valencia, 1997, páginas 187-188, 190):

"…Existe, sin embargo, un concepto más estricto de indefensión de orden jurídico-constitucional, que la jurisprudencia de este T.C. ha ido poco a poco perfilando. El concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la C. permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. Ocurre así, porque como acertadamente ha sido dicho, la idea de indefensión no puede limitarse, restrictivamente, al ámbito de los que pueden plantearse en los litigios concretos, sino

que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las Leyes reguladoras de los procesos. Por esto, si bien el Derecho Procesal, en aras de sus propias necesidades de estructuración de los procesos y para facilitar el automatismo y la tramitación de los procedimientos judiciales, presenta un contenido marcadamente formal y define la indefensión de un modo igualmente formal, a través, por ejemplo, de la falta de debido emplazamiento o de la falta de otorgamiento de concretos trámites o de concretos recursos, en el marco jurídico-constitucional no ocurre lo mismo. Como la jurisprudencia de este T.C. ha señalado en abundantes ocasiones, la indefensión no se produce si la situación en que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fuera imputable por falta de la necesaria diligencia. ***La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la C.; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del procedimiento…" (****STC. 48/84 de 4 de abril)****. –El resaltado no es del original-.***

También ha dicho el Alto Tribunal que:

"…los trámites formales no deben ser exigencias cuyo incumplimiento presente siempre el mismo valor obstativo que operaría con independencia, en principio, de cuál sea el grado de inobservancia del requisito, su trascendencia práctica o las circunstancias concurrentes en el caso. Al contrario, han de analizarse teniendo presente la finalidad que pretende lograrse con ellos para, de existir defectos, procederse a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del derecho mismo, medida en función de la quiebra de la finalidad última que el requisito formal pretendía servir. De esta suerte cuando esa finalidad puede ser lograda sin detrimento alguno de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto, más que a eliminar los derechos o facultades que se vinculan a su cauce formal, lo que, con mayor razón, debe sostenerse cuando el efecto que pueda producir la inobservancia de un requisito formal sea precisamente el cierre de la vía de recurso. Esta interpretación finalista y su corolario, la proporcionalidad entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto, no es

> *sino una consecuencia más de la necesaria interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido más favorable a la efectividad de un derecho fundamental". (STC. 36/86 de 12 de marzo.)" (Sala Constitucional, Resolución 1545-2001 de 09:31 horas del 23 de febrero del 2001. El subrayado no está contenido en el original. En igual sentido, resolución 2109-98 de 17:24 horas del 25 de marzo de 1998)*

Para tratar de erradicar no sólo los errores burdos, graves que menciona la Sala Constitucional, sino para evitar que se configuren motivos de ilegalidad que podrían significar la invalidez del acto final (y cuyo conocimiento será resorte de la jurisdicción contencioso administrativa) es que se destacan, precisamente, los requisitos que suponen los distintos elementos del debido proceso que han de respetarse dentro de los procedimientos administrativos.

1. Requisitos relacionados con el expediente y las partes del procedimiento

Existen varios aspectos que tienen incidencia en la correcta tramitación del procedimiento administrativo, aunque no son ubicables, en estricto sentido, dentro de los principios que luego se analizarán. Por ello, en esta sección nos detendremos en ellos, siendo el primer aparte relacionado con el tema del expediente como materialidad física y las obligaciones que para con él tiene la Administración. En el segundo aparte, haremos referencia al tema de las "partes" dentro del procedimiento.

A. Sobre el expediente

A.1. De la foliatura del expediente

Se hace referencia a los aspectos físicos del expediente, tales como lo relacionado con la efectiva constitución de un "fólder", "ampo" o "carpeta", en el cual se vayan agregando, en orden cronológico, todos los documentos que se presenten, ya sea por parte del administrado o de la misma Administración (por ejemplo, dictámenes o criterios técnicos de otros órganos diferentes al que tramita el procedimiento).

Motivado en el análisis de casos en que se debe revisar un procedimiento administrativo concreto, la Procuraduría ha encontrado que el cumplimiento de estos requisitos puede aparejar una violación al debido proceso. En específico, en torno al tema de la debida foliatura del expediente, hemos indicado:

> *"b).- Respecto a la foliatura del expediente administrativo:*
>
> *Esta Procuraduría ha sostenido en otras ocasiones que el orden y la adecuada foliatura del expediente administrativo forman parte de las garantías del debido proceso. Así, en nuestro*

dictamen C- 158-2005 del 28 de abril del 2005, indicamos lo siguiente:

"… uno de los presupuestos o componentes del denominado debido proceso lo constituye la oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate (ver entre otros el voto de la Sala Constitucional N° 211-95 del 11 de enero de 1995) y que la PGR de la República ha sido conteste en afirmar que la numeración de los folios del expediente administrativo '(…) conforma parte de la garantía constitucional citada [el debido proceso] el orden en la tramitación del procedimiento.' (Véase al respecto, verbigracia opinión jurídica N° O.J. 060-98 del 15 de julio de 1998, y los dictámenes números C-210-00 del 4 de setiembre y C-290-2000 del 20 de noviembre ambos del año 2000)".

En el caso que nos ocupa, el expediente administrativo que se nos remite cuenta con dos tipos distintos de numeración pues, inicialmente, se utilizan números romanos y luego números naturales. Además, los documentos no se encuentran en orden cronológico, lo que dificulta el análisis del expediente." (Dictamen C-233-2005 del 24 de junio del 2005)

Este tema de la debida foliación y acreditación de las actuaciones realizadas por la Administración dentro del expediente trasciende meros aspectos de orden y ornato:

"1) Aún y cuando hemos señalado en otras ocasiones que la foliatura del expediente administrativo conforma parte de la garantía constitucional del debido proceso, en orden a la tramitación del procedimiento (Pronunciamientos OJ-060-98 de 15 de julio de 1998, C-164-99 de 19 de agosto de 1999 y C-263-2001 de 1 de octubre de 2001) y que la existencia de algunas piezas sin numerar podría constituir una omisión de formalidades sustanciales que vician de manera absoluta el procedimiento (Art. 223 de la Ley General de la Administración Pública), en el tanto producen inseguridad, ya sea al interesado, como a la propia Administración, sobre el contenido completo y veraz del expediente, en el presente caso estimamos que ello no es así, porque al encontrarse adherido el comprobante de la notificación de fax, por medio de una única grapa inalterada a la citada resolución, y al no haber cuestionamiento alguno de la parte interesada sobre la realización efectiva de dicha comunicación, pues no causó indefensión, no cabe la menor duda de que dicha notificación se llevó a cabo, y por ende, el citado comprobante es parte cierta del procedimiento seguido

al efecto. Recuérdese además que conforme a lo dispuesto por el numeral 167 de la Ley General de la Administración Pública: la nulidad será relativa cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, y según lo dispone el ordinal 168 Ibídem, 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 (favor acti)." (Dictamen C-123-2005 del 4 de abril del 2005)

A.2. Del expediente completo

Correlativa a la obligación de foliatura, está la de adjuntar todos los documentos que efectivamente forman parte del expediente y dar certeza de la veracidad de los mismos:

"B) EXPEDIENTE INCOMPLETO Y CON FOTOCOPIAS SIN CERTIFICAR.

Con el objeto de garantizar el derecho de defensa efectiva, deben constar en el respectivo expediente los documentos que sirven de fundamento a la pretensión de anular un derecho subjetivo, y además los documentos deben ser originales o copias debidamente certificadas por el órgano competente para ello, haciendo constar que es copia fiel y exacta de su original, que se encuentra en los archivos de la entidad gestionante.

En el expediente administrativo en estudio, la mayoría de los documentos son simples fotocopias; además no está completo, verbigracia el acuerdo tomado en la Sesión Ordinaria N° 98, celebrado el 22 de marzo del 2004 (no se encuentra agregado al expediente con su respectiva foliatura), y por ende la foliatura está incorrecta.

Sobre el tema de las fotocopias sin certificar, esta Procuraduría ha comentado:

Así, si bien existe libertad de prueba dentro del procedimiento administrativo, la Administración y los interesados, deben velar porque éstas sean emitidas de la forma más veraz posible. De ahí que, estudiar el asunto con simples fotocopias, puede inducir a cometer errores a la hora de valorar los hechos del caso (tómese en cuenta la diferencia, en cuanto a su valor probatorio, entre los documentos públicos y privados –artículos 369, 370 y 379 del Código Procesal Civil–". (Dictamen N° C-060-2001 del 6 de marzo del 2001).

La PGR ha sido conteste en afirmar que "(…) conforma parte de la garantía constitucional citada [el debido proceso] el orden en la tramitación del procedimiento." (Véase al respecto, verbigracia opinión jurídica N° O.J.-060-98 del 15 de julio de 1998, y los dictámenes números C-210-00 del 4 de setiembre

y C-290-2000 del 20 de noviembre ambos del año 2000)." (Dictamen C-211-2004 del 29 de junio del 2004)

B. Sujetos

Consideramos aquí a los sujetos que participan en el procedimiento, siendo el tema del órgano director del procedimiento talvez el que más comentarios ha merecido, tanto en la doctrina derivada de los dictámenes de la PGR, como por las resoluciones de los tribunales de justicia.

B.1. El órgano director

a) El órgano director del procedimiento y el órgano con competencia para dictar el acto final (decisor)

Empecemos por destacar lo que se ha enlistado como el conjunto de atribuciones a cargo del órgano director:

"II- SOBRE LAS NORMAS DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICAQUE REGULAN LAS FACULTADES Y POTESTADES DEL ORGANO DIRECTOR DEL PROCEDIMIENTO:
Reiteramos, que el órgano director es el encargado de llevar a cabo el procedimiento administrativo hasta dejar los autos listos para la decisión final. Con el fin de realizar esa función, la Ley General de la Administración Pública le confiere una serie de atribuciones y deberes.
Seguidamente hacemos indicación de los mismos, sin pretender abarcarlos todos. Es menester advertir que en lo sucesivo al hacer mención de un artículo sin indicar el cuerpo legal al que pertenece debe entenderse que nos referimos a la Ley General de la Administración Pública.

II.A- Deberes del órgano director del procedimiento:
1- Abstenerse de conocer y tramitar un asunto, cuando se incurra en alguna causal prevista por la ley, siguiendo para ello con el trámite correspondiente (artículo 230 al 238).
Sobre este tema puede consultarse el dictamen de la PGR de la República C- 070-92 de 23 de abril de 1992.

2- El órgano director debe impulsar de oficio el procedimiento (artículo 222).

3- Cuando deba interpretar las normas del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, deberá hacerlo en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados (artículo 224).

4- El órgano debe conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado (artículo 225.1). Este deber reviste especial importancia si tomamos en consideración que ese mismo artículo indica que serán responsables la Administración y el servidor por cualquier retardo grave e injustificado.

5- Debe adoptar las resoluciones con apego al ordenamiento, y en caso de actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél (artículo 216).

6- El órgano director debe observar las formalidades sustanciales del procedimiento, pues de lo contrario se causará nulidad de lo actuado en los términos del artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública. Así, por ejemplo, el numeral 247 del mismo cuerpo legal se refiere a la nulidad de la comunicación de actos del procedimiento, y el artículo 254 a la nulidad de la citación.

7- La actuación administrativa debe 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.
El servidor podrá actuar excepcionalmente fuera de sede por razones de urgente necesidad (artículo 268).

8- El órgano director deberá resolver todas las cuestiones previas surgidas durante el curso del procedimiento, aunque entren en la competencia de otras autoridades administrativas; pero deberá consultarlas a éstas inmediatamente después de surgida la cuestión y el órgano consultado deberá dictaminar en el término de tres días (artículo 227.1).

9- Debe garantizar el derecho de defensa de las partes. Por ejemplo permitirles el acceso al expediente (Artículo 217).
Las partes, sus representantes y cualquier abogado, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir su certificación, (el costo de las copias y certificaciones a cargo del petente) con las salvedades que indica el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública (artículo 272).
No se otorgará acceso al expediente cuyo conocimiento pueda comprender secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad

para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente (artículo 273).
Fuera de los casos citados, la Ley establece en el artículo 259.4 que se reputa fuerza mayor y por ende pueden suspenderse los plazos si la Administración ha negado u obstaculizado el examen del expediente.

10- Conservar en los supuestos de actos o actuaciones que deban consignarse en acta , aquellos objetos presentados que puedan desaparecer, dejando en la misma la constancia respectiva (artículo 270.6).

11- Al órgano director le es prohibido hacer nuevos señalamientos o prórrogas de oficio (artículo 258).

12- El órgano director del procedimiento deberá respetar los plazos establecidos en la Ley General de la Administración Pública.
En el caso de suspensión de plazo por fuerza mayor o si por cualquiera otra razón el órgano no ha podido realizar los actos o actuaciones que le corresponden, previstos dentro de los plazos señalados por los artículos 261 y 262, deberá comunicarlo a las partes y al superior dando las razones para ello y fijando simultáneamente un nuevo plazo al efecto, que nunca podrá exceder de los allí indicados.
Si ha mediado culpa del servidor en el retardo, cabrá sanción disciplinaria en su contra y, si la culpa es grave, responsabilidad civil ante el administrado tanto del servidor como de la Administración (artículo 263).

13- No puede reducir o anticipar los términos destinados a las partes o terceros, pues ello corresponde al Poder Ejecutivo en virtud de razones de urgencia (artículo 265.3)

14- El órgano director debe tomar en consideración que las reglas establecidas en los artículos 239 al 247 acerca de la comunicación de los actos del procedimiento deben ser observadas. Destaca dentro del articulado el numeral 245 que indica que la notificación debe contener el texto íntegro del acto con indicación de los recursos procedentes, del órgano que los resolverá, de aquél ante el cual deberán interponerse y del plazo para interponerlos.

15- Asimismo debe observar las reglas establecidas en los artículos 248 a 254 acerca de las citaciones.
El órgano director debe velar porque la citación incluya los requisitos enunciados en el numeral 249. Respecto al punto c) del artículo, debe tomarse en cuenta que al indicar el asunto

a que se refiere la citación, el órgano director debe limitarse a indicar los hechos absteniéndose de calificarlos (artículo 249).

16- Debe adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún contra la voluntad de ellas. Lo anterior con el fin de verificar de la forma más fiel y completa, los hechos que sirven de motivo al acto final. (Artículo 221)

17- Celebrar la comparecencia en su sede, salvo supuestos de inspección ocular, prueba pericial, o bien, razones de economía de gastos o cualesquiera otras ventajas administrativas evidentes, siempre que ello no cause pérdida de tiempo y/o perjuicio grave para las partes (artículos 268 y 318).

18- Además de dirigirla, debe señalar la hora y la fecha de la comparecencia oral y privada y citar a las partes con quince días de anticipación. Si el órgano es colegiado la comparecencia será dirigida por el Presidente o por el miembro designado al efecto (artículo 311 y 314).

19- En la evacuación de prueba, dirigir y controlar las preguntas que se formulen (artículo 304.2). Igualmente deberá intervenir el órgano director por iniciativa propia, con el fin de que la materia de cada pregunta quede agotada en lo posible inmediatamente después de cada respuesta (artículo 304.4).

Al respecto, el Acta 107 de la Sesión celebrada por la Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración el día diez de Abril de 1970, señala que se trata de que una de las partes se dirija a la otra y el órgano director en ese caso no es más que un espectador cuya intervención está circunscrita a la verificación de la verdad o evitar las eventuales preguntas ilegales. Textualmente el acta citada indica :

" LIC. ORTIZ ORTIZ:
Es más o menos lo que se llama la parte se dirige a la parte, sólo que se pregunte algo ilegal o inconducente, malicioso, puede ser censurado, limitado por el órgano director. Es un espectador mientras no tenga que intervenir para dirigir o limitar. La diligencia es algo fundamental que las partes llevan. En el caso de que la parte sea la administración que va a decidir esto tendrá un juego menor, pero cuando haya contención frente a una administración, pongo el ejemplo de ante el Servicio Civil, o ante el Servicio Nacional de Electricidad, entonces se desarrollará un diálogo verdadero entre las partes

que simplemente dirigirá o controlará el órgano director, pero no va a ser intermediario."

20- Evacuar la prueba ofrecida por la parte, incluso en ausencia de esta, gozando para ello de las mismas facultades y deberes que las autoridades judiciales (artículos 300 y 315.2).

En el procedimiento sumario el órgano director ordenará y tramitará las pruebas en la forma que crea más oportuna, determinará el orden, términos y plazos de los actos a realizar, así como la naturaleza de éstos, sujeto únicamente a las limitaciones que señala la Ley General de la Administración Pública (artículo 323).

21- Imponer multa al citado a confesión cuando no comparezca sin justa causa (artículo 301.4).
22- Cuando la comparecencia ha sido grabada, el acta respectiva podrá ser levantada posteriormente con la sola firma del funcionario director, antes de la decisión final (artículo 313).
23- Recibir los recursos ordinarios que se formulen (artículos 342 y 349).
24- Resolver el recurso de revocatoria dentro de los ocho días posteriores a su presentación, salvo la hipótesis prevista en el numeral 352.1.
25- Emplazar a las partes, en caso de recurso de apelación, ante el superior, remitiendo el expediente sin admitir ni rechazar el recurso y acompañando un informe sobre los motivos de éste (artículo 349.2).
II. B- Facultades del órgano director del procedimiento:
1- En el procedimiento sumario, el órgano director podrá optar inicialmente por convertirlo en ordinario por razones de complejidad e importancia de la materia a tratar (artículo 326).

2- En caso de que las partes deban realizar un trámite deben hacerlo en el plazo de diez días salvo que la ley indique otra cosa. Si no se cumple, el órgano director puede declarar de oficio o a gestión de parte que no tienen derecho al correspondiente trámite (artículo 264).

3- Puede reducir o anticipar los plazos y términos del procedimiento administrativo destinados a la Administración por razones de oportunidad o conveniencia, en virtud de resolución que adoptará el director del procedimiento.

No puede hacer lo mismo con los plazos de las partes o de terceros, pues ello corresponde al Poder Ejecutivo en virtud de razones de urgencia (artículo 265).

4- El órgano director del procedimiento puede a solicitud de las parte prorrogar los plazos otorgados a éstas de conformidad con la Ley General de la Administración Pública hasta en una mitad más, siempre que concurran las circunstancias previstas en el numeral 258.1.

5- Todos los funcionarios públicos podrán actuar en día y hora inhábil, previa habilitación por el órgano director del procedimiento, cuando la demora pueda causar graves perjuicios a la Administración o al interesado, o hacer ilusoria la eficacia de un acto administrativo, a juicio del respectivo funcionario (artículo 267.3).

6- Posponer la comparecencia por encontrar defectos graves en su convocatoria, o por cualquier otro motivo que la imposibilite (artículo 316).

7- Dentro de sus deberes se encuentra el otorgar el derecho de defensa a las partes, así como la facultad de limitar la intervención a lo prudentemente necesario y en caso extremo exigir el patrocinio o representación de un abogado (artículo 219 y 220).

8- El órgano director puede citar a cualquiera de las partes o a terceros para que declaren o realicen algún acto necesario para el normal desenvolvimiento del procedimiento, incluso para la decisión final de este (artículo 248.1). Tales citaciones deben encontrarse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 249 al 254 y 312 de la Ley General de la Administración Pública. La inobservancia de tales requisitos puede acarrear la nulidad de conformidad con el artículo 254. En ese sentido pueden consultarse los dictámenes C- 133-92 de 20 de agosto de 1992 y C- 024-94 de 10 de febrero de 1994.

9- Podrá actuar excepcionalmente fuera de sede por razones de urgencia (artículo 268).

Por ejemplo, en los casos indicados en el punto 17 de los deberes (artículo 318).

10- El órgano director puede decidir provisionalmente, de oficio o a instancia de parte, el asunto, cuando existan motivos de necesidad o conveniencia evidentes que exijan la decisión del procedimiento antes de estar listo para el acto final. Ello dentro de los requisitos establecidos en el artículo 332 de la Ley General de la Administración Pública. El órgano decisor sustituirá posteriormente dicha resolución provisional (artículo 332.3). Acerca de esta posibilidad excepcional puede consultarse el dictamen C-122-94 de 27 de julio de 1994.

11- Puede pronunciarse a solicitud de parte, sobre los puntos que estén listos para decisión, cuando " un caso puede ser decidido por materias o aspectos separables" (artículo 333.1). También en este caso la resolución será provisional. (Dictamen C-173-95 de 7 de agosto de 1995.)

A nivel de tribunales, la existencia y designación de un órgano director de procedimiento es visto como una garantía al debido proceso:

> *"En el criterio de este Tribunal, es exigencia incuestionable el nombramiento de un órgano director del procedimiento administrativo como parte del debido proceso, lo que no sólo se establece en la Ley General de la Administración Publica, "… cuyos principios y normas prevalecerán sobre los de cualesquiera otras disposiciones de rango igual o menor" (artículo 364. 2), sino que así se reconoce expresamente en el Reglamento a la Ley General de Aduanas, numeral 520, que menciona la aplicación supletoria de las disposiciones del procedimiento administrativo, en caso de ausencia de norma expresa de la ley y el reglamento; el "órgano instructor del procedimiento" es mencionado en los numerales 521, 526, 527, 528 y 530, de lo que es posible concluir que en la legislación aduanera, se legisla sobre aquél, en lo que no existe disposición expresa es en el mecanismo para su nombramiento, como tampoco la hay en la Ley General de Administración Pública, lo cual no permite la conclusión de que está dispensado su nombramiento. La Sala Constitucional, en sentencia 2003-08584 de las 16 horas 20 minutos del 19 de agosto de 2003, sobre el tema se pronunció así: "En primer término, es necesario recordar que la Ley General de la Administración Pública establece concretamente que la instrucción del procedimiento administrativo, debe ser realizada por un órgano instructor. Como parte integral del debido proceso, la constitución de un Órgano Director del Procedimiento no violenta los derechos fundamentales del recurrente, ya que será justamente ese Órgano, quien dirigirá las investigaciones para determinar la verdad real de los hechos." (N° 205-2005 de la DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, de las 10:25 horas del 18 de 2005)*

b) Sobre la necesaria existencia del órgano director y el órgano decisor como sujetos administrativos independientes en el procedimiento administrativo.

El primer tema que es digno de abordar en torno a la figura del **órgano director** del procedimiento lo es si resulta absolutamente necesario que su designación recaiga en un funcionario diferente a aquel que está llamado a decidir el asunto por el fondo. Se parte de que exista un "órgano decisor" (que es el que tiene competencia para la emisión del acto final del procedimiento) y un "órgano director", designado por el primero para que realice la tramitación del expediente, o sea, dar cumplimiento al cúmulo de atribuciones y deberes que se enlistaron en las páginas precedentes.

Sin embargo, esta distinción ha venido siendo borrada, en atención a decisiones judiciales y administrativas que dan lugar a pensar que no es necesaria la distinción entre órganos, en la medida que el decisor también puede realizar la instrucción.

En este sentido, conviene citar un antecedente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

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

en ejecución. Es así como resulta incuestionable, a tenor de la citada Ley General, la obligación de la Institución, en materia de contratación, de averiguar la verdad real de los hechos mediante el correspondiente procedimiento administrativo dentro del cual, todo acto debe ser dictado por el órgano competente o por aquél a quien se le haya delegado "en las condiciones y límites indicados por esa ley" (artículos 59, 70, 89 y 129). ***Este procedimiento administrativo es, en algunos casos, un precedente obligado para la validez del acto que en definitiva se adopte, pero no siempre deben concurrir en un mismo sujeto la instrucción y la decisión."*** *(Sala Primera, Resolución 398-F-02 de las 15:10 horas del 16 de mayo del 2002)*

En igual línea de pensamiento, la Sala Constitucional ha manifestado:

"Para el accionante el artículo 55 del Reglamento transgrede el debido proceso desde dos aspectos; en primer término en relación con el principio imparcialidad del juzgador –en este caso administrativo- al encomendarle a la Jefatura del Departamento de Relaciones la instrucción del proceso y la imposición de la sanción. En segundo término, el principio de legalidad, al estimar que ese artículo se aparta del numeral 102 de la Ley General de la Administración Pública, que en relación a la potestad jerárquica desarrolla contenidos constitucionales. La Sala estima, en relación con el primer reproche, que el hecho de concentrar en un mismo órgano la instrucción y el dictado de la resolución final no violenta el principio de imparcialidad del juzgador, todo lo contrario, este sistema no resulta ilegítimo, en tanto permite la inmediación de los elementos probatorios. Precisamente por este motivo en el proceso penal –que es el sirve de inspiración al proceso administrativo sancionatorio- el juicio oral concentra la recepción de prueba y el dictado de la sentencia en un acto procesal –el debate-, dejando para casos excepcionales la incorporación de prueba producida fuera del proceso. En este punto tampoco encuentra la Sala enfrentamiento con el orden constitucional." (Resolución N° 6379-2002 de las 15:22 horas del 26 de junio del 2002)

Podría abonarse, en apoyo a la anterior línea de asimilación entre los órganos director y decisor la circunstancia de que, en su condición de jerarcas, podrían los titulares tener mayores elementos de juicio para analizar los aspectos de fondo que se discuten en los procedimientos administrativos que tramiten. Sin embargo, igualmente no puede pasarse por alto la concentración de competencias que normalmente radican en los órganos jerarcas, con lo cual la viabilidad de que, en añadidura a tales competencias, realicen adecuada y

cumplidamente toda la gama de tareas que son propias del órgano director deviene en susceptible de duda. Sin embargo, la posibilidad de que, ante circunstancias especiales, se pueda dar esa identificación, no deja de ser un dato de relevancia para los órganos encargados de dictar el acto final.

Debe apuntarse que existen sentencias contradictorias sobre el tema que se viene tratando. Específicamente, la Sala Constitucional también ha emitido criterio en el sentido de que es necesaria la existencia de dos órganos distintos y diferenciados en la tramitación del procedimiento administrativo:

> *"Independientemente del hecho de si la recurrida tenía o no competencia para conocer del recurso de revisión interpuesto por el Ing. G. contra la resolución de las quince horas del nueve de octubre de mil novecientos noventa y uno, en la que se absolvió a la compañía recurrente de toda responsabilidad en los daños sufridos en la pintura de las instalaciones de la Planta La Rita del Consejo Nacional de Producción, obras que fueron contratadas con dicha empresa -tanto su construcción como su pintura- al resultar adjudicataria de la Licitación Pública 410-C y de la Contratación Directa 23-88, lo cierto es que dicha resolución era absolutamente nula dado que el procedimiento administrativo incoado a fin de establecer las responsabilidades del caso -por los daños sufridos en la pintura de los edificios dichos- tuvo como órgano director al mismo que dictó aquella resolución como acto final de ese procedimiento, según se desprende del informe rendido bajo juramento y del expediente administrativo que se ha tenido a la vista. Y como ni en éste ni en ningún caso puede el propio órgano director del procedimiento administrativo dictar el acto final, ya que su competencia se limita a la instrucción del expediente mas no así a su resolución, el acto final del cual la recurrente pretende derivar derechos subjetivos es inexistente y, por ende, éstos también, de modo que lo actuado por la recurrida, aún cuando lo fue fuera del ámbito de su competencia -pues el recurso de revisión presentado debió ser resuelto por la Junta Directiva de la Institución-, no viola derecho fundamental alguno a la gestionante, por lo que el recurso resulta improcedente y así debe declararse." (Resolución 910-93 de a las 10:24 horas del 20 de febrero de 1993)*

> *"I.- De lo dicho por el recurrente en su memorial de interposición se desprende que el Concejo Municipal de Carrillo acordó nombrar un órgano director del procedimiento administrativo en relación con una investigación que se le sigue, y que dispuso integrarlo con dos regidores municipales más el asesor legal de esa municipalidad. Acuerdo que el recurrente considera nulo por cuanto el órgano que va a dictar el acto final no puede ser el mismo que dirige el procedimiento cuyo objetivo*

es verificar la verdad real de los hechos que le van a servir de motivo, además de que el mismo se inició un mes después de ocurridos los hechos, razón por lo cual está prescrita la acción para efectos del despido.
II.- No es el órgano director del procedimiento el que va a dictar el acto final pues su finalidad es, al tener de lo dispuesto en el artículo 214.2 de la Ley General de Administración Pública, verificar la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final, esto es, instruir el proceso únicamente, no resolver sobre el fondo del asunto. En este sentido, quienes instruyen no pueden luego resolver y dictar el acto final, y en el presente asunto ello significa que los regidores nombrados para integrar el órgano director del procedimiento no pueden, luego, participar y votar en las sesiones en que se conozca acerca de aquel y sus resultados, y mucho menos, de la sesión en la que se adopta el acto final, pero no que no puedan formar parte de dicho órgaNº" (Resolución N° 1142-99 de las 19:12 horas del 17 de febrero de 1999)

Necesario es indicar que también pueden encontrarse razones que privilegien la postura tradicional en torno a la distinción entre el órgano director y el órgano decisor. En este sentido, ya no sólo el hecho de la efectiva disponibilidad de tiempo con que cuente el jerarca para asumir el cúmulo de funciones propias a la instrucción, sino que, además, la posibilidad de que exista un conjunto de funcionarios que se especialicen en el trámite de los procedimientos, lo cual a su vez les facilita estar al tanto de la jurisprudencia administrativa y judicial que se vaya emitiendo sobre el tema, terminan por asegurar el mejor cumplimiento del fin último de ese trámite, sea la efectiva garantía de los derechos del administrado frente al ejercicio de las competencias públicas. Nuevamente, se considera que es más un asunto de la praxis o realidad de la dependencia pública llamada a tramitar el procedimiento, lo que en definitiva incline la balanza en cualquiera de las direcciones apuntadas, sea la identificación entre los órganos, sea la designación de uno específico (el director) para el trámite del procedimiento.

Sobre el tema del nombramiento de órgano director, pueden consultarse nuestros dictámenes C-118-2006, C-106-2006, C-348-2005, C-140-2005, C-343-2001, C-353-2001, C-261-2001, C-055-96, C-062-96, C-065-96 y C-319-2005.

c) Nombramiento del órgano director por órganos colegiados

Un tema que está íntimamente ligado al que se viene comentado lo es el que se relaciona con las restricciones que tienen los órganos colegiados (decisores) para la designación de los órganos directores, limitación que parte del postulado contenido en el artículo 90 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública. Por contener un desarrollo comprensivo tanto de la línea jurisprudencial administrativa y judicial sobre el tema, nos permitimos la

transcripción, en extenso, del dictamen C-294-2004 del 15 de octubre del 2004, en el cual se llega a definir la posición de la Procuraduría sobre la comentada limitación:

> ***"II. Sobre el Órgano Director del Procedimiento***
>
> *El objeto de la presente consulta versa esencialmente sobre aspectos de integración y nombramiento del órgano director del procedimiento administrativo.*
>
> *Al respecto este Órgano Asesor se ha referido en anteriores pronunciamientos a la indicada figura, realizando una diferenciación entre órgano decisor y órgano director del procedimiento, y analizando, entre otros aspectos, la conformación y nombramiento del órgano director, aspectos que, por su importancia, resultan conveniente mencionar a continuación.*
>
> *En ese sentido, la jurisprudencia ha sido conteste en señalar que el órgano decisor, es aquel que dentro de la estructura organizativa de la entidad, posee la competencia para emitir el acto final, es decir, es quien decide, por ende, resulta ser el competente para iniciar el procedimiento administrativo .*
>
> *Como órgano decisor puede instruir el procedimiento administrativo, no obstante, puede delegar la fase de instrucción en un órgano director nombrado por él, de ahí resulta la distinción entre órgano director y órgano decisor. Al respecto, esta Procuraduría ha señalado:*
>
> *" (…) En primer término, debe rescatarse que la jurisprudencia administrativa emitida por este Órgano Asesor ha sido insistente en indicar que el órgano director del procedimiento actúa por delegación del órgano decisor. Recientemente, también se precisó que el órgano decisor puede resolver llevar él mismo el procedimiento respectivo. Al respecto se señaló:*
> *"Al respecto, interesa indicar que dentro del procedimiento administrativo existen dos órganos de importancia: el órgano decisor y el órgano director, ambos con funciones diferentes.* ***El órgano decisor****, conforme a la jurisprudencia administrativa de este Órgano Asesor (Véanse al respecto, entre otros, los pronunciamientos C-173-95 de 7 de agosto de 1995, C-343-2001 de 11 de diciembre del 2001, C-353-2001 de 20 de diciembre de 2001 y C-261-2001 de 27 de setiembre del 2001),* ***será el órgano competente para dictar la decisión final de un asunto determinado; es quien debe iniciar el procedimiento administrativo****, (Según lo ha sostenido la Sala Constitucional, la competencia de la formación del*

procedimiento administrativo, corresponde al jerarca, que es quien debe tomar la decisión final (Voto número 7190-94 las 15:24 hrs. del '6 de diciembre de 1994) . 'y en principio, tiene la competencia para instruirlo; no obstante lo anterior, puede delegar la instrucción del mismo en un órgano director del procedimiento." (La facultad primordial que tendrá ese órgano director será la de instruir el procedimiento, pues pese a que tiene otras atribuciones y deberes (consultarse al respecto los pronunciamientos C-173-95 de 7 de agosto de 1995, C-055-96 de 12 de abril de 1996, C-062-96 de 2 de mayo de 1996, C-065-96 de 3 de mayo de 1996, C-88-96 de 7 de junio de 1996, O.J.-047-2000 de 10 de mayo del 2000, C-353-2001 de 20 de diciembre de 2001), su competencia se limita a la instrucción del expediente administrativo (Véase al respecto, entre otras, la resolución Nº 0910-93 de las 10:24 horas del 20 de febrero de 1993, de la Sala Constitucional, así como la resolución Nº 595 de las 11:50 horas del 18 de agosto del 2000, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y la Nº 176-00 de las 11:00 horas del 23 de junio del 2000, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda). Véase también al respecto SOSTO LOPEZ, Federico, en Revista "Seminario sobre Procedimientos Administrativos"; Órgano Director: integración, facultades y responsabilidades, Imprenta Nacional, año 2000, pág. 116). (Dictamen C-323-2003 de 9 de octubre del 2003)

La tesis anterior también ha sido sostenida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en resolución Nº 000398-F-02 de las 15:10 horas del 16 de mayo del 2002, en la que se indicó:

"- Para determinar la competencia de un órgano de la Administración debe acudirse, en primer término, a la ley, y en ausencia de ella, al reglamento, a lo que se haya acordado sobre delegación para un tipo de acto o para un acto determinado, y por último a los lineamientos impuestos por el jerarca a la luz de la estructura organizativa de la entidad. ***El órgano de mayor jerarquía se identifica, por disposición expresa o implícita de la ley, atendiendo a la naturaleza de sus funciones, entre ellas, la potestad de delimitar las tareas de los demás órganos que le están subordinados según la materia que a cada cual corresponde y justifica o define su propia existencia. El jerarca supremo suele actuar como decisor y, por lo general, agota la vía administrativa.*** *(…) Es así como resulta incuestionable, a tenor de la citada Ley General, la obligación de la Institución, en materia de contratación, de averiguar la verdad real de los hechos mediante el correspondiente procedimiento administrativo dentro del cual, todo acto debe ser dictado por el órgano competente o por aquél a quien se le haya delegado*

"en las condiciones y límites indicados por esa ley" (artículos 59, 70, 89 y 129). ***Este procedimiento administrativo es, en algunos casos, un precedente obligado para la validez del acto que en definitiva se adopte, pero no siempre deben concurrir en un mismo sujeto la instrucción y la decisión. Sin embargo, cuando el acto final deba ser adoptado por una Junta Directiva, el procedimiento sólo puede ser delegado en su Secretario, por así disponerlo el artículo 90 inciso e) ibídem.*** *Cabe entonces preguntarse qué ocurre, cuando, cómo en la especie sucedió, la instrucción no sólo no recayó en el Secretario, sino en un funcionario no designado por la Junta Directiva ni por una instancia a quien ésta delegara hacer ese nombramiento?* ***Desde un punto de vista sustancial, la doctrina ius administrativista es conteste en afirmar que el sujeto es un elemento esencial del acto administrativo, lo que recoge a su vez el ordinal 129, privilegiando la tesis de que el sujeto es uno sólo, esto es, que el órgano instructor y el decisor deben ser uno sólo (artículos 90 y 314 ibídem),*** *respondiendo a su vez a los principios de oralidad e inmediación de la prueba previstos en los numerales 309 y 314 ibídem. En el caso concreto esa tarea fue encomendada al Ing. VRA, nombrado para ese efecto por el Gerente Administrativo, sin que en autos conste, autorización o delegación alguna para hacerlo. Esta situación provoca sin duda una irregularidad en el nombramiento del órgano del procedimiento pues su designación fue hecha por un funcionario sin competencia para ello, lo que vicia el acto en uno de sus elementos esenciales. El artículo 182 ibídem, en lo conducente establece: " "1. El Juez no podrá declarar de oficio la invalidez del acto, salvo que se trate de infracciones sustanciales relativas al sujeto, al procedimiento o la forma, casos en los cuales deberá hacerlo. 2.- Para efectos de este artículo el sujeto se entenderá como elemento comprensivo de la existencia del ente y su capacidad, de la existencia del órgano y su competencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de ésta y de la regular investidura del servidor público…" (Lo resaltado no es del original). Esta norma debe relacionarse a su vez, con lo dispuesto en el ordinal 129 en cuanto dispone: "El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia". Determinado el vicio, que en sus agravios reprocha el casacionista, es preciso establecer si con ello se produce una nulidad absoluta o relativa. En tesis de principio, la nulidad por la nulidad misma no existe, para que ello ocurra, es menester que se hayan omitido formalidades sustanciales, entendiendo por tales, aquellas "cuya realización correcta*

hubiere impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o cuya omisión causare indefensión" (artículos 166 y 223 ibídem) situaciones que, en la especie, se echan de menos. El recurrente no procuró prueba en ese sentido y su derecho de defensa, en los aspectos a que el recurso se contrae, fue respetado como más adelante se expone. Por otra parte, la Junta Directiva, al adoptar el acto final, no hizo reparo alguno a lo actuado, subsanando cualquier irregularidad en el procedimiento, lo cual es legalmente posible en consideración a que no se trata de la inexistencia del elemento sujeto como para sustentar una nulidad absoluta (166 ibídem) sino de su imperfección, en atención únicamente al origen de su nombramiento (167 ibídem), siendo importante destacar aquí que se trató de un profesional ligado al objeto en discusión y con conocimiento sobre la materia. Finalmente y al amparo de la teoría finalista, es claro que los actos cuestionados cumplieron el fin esencial del actuar administrativo, sea la satisfacción del interés público (113 ibídem). En consecuencia, en criterio de la Sala, al haber sido dictado el acto final por la Junta Directiva de la Caja, órgano competente para hacerlo (artículos 129 y 319 ibídem), no haberse causado indefensión, pues se respetó el debido proceso, se satisfizo el interés público no es procedente declarar la nulidad por la nulidad misma, por lo que el recurso, en cuanto a este agravio, debe rechazarse." (Los resaltados no son del original)

Es clara la tesis sostenida por la Sala Primera de la Corte en la resolución supra transcrita, en el sentido de que el "órgano decisor" y "el instructor" son el mismo; pero que en aplicación de la figura de la delegación puede haber una separación entre ambos*.*

De otra parte, y sin pretender que exista una línea clara al respecto, la Sala Constitucional, en resolución número 6379-2002 de las 15:22 horas del 26 de junio del 2002, indicó:

"Para el accionante el artículo 55 del Reglamento transgrede el debido proceso desde dos aspectos; en primer término en relación con el principio imparcialidad del juzgador –en este caso administrativo- al encomendarle a la Jefatura del Departamento de Relaciones la instrucción del proceso y la imposición de la sanción. En segundo término, el principio de legalidad, al estimar que ese artículo se aparta del numeral 102 de la Ley General de la Administración Pública, que en relación a la potestad jerárquica desarrolla contenidos constitucionales. La Sala estima, en relación con el primer reproche, que el hecho de concentrar en un mismo órgano la instrucción y el dictado de la resolución final no violenta el principio de imparcialidad del juzgador, todo lo contrario, este sistema no resulta ilegítimo, en tanto permite la inmediación de los elementos probatorios. Precisamente por este motivo

en el proceso penal –que es el sirve de inspiración al proceso administrativo sancionatorio- el juicio oral concentra la recepción de prueba y el dictado de la sentencia en un acto procesal –el debate-, dejando para casos excepcionales la incorporación de prueba producida fuera del proceso. En este punto tampoco encuentra la Sala enfrentamiento con el orden constitucional" ***(Dictamen número C-122-2004 de 22 de abril de 2004. Lo resaltado no es del original)***

Propiamente, sobre el nombramiento del órgano director, la jurisprudencia administrativa ha reiterado que dicha potestad corresponde al órgano decisor, es decir, aquel con la potestad para decidir el asunto mediante el dictado del acto final del procedimiento.

" (…) En cuanto al nombramiento del órgano director, este Órgano Asesor ha sido claro, en su jurisprudencia, en el sentido de que el nombramiento del órgano director de un procedimiento administrativo le corresponde al órgano decisor del procedimiento.
Esto es, el órgano competente para dictar la decisión final en un asunto determinado es el que debe decidir iniciar un procedimiento administrativo, pudiendo delegar la instrucción de éste en un órgano director del procedimiento. En este sentido se ha indicado:
"…debe precisarse que los órganos decisorios son los que, en principio, tienen la competencia para instruir los procedimientos administrativos que ellos decidan iniciar; Pero, este Organo Asesor, ha admitido la tesis de que mediante la utilización de la figura de la delegación, los órganos decisorios deleguen la instrucción de procedimiento en un órgano director." (Dictamen C-261-2001 de 27 de setiembre del 2001) (Nota: La obligación de que el órgano competente para emitir el acto final es el que debe nombrar el órgano director del procedimiento y las atribuciones de éste pueden consultarse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: C-173-95 de 7 de agosto de 1995, C-055-96 de 12 de abril de 1996, C-062-96 de 2 de mayo de 1996, C-065-96 de 3 de mayo de 1996 y C-088-96 de 7 de junio de 1996) ***(C-343-2001 11 de diciembre del 2001)***

En el caso de los órganos colegiados, como lo son los Concejos Municipales, la instrucción del procedimiento puede ejercerla el Concejo mismo, o bien, delegarla en la figura del Secretario Municipal, de conformidad con el numeral 90 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública en relación con el numeral 53 del Código Municipal:

"(…) ***se adiciona el dictamen C-261-2001 del 27 de setiembre del 2001, en el sentido de que el Concejo Municipal puede conocer, instruir y resolver un determinado procedimiento administrativo, o bien delegar la instrucción del procedimiento en su secretario.***
En cuanto a la segunda adición solicitada, en el sentido de si el Concejo Municipal, en el ejercicio de sus funciones de dirección del procedimiento, queda sujeto a las reglas que rigen los órganos colegiados, en particular en cuanto al quórum estructural, debe indicarse que, efectivamente, cuando actúa como órgano colegiado, aún en el ejercicio de su competencia como "órgano director de procedimiento", queda sujeto a las reglas propias de éstos, incluido el aspecto del quórum estructural." ***PGR de la República. Dictamen número C-122-2004 de 22 de abril de 2004.*** *(Lo resaltado no es del original)*

Resulta claro el criterio sostenido por la jurisprudencia administrativa en el sentido de que el órgano competente para decidir el asunto de que se trate, es el llamado a nombrar al órgano director, consecuentemente, el tema de si la competencia es administrativa o de gobierno sede ante esa titularidad. Por lo que, a efectos de su consulta, la determinación del órgano con competencia para nombrar el órgano director dependerá del tipo de acto final que se emita como consecuencia del procedimiento administrativo que instruirá aquel. Con ello se atiende a la línea jurisprudencia que recién se ha transcrito." (Dictamen C-294-2004 del 15 de octubre del 2004)

d) Sobre el número de integrantes del órgano director y sobre la posibilidad de que no sean funcionarios públicos los designados para conformarlo

Ha tenido oportunidad también la PGR por establecer algunos requisitos relacionados con la cantidad de miembros que puede tener el órgano director designado. Concomitantemente, se ha vertido criterio sobre la procedencia de que personas que no son funcionarios públicos puedan ser llamados a realizar las labores del órgano director, e incluso acerca de la posibilidad de que funcionarios públicos que no laboran para la institución u oficina en la que se desarrolla el procedimiento ocupen tal cargo:

"Por otra parte, en punto a la integración del Órgano Director, esta Procuraduría ha manifestado lo siguiente

"IV- SOBRE LOS INTEGRANTES DEL ORGANO DIRECTOR DEL PROCEDIMIENTO:

Varios de los puntos consultados se refieren a la integración del órgano director del procedimiento, por ello, los incluimos todos bajo este tema y subdividimos el mismo en dos puntos. En el primero nos referimos al número de integrantes y en el segundo a la posibilidad de que no sean funcionarios municipales; la aceptación expresa del cargo y la juramentación de los integrantes.

IV.A- Número de integrantes del órgano director del procedimiento:

El texto de la Ley General de la Administración Pública permite concluir que el órgano director del procedimiento puede ser unipersonal o colegiado. Así, el artículo 314 indica:

" 1. El órgano que dirige el procedimiento será el encargado de dirigir la comparecencia.

2. Si el órgano es colegiado, será dirigido por el Presidente o por el miembro designado al efecto "

La determinación del número de funcionarios que integraran el órgano director deberá tomar en consideración el mejor logro del objeto del procedimiento y los principios de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado (Artículo 269).

IV.B- Sobre la posibilidad de que los integrantes del órgano director del procedimiento no sean funcionarios públicos:

La Ley General de la Administración Pública al referirse al tema del órgano director no se pronuncia expresamente acerca de la posibilidad de integrarlo con sujetos que no sean funcionarios públicos. Acudiendo a la doctrina encontramos que el procedimiento administrativo es un canal o instrumento, por medio del que se forma la voluntad administrativa. Es un medio para la realización de una prerrogativa pública realizada por medio de los órganos de la Administración, según la competencia que por ley les corresponda. Esa competencia es por supuesto un requisito de la validez del acto.

El jurista JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE, en su artículo " Sobre el Concepto de Funcionario de Hecho " publicado en la Revista de Administración Pública Nº 29 de mayo-agosto de 1959, señala que por órgano de la Administración se entiende un complejo ideal de competencias y medios materiales, atribuídos a una persona física a fin de obrar y manifestar la voluntad administrativa, es decir, los órganos manifiestan hacia los terceros la voluntad de la Administración. El órgano y la Entidad a la cual pertenece aquél, no son dos personas jurídicas distintas, sino una sola, y la voluntad de la persona individual en cuanto órgano, tan sólo tiene significación jurídica respecto de la organización general de la que forma parte.

Por su parte, ZANOBINI citado por DE LA VALLINA indica que toda persona jurídica, y la Administración pública lo es, obra

a través de los llamados órganos, pudiendo ser considerados desde un doble punto de vista: en abstracto y en concreto; abstractamente, se nos presenta como un complejo de atribuciones, de competencias, de medios materiales y personales referidos al logro de un determinado fin del Ente Público; pero en concreto el órgano no es sino la persona física que en un determinado momento actúa como titular del oficio, de las competencias y de las atribuciones del mismo. Bajo el primer aspecto, el órgano es una institución, de la cual el titular es sólo el elemento principal, pero que temporalmente puede faltar sin que la institución desaparezca; bajo el segundo aspecto el órgano es la misma persona física del titular, es decir, en este sentido podemos adelantar, aunque la expresión esté desprovista de rigor científico, que el órgano equivale a funcionario, que es la denominación corrientemente usada por los autores para designar al titular del órgaNº

Ahora bien, es cierto que el órgano director del procedimiento, es un órgano administrativo y por regla general, las personas físicas que lo integran deben ser funcionarios públicos, nombrados como tales para el desempeño de sus funciones. También es cierto que el artículo 65.1 de la Ley General de la Administración Pública señala que todo órgano será competente para realizar las tareas regladas o materiales internas necesarias para la eficiente expedición de sus asuntos y el artículo 66.1 señala que las potestades de imperio y su ejercicio, así como los deberes públicos y su cumplimiento son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. Todo lo anterior nos permite deducir que por regla general, tal como lo indica expresamente el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, los sujetos que integran el órgano director del procedimiento deben ser servidores públicos en los términos del citado artículo, entendidos estos como aquella persona que presta sus servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

Sin detrimento de lo expuesto consideramos que en casos excepcionales, cuando la realización del fin público lo amerite, podrán nombrarse funcionarios ajenos a la Administración con el fin de que integren el órgano director de un procedimiento. Lo anterior deberá encontrarse debidamente justificado a criterio de la Administración, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, mediante Acuerdo firme del Concejo Municipal en el que se indiquen las razones por las que se considera que la Administración no cuenta con personal idóneo, ó bien, que de constituirse el órgano con los funcionarios existentes, el fin público que se persigue no podría alcanzarse. (…)

En conclusión, la Municipalidad en el caso excepcional de requerir integrar el órgano director con funcionarios ajenos en principio a la Administración, deberá seguir los procedimientos legales establecidos para la contratación de profesionales. Por ejemplo, cuando se proceda de esa forma, deberá contarse con la subpartida presupuestaria que ampare el egreso. La violación de lo estipulado puede generar la suspensión del funcionario responsable y la reincidencia será causa justa de separación, según lo establece el artículo 127 del Código Municipal. Además, debemos recordar que la Contraloría General de la República puede eventualmente improbar los proyectos de presupuesto que reciba de conformidad con el artículo 125 del Código Municipal.

El nombramiento deberá efectuarlo el Concejo Municipal mediante Acuerdo debidamente razonado y aquéllos en quienes recaiga la designación deberán aceptar el cargo y ser debidamente juramentados. ***C- 173-95 de 7 de agosto de 1995****. (Lo resaltado no es del original)*

De conformidad con lo indicado en el dictamen antes citado, el órgano director puede ser unipersonal o colegiado; puede ser integrado por funcionarios públicos, e inclusive, por particulares en casos excepcionales, cuando la realización del fin público así lo requiera, para lo cual deberá dictarse un acto motivado que justifique la decisión. Sin embargo, atendiendo a la transcripción que se realizara del criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en punto a la delegación de la tarea instructiva que hace el órgano director de procedimiento en tratándose de un órgano colegiado, cabe hacer la siguiente precisión:

Atendiendo la literalidad del artículo 90 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública, la instrucción de un procedimiento administrativo sólo podría delegarse en el secretario. Sin embargo, la claridad del texto no resuelve situaciones, que bien cabe calificar de excepcionales, en donde ese funcionario esté imposibilitado de cumplir la tarea (v.g., configuración de una causal de abstención –artículo 230 de la Ley General-). Dado el imperativo de la continuidad en el ejercicio de las competencias públicas, y atendiendo al ya citado precedente de la Sala Primera, cabría pensar en la posibilidad de que el Concejo Municipal, atendiendo a los motivos de impedimento que recaen en su secretario, nombrar a un funcionario ad-hoc para que realice la instrucción de un procedimiento administrativo. Ello, claro está, bajo el entendido de que la decisión que se adopte en tal sentido debe estar plenamente respaldada en un acto debidamente motivado, que haga patente la necesidad del nombramiento

excepcional de un tercero a los efectos del trámite que interesa.

Se deriva de lo indicado en el párrafo precedente que debamos precisar y adicionar el dictamen C-175-93 supra transcrito en el siguiente sentido: el órgano director, tratándose de un asunto de competencia del Concejo Municipal, puede estar conformado por el propio Concejo, o bien éste puede delegar tal competencia en el secretario municipal. Excepcionalmente, y atendiendo a la justificación que se consigne en el acto administrativo que al efecto se emita, podrá nombrarse un secretario ad hoc, siendo que en éste último supuesto dependerá de las específicas circunstancias que deban ser analizadas a través del procedimiento, el que se llame a otro funcionario municipal, o bien, a un tercero que no tenga relación de servicio con el ente corporativo." (Dictamen C-294-2004 del 15 de octubre del 2004)

De seguido, destacamos algunos aspectos muy puntuales en el tema de los órganos directores y los órganos decisores, empezando por aquellos que se han desarrollado en los dictámenes de la PGR de la República:

- El nombramiento del órgano director es una competencia exclusiva del órgano decisor (dictamen C-343-2001)
- El órgano decisor no puede delegar la competencia de designar órganos directores para procedimientos futuros a un funcionario subordinado (dictamen C-167-2005)
- Puede ser designado, como órgano director, un funcionario que ocupe una plaza en régimen de confianza en otra dependencia estatal, pero no uno que se encuentre ocupando un cargo cubierto a la dedicación exclusiva (dictamen C-294-2004)
- Puede nombrarse, en casos calificados, a un funcionario ad hoc, o bien contratar a un tercero particular como órgano director, siempre y cuando se haga la debida motivación para tal decisión. (C-294-2004).
- No puede estar constituido el órgano director por regidores, aunque sí por síndicos (C-277-2005)
- Si el órgano director es colegiado, deben respetarse las reglas de quórum para la adopción de los actos dentro del procedimiento (C-122-2004)

Por su parte, desde la perspectiva de la Sala Constitucional, se ha indicado:

- No es materia de amparo los posibles vicios en la constitución del órgano director (Resolución 1141-99)
- Si el órgano director es colegiado, deberán estar presentes todos sus miembros en la audiencia oral (Resolución 714-98)
- Igualmente, siempre deben actuar conjuntamente (Resolución 117-98)
- Puede asesorarse de otros órganos públicos (Resolución 3054-98)

- Es obligación del órgano director transcribir el acta de la audiencia oral y tenerla a disposición de la parte (Resolución 5867-94)
- El órgano decisor puede apartarse de la recomendación que le brinda el órgano instructor, pero debe motivar las razones que lo llevan a tomar tal decisión (Resolución 11688-2003)
- No es motivo de amparo el analizar si el órgano es competente para ordenar el inicio del procedimiento, como tampoco para analizar si concurren motivos de abstención o recusación en el órgano director (Resolución 1653-2001, 1580-99)
- La resolución o recomendación que puede realizar el órgano director es precisamente eso, una recomendación, y bien puede ser que no la realice y traslade el expediente al órgano decisor para que resuelva, una vez terminada la instrucción del procedimiento (Resolución 9200-2000)
- No debe desatender gestiones de las partes por períodos excesivos (Resolución 773-2004, 5955-99)

B.2. Las partes en sentido estricto

La regulación legal del administrado, como parte dentro del procedimiento administrativo, se encuentra recogida en los artículos 275 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública. Sin embargo, no debe perderse de vista que, en lo que atañe a los derechos con que cuentan durante la tramitación del procedimiento, el contenido de éstos, han sido desarrollados, entre otros, por la Sala Constitucional, y serán precisamente analizados en el aparte correspondiente de este Manual.

Sea que, en lo que aquí nos interesa destacar, es importante referirse a la legitimación amplia que prescribe el numeral 275 de la Ley General de la Administración Pública. Recuérdese que se legitima a quien ostente un interés legítimo, o un derecho subjetivo, que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. También requiere dicho numeral que sea actual, propio, legítimo y detentar una naturaleza moral, científica, religiosa, económica o de cualquier otra índole. Esta bondadosa definición hace pensar que, salvo casos donde manifiestamente se incumpla la acreditación del interés o del derecho, la Administración deberá dar el trato de parte a todo aquel que se apersone dentro del procedimiento, y acredite, bajo los medios pertinentes, el origen de su interés.

En términos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

> *"5.- En lo tocante a las violaciones directas de los artículos 39, 41 y 49 de la Constitución Política; 166, 175 y 308 de la Ley General de la Administración Pública y 37 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, éstos agravios son procedentes, toda vez que el Tribunal, al admitir la posibilidad de impugnar la decisión administrativa, sea oficio Train 4942-91, sin tomar en consideración que*

dicha decisión final no se emitía conforme al procedimiento ordinario administrativo, que ordena el artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública, vicia de nulidad absoluta el oficio 4942-91, y, consecuentemente, vicia de nulidad absoluta los oficios Train 5353-91 y S.0177-94 por faltarle el elemento formal del procedimiento. Además, no se tomó en cuenta el plazo de cuatro años que establece la Ley General de la Administración Pública para impugnar actos que padecen de un vicio de nulidad absoluta. La Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica no establece procedimiento alguno, a seguir, para cobrar y recuperar las diferencias cambiarias que se generaron por la venta de divisas de exportación, que estableció el derogado artículo 94 de la Ley 1552, por lo que lo procedente es remitirse a la Ley General de la Administración Pública para aplicar las normas que establece el procedimiento ordinario administrativo que aseguran el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración y así respetar los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado. Su fin primordial es averiguar la verdad real de los hechos, con fundamento en el artículo 214 Ibídem. Consecuencia de lo anterior, nunca se nombró a un órgano director que le diera la oportunidad, a la empresa actora, dentro de una comparecencia, para ofrecer pruebas e impugnar la existencia de una diferencia cambiaria y/o combatir la estimación de dichas sumas. Asimismo, nunca se pudo constituir en parte principal al no existir procedimiento administrativo alguno, por lo que el Banco Central de Costa Rica, en abierta violación al artículo 275 Ibídem, no le dio participación a la empresa actora y dictó el acto final, sin que la actora se constituyera como parte principal. 6.- La garantía de defensa comprende los siguientes elementos: "1.- Derecho de ser oído, lo que a su vez presupone: a) Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas, b) Oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo, y desde luego también después, c) Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso, d) O de decidir expresamente las peticiones como corolario de c); e) O de fundar las decisiones analizando los puntos propuestos por las partes. 2.- Derecho a ofrecer y producir las pruebas de descargo de que quiera valerse uno, lo que comprende: a) Derecho a que toda la prueba razonablemente propuesta sea producida; b) Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión; c) Derecho a controlar la producción de la prueba hecho por la administración, sea pericial ella o testimonial." (Gordillo (Agustín), Procedimientos y Recursos Administrativo. Jorge Alvarez Editor, Buenos Aires, a 964, página 37). Es evidente que el Banco Central de Costa

Rica no le concedió el derecho de defensa a la empresa SGO S.A., toda vez que esta empresa no tuvo la mínima participación en el procedimiento que se siguió en su contra y que originó el acto de fijación de la diferencia cambiaria. En primer lugar, nunca tuvo conocimiento de los hechos que se le imputaron, ya que no se le notificó el inicio del procedimiento administrativo (artículo 275 de la Ley General de la Administración Pública). Como corolario de lo anterior, no pudo presentar su defensa, ni ofrecer la prueba de descargo correspondiente, antes que se dictara el acto. Tampoco participó en la prueba que recabó el Banco Central para llegar a dictar el oficio Train 4942-91 . El Tribunal, al resolver que no se le causó indefensión a la empresa SGO S.A., toda vez que "la parte interesada promovió los recursos y los agravios que estimó pertinentes", incurrió en un error de razonamiento, ya que la oportunidad de defensa debe darse desde antes de que se dicte el acto final, por lo que la parte actora tenía derecho a conocer los hechos que se le atribuían a expresar sus razones, su prueba y a participar en la producción de la prueba del Banco Central, todo ello antes de que se dictara el acto administrativo. Por supuesto que, también, tenía derecho a recurrir el acto dictado, como en efecto lo hizo. Pero, el hecho de haber interpuesto los recursos de revocatoria con apelación en subsidio, nunca puede subsanar las irregularidades cometidas antes de dictar el acto. La violación a los principios fundamentales de participación en el desarrollo del procedimiento, del derecho constitucional de defensa y del debido proceso que se dieron en este caso, justifican la declaratoria de nulidad absoluta de los oficios Train 4942-91, Train 5353-91 y S.0177-94, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública. La consecuencia de esa declaratoria de nulidad es que las cosas deben volver al estado en que estaban antes de que se dictara el acto, por lo que no procede, por existir un vicio de nulidad, el procedimiento en que el Banco Central cobró las diferencias cambiarias, el cual debe "quedar privado de toda relevancia jurídica, desde su emisión". (Ortíz, (Eduardo). Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, T II., 1976, p. 470). Así, al padecer, los citados oficios, de vicios de nulidad absoluta, los mismos pueden ser impugnados administrativa y judicialmente dentro de los cuatro años a partir del dictado del mismo, todo con fundamento en el artículo 175 de la Ley General de la Administración Pública. En tal sentido, el Tribunal incurrió en infracción de los artículos 39, 41 y 49 de la Constitución Política; 166, 175 y 308 de la Ley General de la Administración Pública y 37 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al omitir, el Banco Central de Costa Rica, el procedimiento ordinario administrativo

para fijar el cobro, en las diferencias por el tipo de cambio, en la venta de divisas de exportación de la empresa exportadora, quebrantando el debido proceso y derecho de defensa de la parte actora y produciendo, a su vez, la nulidad absoluta de los oficios Train 4942-91, Train 5353-91 y S.0177-94 emitidos por el Banco Central de Costa Rica." (Resolución N° 864 del 16 de noviembre del 2000)

Además, es la condición de parte la que legitima a la persona a exigir el cumplimiento de los derechos relacionados con el debido proceso, no siendo predicables de simples terceros o interesados ajenos al procedimiento:

"Aún cuando el recurrente no esté satisfecho con la respuesta que sobre su gestión le brindó el Auditor Interno de la Caja Costarricense de Seguro Social en oficio 35985 del doce de diciembre del año pasado, así como el contenido del oficio GDA-1298-03 del dieciocho de febrero de este año, suscrito por el Gerente de la División Administrativa de la Institución recurrida, mediante las cuales se le niega el acceso y obtención de copias de las declaraciones que rindieron varios funcionarios dentro de un procedimiento administrativo -del que no se desprende que figure como parte-, cierto es que la autoridad recurrida ha resuelto e informado al recurrente sobre sus solicitudes, señalando que: "…la información contenida en un expediente administrativo de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial, que se encuentre en trámite, no reviste por sí un "interés público" (…) Consecuentemente esa información sólo es accesible para aquellos sujetos que sean parte del procedimiento en los términos enunciados por el artículos 275 de la Ley General de la Administración Pública…". Nótese que el recurrente no demuestra ante la autoridad recurrida, ni ante esta Sala, cuál es el interés que tiene en obtener copia de un expediente administrativo en donde no es parte, procesalmente hablando, ni señala los motivos de su gestión, pues únicamente se limita a indicar que "su solicitud se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 275 de la Ley General de Administración Pública". De ahí que este Tribunal estima que lo resuelto por la Administración respecto a su solicitud no es arbitrario, ni violatorio de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional; por el contrario, se encuentra debidamente fundamentada. Por lo expuesto el recurso es improcedente y así se declara." (Sala Constitucional, Resolución N° 3858-2003 del 13 de mayo del 2003)

Valga señalar que, bajo el principio de la buena fe (artículo 20 del Código Civil) es dable requerir que la intervención de las partes sea realizada con la finalidad de colaborar a que el acto administrativo alcance el objetivo de establecer la verdad real de los hechos. De suerte tal que, a la par de sus

derechos, la parte también tenga deberes, que podríamos sintetizar en lo siguiente:

- Advertir a la Administración sobre la existencia de vicios que afectan la finalidad del procedimiento.
- Está obligado a ofrecer la prueba y exigir su tramitación (Artículo 317)
- Ejercer sus derechos en forma razonable (artículo 220)

La Ley General distingue, además, entre el coadyuvante y el tercero. El primero presenta la característica de hacer todo aquello que puede la parte a la que apoya, o bien usar todos los recursos y medios procedimentales para hacer efectivo su interés, siempre que no perjudique a la parte o a la Administración, según sea el caso. La principal característica es que no podrá ser beneficiado ni perjudicado con la emisión del acto final, como tampoco se le podrá pedir nada en su contra. (Ver artículos 276, 277, 278 y 279)

Por su parte, el tercero puede ser tanto excluyente como adhesivo. En este supuesto, el administrado asume una posición activa dentro del expediente, ya sea pretendiendo un mejor derecho al que una de las partes pretende le sea reconocido (excluyente) o bien que gestiona en igualdad de términos y pretensiones que la parte (adhesivo) (artículo 280).

B.3. El denunciante

Con la promulgación de las leyes de Control Interno y de la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se regula específicamente la figura del "denunciante", que si bien no es parte del proceso, ostenta algunas consideraciones específicas en punto a los procedimientos administrativos que se tramitan a instancias suyas. Cabe advertir que la LGAP no contiene disposición sobre esta figura.

Así, en la Ley General de Control Interno, se dispone:

> *"Artículo 6º—**Confidencialidad de los denunciantes y estudios que originan la apertura de procedimientos administrativos**. La Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas, guardarán confidencialidad respecto de la identidad de los ciudadanos que presenten denuncias ante sus oficinas.*
> *La información, documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúan las auditorías internas, la administración y la Contraloría General, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. Una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, la información contenida en el expediente será calificada como información confidencial, excepto para las partes involucradas,*

las cuales tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que obren en el expediente administrativo.
Para todos los casos, la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de las facultades contenidas en el inciso 23) del artículo 121 de la Constitución Política, podrá acceder a los informes, la documentación y las pruebas que obren en poder de las auditorías internas, la administración o la Contraloría General de la República

En forma similar, en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se prescribe:

*"Artículo 8º—**Confidencialidad del denunciante de buena fe e información que origine la apertura de procedimientos administrativos**. La Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, guardarán confidencialidad respecto de la identidad de los ciudadanos que, de buena fe, presenten ante sus oficinas denuncias por actos de corrupción.*
La información, la documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúen las auditorías internas, la Administración y la Contraloría General de la República, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. Una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, la información contenida en el expediente será calificada como información confidencial, excepto para las partes involucradas, las cuales tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que consten en el expediente administrativo.
No obstante, las autoridades judiciales podrán solicitar la información pertinente, ante la posible existencia de un delito contra el honor de la persona denunciada."

Sobre esta figura, rescatamos lo desarrollado por la Sala Constitucional, en cuanto a que el denunciante no es técnicamente una "parte" del procedimiento, pero tiene derecho a que se le notifique el acto final de éste:

***"IV.-** Ahora bien, cuando se trata de denuncias, la Sala ha declarado **reiteradamente** que si bien el denunciante no es parte en el procedimiento y no existe un plazo legalmente establecido para resolver al efecto, lo cierto es que, aún así, **tiene derecho a que se le comunique el resultado de su gestión en un término razonable**. De este modo, en Resolución Nº 2002-06543 de las 08:57 horas del 5 de julio de 2002, este Tribunal declaró, en lo conducente, lo siguiente:*

"La Sala ha reconocido que la denuncia, como instituto jurídico utilizado por los administrados para poner en conocimiento de la Administración, hechos que el denunciante estima irregulares, ilegales o contrarios al orden público, con el objeto de instar en los órganos públicos el ejercicio de las competencias depositadas por voluntad popular en ellos para investigar y resolver lo pertinente, y que deviene en un modo de participación en asuntos que conciernen al interés público, perfectamente compatible, y, de hecho, fundamentado en el principio democrático, se ubica al igual que las peticiones de información, los reclamos administrativos y las solicitudes de otorgamiento de ciertos derechos, dentro del concepto genérico de petición establecido en el artículo 27 constitucional, con su correlativo derecho de obtener resolución -aunque no exista un plazo legalmente establecido al efecto- si el denunciante así lo ha solicitado, ello dentro de un plazo razonable. (ver en idéntico sentido sentencias número 82-00 de las dieciocho horas treinta y tres minutos del cuatro de enero del dos mil y número 1969-00 de las nueve horas ocho minutos del tres de marzo del dos mil). Ahora bien, en el presente caso, según lo indica la propia recurrente, y lo acepta la Ministra de Educación Pública, Astrid Fischel Volio, en el informe rendido bajo juramento, la denuncia se presentó el diecinueve de diciembre del dos mil uno, por lo que al momento de interponerse el amparo ha transcurrido más de cinco meses y no se ha emitido pronunciamiento definitivo acerca de lo planteado, plazo que estima esta Sala resulta excesivo y desproporcionado, a pesar de la naturaleza del trámite pretendido por la recurrente y de la investigación que ello implica, por lo que se estima que se han violentado los derechos fundamentales de la accionante, siendo procedente estimar el presente amparo."

Y, en el mismo sentido, en el fallo N° 2001-07230 de las 08:53 horas del 27 de julio de 2001, dispuso:

"El recurrente reclama que sus derechos fundamentales han sido lesionados por las autoridades recurridas. Alega que el (sic) planteó una denuncia contra un servidor del Ministerio de Educación, la cual no ha sido resuelta; que le indicaron que tenía que estarse presentando para averiguar sobre el estado de la misma, bajo el argumento de que no tiene derecho a que le notifiquen las resoluciones emitidas. En el informe rendido bajo juramento los recurridos alegan que la Administración no se encuentra obligada a notificarle al recurrente resolución alguna de un procedimiento disciplinario por el hecho de que no es parte del procedimiento administrativo.

III.- Respecto del tema que nos ocupa, este Tribunal en su jurisprudencia ha reconocido que entratándose de materia de denuncias el denunciante no es parte en el procedimiento, pero que tiene derecho a que se le comunique el resultado del

mismo. Para el caso en concreto, ello implica que si transcurrido un plazo razonable después de dictada la resolución final del procedimiento, la Administración no ha puesto en conocimiento del denunciante las resueltas de la investigación realizada con ocasión a su denuncia, si se le está violentando su derecho de petición y pronta resolución. Como en el caso en concreto, no ha constatado la Sala que los recurridos hayan cumplido con dicha exigencia, lo procedente es estimar el recurso..."

Por lo tanto, no lleva razón la parte recurrida en sus alegatos, aún a pesar citar juriprudencia de esta Sala, ya que el criterio contenido en la resolución N° 399–94 de las 17:24 horas del 19 de enero de 1994 ha sido superado en la jurisprudencia más reciente.

***V.-** En la especie, el recurrente cuestiona que, pese a haber presentado una denuncia ante la Contraloría General de la República el 23 de abril de 2001, todavía hoy, dos años y tres meses después, no ha obtenido una respuesta a esa gestión. Estima la Sala que, con vista en el expediente de este asunto, tal plazo es irrazonable por excesivo, por lo que se impone acoger el extremo. No obstante, dado el carácter delicado de una investigación de la naturaleza que se indica, para evitarle un perjuicio mayor a ambas partes al otorgar un plazo irrazonable que, quizás, obligue al accionante a acudir ante este Tribunal a interponer las diligencias de inejecución de la sentencia de amparo y, a la vez, le produzca una dislocación a la Contraloría General de la República, con fundamento en el ordinal 49, párrafo 3° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impone ordenarle los recurridos que hagan resolver la denuncia en cuestión, según corresponda en Derecho, y le notifiquen lo resuelto a la amparada —en los términos en que lo permita el ordenamiento jurídico—, dentro de un plazo **RAZONABLE** ." (Sala Constitucional, Resolución N° 2985-2004 del 23 de marzo del 2004)*

Incluso, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza de la "denuncia", engarzando esa facultad con las distintas etapas del procedimiento administrativo:

***"III.- Sobre la denuncia.** Las denuncias son medios utilizados por los administrados para poner en conocimiento de la Administración, hechos que el denunciante estima irregulares o ilegales, con el objeto de instar el ejercicio de competencias normalmente disciplinarias o sancionatorias, depositadas en los órganos públicos. En ocasiones, la denuncia configura incluso un deber para quien dada su función o su actividad tiene conocimiento de esos hechos, pero en otros casos es más bien un modo de participación en asuntos que conciernen al interés público, perfectamente compatible, y,*

de hecho, fundamentado en el principio democrático. En todo caso, no se puede negar que las denuncias, al igual que las peticiones de información, los reclamos administrativos y las solicitudes de otorgamiento de ciertos derechos, se encuentran incluidas dentro del concepto genérico de petición establecido en el artículo 27 constitucional, con su correlativo derecho de obtener respuesta como complemento del ejercicio del derecho de pedir. Ahora bien, el plazo para informar respecto de una denuncia, así como lo qué se debe informar, depende del particular régimen jurídico que caracteriza a tal acto. En lo que concierne al primer aspecto, la razonabilidad del tiempo demorado en responder, depende del grado de complejidad del asunto por investigar, circunstancia que sólo puede ser valorada casuísticamente (ver sentencia número 2002-06858 de las nueve horas con ocho minutos del doce de julio del año pasado). En lo relativo al segundo aspecto, que es el que en este caso interesa, la Administración está en la obligación de comunicarle al denunciante el estado de la tramitación en que se encuentra su queja, así como el resultado de la misma, lo cual sí resulta de interés público, habida cuenta de la necesaria fiscalización y evaluación a las que tienen que estar sometidos los servidores públicos por parte de la ciudadanía en el desempeño de sus funciones. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha previsto, con el propósito de proteger los derechos del servidor cuestionado y la objetividad en el desarrollo de las averiguaciones pertinentes, que en el procedimiento investigatorio existan diversos momentos procesales con diferentes niveles de acceso a los expedientes. En este sentido, los párrafos segundo y tercero del artículo 6 de la Ley General de Control Interno número 8292 del veintisiete de agosto del año anterior, establecen que "la información, documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúan las auditorías internas, la administración y la Contraloría General, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. Una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, la información contenida en el expediente será calificada como información confidencial, excepto para las partes involucradas, las cuales tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que obren en el expediente administrativo. Para todos los casos, la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de las facultades contenidas en el inciso 23) del artículo 121 de la Constitución Política, podrá acceder a los informes, la documentación y las pruebas que obren en poder de las auditorías internas, la administración o la Contraloría General de la República". Con base en esta norma, la Sala interpreta que existen, al menos, tres etapas

en una investigación administrativa, cada una de las cuales se caracteriza por un grado distinto de acceso a la información. La primera se refiere al inicio de la denominada investigación preliminar, que puede comenzar con una denuncia, como en este caso, o con una actuación de oficio del Estado. Esta fase se relaciona con las primeras averiguaciones y pesquisas que realiza la Administración con el fin de determinar si en efecto hay mérito para iniciar un procedimiento administrativo formal. En este momento, la documentación recopilada y los dictámenes al efecto resultan confidenciales para cualquier persona en la medida que, por un lado, se deben garantizar los resultados de la investigación y, por otro lado, no existe certeza aún sobre la procedencia o no de lo denunciado. La segunda fase comprende el momento desde que empieza un procedimiento administrativo, normalmente a partir de una investigación preliminar, hasta que se comunica la resolución final del mismo. En esta etapa, resulta obvio que las pruebas e informes relativos a lo indagado tienen que estar a disposición de las partes involucradas, a fin de que las autoridades públicas investiguen lo concerniente y los cuestionados ejerzan efectivamente su derecho de defensa. El denunciante no se puede tener técnicamente como parte en un procedimiento administrativo de este tipo por el mero hecho de la denuncia interpuesta, sino que éste debe hacerse presente en dicho procedimiento y demostrar poseer algún derecho subjetivo o interés legítimo que fuera actual, propio y legítimo, y pudiera resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final del procedimiento de investigación, según lo contemplado en el artículo 275 de la Ley General de Administración Pública. Con excepción de la partes, durante tal segunda etapa ninguna otra persona puede tener acceso al expediente administrativo correspondiente, puesto que aún la Administración no ha concluido si el acto investigado efectivamente sucedió y de qué forma, o si existe mérito o no para una sanción. En la última etapa, que concluye con la notificación de la resolución final de la investigación a las partes, cesa la confidencialidad de la información contenida en el expediente administrativo correspondiente, que por versar sobre cuestiones relacionadas con el desempeño de los servidores estatales resulta de evidente interés público y debe estar a disposición de todo ciudadano. Las diversas fases expuestas no implican, sin embargo, que el denunciante carezca de todo derecho a información en lo relativo a su denuncia. En efecto, el Estado siempre estará en la obligación de suministrarle a él datos generales sobre la tramitación brindada a su denuncia, tales como los órganos responsables de su diligenciamiento, la fase procesal en la que se encuentra o el plazo prudencial para su conclusión. En este sentido, la

Sala observa un notorio interés público en la denuncia no solo como instrumento de control político, sino también como mecanismo útil para la evaluación de resultados y rendición de cuentas de la Administración, fines todos de relevancia constitucional según lo estatuido en el artículo 11 de la Constitución Política." (Sala Constitucional, Resolución N° 4300-2005 del 20 de abril del 2004. Ver en igual sentido, Resolución N° 5567-2005 de 10 de mayo del 2005 y N° 4593-2005 del 26 de abril del 2005)

2. Tipos de procedimiento

Se pueden distinguir tres tipos de procedimientos en la LGAP:

A. Ordinario

Regulado en los numerales 308 y siguientes, se predica su necesaria utilización cuando el acto final pueda cuasar afectación o variación de la situación jurídica del administrado (supresión o denegación de derechos, imposición de obligaciones), de suerte que se le cauce perjuicio. También deberá ser utilizado cuando exista contradicción entre las partes. En virtud de estas características, el procedimiento sancionatorio y el disciplinario deberá ajustarse a las características propias de este iter.

No deja de ser importante destacar que, en una eventual declaratoria de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta, igualmente deberá seguirse el procedimiento ordinario con el fin de que el sujeto beneficiado con el acto creador de derechos ejercite su defensa. En este sentido, el artículo 173 de la LGAP es enfático (inciso 3) en hacer parte de la validez de tal declaratoria el que se realice el procedimiento, amén de que en el se respeten las garantías propias del debido proceso. Precisamente a raíz de la intervención de la PGR de la República en el trámite de estos asuntos (que se da luego de finalizada la instrucción y antes de que se emita el acto final), es que se ha elaborado una abundante jurisprudencia en la que se han ido perfilando precisamente cuáles son, dentro de las fases de un procedimiento ordinario, los requisitos que se deben observar a fin de hacer efectivo el citado principio.

Una de las características que merece ser destacada es la que otorga carácter informador del resto de procedimientos administrativos especiales a las disposiciones del Libro Segundo de la LGAP. Esto supera, en alguna medida, el aparente carácter disímil de aquellos procedimientos (artículo 367 LGAP) con respecto a lo que se regula en la LGAP. Así, en términos de la Sala Constitucional:

"I. *En criterio de esta Sala, el principal punto a analizar en relación con las alegadas violaciones al debido proceso, es la oportunidad de audiencia y defensa del eventual sancionado en el procedimiento administrativo, y la posibilidad de*

aplicar al procedimiento la normativa de la Ley General de la Administración Pública, en cuanto a ese aspecto en concreto. La Contraloría, para aplicar sus normas especiales (Reglamento Orgánico de la Contraloría General de la República, Decreto Ejecutivo número 16123-P-H) se fundamenta en la excepción prevista por el inciso g) del artículo 367, párrafo segundo de la Ley General de la Administración Pública, según el cual:
"Se exceptúa de la aplicación de esta ley, en lo relativo a procedimiento administrativo: (...)
g) Los procedimientos relativos a la aprobación, ejecución y liquidación de presupuestos, y los demás de fiscalización financiera y contable por parte de la Contraloría General de la República, cuando estén regulados; y (...)"
Independientemente de que la excepción aquí mencionada se refiera o no a procedimiento "regulado por ley" y de si puede o no entenderse que en este caso lo está, lo cierto es que esa excepción se limita al Libro Segundo de la Ley General y no, a las reglas del Primero, el cual sin ninguna restricción, tiene plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración. Y ese Libro Primero, en el artículo 211 aparte 3 de la Ley, en relación con el tema de la responsabilidad disciplinaria del servidor público, establece:
"La sanción que corresponda no podrá imponérsele sin formación previa del expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia."
De manera que, si esta norma es plenamente aplicable a toda la Administración Pública, los principios del debido proceso extraíbles de la Ley General y señalados por esta Sala en su jurisprudencia, son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga un objeto o produzca un resultado sancionador." (Sala Constitucional, Resolución 5633-1993 de las 08:27 horas del 5 de noviembre de 1993. En igual sentido, Resolución 2945-1994 de las 08:42 horas del 17 de junio de 1994)

B. Sumario

La LGAP acude a un criterio residual: todo lo que no esté comprendido en el numeral 308, puede ser tramitado bajo este otro iter. Podríamos sintetizar sus principales características de este modo:

- La prueba se tramita sin señalamiento, audiencia, o comparecencia
- Solo se notifica la audiencia sobre la conclusión del trámite y el acto final.
- La audiencia al administrado se hace para que se pronuncie sobre la prueba recabada y los hechos.

Valga destacar que también existen los procedimientos especiales, regulados por leyes o reglamentos. Tanto el sumario como esos otros procedimientos especiales deben observar la garantía del derecho de defensa, aunque no realicen todos y cada uno de los pasos que supone el procedimiento ordinario. En tal sentido, ha indicado la Sala Constitucional:

> ***"II.- Sobre el fondo.*** *La disconformidad del recurrente se basa en que, a su juicio, durante la tramitación del procedimiento seguido por el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes para la declaratoria e incorporación al patrimonio histórico-arquitectónico de Costa Rica del inmueble propiedad de la amparada conocido como la antigua Soda Palace, se violentó el principio constitucional del debido proceso. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado reiteradamente que las garantías de defensa que fluyen de los artículos 39 y 41 constitucionales le asisten a toda persona no sólo en el ámbito de los procesos jurisdiccionales, sino también en sede administrativa (resoluciones números 1271-98, 463-98, 5516-96). En efecto, toda actuación administrativa que pueda derivar en un acto capaz de afectar negativamente la esfera de derechos subjetivos de la persona, debe ser precedida de un procedimiento que se constituya en un instrumento apto para conocer y tomar en consideración la posición del interesado, de frente a la decisión del Estado que habrá de proyectarse directamente sobre sus derechos. Es innegable que el sometimiento de un inmueble al régimen de patrimonio histórico-arquitectónico implica una serie de limitaciones al derecho de propiedad y a los atributos que le acompañan, de modo que necesariamente la Administración debe hacer un traslado a su dueño, con el fin de que exponga su posición frente al asunto. Ahora bien, el caso concreto de este régimen cuenta con su normativa especial, sea la Ley N° 7555 del 4 de octubre de 1995, que es la Ley sobre Patrimonio Histórico-Arquitectónico de Costa Rica. Dicho cuerpo legal regula en su artículo 7 el procedimiento de incorporación del inmueble, que se hará mediante decreto ejecutivo, previa tramitación de un expediente que abrirá el Ministerio a instancia de la Comisión Nacional de Patrimonio Histórico-Arquitectónico. Dispone en lo conducente esta norma que "el propietario y los titulares de derechos reales sobre el inmueble serán notificados de la apertura del expediente para que se apersonen, expongan lo que les interese y ofrezcan la prueba del caso". Nótese que con dicho instrumento legal –especial para esta materia– se protegen los requisitos elementales del derecho de defensa en sede administrativa, al darle traslado al interesado para que exponga su posición y alegatos, oportunidad que se presta asimismo para que pueda ofrecer prueba, si a bien lo tiene. En este caso, el Ministerio recurrido dispuso la apertura de un*

expediente administrativo, haciendo el debido traslado a la sociedad amparada. Según ha quedado acreditado en autos, el recurrente planteó los recursos de revocatoria, apelación y finalmente reposición, todos los que fueron objeto del pronunciamiento correspondiente por parte de los órganos competentes. En lo que se refiere al ofrecimiento de prueba pericial, estimó la Administración al resolver las gestiones de la amparada que el respectivo estudio técnico elaborado para efectos del procedimiento era lo suficientemente claro, preciso, puntual, y que desarrolla las cualidades del inmueble conocido como Soda Palace, en virtud de lo cual dispuso rechazar prueba técnica adicional sobre el mismo punto, de tal manera que sí existe un pronunciamiento expreso sobre el particular, independientemente de que el recurrente pueda no compartir tales apreciaciones. En todo caso, resulta importante resaltar que las diversas resoluciones dictadas en el procedimiento discutido abordan el fondo del asunto, en relación con las características del inmueble, las diversas corrientes arquitectónicas y los elementos necesarios para sustentar una declaratoria de esta naturaleza, de modo que los alegatos planteados en sede administrativa fueron objeto de pronunciamiento. En esta materia se hace preciso recordar que, como ya ha señalado este Tribunal en anteriores ocasiones, es constitucionalmente posible que se apliquen regímenes o procedimientos especiales o sumarios –y no exclusivamente el procedimiento ordinario contemplado en la Ley General de la Administración Pública– sin que ello conlleve una infracción a los derechos constitucionales garantizados en los artículos 39 y 41, pues tal cosa se produce únicamente cuando se coloca al administrado en un estado de indefensión. Por estas razones, no procede el reclamo que hace el recurrente en el sentido de que no se le concedió la audiencia oral y privada contemplada en el artículo 309 de la Ley General de cita, pues no se trataba de un proceso ordinario que deba apegarse a todas y cada una de las formalidades establecidas en ese cuerpo normativo. Visto que en el presente caso la Administración siguió el procedimiento especial establecido en la Ley N° 7555, y que la amparada tuvo la oportunidad de cuestionar ampliamente la decisión administrativa, llegando incluso a la instancia del recurso de reposición, concluye esta Sala que no se ha producido una actuación capaz de producir un estado de indefensión contrario al orden supremo de la Constitución, lo que determina que el recurso deba ser desestimado." (Sala Constitucional, Resolución 11408-2000 de las 15:15 horas del 20 de diciembre del 2000)

C. Elaboración de disposiciones de carácter general

El artículo 361 LGAP contempla un tercer procedimiento, específicamente referido al caso de las disposiciones de carácter general (reglamentos) que puedan afectar intereses de carácter general o corporativo. El trámite es precisamente una audiencia a los grupos o entidades que representen esos intereses. Su naturaleza de eventual "derecho fundamental" de los sujetos agremiados a dichos grupos ha sido discutido ante la Sala Constitucional, llegando a establecer ese Tribunal que sólo en supuestos donde la disposición general venga a innovar completamente un determinado aspecto de las relaciones entre la Administración y los administrados, puede considerarse la falta de audiencia como un tema de constitucionalidad:

> ***"III.- Sobre el procedimiento empleado****. Cuestionan los accionantes que el procedimiento empleado por la Dirección General de Tributación para la emisión de la resolución impugnada fue contrario al principio constitucional del debido proceso, por no habérseles dado audiencia antes de la emisión de la misma. Al respecto, debe recordarse lo que al efecto dispone el artículo 361 párrafo segundo de la Ley General de la Administración Pública, incluida en el Capítulo Único, Título Noveno, Libro II (Procedimiento para la emisión de actos generales):*
> *"Artículo 361.-*
> *1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas.*
> *2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto.*
> *3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale."*
> *(El subrayado no forma parte del original)*
> *La jurisprudencia constitucional ha sido cauta en reconocer el carácter constitucional de este requisito formal, de ahí que –analizando cada caso concreto- ha llegado a conclusiones que podrían parecer contradictorias, cuando de este tema ha tratado. (Ver en ese sentido las sentencias de esta Sala números 459-91, 4702-93 y 2000-3917) La violación procedimental de comentario será contraria a la Constitución únicamente cuando constituya una infracción al derecho de defensa, que ejercerán las organizaciones representativas de intereses de carácter general o corporativo, respecto la disposición general que pretende ser implementada, a partir de la audiencia que*

al efecto les sea conferida. Observa la Sala que en este caso, la Administración, si bien no comprueba haber seguido el referido procedimiento legal en forma estricta, lo cierto es que el contenido de la resolución impugnada no hace sino reiterar lo ya establecido en otras normas legales y reglamentarias, cuya validez no corresponde a la Sala determinar en forma oficiosa. Lo anterior implica que no se está ante el supuesto de afectación de que habla el párrafo 2° del artículo 361 citado, ya que la resolución en cuestión no innova en nada respecto de lo ya establecido por normas de rango superior. Al no existir la afectación, tampoco surge el deber constitucional de brindar la audiencia mencionada, como requisito previo a su emisión. En todo caso, de haber alguna disconformidad, los accionantes cuentan con la posibilidad de atacar la validez de la referida resolución en la vía administrativa y jurisdiccional ordinaria. Lo anterior lleva a que en cuanto a este extremo, la presente acción de inconstitucionalidad deba ser desestimada." (Sala Constitucional, Resolución N° 11035-2000 de las 13:59 horas del 13 de diciembre del 2000. Ver en igual sentido, Resolución 567-2001 de las 15:42 horas del 23 de enero del 2001).

Capítulo Segundo:
PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo se encuentra regido por una serie de principios constitucionales y legales que son de observancia obligatoria para toda la Administración Pública. La aplicación de éstos principios giran en torno a tres aspectos básicos:

- Alcanzar el objetivo fundamental del procedimiento que tiene como norte la búsqueda de la verdad real de los hechos, con el fin de que la Administración resuelva de la mejor manera el asunto sometido a su decisión (artículos 214.2 y 221 de la Ley General de la Administración Pública en adelante LGAP).
- Garantizar la tutela de los derechos de los administrados.
- Ejercer una labor de depuración del ordenamiento procedimental (se integran las lagunas normativas y las posibles interpretaciones se solventan bajo una misma base orientadora).

Los principios que se van a comentar son los siguientes:

1- Debido Proceso.
2- Intimación e imputación.
3- Informalidad.
4- Motivación de los actos.
5- Comunicación de los actos.
6- Celeridad.
7- Oralidad.
8- Acceso al expediente.

Lo anterior no constituye una clasificación absoluta de los principios que rigen el procedimiento administrativo; no obstante constituyen los principios básicos que se deben de aplicar.

1. Debido proceso

Bajo el principio constitucional del debido proceso (aspecto procedimental), contenido en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política[2] (derecho de defensa aspecto subjetivo), se engloban una serie de garantías que se le deben respetar al administrado cuando éste se relaciona con la Administración.

Es un principio marco que junto con el de derecho de defensa, se convierten en guías de interpretación de todos los demás postulados del procedimiento administrativo. El concepto de debido proceso, comprende el desarrollo

[2] También debe de observarse el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

progresivo de prácticamente todo el conjunto de garantías fundamentales de carácter instrumental o procesal.

Puede considerarse que el mayor aporte que ha brindado la Sala Constitucional en la temática que nos ocupa, viene a estar constituida por la relevancia que se le confiere a los "derechos fundamentales" que deben reconocerse y tutelarse a favor del administrado que es sujeto de un procedimiento administrativo. Y es con el desarrollo de los conceptos de las garantías constitucionales del "debido proceso" y el "derecho de defensa" que se han perfilado los elementos básicos para que se pueda hablar de un procedimiento administrativo que garantice, efectivamente, la vigencia de esos principios constitucionales. En este sentido, puede afirmarse que tanto, desde la perspectiva de la ritualidad necesaria del trámite (debido proceso), como desde aquel que destaca el contenido de las garantías que se deben reconocer al administrado para que se manifieste dentro de ese trámite (derecho de defensa), es que se ha logrado dotar de "contenido" concreto a esos principios dentro de la regulación contenida en la LGAP.

El objetivo fundamental del procedimiento lo es la búsqueda de la verdad real. Verdad real en tanto la Administración no está llamada a resolver sólo con lo que la parte manifiesta, o con lo que consta en sus archivos y documentos, sino que está obligada a realizar las gestiones que sean necesarias para verificar y comprobar los elementos de hecho que servirán de motivo al acto final. (Al respecto, puede verse la resolución de la Sala Constitucional Nº 2002-09954 de las 09:03 horas del 18 de octubre del 2002).

De ahí es que deba insistirse que el procedimiento administrativo persigue la *"… verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final."* (artículo 214 inciso 2 de la LGAP)**.** Esa frase, aparentemente fácil de comprender, encierra, en nuestro criterio, una trascendencia que, tal vez, no ha sido plenamente comprendida en toda su magnitud.

Así, el que se afirme que se debe alcanzar la "verdad real" ya deja entrever (por mera contraposición al concepto de "verdad formal") que el tema de la prueba trasciende la mera obligación a cargo de la parte, en cuanto a su ofrecimiento y evacuación. Supera, asimismo, cualquier concepción de que la Administración ostenta una posición "pasiva" dentro del procedimiento, puesto que quién está llamada a hacer esa "búsqueda" de la verdad real lo es la propia Administración (ver, en relación, artículo 225 LGAP). Antes bien, será la Administración la principal protagonista del procedimiento, asumiendo no solo su conducción formal, sino que le obliga a desarrollar toda una "estrategia" que conlleve una garantía sobre el resultado final, sea que el acto administrativo que se dicte al final del procedimiento sea verdaderamente el reflejo de los hechos analizados y la aplicación del Derecho atinente.

Los postulados que se han venido desarrollando, por la jurisprudencia constitucional y administrativa en torno a los requisitos a que está sujeta la Administración a la hora de desarrollar un procedimiento, precisamente,

destacan que el mayor "peso" de la carga que supone la conducción válida de un procedimiento descansa en el órgano administrativo.

En esa búsqueda, no sólo existe una sujeción al bloque de legalidad (artículos 11 de la Constitución Política y 11 y 13 de la LGAP), sino también a los principios de razonabilidad (que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia) y proporcionalidad (entre el medio escogido y el fin buscado, que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial) (artículo 216 de la LGAP).[3] También deben tenerse en cuenta los dos corolarios más importantes del principio de legalidad, como son el principio de regulación mínima y el de reserva de ley (artículos 19 y 59.1 de la LGAP).

Como bien lo ha afirmado la Sala Constitucional, el carácter informador del principio en comentario permea todo el procedimiento administrativo toda vez que *"...el debido proceso genera exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento, especialmente tratándose de los de condena, de los sancionadores en general, y aún de aquellos que desembocan en una denegación, restricción o supresión de derechos o libertades de personas privadas o aún públicas."* (Resolución Nº 2000-07203 de las 09:10 horas del 18 de agosto del 2000).

El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha venido precisando que existe un derecho subjetivo al debido proceso. Entendiendo que el debido proceso constitucional no es una concepción abstracta, de la que se pueda extraer conclusiones subjetivas, sino un standard, para guiar el actuar de la Administración Pública y de los Tribunales de Justicia, en aplicación de la Ley y la resolución de los casos. (Véase la resolución de la Sala Constitucional Nº 2387-1991 de las 14:39 horas del 13 de noviembre de 1991). Lo anterior presupone que aunque no existiera norma expresa que regulara el debido proceso, éste contendría una serie de elementos que lo componen.

Asimismo ha señalado que el procedimiento ordinario regulado en la LGAP cumple adecuadamente con la garantía del debido proceso y demás principios que lo rigen: "*Con anterioridad esta Sala –en sentencias número 15-90, 1732-92, 2360-94, 4125-94, 2198-98, 10198-98, 2109-98, 2001-01545, 2003-13140, de las catorce horas treinta y siete minutos del doce de noviembre del dos mil tres, consideró que en el procedimiento administrativo regulado en la Ley General de la Administración Pública se garantiza el respeto del debido proceso, el cual, en virtud del desarrollo jurisprudencial constitucional, se ha estimado de aplicación no sólo respecto de los procesos de índole jurisdiccional, sino también de los procedimientos administrativos."* (Resolución Nº 2005-05306 de las 15:03 horas del 4 de mayo del 2005).

[3] Sobre esos principios de razonabilidad y proporcionalidad la Sala Constitucional ha resuelto que constituyen parámetros de constitucionalidad. Al respecto, véase resolución Nº 5169-2004 de las 10:53 horas del 14 de mayo del 2004.

La PGR ha insistido, incluso desde antes de la creación de la Sala Constitucional, en la necesidad de que en el procedimiento administrativo se garantice el debido proceso *"habiéndosele permitido al administrado, en consecuencia, ejercer en forma amplia su defensa. Este procedimiento en vía administrativa debe ser lo suficientemente amplio para que el administrado ejerza su defensa en debida forma, lo que indudablemente capacitará a la administración para lograr mayor acierto en la decisión a tomar*, satisfaciendo así el interés público inmerso en la actividad administrativa." (Dictamen Nº C-146-87 de 28 de julio de 1987). (Véase también –entre otros- los dictámenes números C-019-87 del 27 de enero de 1987 y C-060-88 del 28 de marzo de 1988).

En relación con el aludido derecho de defensa también ha comentado:

> *"Como es bien conocido dentro de la literatura jurídica más autorizada, la regla general en esta materia es que toda persona tiene absoluto derecho a defenderse con amplitud en cualquier proceso que inicie la administración y que pueda afectarle en sus derechos e intereses. El derecho al debido proceso comprende, como primer elemento, el conocimiento de las actuaciones en forma amplia y sin restricciones (salvo casos excepcionales). Es en sí una obligación constitucional y legal de la Administración, el otorgar la posibilidad de que la persona a quien se le imputa un hecho pueda defenderse en sede administrativa. Lo anterior no sólo deviene de la inteligente aplicación de textos constitucionales al procedimiento administrativo, sino que tal principio se inspira también en razones elementales de justicia y equidad que son las que nutren los postulados que consagra en este sentido la Ley General de la Administración Pública. ".(Dictamen Nº C-132-89 de 27 de julio de 1989).*

Por su parte la Sala Constitucional, desde sus inicios, ha indicado las garantías mínimas que deben regir el debido proceso o derecho de defensa, aspectos que ha reiterado insistentemente desde el voto Nº 15-90, de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990, como esenciales para cumplir con el precepto constitucional del debido proceso. En ese sentido, ha manifestado:

> *"Este Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha examinado los elementos básicos constitutivos del debido proceso constitucional en sede administrativa. Fundamentalmente, a partir de la sentencia Nº 15-90 de las 16:45 hrs. del 5 de enero de 1990 y en repetidos pronunciamientos subsecuentes, se ha dicho que:*
> *"... el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta*

Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de 'bilateralidad de la audiencia' del 'debido proceso legal' o 'principio de contradicción' (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada." "... el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa...". (Resolución Nº 2005-07272 de las 09:11 horas del 10 de junio del 2005).

De igual manera, resulta importante recordar que los principios de la sentencia constitucional Nº 1739-92 de las 11:45 horas del 1° de julio de 1992, son principios aplicables mutatis mutandi a todo procedimiento administrativo sancionador.

La Sala Constitucional ha sido conteste en afirmar que:*"Los principios del debido proceso extraíbles de la Ley General y señalados por esta Sala en su jurisprudencia, son de estricto acatamiento obligatorio por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador."* (Voto Nº 2945-94 de las 8:12 horas del 17 de junio de 1994).

Como bien es sabido, *"... los órganos administrativos actúan sujetándose a reglas de procedimiento predeterminadas, de modo que el cumplimiento de las normas de procedimiento, es, por lo tanto, un deber de los órganos públicos ... Esta obligatoriedad general de los procedimientos instituidos resulta indispensable y debe ser mantenida con verdadera obstinación, puesto que las brechas que se abran contra ese principio, al permitir la discrecionalidad o mejor aún la arbitrariedad de la administración en este campo, constituirán ataques dirigidos contra el objeto mismo del procedimiento administrativo, contra sus finalidades de eficiencia, acierto, y corrección y garantía jurídica, instituidas a favor de los administrados*."[4]

[4] ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973, páginas 12-27.

La PGR ha insistido en que si dentro del desarrollo del procedimiento administrativo se patentiza algún tipo de violación al derecho de defensa contenido dentro del principio del debido proceso, la Administración debe anular el respectivo acto, así como las actuaciones y resoluciones posteriores, fase procesal a la que se debe retrotraer dicho procedimiento, en virtud de que el *"incumplimiento total o parcial de las pautas ordenatorias del procedimiento administrativo acarrea sanciones jurídicas reparatorias de la antijuricidad en procura de la salvaguarda de la sanidad del derecho."* [5]

Reafirmándose con ello que el *"órgano director debe observar las formalidades sustanciales del procedimiento, pues de lo contrario se causará nulidad de lo actuado en los términos del artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública."* (Véase al respecto el dictamen Nº C-173-95 del 7 de agosto de 1995, reiterado en el dictamen Nº C-003-2006 del 10 de enero del 2006).

Es importante tener en cuenta que cuando la Sala Constitucional declara con lugar un recurso de amparo por violación al debido proceso, sea por omisión de éste o porque existieron errores en el mismo, no significa que la Administración ya no puede dictar el acto que se proponía, sino que debe rectificar la omisión o los errores que se cometieron, pero si todavía está dentro del plazo puede dictar o volver a dictar el acto de fondo que presuponía la existencia del debido proceso. Entonces, si se anuló un acto sin seguir el debido proceso, y así lo declara la Sala, lo que la Administración debe hacer –si está dentro de plazo- es seguir el debido proceso y volver a dictar el acto adecuadamente. (Véase voto de la Sala Constitucional Nº 2006-00662 de las 11:53 horas de las 11:53 horas del 27 de enero de 2006).

También es dable estimar comprendido dentro del principio genérico del debido proceso el de imparcialidad o neutralidad de la Administración, como medio de alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales, así la Administración debe tener claro que dentro del procedimiento administrativo ella no debe ser parte interesada, sino que su actuación debe ser objetiva, parecida a la de un Juez. Por eso, uno de los principales elementos orientadores del procedimiento es que la Administración, a través de éste, debe buscar la verdad real de los hechos objetivamente considerados, y por eso no debe esperar que la parte aporte la prueba, si ella conoce de su existencia, debe hacerla traer, no importa si beneficia o perjudica a la Administración.

En apoyo de lo anterior, la Sala Constitucional ha dicho:

> *"(…) Es así como el principio de imparcialidad se constituye en un límite y –al mismo tiempo- en una garantía del funcionamiento o eficacia de la actuación administrativa, que se traduce en el obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión, fuerzas políticas o*

[5] DROMI, José Roberto, El Procedimiento Administrativo, Madrid, Editorial del Instituto de Estudio de la Administración Local, 1986, p. 59.

> *personas o grupos privados influyentes para el funcionario. Este es entonces el bien jurídico protegido o tutelado en los delitos contra la administración pública en general o la administración de justicia en lo particular: la protección del principio de imparcialidad o neutralidad de la actuación administrativa como medio de alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales, entre los que debe incluirse la norma impugnada, como se verá a continuación."* (Resolución Nº 11524-2000 del 21 de diciembre del 2000).

Por su parte, la Procuraduría ha comentado:

> *"Ergo, las causales de impedimento, excusa o recusación, tienen el común denominador de ser situaciones o circunstancias que comprometen la imparcialidad de la persona encargada. El régimen de las inhibiciones, recusaciones y excusas tiene su razón de ser en la consecución de una justicia objetiva,* imparcial*, independiente y cristalina, propia de regímenes democráticos y de derecho." (Opinión Jurídica Nº* OJ-260-2003 *del* 12 de diciembre del 2003).

No se omite indicar, que existen leyes que regulan procedimientos administrativos. En principio, éstos podrían aplicarse única y exclusivamente cuando estén expresamente exceptuados de la aplicación de la LGAP por propia disposición de ésta, pero en todo caso la misma sería de aplicación supletoria (sentencia Nº 617-90 de las 16:00 horas del 5 de junio de 1990[6] y Nº 845-95 de las 15:51 horas del 14 de febrero de 1995).

Finalmente, con respecto al principio del debido proceso, pueden tenerse como referencia las resoluciones de la Sala Constitucional números: 15-90 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990, 2360-94 de las 15:06 horas del 17 de mayo de 1994, 4125-94 de las 09:33 horas del 12 de agosto de 1994, 5469-95 de las 18:03 horas del 4 de octubre de 1995, 2109-98 de las 17:24 horas del 25 de marzo de 1998, 2001-01545 de las 09:31 horas del 23 de febrero del 2001, 2003-13140 de las 14:37 horas del 12 de noviembre del 2003, 2005-05306 de las 15:03 horas del 4 de mayo del 2005; así como los dictámenes de la PGR números: C-034-1999 del 5 de febrero de 1999, C-037-1999 del 11 de febrero de 1999, C-112-2000 del 17 de mayo del 2000, C-300-2004 del 21 de octubre de 2004, C-372-2004 del 10 de diciembre del 2004.

[6] "Las situaciones exceptuadas poseen propio procedimiento en la ley o el reglamento, y, de todos modos, supletoriamente se les aplica la propia Ley General en lo no dispuesto expresamente (artículo 368 de dicha Ley General)."

2. Intimación e imputación

En orden a los principios de intimación e imputación, -que se desprenden también del principio constitucional del debido proceso regulado en el numeral 41 de nuestra Constitución Política-, la Sala Constitucional ha concluido:

> *"a) Principio de intimación: consiste en el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento del funcionario la acusación formal. La instrucción de los cargos tiene que hacerse mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos que se le imputan y sus consecuencias jurídicas. b) Principio de imputación: es el derecho a una acusación formal, debe el juzgador individualizar al acusado, describir en detalle, en forma precisa y de manera clara el hecho que se le imputa. Debe también realizarse una clara calificación legal del hecho, estableciendo las bases jurídicas de la acusación y la concreta pretensión punitiva. Así el imputado podrá defenderse de un supuesto hecho punible o sancionatorio como en este caso, y no de simples conjeturas o suposiciones." (Voto N° 632-99 de las 10:48 horas del 29 de enero de 1999. En sentido similar, véase los votos N° 2253-98 de las 13:03 horas del 27 de marzo y el N° 2376-98 de 1 de abril ambos de 1998).*
>
> *"IV. El principio de intimación pretende garantizar dos aspectos: a) que a la persona investigada, se le comuniquen de manera exacta los hechos que dan origen al proceso que se interesa, con la finalidad de que pueda proveer a su defensa, y b) que en el pronunciamiento de fondo se de una identidad entre lo intimado y lo resuelto.". (Resolución No 216-I-98 de las 16:45 horas del 14 de abril de 1998).*
>
> *"El principio de intimación expuesto en dicha sentencia, significa el derecho de ser instruído de los cargos que se le imputan a cualquier persona o personas, y el principio de imputación, el derecho a tener una acusación formal, en el sentido de individualizar al o los imputados que se pretendan someter a proceso, describir en forma detallada, precisa y claramente el hecho que se les acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando incluso los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretención punitiva." (Resolución Nº 2376-98 de las 16:54 horas del 1 de abril de 1998).*
>
> *"El debido proceso en materia administrativa integra, entre otros, el derecho de intimación, es decir, que todo acusado debe ser instruido de los cargos que se le imputan. Con el traslado de cargos se pretende que la persona intimada comprenda*

el carácter de los actos que se le atribuyen desde el primer momento de la iniciación del procedimiento administrativo (Resolución Nº 812-2000 de las 18:15 horas del 25 de enero del 2000).

"… la Sala ha señalado que toda persona investigada debe ser puesta desde un inicio del procedimiento en conocimiento y que debe intimársele mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales, lo que no ocurrió en el presente caso, produciéndole indefensión a la amparada durante el resto del procedimiento." (Resolución Nº 5100-99 de las 17:30 del 30 de junio de 1999) (En similar sentido resolución Nº 2003-15337 de las 15:03 horas del 19 de diciembre del 2003).

En igual línea de razonamiento, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

"III.- El tema de la tutela del debido proceso, principio constitucional sustentado en el artículo 41 de nuestra Carta Magna, ha sido abordado en reiteradas oportunidades por la Sala respectiva. En tales pronunciamientos ha indicado cuáles deben considerarse elementos básicos del principio en referencia. Así por ejemplo, los votos 15-90 de 16:45hrs. del 5-1-90 y 1734 de 15:26 hrs. del 4-9-9, hacen referencia al tema en los siguientes términos:
(...)
IV. Obsérvese cómo en el proceso ha de procurarse la garantía de una serie de derechos en forma integral. Sea, de verse alguno de ellos alguno de ellos disminuido o vedado de ejercer en un todo, el proceso integro sufre como consecuencia la nulidad por trasgresión del debido proceso. Por ello debe valorarse con sumo cuidado cada caso, pues no obstante existir la posibilidad de determinar elementos básicos en relación con aquel principio, deviene prácticamente imposible, conformar un esquema o marco unívoco -aplicable siempre- el cual resulte infalible protector del debido proceso. Máxime si se considera que las circunstancias del proceso, son en última instancia las que permiten concluir si se satisfizo o no el principio.
(...) La intimación de los cargos debe ser expresa, precisa y particularizada. No corresponde al administrado dilucidar, del cúmulo de información y actuaciones comprendidas en un expediente administrativo, cuáles son los cargos que se le endilgan. Lo anterior podría abocarlo, incluso, a no pronunciarse sobre algunos de ellos porque no los valoró como tales; o bien porque no los ubicó en el expediente, lo cual menoscaba tanto el derecho de defensa, cuanto [sic] al debido proceso."

(Resolución N° 21 de las 14:15 horas del 9 de abril de 1997.)
(El subrayado es nuestro).

A mayor abundamiento, la Procuraduría mediante dictamen N° C-049-99 del 5 de marzo de 1999, señaló:

> *"Principios básicos en el procedimiento administrativo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala supra transcrita son el de imputación y el de intimación, que consisten en la obligación de la Administración de establecer claramente cuáles son los hechos y cargos por los cuales inicia el procedimiento, lo que debe unirse a los señalado por ese órgano jurisdiccional del deber de la Administración de notificar el carácter y los fines del procedimiento."*

Es importante además indicar que la imputación debe hacerse al inicio del procedimiento, no siendo viable que se difiera para la audiencia oral: *"...no se le hizo imputación de cargos alguno, incluso en la misma comparecencia lo leído al recurrente como cargos de imputación lo fue la misma denuncia. Por consiguiente, de conformidad con la jurisprudencia de cita se ha violentado el derecho de defensa del amparado, pues si bien es cierto en un inicio bastó que se le aportara copia de la denuncia, esto lo fue como una etapa preliminar de investigación; sin embargo, en la resolución del tres de junio de mil novecientos noventa y siete mediante la cual se le confirió audiencia tampoco se le imputó cargo alguno, sino hasta en la misma comparecencia, lo cual resulta improcedente, pues precisamente el plazo que existe entre la notificación de esa resolución y la celebración de la audiencia es para que el recurrente preparara su defensa y para ello requiere tener pleno conocimiento sobre lo cual va a ser indagado, no en el mismo acto."* (Sala Constitucional. Resolución Nº 10841-2003 de las 10:49 horas del 26 de setiembre del 2003).

El principio de intimación garantiza que los hechos que sirven de base para iniciar por ejemplo el trámite de una causa disciplinaria no se modifiquen por otros que el indiciado no conozca. No es posible, entonces, que la Administración en el acto decisorio tome en cuenta hechos ajenos a aquellos que ha señalado, salvo en aquellos supuestos en que la parte los introduzca durante el procedimiento aportando la prueba pertinente.

También éste principio tiene relación con el instituto de la investigación preliminar (tema que será analizado más adelante). Esto por cuanto será al momento de la apertura del procedimiento que deberá informarse sobre la existencia de esa investigación preliminar y poner a disposición del administrado los resultados de la misma, a efecto de que pueda ejercitar adecuadamente su defensa [7].

[7] Véase al respecto, la resolución Nº 1395-06 de las 10:43 horas del 10 de febrero de 2006 de la Sala Constitucional.

No es aceptable que la intimación sea la simple remisión a informes y dictámenes que consten en el expediente. Por el contrario, deberá contener el acto inicial una descripción de los hechos que interesan ser establecidos a través del procedimiento, aunque los mismos estén basados en esos informes o dictámenes.

De conformidad con estos principios de intimación e imputación el órgano director (si ha existido delegación) deberá fundamentalmente notificar al interesado de los hechos, cargos, motivos, carácter y fines por los cuales se abre el respectivo procedimiento administrativo (principios de intimación e imputación). En ese sentido se le notifica al interesado el carácter y fines del procedimiento, de esta forma debe señalarse exactamente el tipo de procedimiento que se va a seguir, por ejemplo si es ordinario (artículos 308 a 319 de la LGAP) o sumario (artículos 320 a 326 de la LGAP), también es necesario delimitar expresamente hacia qué tiende el procedimiento (tipo de procedimiento que se va a seguir y el fin que se persigue con él), esto es, si es para declarar la nulidad del acto, imponer una sanción administrativa, procesos sancionatorios (incluidos los disciplinarios) determinar responsabilidades civiles, etc. Nótese que el cumplimiento de tal obligación no puede interpretarse como un adelanto de criterio de la Administración, puesto que el objeto del procedimiento es verificar la verdad real de los hechos investigados y darle oportunidad al administrado para ejercer una adecuada y oportuna defensa.

En los casos en que haya de seguirse un procedimiento administrativo tendente a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto declaratorio de derechos, según los términos del numeral 173 de la LGAP, es de rigor que desde el inicio del procedimiento administrativo se indique correctamente el objeto, carácter y fines del proceso, a fin de que el afectado tenga pleno conocimiento del acto declaratorio de derechos, debidamente individualizado y que conste fehacientemente en el respetivo expediente administrativo, que se pretende declarar su nulidad absoluta, evidente y manifiesta. (Véase, entre otros, los dictámenes de la PGR números C-211-2004 del 29 de junio y C-263-2004 del 09 de setiembre, ambos del 2004, C-013-2005 del 14 de enero y C-391-2005 del 15 de noviembre, ambos del 2005 y C-072-2006 del 27 de febrero del 2006).

Asimismo, resulta necesario que el órgano decisor establezca desde el principio –en la resolución de nombramiento del órgano director- los reproches jurídicos, es decir los motivos por los cuales considera que el acto que se pretende anular contiene vicios de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, y las posibles consecuencias jurídicas de dicha anulación (sobre el particular - entre otros - los dictámenes de la PGR números C-211-2004 del 29 de junio y C-263-2004 del 9 de setiembre, ambos del 2004; C-013-2005 del 14 de enero, C-075-2005 del 18 de febrero, C-118-2005 del 31 de marzo, C-277-2005 del 4 de agosto, C-337-2005 del 27 de setiembre, C-348-2005 del 7 de octubre y C-391-2005 del 15 de noviembre, del año 2005 y C-072-2006 del 27 de febrero del 2006).

Bajo este contexto, la PGR ha insistido en reiteradas oportunidades que "*necesariamente el objeto, el carácter y los fines del procedimiento administrativo deben quedar expresamente determinados* ***desde la resolución administrativa por la cual se nombra al órgano director***". (Dictamen N° C-289-2005 del 8 de agosto del 2005). (El destacado en negrita no es del original).

Lo que antecede es de especial relevancia, en virtud de que esas precisiones del órgano decisor **delimitan el ámbito de acción del órgano director, no pudiendo éste último suplir la voluntad del primero.** (Véase –entre otros- los dictámenes de la PGR números C-118-2005 del 31 de marzo y C-277-2005 del 4 de agosto, ambos del 2005).

Por último, en relación con éste principio, pueden tenerse como referencia las resoluciones de la Sala Constitucional números: 1739-92 de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992, 2945-94 de las 08:12 horas del 17 de junio de 1994, 2376-98 del 1 de abril de 1998, 2253-98 de las 13:03 horas del 27 de marzo de 1998, 632-99 de las 10:48 horas del 29 de enero de 1999; así como los dictámenes de la PGR números: C-034-1999 del 5 de febrero de 1999, C-049-1999 del 5 de marzo de 1999, C-170-2000 del 1 de agosto del 2000, C-242-2001 del 7 de setiembre del 2001, C-263-2004 del 09 de setiembre del 2004, C-219-2005 del 14 de junio de 2005.

3. Informalidad

Su sustento legal se encuentra en los artículos 221, 222, 224, 225, 260, 269, 292 y 304 de la LGAP.

El principio de informalidad también se le denomina "antiformalismo" o "pro actione". En relación con este principio el numeral 224 de la LGAP estipula:

> *"Las normas de este libro deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados, pero el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que son absolutas."*
>
> *Sobre el particular, es importante tener en cuenta que:*
>
> *"En materia de procedimiento administrativo, rige el principio constitucional de informalidad o pro actione, por lo que debe siempre interpretarse de la manera más favorable al ejercicio de la acción y la decisión sobre el fondo de la cuestión debatida, dejando de lado ritualismos sin sentido. Ha de partirse que el procedimiento administrativo no tiene formas estrictas o sacramentales, sino sólo idóneas para cumplir su función, por lo que en ciertos casos, si se alcanza la finalidad, pese a la violación de las formas, el acto no genera nulidad como*

expresa nuestra LGAP en su artículo 223, al disponer que sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento. En otras palabras no toda violación de las formas procesales constituye a su vez lesión al debido proceso.

En la realidad del actuar cotidiano, la Administración Pública no debe nunca olvidar la existencia del artículo 113 de la LGAP, que establece la obligación de todo servidor de desempeñar sus funciones de forma que se satisfaga primordialmente el interés público, el cual nos dice la ley, será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados, y que ese interés público debe prevalecer incluso sobre el de la propia Administración cuando estén en conflicto, y para definirlo, debe partirse de los valores de seguridad y justicia para la comunidad.

Siendo así, prevalece la obligación por parte de la Administración de interpretar con amplitud de criterio y benignidad a favor del administrado, las formalidades del procedimiento administrativo. Como dicen García de Enterría y Ramón Fernández, no se trata de una carrera de obstáculos que el administrado deba superar para que se adopte la resolución final, sino el cauce normal y ordenado, para garantizar la legalidad y el acierto de las decisiones administrativas, dentro del respeto de los derechos de los particulares." [8]

Por su parte, la Sala Constitucional ha manifestado en cuanto a este principio lo siguiente:

" En aplicación de este principio, es que el procedimiento se transforma en vía expedita y ágil que permite definir el fondo del asunto debatido; soslayando, en la medida de lo posible, los defectos formales, los cuales, en el tanto no constituyan nulidades absolutas -como la falta de legitimación, o cuando se haya causado indefensión a alguna de las partes, o se haya omitido una fase procedimental esencial, por ejemplo-, son subsanables, o por el transcurso del tiempo, o mediante prevención al efecto. También se manifiesta en la no exigencia de autenticación de los escritos que se presenten en forma personal, de manera que la denuncia y gestión que se haga en forma personal, no requiere de autenticación por abogado (artículo 286 de la Ley General de la Administración Pública); al tenor de lo dispuesto en el artículo 304.1, no se obliga a formular los interrogatorios de testigos por escrito ni en forma asertiva;

[8] Seminario sobre Procedimientos Administrativos, PGR de la República, Conferencia de la Licda. Cristina Víquez Cerdas "Formalidades y Plazos en el Procedimiento Administrativo", San José, junio 2000, páginas 192 y 193.

se permite la formulación de la gestión ante cualquier oficina de la misma dependencia pública (relación de los artículos 68, 112 y 260.2 de la Ley General de la Administración Pública); y los recursos que se formulen, no requieren de ninguna fórmula sacramental o redacción especial para su formulación (artículo 348 de la misma Ley)." (Resolución Nº 2003-13140 de las 14:37 horas del 12 de noviembre del 2003).

"Debe tener presente la Administración que el informalismo es un principio que rige las normas de la Ley General de la Administración Pública, lo que obliga a que en el caso de que una solicitud presentada a la Administración adolezca de requisitos, lo propio es que haga la prevención, o, en caso de haberse presentado ante un órgano incompetente, procede también a advertirlo o pasar el asunto a quien corresponda, pero notificando la decisión tomada, siempre partiendo de que de no haber obstáculo alguno debe la Administración brindar la información requerida o señalar el escollo que le impide hacerlo; indicar el estado de la gestión, o, en su caso, decidir sobre el fondo del asunto en el plazo legal." (Resolución Nº2004-02130 de las 11:50 horas del 27 de febrero del 2004).

De esta manera, el procedimiento administrativo es de naturaleza informal, lo que presupone el *"in dubio pro actione",* a cuyo tenor la Administración ha de interpretar en forma favorable para el administrado, en el ejercicio del derecho de acción**.** En tal sentido el autor García De Enterría nos señala:

"(...) a favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción y, por lo tanto, en el sentido de asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento" [9].

Lo anterior, resulta una garantía del administrado que compensa en buena medida las prerrogativas del poder público con que cuenta la Administración. Este principio inclina su balanza a favor del administrado, ya que le brinda una mayor protección. Sobre el particular, el autor Bartolomé Fiorini ha manifestado:

"Este derecho administrativo, ante ciertas circunstancias, deberá inclinar su balanza a favor del administrado; esta es una conquista contra el autoritarismo y los desbordes facciosos de la burocracia como también por el humano respeto hacia el particular, ante las prerrogativas que ejerce como poder

[9] GARCIA DE ENTERRÍA (Eduardo). Curso de Derecho Administrativo, Tomo II. Primera Edición. Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 381.

estatal. La desigualdad que crean las prerrogativas del poder ante los particulares es lo que obliga jurídicamente a la Administración Pública con carga del buen tratamiento. Se considera de exigencia necesaria esta conducta ante el rigor con que algunos agentes imponen a los administrados formalidades exteriores, y el cumplimiento de meros términos procesales, máxime cuando se comprueba por su parte negligencia permanente en el cumplimiento de los deberes y los quehaceres que se encuentran a su cargo. Resulta absurdo y desigual la rigurosidad procedimental impuesta al administrado ante la permanente conducta de incumplimiento que exhibe el poder administrador.

La carga jurídica de ayuda y colaboración en beneficio del administrado en el cumplimiento de las normas procesales, no se sustenta en un sentimentalismo de perdón y tolerancia, como lo utiliza un superior hacia sus subordinados. Esta carga, por su parte, corresponde a la equivalencia de las situaciones jurídicas, entre el ejercicio de las prerrogativas que se reconoce a todo poder frente a las actividades de los particulares, con el ejercicio de su derecho de peticionar justicia y defenderse de los agravios." [10]

Es claro que con el informalismo del procedimiento se pretende que no existan rigurosidades formales que tiendan a entorpecer, suspender o paralizar el procedimiento. Para cumplir con este propósito, se imponen reglas de celeridad y simplicidad, las cuales tienden a evitar los trámites lentos, costosos y complejos que impidan el desenvolvimiento del procedimiento administrativo, por lo que el trámite del expediente debe hacerse de manera rápida y simple, respetando siempre la juridicidad y la defensa del administrado. Tales afirmaciones reciben apoyo en los artículos 225 párrafo 1° y 269 de la LGAP, y en la opinión de la doctrina que ha señalado que *"el principio de eficiencia en la actuación administrativa tiene como objeto inmediato hacer más eficiente la actuación administrativa y la participación de los administrados."* [11]

En el dictamen de la PGR Nº C-062-2000 del 3 de marzo del 2000, se comentó que a tenor de los numerales 225 párrafo 1° y 269 de la LGAP, el procedimiento administrativo se realiza con arreglo de las normas de economía, informalismo, simplicidad, celeridad y eficiencia.

De especial relevancia es lo consignado en el artículo 292 inciso 3 de la LGAP, en cuanto deba darse una respuesta rápida a gestiones manifiestamente improcedentes, extemporáneas o impertinentes, de modo que se rechacen.

[10] FIORINI (Bartalomé A), Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Segunda Edición, Tomo II, 1976, p. 425-426.
[11] DROMI (José Roberto), Instituciones de Derecho Administrativo, Primera Edición, Editorial Astrea Rodolfo Palma y Hermanos, Buenos Aires, 1973, p. 79.

Ello evita la configuración de supuestos de falta de respuesta por parte de la Administración.

Bajo este contexto, queda claro que existen formalidades mínimas indispensables para evitar el desconocimiento o la afectación arbitraria de los derechos o intereses de los particulares. Las formas jurídicas *"son necesarias para un correcto desarrollo del procedimiento en general, puesto que los actos deben realizarse de acuerdo con ciertas condiciones de tiempo, lugar, modo de expresión y orden, que operan como una garantía en relación con el interés público y los administrados".* [12]

Es importante apuntar que, ante situaciones de urgencia la LGAP contempla la posibilidad, de que en esos casos, para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas pueda prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento, e incluso, crearse un procedimiento sustituto especial (artículo 219 de la LGAP).

Finalmente, sobre este principio pueden consultarse las resoluciones de la Sala Constitucional números: 2001-00325 de las 08:57 horas del 12 de enero del 2001, 2001-10198 de las 15:29 horas del 10 de octubre del 2001, 2003-13140 de las 14:37 horas del 12 de noviembre del 2003, 2004-02130 de las 11:50 horas del 27 de febrero del 2004; así como los dictámenes de la PGR números: C-173-1995 del 7 de agosto de 1995, C-055-1996 del 12 de abril de 1996, C-099-1997 del 13 de junio de 1997, C-092-1998 del 19 de mayo de 1998, C-007-2002 del 08 de enero de 2002.

4. Motivación de los actos

Encuentra su sustento legal en los artículos 129, 136, 220, 274 y 335 de la LGAP.

A tenor del artículo 136 de la LGAP deben ser motivados, por lo menos, los siguientes actos:

- Los que imponen obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos.
- Aquellos que resuelven recursos.
- Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso.
- Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general.
- Aquellos que deban serlo en virtud de ley.

[12] Página 191 Ibídem.

Establece el mismo numeral que la motivación "*podrá consistir en la referencia explícita e 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.*"

La Sala Constitucional ha reconocido expresamente, como parte integral del debido proceso y del derecho de defensa, el deber de la Administración de motivar los actos supra mencionados:

> *"IV.- Sobre la motivación del acto administrativo.- Reiteradamente ha reconocido este Tribunal que existe para la Administración Pública la obligación de motivar los actos descritos en el artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública, lo cual constituye un elemento integrante del debido proceso y en virtud de tal requerimiento, se hace necesario que la Administración brinde un criterio razonable respecto a los actos y resoluciones administrativas que adopte. Sobre este particular la Sala Constitucional ha reconocido lo siguiente:*
> *"En cuanto a la motivación de los actos administrativos se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades públicas del contenido del acto que emiten, tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha manifestado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio constitucional del debido proceso así como del derecho de defensa e implica una referencia a hechos y fundamentos de derecho, de manera que el administrado conozca los motivos por los cuales ha de ser sancionado o por los cuales se le deniega una gestión que afecta sus intereses o incluso sus derechos subjetivos". (Sentencia número 07924-99 de las diecisiete horas con cuarenta y ocho minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve)*
> *En el mismo sentido mediante sentencia de las quince horas treinta minutos del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y nueve se dispuso en lo conducente:*
> *"IV.- Sobre la motivación del acto administrativo: Reiteradamente ha dicho la Sala en su jurisprudencia que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del debido proceso y del derecho de defensa, puesto que implica la obligación de otorgar al administrado un discurso justificativo que acompañe a un acto de un poder público que -como en este caso- deniegue una gestión interpuesta ante la Administración. Se trata de un medio de control democrático y difuso, ejercido por el administrado sobre la no arbitrariedad del modo en que se ejercen las potestades públicas, habida cuenta que en la exigencia constitucional de motivación de los actos administrativos se descubre así una función supraprocesal de*

este instituto, que sitúa tal exigencia entre las consecuencias del principio constitucional del que es expresión, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los actos públicos.
V.- El concepto mismo de motivación desde la perspectiva constitucional no puede ser asimilado a los simples requisitos de forma, por faltar en éstos y ser esencial en aquélla el significado, sentido o intención justificativa de toda motivación con relevancia jurídica. De esta manera, la motivación del acto administrativo como discurso justificativo de una decisión, se presenta más próxima a la motivación de la sentencia de lo que pudiera pensarse. Así, la justificación de una decisión conduce a justificar su contenido, lo cual permite desligar la motivación de "los motivos" (elemento del acto). Aunque por supuesto la motivación de la sentencia y la del acto administrativo difieren profundamente, se trata de una diferencia que no tiene mayor relevancia en lo que se refiere a las condiciones de ejercicio de cada tipo de poder jurídico, en un Estado democrático de derecho que pretenda realizar una sociedad democrática. La motivación del acto administrativo implica entonces que el mismo debe contener al menos la sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho, habida cuenta que el administrado necesariamente debe conocer las acciones u omisiones por las cuales ha de ser sancionado o simplemente se le deniega una gestión que pueda afectar la esfera de sus intereses legítimos o incluso de sus derechos subjetivos y la normativa que se le aplica." (Resolución de la Sala Constitucional Nº 2003-07390 de las 15:28 horas del 22 de julio del 2003). (La negrita es del original). (En similar sentido, resoluciones números 2002-06080 de las 8:50 horas del 21 de junio del 2002 y 2004-13232 de las 18:24 horas del 23 de noviembre del 2004).

En concordancia con lo anterior, se ha comentado lo siguiente:

"La mención de los motivos del acto es un índice de su legalidad. La motivación del acto es la mención de las circunstancias o de las consideraciones que justifican el contenido del acto. (…) El acto debe ser necesariamente fundado por ser la única manera de acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales que fijan el límite de la competencia de los funcionarios y de las formas que deben guardar para evitar la arbitrariedad." [13]

Así, podemos afirmar que la motivación del acto es un principio constitucional, sobre todo en actos que son lesivos de derechos o intereses. A mayor abundamiento, pueden verse las resoluciones de la Sala Constitucional números 226-91 de las 15:12 del 1 de febrero, 474-91 de las 14:06 horas del

[13] Diez, Manuel María, "El Acto Administrativo", Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1961, págs. 238, 242, 243.

1 de marzo, 333-91 de las 14:48 horas del 8 de febrero y 620-91 de las 14:50 horas del 22 de marzo, todas del año 1991, así como la Nº 1369-06**.**

Entonces, el deber de la Administración de motivar sus resoluciones reconoce el derecho del administrado a conocer los motivos de hecho y de derecho de la resolución que ésta adopta, e implica a su vez, una forma de controlar la arbitrariedad del ejercicio de potestades públicas que ejerce la Administración.

Por su parte, de manera conteste con lo que antecede, la PGR ha considerado la motivación del acto como un elemento del debido proceso. (Véase los dictámenes números C-001-2005 del 10 de enero de 2005, C-226-2003 del 24 de julio del 2003, C-306-2002 del 12 de noviembre del 2002 y C-231-99 del 19 de noviembre de 1999).

Ahora bien, cabe recordar que en el acto administrativo que se adopte no basta con citar leyes generales, sino que la motivación debe ser en forma detallada:

> *"Considera esta Sala que ambas notas del veintiséis de octubre del dos mil carecen de la debida fundamentación según lo establece el artículo supra citado de la Ley General de la Administración Pública, por cuanto la Administración en ningún momento informó a los recurrentes* ***en forma detallada*** *de las razones por las cuales sus locales serían cerrados, o de las mejoras que debían realizar para evitar dicho cierre. La autoridad recurrida solamente informó en forma genérica de supuestos quebrantos a las leyes de salud en los locales propiedad de los recurrentes, sin detallar en forma alguna en qué consistían estos quebrantos o cómo podrían subsanarse, y si bien el recurrido aporta informes redactados por la Técnica de Saneamiento local, la verdad es no logra demostrar que haya comunicado tales aspectos a los amparados. Con lo anterior se produjo una evidente falta de motivación del acto administrativo que se traduce en una vulneración de los derechos fundamentales de los amparados. Aún cuando no puede esta Sala entrar a valorar si efectivamente existen o no malas condiciones en los locales de los recurrentes por tratarse de un asunto eminentemente técnico que escapa de la naturaleza sumaria del recurso de amparo, debe indicarse que si la Administración en ejercicio de su poder de policía considera que dichos locales no cumplen con los requisitos mínimos de funcionamiento, debe necesariamente explicar cada una de las razones en las cuales fundamenta su decisión, puesto que se trata de un acto que produce un evidente detrimento patrimonial a los amparados. Así por ejemplo, podría indicar el resultado obtenido a través de inspecciones realizadas o la prueba en la cual fundamenta su decisión. (Resolución de la*

Sala Constitucional Nº 2001-4989 de las 10:54 horas del 8 de junio del 2001). (La negrita es del original).

En concordancia con lo expuesto, si el órgano decisor dentro de determinado procedimiento se separa de la recomendación emitida por el órgano director, deben indicarse los motivos de tal decisión:

"Tal como se desprende del expediente, quien debía emitir el acto final en el procedimiento tramitado contra el recurrente era la Gerencia General del Banco Popular y de Desarrollo Comunal. Así las cosas, logra concluirse que tanto el criterio emitido por el órgano director del procedimiento como por la Junta de Relaciones Laborales se trataban de simples recomendaciones no vinculantes para la Gerencia General, pues sería ésta en definitiva la que dictaría la decisión final. Ahora bien, esta Sala ha reconocido que los órganos competentes para emitir un acto administrativo final pueden apartarse de las recomendaciones dictadas por órganos inferiores, siempre que se haga mediante resolución motivada, lo cual estima esta Sala resulta el punto medular de este recurso. Esto es así, pues tal como se desprende del elenco de hechos probados la Gerencia General del Banco Popular y de Desarrollo Comunal mediante oficio GG-413-2003 del siete de abril de dos mil tres, comunicó al amparado que fue acogida la recomendación emitida por la Junta de Relaciones Laborales y en consecuencia se le imponía una sanción de suspensión de sus funciones sin goce de salario por dos días. No obstante lo anterior y a pesar de que se le indicó al recurrente sobre la posibilidad de interponer recursos de revocatoria o reconsideración dentro del plazo de dos meses y se le envió una copia de ambas recomendaciones, no observa esta Sala que el amparado fuera informado por la Gerencia General de las razones por las cuales se acogía el criterio de la Junta de Relaciones Laborales y no el del órgano director, pues se limitó únicamente a indicar que sería acogida la recomendación de la primera. Estima esta Sala que lo anterior, colocó al amparado en estado de indefensión pues desconocía los motivos por los cuales se acogió la recomendación de la Junta de Relaciones Laborales por encima de la emitida por el órgano que instruyó el procedimiento y recabó la prueba. Sobre la necesidad de motivar los actos administrativos esta Sala ha señalado:
" En cuanto a la motivación de los actos administrativos se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades públicas del contenido del acto que emiten, tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha manifestado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio constitucional

> *del debido proceso así como del derecho de defensa e implica una referencia a hechos y fundamentos de derecho, de manera que el administrado conozca los motivos por los cuales ha de ser sancionado o por los cuales se le deniega una gestión que afecta sus intereses o incluso sus derechos subjetivos". (Sentencia número 07924-99 de las diecisiete horas con cuarenta y ocho minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve).*
> *En consecuencia, si bien es cierto la Gerencia General está facultada para apartarse de la recomendación emitida por el órgano director del procedimiento y acoger la recomendación de la Junta de Relaciones Laborales, lo cierto es que para hacerlo debía informar al amparado sobre el fundamento de tal actuación, lo cual no hizo en el caso concreto. (Resolución de la Sala Constitucional Nº 2003-11688 de las 17:07 del 14 de octubre del 2003).*

Es conveniente, entonces motivar los actos que emite la Administración en los supuestos que la LGAP expresamente no prevé. En los supuestos previstos legalmente, es deber de la Administración motivarlos, y de no proceder así, se podría recurrir en un vicio.

Por último, se reseñan a efectos de que se tengan como referencia las resoluciones de la Sala Constitucional números: 07924-99, 6078-99 de las 15:30 horas del 4 de agosto de 1999, 2003-02524 de las 11:18 horas del 21 de marzo del 2003, 2003-05395 de las 14:50 horas del 24 de junio del 2003; y los dictámenes de la PGR números C-294-2004 del 15 de octubre del 2004, C-342-2004 del 18 de noviembre del 2004, C-123-2005 del 04 de abril del 2005, C-011-2005 del 14 de enero de 2005, C-167-2005 del 6 de mayo del 2005, C-258-2005 del 18 de julio del 2005.

5. Comunicación de los actos

Sustento legal: artículos 239, 241, 243, 245, 249, 250, 251, 309, 311, 334, 335 y 336 de la LGAP.

Este principio es conocido como el "derecho a ser notificado". Se encuentra expresamente reconocido en el numeral 239 de nuestra LGAP, que dispone: "*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".* También deben ser notificadas las resoluciones que dispongan emplazamientos, citaciones y audiencias (artículos 249 y 309 de la LGAP).

Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado que "*(…) la notificación constituye un acto procesal de vital importancia en la tramitación de cualquier proceso o procedimiento, sea jurisdiccional o en sede administrativa, por cuanto el objetivo del mismo es la comunicación de las resoluciones y providencias a*

las partes que intervienen en el proceso, y si la misma se realiza en forma diferente a la dispuesta en la ley, no produce la finalidad que se propone, causando grave perjuicio en el derecho de defensa de las partes." (Resolución Nº 4125-94 de las 09:33 horas del 12 de agosto de 1994).

Por su parte, la PGR ha manifestado: *"(…) el acto de notificación es considerado como el medio a través del cual se garantiza al interesado el conocimiento adecuado y completo de un asunto sobre el cual tiene un interés directo y actual, e igualmente para aquellos que de alguna forma se puedan ver afectados por determinado acto o resolución, permitiéndoles de esta manera ejercer una real y efectiva defensa de sus pretensiones. Por ello, es obligación de toda autoridad judicial velar por el cumplimiento efectivo de dicha actividad material. (…) La notificación constituye una garantía fundamental de carácter instrumental, que busca asegurar al sujeto interesado el pleno conocimiento de lo actuado y decidido -sea en sede administrativa o judicial-, otorgándole seguridad jurídica a su situación y permitiéndole ejercer una mejor y adecuada defensa de sus derechos."* (Dictamen Nº C-266-2005 del 27 de julio del 2005).

Como regla general, el acto administrativo externo es eficaz hasta que sea debidamente comunicado al administrado, produciendo a partir de ese momento efectos jurídicos conectados a la respectiva manifestación de voluntad administrativa.

Por lo tanto, en un acto administrativo concreto - verbigracia las resoluciones- la notificación es la forma necesaria e idónea de comunicación para que ese acto adquiera su eficacia respecto del interesado en él.

Como es obvio, este derecho preside –especialmente- el inicio de todo procedimiento administrativo, pues la autoridad administrativa competente debe notificar a los administrados cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos pudieran resultar directamente afectados, lesionados o satisfechos con el dictado del acto final (artículo 275 LGAP) [14].

La *"... obligación de notificar la existencia de un proceso, en el que eventualmente le pueda resultar una responsabilidad –ya sea de carácter judicial o administrativo-, tiene rango constitucional en razón de que ese proceder forma parte del concepto general de debido proceso que establece el artículo 39 de la Carta Fundamental, afirmación que obedece al hecho de que mediante esa vía se garantiza a las personas interesadas que tendrán la oportunidad de proveer a su defensa."* (Sala Constitucional, resolución Nº 5348-94 de las 10:21 horas del 16 de setiembre de 1994).

[14] Véase al respecto la resolución Nº 1214-06 de la Sala Constitucional.

Según explica la doctrina, este principio *"no sólo es válido respecto de la publicación y notificación de los actos administrativos producto del procedimiento, sino de los actos de procedimiento que la Administración adopte en el transcurso del mismo"*.[15] Lo anterior, con el fin de que el administrado tenga conocimiento anticipado de las diversas decisiones administrativas que le atañen en protección de la seguridad, certeza jurídica, y como garantía de su derecho de defensa. Debe tenerse presente que las notificaciones son parte esencial de la garantía de un debido proceso, según lo ha señalado la Sala Constitucional desde su sentencia N° 15-90 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990. En consecuencia, es una exigencia del contradictorio cuya infracción violentaría el principio constitucional del debido proceso.

Se acoge así, de pleno, la garantía de la debida comunicación al interesado. Comunicación que en términos generales, debe hacerse personalmente o por medio de telegrama o carta certificada en el lugar de residencia, trabajo o en cualquier otra dirección exacta del interesado que conste en el expediente o por medio de publicación (por tres veces consecutivas) en el diario oficial La Gaceta (artículos 240 y siguientes de la LGAP). Es importante señalar, que la primera notificación de un procedimiento, sólo puede ser notificada mediante publicación cuando no conste la residencia, lugar de trabajo o cualquier otra dirección exacta del interesado, por indicación de la Administración o de cualquier otra parte, pues caso contrario deberá ser notificada en alguno de los sitios antes mencionados. (Artículo 241 LGAP).

Sobre el particular, ha señalado la Sala Constitucional:

> *"Como destaca la propia Autoridad recurrida, el régimen aplicable a la notificación que aquí interesa se encuentra regulado en la Ley General de la Administración Pública, que dispone lo siguiente:*
>
> *"Artículo 239.-*
> *(…)*
> *Artículo 243.-*
> *(…)*
> *Artículo 247.-*
> *(…)*
> *De las disposiciones transcritas se concluye que cuando se trata una notificación que, como la presente, comunica la celebración de un acto que puede tener grave incidencia en los derechos de los involucrados, y éstos todavía no han señalado en dónde oír notificaciones, lo pertinente es que, si constan en el expediente, se haga la comunicación en su residencia, lugar de trabajo o dirección, en el entendido de que ello se enmarca dentro del primer supuesto del artículo*

[15] BREWER CARIAS, Allan R. "Principios del Procedimiento Administrativo". Editorial Civitas, p.174.

239 de la Ley General de la Administración Pública, a saber, en los casos en que procede la notificación personal, que claramente se contraponen en la ley los supuestos en que se puede notificar por correo certificado o telegrama. Ello, evidentemente, obedece al afán del legislador de no desproteger a los notificandos frente a una Administración que bien podría decidir que los actos de notificación se cumplen con solo presentar la comunicación respectiva en cualquier parte del lugar de trabajo, y ante cualquier persona. (…) Así las cosas, todo indica que la notificación de marras se ha practicado en una forma impersonal, incompatible con el espíritu de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública, y ello ha tenido como consecuencia que el reclamante se ha enterado del proceso entablado en su contra tardíamente, dos días antes de la celebración de la audiencia oral y privada." (Resolución Nº 2002-03116 de las 08:57 del 5 de abril del 2002).

En consonancia con lo anterior, la PGR mediante dictamen Nº C-342-2004 del 18 de noviembre de 2004, precisó

"… es criterio de la PGR de la República, que:

1. *La Ley de Notificaciones, Citaciones y Otras Comunicaciones Oficiales no ha derogado el artículo 243 de la Ley General de la Administración Pública.*

2. *Consecuentemente, en caso de que la parte no señale lugar para notificaciones pero en el expediente administrativo conste su lugar de residencia, de trabajo o dirección, la Administración está obligada a notificarle en dicho sitio.*

3. *Si no constare en el expediente administrativo, ningún lugar donde notificar, procede comunicar la resolución por publicación, según lo dispuesto en el artículo 241 de la Ley General de la Administración Pública.*

4. *Dado el ámbito normativo de la Ley de Notificaciones, Citaciones y Otras Comunicaciones Oficiales, sus disposiciones solo pueden aplicarse al procedimiento administrativo en forma supletoria. "*

Bajo ese contexto, la PGR en el dictamen Nº C-123-2005, del 4 de abril del 2005, comentó:

"Con respecto a la prevención hecha en el auto de apertura - visible a folios 36 a 46 -, en cuanto a que en el acto de la comparecencia debe señalarse lugar para oír notificaciones futuras, pues de no hacerlo operaría la notificación automática

de las futuras resoluciones que se dicten, según lo dispone el artículo 12 de la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales, si bien no tuvo ninguna incidencia en la tramitación del procedimiento administrativo, debemos advertir que a la luz de las consideraciones jurídicas vertidas en nuestro pronunciamiento C-342-04 del 18 de noviembre del 2004, la misma es del todo improcedente y por demás incorrecta, pues la Ley de Notificaciones, Citaciones y Otras Comunicaciones Oficiales no ha derogado el artículo 243 de la Ley General de la Administración Pública. Consecuentemente, en caso de que la parte no señale lugar para notificaciones pero en el expediente administrativo conste su lugar de residencia, de trabajo o dirección, la Administración está obligada a notificarle en dicho sitio, y si no constare en el expediente administrativo, ningún lugar donde notificar, procede comunicar la resolución por publicación, según lo dispuesto en el artículo 241 de la Ley General de la Administración Pública." (Véase en igual sentido el dictamen Nº C-434-2005 del 16 de diciembre del 2005).

Por otra parte, igualmente debe notificarse todo acto de procedimiento como emplazamientos, citaciones, vistas o traslados y, obviamente, el acto final. Precisamente sobre la notificación del acto final la Sala Constitucional ha dicho:

"Estima la Sala que un requisito indispensable para el ejercicio efectivo del derecho de defensa es precisamente la debida notificación al administrado del acto final, muy especialmente cuando se trata del emitido en un procedimiento administrativo sancionatorio que culmina con el decreto de una sanción al servidor investigado, que como tal puede causarle perjuicio grave, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos o en cualquier otra forma lesionándole grave y directamente sus derechos o intereses legítimos. De conformidad con el artículo 334 de la Ley General de la Administración Pública se trata de un requisito de eficacia del acto administrativo, para que sea oponible a éste. Y no puede ser de otra forma, pues sin la debida comunicación del acto final le resultaría imposible al afectado conocer los motivos que la Administración tuvo para emitirlo y con ello poder ejercer su derecho de defensa oportunamente." (Resolución de la Sala Constitucional Nº 2002-00978 de las 10:37 horas del 1 de febrero del 2002).

Tratándose del acto final, la notificación debe contener además las peticiones, propuestas, decisiones o dictámenes que invoque el acto como motivación.

También debe tenerse presente, la obligación que tiene la parte de comunicar a la Administración cualquier cambio en lugar señalado para oír

notificaciones: *"Por lo anterior, aun cuando el recurrente indica que durante toda la investigación vivió en ese lugar, lo cierto es que no logró notificarse en esa dirección y era su obligación mantener actualizados los datos existentes en el Colegio por lo que si varió la dirección que aportó inicialmente así lo debió informar. Al no hacerlo, es claro que impidió a la autoridad recurrida realizar la notificación personal del procedimiento que inició, lo cual es sólo imputable al amparado por no mantener actualizada su información como agremiado (…) Aunado a lo anterior, debe indicarse que la autoridad recurrida realizó el trámite legalmente previsto en el artículo 241 de la Ley General de la Administración Pública, al realizar en tres oportunidades la publicación en el diario oficial La Gaceta sobre la existencia del procedimiento. Así las cosas, no encuentra esta Sala que exista una actuación arbitraria por parte de la autoridad recurrida, pues posteriormente a la publicación de los edictos, llevó a cabo el debido procedimiento disciplinario que culminó con la sanción de suspensión por doce meses en contra del recurrente. Si bien se desprende del expediente que el acto final sí fue notificado en forma personal al recurrente, la autoridad recurrida señala bajo fe de juramento que ello obedeció a que el recurrente se presentó con posterioridad a actualizar sus datos en el Colegio y en consecuencia constaba su nueva dirección. En consecuencia, no observa esta Sala que se haya producido violación alguna a los derechos del amparado en cuanto a este extremo."* (Resolución Nº 2004-12514 de las 16:19 del 9 de noviembre del 2004).

De otro lado, no debe olvidarse que: *"Los actos de comunicación, es decir, aquellos que se limitan a poner en conocimiento del interesado otro acto administrativo, constituyen a su vez un acto de trámite con autonomía propia, puesto que pueden tener vicios que afectan su validez pero no la del comunicado."* [16]

Por otra parte, a pesar de que la notificación no se realice mediante los mecanismos dispuestos por la ley, se tendrá por hecha cuando la parte o el interesado gestione, dándose por enterado, expresa o implícitamente, de lo resuelto, es decir para que el acto de notificación surta sus efectos normales se requiere que se ajuste a lo dispuesto en la ley, pues de lo contrario carece de eficacia. La notificación realizada por un medio inadecuado, o fuera del lugar debido u omisa en su contenido, es sancionada con nulidad absoluta, y sólo se tiene por efectuada en el momento en que el interesado gestione dándose por enterado expresa o implícitamente, ante el órgano director, que es lo que se conoce como notificación espontánea. Cualquier otro vicio de la notificación, la hace relativamente nula y se tiene por válida si la parte no gestiona su anulación dentro de los diez días posteriores a su realización. (Sobre el particular véanse las resoluciones de la Sala Constitucional números 3464-94 de las 8:00 horas del 8 de julio de 1994 y 2001-08305 de las 09:33 del 17 de agosto del 2001).

[16] Seminario sobre Procedimientos Administrativos, PGR de la República, Conferencia de la Licda. Cristina Víquez Cerdas "Formalidades y Plazos en el Procedimiento Administrativo, junio 2000, pág. 191.

Tocante a las exigencias para que las notificaciones - dentro de un procedimiento administrativo- se consideren ajustadas a Derecho, su soporte descansa en los artículos 239 y siguientes de la LGAP. (Véanse con mayor detalle los dictámenes números C-055-99 del 18 de marzo de 1999, C- 062-2000 del 31 de marzo del 2000 y C-309-2000 del 13 de diciembre del 2000 y C-391-2003 del 12 de diciembre del 2003).

Adicionalmente, es importante recordar que la notificación debe contener el texto íntegro del acto con indicación de los recursos procedentes, del órgano que los resolverá, de aquél ante el cual deben interponerse y del plazo para interponerlos. (Artículo 245 LGAP).

En el caso de notificación personal, la cédula de notificación debe ser fechada, entregándola a quien deba notificarse o en su defecto a persona mayor de quince años que se encuentre en el lugar. En el acta de notificación – que se consigna en el expediente- se dejará constancia del día, hora y lugar de la entrega, requiriendo la firma del notificado o de la persona que recibió o dejando indicación de que se negó a firmar. Cuando se trata de notificación por telegrama o carta certificada, la notificación se tiene por hecha con la boleta de retiro o el acta de recibo firmado por quien hace la entrega.

La notificación debe efectuarse dentro de los tres días siguientes a partir del acto de que se trate o de producidos los hechos que deban darse a conocer (artículo 262 inciso b). La Ley no sanciona la notificación practicada fuera del término indicado, pero podría configurar responsabilidad disciplinaria para el servidor culpable del atraso.

La Sala Constitucional ha resuelto que no se puede notificar por fax si el administrado no lo ha autorizado así. (Véase al respecto la Resolución N° 714-98 de las 8:45 horas del 6 de febrero de 1998). Sobre el tema de las notificaciones por fax ante una consulta presentada por la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad la PGR comentó:

"… es criterio de la PGR de la República:

1. *No se establece en la Ley sobre el Desarrollo de la Comunidad y su Reglamento, ningún medio o procedimiento que se deba utilizar para notificar las resoluciones emitidas por la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad.*

2. *La Ley General de la Administración Pública, la Ley de Notificaciones y Citaciones Judiciales, el Reglamento para el Uso de Fax como Medio de Notificación en los Despachos Judiciales y la Ley de Reorganización del Poder Judicial, es de aplicación supletoria a la mencionada normativa en concordancia con el numeral 229 de la Ley General de la Administración Pública.*

3. *Conforme con la normativa vigente y aplicable a DINADECO, las disposiciones legales supletorias antes descritas, y teniendo como un hecho que esa institución está equipada de fax, existe la posibilidad de notificar por ese medio al administrado siempre que él lo establezca expresamente.*
4. *En ese mismo sentido, y a tenor de los principios de informalidad, celeridad, simplicidad, economía procesal e "in dubio pro actione", es posible la presentación por medio de fax de recursos al Area Legal y de Registro de la institución consultante.*

5. *Es requisito sine qua non que el administrado presente el documento original dentro de los siguientes tres días, de conformidad con el numeral 6 bis párrafo cuarto de la Ley de Reorganización del Poder Judicial.*

6. *Esta Procuraduría recomienda la adopción de mecanismos internos –verbigracia reglamento- que permitan una comunicación por medio del fax no sólo ágil y eficiente, sino también segura de las resoluciones administrativas, tal y como lo hizo el Poder Judicial." (Dictamen N° C-062-2000 del 31 de marzo del 2000).*

En relación con lo anterior, es importante rescatar que la Administración cuenta *"con mecanismos variados de notificación, así que, independientemente del medio por el cual se realice lo importante es que se practique en forma adecuada."* [17]

Finalmente, se hacen unas transcripciones de algunos dictámenes de la PGR en los que se han señalado vicios en el acto de notificación:

> *"Observa esta Procuraduría, finalmente, que la notificación que supuestamente se realizó en el caso del señor (…) (folio 188) no reúne los requisitos necesarios para tenerla como válida, toda vez que no consta elemento alguno de convicción de que la misma se efectuara en el domicilio del investigado, como tampoco que la persona que recibe la misma tenga relación de algún grado con el Sr. (…)". (Dictamen N° C-128-2005 del 7 de abril del 2005).*
>
> *"(…) no todos los actos o resoluciones emitidas por el órgano director le fueron debidamente notificados al interesado, o*

[17] Seminario Sobre Procedimientos Administrativos, PGR de la República, Conferencia de la Licda. Cristina Víquez Cerdas "Formalidades y Plazos en el Procedimiento Administrativo", junio 2000, pág. 125.

al menos no existe constancia escrita de ello. En ese sentido, es de interés destacar el acto materializado en el oficio N° 20044320 del 08 de noviembre del 2004 (folio 357), por medio del cual el órgano director modificó el lugar en el cual se levaría a cabo la comparecencia de ley, y del cual no existe constancia alguna de haber sido previa y debidamente comunicado al señor (…), quién no se apersonó a la comparecencia. Independientemente de lo afirmado en el acta visible a folio 363 del expediente principal, lo cierto es que el cambio de la sede del órgano director para celebrar la comparecencia, no fue debidamente comunicado, y no existe constancia formal de ello en el expediente. Y sin duda esta omisión, sumada a los otros vicios acusados, produjeron una seria limitación al ejercicio de la defensa efectiva del administrado." (Dictamen N° C- 219-2005 del 14 de junio de 2005).

"(…)- No existe un acta de notificación debidamente levantada del acto de inicio del procedimiento administrativo en los términos del artículo 243.2 de la Ley General de la Administración Pública. Simplemente se señala que fue entregada a (…), sin que se sepa quién es dicha señora o qué relación tiene con las partes. Tampoco se consigna dónde se realizó la notificación ni el nombre del notificador y su firma. La PGR de la República en diversos dictámenes ha destacado la trascendencia de realizar correctamente los actos de notificación a los interesados (…)". (Dictamen N° C-026-2005 del 21 de enero del 2005).

"Debe recordarse que el artículo 239 de la Ley General de la Administración Pública indica que todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes debe ser debidamente comunicado al afectado de conformidad con dicha ley, por lo que tales pruebas –inspección ocular e informe pericial- debieron ser puestos en conocimiento de la señora (…) a efecto que ejerciera su derecho de defensa y también se garantizara el principio de contradicción." (Dictamen N° C-011-2005 del 14 de enero de 2005).

"(…) De la revisión del expediente administrativo que se aporta, este Órgano Asesor detecta un vicio que impide emitir el dictamen que se solicita por parte de ese Ministerio, específicamente en relación con la forma en que se procedió a "notificar" el inicio del procedimiento administrativo.
En el sentido apuntado en el párrafo precedente in fine, de la relación de hechos que se efectúa en el primer aparte, se observa que el Órgano Director procedió a realizar la notificación

con fundamento en la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales, Ley N° 7637 del 21 de octubre de 1996, siendo que, al no localizar a la empresa encartada en su domicilio social, aplicó la notificación automática contemplada en los numerales 5 y 12 de la referida ley.

La actuación descrita antes resulta ser contraria a Derecho, toda vez que, tratándose de procedimientos administrativos, la notificación debe efectuarse, en primer término, siguiendo las reglas previstas en la Ley General de Administración Pública y no en la Ley de Notificaciones.

(…)

Siendo que la correcta notificación del acto inicial del procedimiento resulta un elemento esencial del debido proceso, y que del expediente administrativo se desprende que se tal actuación se realizó y fundamentó incorrectamente en la Ley N° 7637, la PGR se encuentra imposibilitada para emitir el dictamen sobre el fondo, dada la constatación del quebranto a la garantía del debido proceso y la inaplicación de los preceptos de la Ley General de la Administración Pública para la comunicación de los actos administrativos." (Dictamen Nº C-434-2005 del 16 de diciembre de 2005).

6. Celeridad

Encuentra su sustento constitucional en los artículos 41 y 140 inciso 8 y legal en los artículos 4, 225 párrafo 1, 259, 261, 262, 263, 269 párrafo 1 y 329 de la LGAP.

Como vimos líneas atrás, es claro que el procedimiento administrativo se rige por el principio de informalismo que pretende que no existan rigurosidades formales que tiendan a entorpecer, suspender o paralizar el procedimiento. Para cumplir con este propósito, se imponen reglas de celeridad y simplicidad, las cuales tienden a evitar los trámites lentos, costosos y complejos que impidan el desenvolvimiento del procedimiento administrativo, por lo que el trámite del expediente debe hacerse de manera rápida y simple, respetando siempre la juridicidad y la defensa del administrado.

El principio de celeridad está ligado no sólo al principio de informalismo sino que también a otro principio básico en el funcionamiento de la Administración como lo es el de eficiencia. Tales afirmaciones reciben apoyo en los artículos 225 párrafo 1° y 269 de la Ley General de la Administración Pública, y en la opinión de la doctrina que ha señalado que *"el principio de eficiencia en la actuación administrativa tiene como objeto inmediato hacer más eficiente la actuación administrativa y la participación de los administrados."* [18] (Véase los

[18] DROMI (José Roberto), Instituciones de Derecho Administrativo, Primera Edición, Editorial Astrea Rodolfo Palma y Hermanos, Buenos Aires, 1973, p. 79.)

dictámenes números C-062-2000 del 31 de marzo y C-309-2000 del 13 de diciembre, ambos del año 2000 y C-373-2004 del 10 de diciembre del 2004).

Sobre este tema la Sala Constitucional ha expuesto:

> *"Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1°, ibidem). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las administraciones públicas, denominado autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por éstas para causarle una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos." (Resolución Nº 2004-05067 de las 09:15 horas del 14 de mayo del 2004).*

Por lo tanto, existe una obligación para la Administración en instar o impulsar el procedimiento en forma oficiosa, es decir, sin requerir gestión de las partes; a fin de que el procedimiento sea lo más expedito y eficaz posible.

En tesis de la Sala Constitucional el principio en comentario es un principio de orden constitucional que informa todo el actuar de la Administración:

> ***IV.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE EFICACIA, EFICIENCIA, SIMPLICIDAD Y CELERIDAD DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVAS.*** *La Constitución Política, en su parte orgánica, recoge o enuncia algunos principios rectores de la función y organización administrativas, que como tales deben orientar, dirigir y condicionar a todas las administraciones públicas en su cotidiano quehacer. Dentro de tales principios destacan la eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad (artículos -todos de*

la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de "Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas", el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de "buena marcha del Gobierno" y el 191 al recoger el principio de "eficiencia de la administración"). Estos principios de orden constitucional, han sido desarrollados por la normativa infraconstitucional, así, la Ley General de la Administración Pública los recoge en los artículos 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, y manda que deben orientar y nutrir toda organización y función administrativa. (…) Por su parte, la celeridad obliga a las administraciones públicas cumplir con sus objetivos y fines de satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar retardos indebidos. Este conjunto de principios le impone exigencias, responsabilidades y deberes permanentes a todos los entes públicos que no pueden declinar de forma transitoria o singular." (Sala Constitucional, Resolución Nº 2005-5600 de las 16:34 horas del 10 de mayo de 2005).

En cuanto al procedimiento administrativo, el Tribunal Constitucional ha precisado la importancia de este principio en los siguientes términos:

"I.-DERECHO A UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PRONTO Y CUMPLIDO. Las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades, competencias o atribuciones deben conocer y resolver en la sede administrativa o gubernativa previa, a través de un procedimiento, múltiples solicitudes de los administrados o usuarios de los servicios públicos a efecto de obtener un acto administrativo final, cuyo contenido psíquico puede ser volitivo, de juicio o de conocimiento. Ese acto administrativo conclusivo de un procedimiento administrativo puede otorgar o reconocer derechos subjetivos o intereses legítimos —situaciones jurídicas sustanciales— (actos favorables) o bien suprimirlos, denegarlos o imponer obligaciones (actos de gravamen o ablatorios). Es lógico y sensato que no puede haber una justicia administrativa inmediata, puesto que, la administración pública y sus órganos requieren de un plazo prudencial para tramitar de forma adecuada la respectiva petición y dictar la resolución administrativa más acertada y apegada a la verdad real de los hechos que constituyen el motivo del acto final. Lo anterior significa que entre el pedimento inicial formulado por el administrado y su resolución final debe mediar un tiempo fisiológicamente necesario (vacatio o distantia temporis), impuesto por la observancia de los derechos fundamentales de aquel (debido proceso,

defensa, bilateralidad de la audiencia o contradictorio) y la mejor satisfacción posible de los intereses públicos. No debe perderse de perspectiva que el procedimiento administrativo se define como un conjunto de actos —del órgano administrativo director, decisor y del propio gestionante— concatenados y teleológicamente vinculados o unidos que precisan de tiempo para verificarse. Consecuentemente, la substanciación de las solicitudes formuladas por los administrados requiere de un tiempo necesario que garantice el respeto de los derechos fundamentales de éstos, una ponderación adecuada de los elementos fácticos, jurídicos, del interés particular, de terceros y de los intereses públicos involucrados. Sin embargo, lo anterior no legitima jurídicamente a las administraciones públicas para que prolonguen indefinidamente el conocimiento y resolución de los asuntos que los administrados les han empeñado, puesto que, en tal supuesto los procedimientos se alargan patológicamente por causas exclusivamente imputables a éstas, siendo que los administrados no tienen el deber o la obligación de tolerar tales atrasos y dilaciones indebidas. El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita, en el Derecho Administrativo, al ámbito jurisdiccional, esto es, a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, prontos, oportunos y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados. Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1°, ibidem). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso

de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las administraciones públicas, denominado autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por éstas para causarle una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos.

II.- NATURALEZA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y PLAZOS RAZONABLES. En materia de procedimientos administrativos, es menester distinguir entre el de naturaleza constitutiva y el de impugnación. El primero tiene como principal propósito el dictado de un acto administrativo final que resuelva el pedimento formulado por el gestionante o parte interesada —en un sentido favorable o desfavorable—, y el segundo está diseñado para conocer de la impugnación presentada contra el acto final que fue dictado en el procedimiento constitutivo —fase recursiva—. El procedimiento constitutivo puede ser, a modo de ejemplo, los procedimientos ordinario y sumario normados en la Ley General de la Administración Pública o cualquier otro especial por razón de la materia regulado en una ley específica y que sea posible encuadrarlo dentro de las excepciones contenidas en el numeral 367, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública y en los Decretos Ejecutivos números 8979–P del 28 de agosto y 9469–P del 18 de diciembre, ambos de 1978. El procedimiento de impugnación comprende los recursos ordinarios (revocatoria, apelación y reposición) y los extraordinarios (revisión). Para sendos supuestos, y en lo que se refiere a los procedimientos administrativos comunes —ordinario, sumario y recursos—, la Ley General de la Administración Pública establece plazos dentro de los cuales la respectiva entidad pública debe resolver ya sea la petición o solicitud inicial o el recurso oportunamente interpuesto. En efecto, el art. 261, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública establece que el procedimiento administrativo ordinario debe ser concluido, por acto final, dentro del plazo de dos meses posteriores a su iniciación; para la hipótesis del procedimiento sumario, el art. 325 ibidem, dispone un plazo de un mes —a partir de su inicio— para su conclusión. En lo tocante a la fase recursiva o procedimiento de impugnación, el numeral 261, párrafo 2°, fija un plazo de un mes. Cuando un órgano o ente público se excede en estos plazos, en principio, se produce un quebranto del derecho a una justicia administrativa pronta y cumplida establecido en el art. 41 de la Constitución Política." (Resolución Nº 2004-01425 de las 10:15 horas del 13 de febrero del 2004). (En igual sentido resoluciones números 2004-01543 de las 12:13 horas

del 13 de febrero, 2004-01555 de las 12:25 minutos del 13 de febrero, 2004-01577 de las 12:47 horas del 13 de febrero, 2004-00658 de las 09:17 horas del 30 de enero, 2004-00773 de las 11:12 horas del 30 de enero, todas del 2004).

En cuanto al cumplimiento del plazo de los dos meses que establece el artículo 261 inciso 1) de la LGAP, también se ha estimado viable que se supere el mismo atendiendo a los siguientes factores: complejidad del asunto, la actividad procesal de la parte y la conducta de las autoridades. (Ver resolución de la Sala Constitucional Nº 9200-2000 de las 16:35 horas del 17 de octubre del 2000).

El numeral 329 inciso 3 de la LGAP establece que *"El acto final recaído fuera de plazo será válido para todo efecto legal, salvo disposición en contrario de la ley."* En relación con esta norma, la PGR ha comentado:

"B. LA COMPETENCIA NO SE EXTINGUE POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO.

(…) no podría plantearse que el transcurso de los plazos ha provocado una pérdida de la competencia. Y si la competencia no se ha extinguido, ello significa simplemente que a pesar del transcurso del plazo puede ser ejercida. Puede, entonces, emitir el acto previsto por el ordenamiento, el cual sólo será inválido si le falta un elemento sustancial. En todo caso ese elemento no será el ejercicio de la competencia dentro de los plazos por los motivos antes indicados. A lo sumo, podrá alegarse una nulidad relativa que no impide la ejecución del acto.

La Procuraduría se ha referido a supuestos similares a los que nos ocupa. En dictamen señaló:

"Ante el incumplimiento de las fechas y los plazos fijados, consideramos que el ordenamiento jurídico ofrece una solución, sobre todo en aquellos casos en los cuales la causa del incumplimiento no es imputable a los operadores jurídicos llamados a aplicar la norma jurídica. A nuestro modo de ver, la eventual incompetencia por razón del tiempo del órgano llamado a adoptar el acto, debe ceder ante la imperiosa necesidad de evitar un daño irreparable al interés público. Con base en lo anterior, existen varias razones para sostener la tesis de que la competencia se puede ejercer a pesar de que se hayan vencido las fechas o plazos.

En primer lugar, cuando se presenta un caso de fuerza mayor o fortuito o una causa irresistible - como ha acontecido en el

asunto que nos ocupa- no imputable a los operadores jurídicos llamados a dar cabal cumplimiento a la norma jurídica, se produce una situación extraordinaria o anormal, frente a la cual se debe buscar una solución extraordinaria o inusual, para evitar un grave daño al interés público. A nuestro modo de ver, los plazos o fechas ***máximas o exclusivas*** *que se encuentran en una norma jurídica, ante una situación extraordinaria que impide realizar los respectivos actos, se transforman en plazos o fechas* ***de referencia****, por lo que, una vez removido el obstáculo que impide ejercer la competencia, el órgano jurídicamente estaría habilitado para ello. En esta dirección, es plenamente aplicable el aforismo latino temporis dilationem tribuit (la dilación concede un plazo). En esta línea de pensamiento, el ordenamiento jurídico administrativo, sienta el principio de que el transcurso del plazo no extingue la competencia (artículo 63.3 de la Ley General de la Administración Pública), al tiempo que reputa válido el acto recaído fuera del plazo (artículo 329.3 del mismo cuerpo normativo)". Dictamen N° C-249-2002 de 23 de setiembre del 2002." (Dictamen Nº C-224-2005 del 17 de junio de 2005). (El destacado en negrita es del original).*

Así, lo resuelto fuera de plazo no es motivo de nulidad y afectación al debido proceso. (Véanse resoluciones de la Sala Constitucional números 2955-99 de las 10:18 horas del 23 de abril de 1999, y Nº 2001-06092 de las 16:43 horas del 5 de julio del 2001).

Con respecto a este principio, pueden tenerse como referencia las resoluciones de la Sala Constitucional números: 2003-13140 de las 14:37 horas del 12 de noviembre del 2003, 2003-01424 de las 10:46 horas del 21 de febrero del 2003, 2004-10755 de las 18:52 horas del 29 de setiembre del 2004.
C-062-2000 del 31 de marzo del 2000, C-309-2000 del 13 de diciembre de 2000, C-342-2004 del 18 de noviembre de 2004, C-373-2004 10 de diciembre del 2004; así como los dictámenes de la PGR números: C-034-1999 del 5 de febrero de 1999, C-037-1999 del 11 de febrero de 1999, C-112-2000 del 17 de mayo del 2000, C-300-2004 del 21 de octubre de 2004, C-372-2004 del 10 de diciembre del 2004.

7. Oralidad

La oralidad en el procedimiento administrativo, se manifiesta en el derecho de las partes *"a una comparecencia oral y privada con la Administración, en que se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba, siempre que la decisión final pueda causar daños graves a alguna o a todas aquellas, de conformidad con la ley."* (Artículo 218 LGAP).

En el caso del procedimiento ordinario, éste debe ser tramitado mediante una comparecencia oral y privada, a tenor de lo estipulado en los artículos 309 a 318 de la LGAP.

En virtud de que el tema de la comparecencia oral y privada será comentado en el acápite de las etapas del procedimiento, brevemente se puntualizará que el derecho de audiencia (comparecencia oral y privada a que aluden los artículos 218 y 309 de la LGAP) tiene como finalidad la evacuación de las pruebas (declaración de testigos tanto del administrado como de la Administración), y por lo tanto el administrado y su abogado -si considera pertinente contar con patrocinio letrado- pueden realizar las alegaciones de hecho y de derecho que consideren oportunas (incluso pueden aportar un escrito solicitando se tenga por incorporado a ese acto), así como la posibilidad de aportar la prueba que respalde sus afirmaciones, y la de combatir los argumentos y pruebas de cargo.

En torno a la trascendencia de la audiencia oral y privada la Sala Constitucional ha señalado:

> *" … la audiencia oral y privada regulada en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, para el efectivo ejercicio del derecho de defensa, por parte de quien, como en el caso en estudio, se ve sometido a un procedimiento disciplinario que conduce a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución. En la sentencia número 4287-93 de las 15:12 horas del primero de setiembre de 1993, se dispuso, en lo que interesa:*
> *"Así pues, se omitió la audiencia oral y privada, cuya citación debía hacerse con al menos quince días de anticipación, en donde la parte tendría el derecho de ofrecer su prueba; obtener su admisión y trámite cuando fuera pertinente y relevante; pedir confesión a la parte o testimonio a la Administración, preguntar y repreguntar a testigos y peritos, suyos o de la contraparte; aclarar, ampliar o reformar su petición o defensa inicial; proponer alternativas y sus pruebas; y formular conclusiones de hecho o de derecho en cuanto a la prueba y resultados de la comparecencia (Artículos 309, 311 y 317 del citado cuerpo normativo). De lo anterior se deriva que no basta con que la Administración asegure un mínimo de garantías al funcionario orientadas a evitar su indefensión, sino que es necesario que ajuste sus actuaciones al marco que el ordenamiento jurídico establece, como sucede en el presente caso, pues es aquel el que brinda la seguridad jurídica necesaria, en atención al funcionamiento y comportamiento que durante su desarrollo el individuo pueda esperar por parte del órgano de procedimiento. Ajustarse al marco legal, no solo opera como límite para la Administración, en cuanto*

sometimiento de esta al bloque de legalidad (Estado legal de Derecho), sino también como garantía del debido proceso, en cuanto a que el administrado o funcionario pueda ejercitar los mecanismos y oportunidades que previamente le han sido definidos por el ordenamiento jurídico." (Sala Constitucional, Resolución Nº 2003-05397 de las 14:52 horas del 24 de junio del 2003)

Sobre el tema de la audiencia puede consultarse también los dictámenes de la PGR números C-263-2004 del 09 de setiembre del 2004, C-276-2001 del 4 de octubre del 2001, C-210-2000 del 4 de setiembre del 2000, C- 034-99 del 5 de febrero y C-049-99 del 5 de marzo ambos del año 2000, y los votos de la Sala Constitucional números 1299-94 del 8 de marzo de 1994, 2723-95 del 26 de mayo, 4599-95 del 18 de agosto del año 1995, 412-99 del 22 de enero, 619-98 del 4 de febrero de 1998, 1638-99 del 5 de marzo, 1780-99 de 9 de marzo, 2883-99 del 21 de abril, 2955-99 del 23 de abril, 3574-99 del 12 de mayo, 4457-99 del 11 de junio, 5077-99 de 30 de junio del año 1999.

8. Acceso al expediente

Sustento normativo: artículos 24 y 30 de la Constitución Política y 217, 259 inciso 4, 272 a 274, y 312 de la LGAP.

Este principio regula el derecho de las partes, sus representantes y cualquier abogado que en cualquier fase del procedimiento puedan examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir su certificación -el costo de las copias y certificaciones a cargo del petente- (artículo 272 de la LGAP), con las salvedades que indica el artículo 273 de la LGAP

Según el artículo 273 no se otorgará acceso al expediente cuyo conocimiento pueda comprender lo siguiente:

a) Secretos de Estado.
b) Información confidencial de la contraparte.
c) Cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente

Se establece una presunción de que están en esa situación (no acceso al expediente) –salvo prueba en contrario- los informes para órganos consultivos, los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos y los proyectos de resolución.

La decisión de negar el acceso a partes del expediente en esos supuestos debe estar debidamente motivada, como todos los actos administrativos que se dicten.

Fuera de los casos citados en el numeral 273, la LGAP establece en el artículo 259.4 que se reputa fuerza mayor y por ende pueden suspenderse los plazos si la Administración ha negado u obstaculizado el examen del expediente.

Su formulación se extrae de la relación del artículo 30 de la Constitución Política con respecto a varios numerales de la LGAP. Las primeras de ellas tienen relación con el acceso de las partes al expediente artículos 272, 273 y 274 en relación con el numeral 217 inciso 1.

Nótese que la excepción a la regla de acceso es restrictiva a secretos de Estado o información que pueda perjudicar a una contraparte o a la propia administración. Esto último es especialmente relevante en casos de empresas denunciadas a la luz de la Ley de Protección del Consumidor y Promoción de la Competencia. *"El artículo 64 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor faculta a la Comisión para solicitar de los comerciantes información necesaria para el cumplimiento de sus competencias. Esta información puede ser solicitada en el curso de un procedimiento administrativo por denuncia pero, también con motivo del ejercicio de las otras competencias de la Comisión."* (Dictamen N° C-344-2001 del 12 de diciembre de 2001).

Al respecto, la Sala Constitucional ha precisado:

> *"...Hay que advertir que la privacidad y la confidencialidad de los datos o información que una empresa presente al órgano público no se pierde, porque ese tipo de información queda protegida por la propia disposición de la ley (artículo 273, Ley General de la Administración Pública). Una cosa es, pues, el derecho y la legitimación de un órgano del Estado para contar y tener la información necesaria proveniente de una empresa privada a los fines pertinentes, y otra muy diferente es que de ahí se derive un derecho para terceros de tener acceso a esa información" (N° 2351-94 de las 14:39 hrs. del 17 de mayo de 1994).*

También debe relacionarse este principio con la obligación que tiene la Administración de informar adecuadamente al administrado sobre la prueba que obra en el expediente, con el fin de garantizar la efectividad de la audiencia oral (artículo 312).

Como complemento de este principio, es claro que la debida comunicación de los actos del procedimiento permitirán alertar a la parte sobre la introducción de pruebas, dictámenes, informes y otros documentos que sean de su interés para el debido ejercicio de su defensa, o bien, para asegurarse que sus propuestas de prueba fueron no solo aceptadas, sino que además surtieron los efectos de que la prueba efectivamente se evacuó.

Es importante hacer referencia que no se puede alegar denegatoria de acceso al expediente en aquellos casos en que el investigado es suspendido de su cargo y alega que no puede ingresar a las fuentes donde radican las pruebas. En ese sentido, la Sala Constitucional ha concluido:

> *"En cuanto al impedimento de acceso a los lugares reservados para el personal en servicio y vedados al recurrente, es menester indicarle al petente que por encontrarse suspendido en el ejercicio de sus funciones con goce de salario en razón de una falta que se estaba investigando, las instituciones en resguardo de sus intereses puede limitar el acceso de los funcionarios investigados con el fin de perpetuar el correcto desenvolvimiento del proceso de investigación sin que se facilite la distracción o incorporación de pruebas que de una u otra forma puedan alterar el resultado del proceso y con ello el fin último de este cual es la verdad real. Amén de lo anterior, nada le impedía al recurrente indicar a la administración el lugar donde se encontraba la prueba de descargo a fin de que ésta, en su presencia, procediera a recolectarla e incluirla en el expediente administrativo correspondiente." (Resolución Nº 742-98de las 13:09 horas del 6 de febrero de 1998).*

"Como lo afirma DROMI: "La forma escrita es el modo regular y ordinario como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa y del interesado en el procedimiento administrativo" (DROMI, Roberto. "El Procedimiento Administrativo", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 129) y la oralidad es un significativo complemento. Por ello, durante el curso del procedimiento, es deber de la Administración conformar un expediente administrativo de todas las actuaciones sucesivas que se presenten; como tal, el expediente es una pieza indispensable que además de guardar un orden riguroso de presentación (art. 292 Ibídem), debe plasmar con la debida precisión los actos de procedimiento adoptados en el transcurso del mismo, incluidas las actas de notificación respectivas, debidamente diligenciadas." (Dictamen N° C-219-2005 del 14 de junio del 2005).

La PGR ha sido conteste en afirmar que *"(…) conforma parte de la garantía constitucional citada [el debido proceso] el orden en la tramitación del procedimiento."* (Véase al respecto, verbigracia opinión jurídica N° O.J.-060-98 del 15 de julio de 1998, y los dictámenes números C-210-00 del 4 de setiembre y C-290-2000 del 20 de noviembre ambos del año 2000, C-263-2004 del 09 de setiembre del 2004).

En relación con el tema del acceso al expediente y sus piezas la Procuraduría – ampliamente- en la opinión jurídica N° OJ-100-2001, del 19 de julio del 2001, comentó:

"(…) excluyen del Derecho de acceso a la información por parte de particulares a un expediente administrativo – que para esos efectos se restringe a las partes, sus representantes y abogados – además de la información privada de las partes o de terceros y los secretos de Estado, los documentos de importancia vital para la Administración, en el entendido de que estos gozarán tan sólo de una confidencialidad temporal, en los términos señalados por la Sala Constitucional, en el Voto Nº1016-91 de las 14:08 horas del 6 de junio de 1991:

"I.- En forma reiterada ha indicado esta Sala que el artículo 27 de la Constitución Política, en relación con el 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se refieren al derecho de los habitantes de ser informados sobre asuntos de su interés. ***Si la información se refiere a asuntos de interés público, el único límite que establece la misma Constitución es el referente a los secretos de Estado; más si es de interés individual, el artículo 272 de la Ley General de la Administración regula quiénes podrán pedir información y certificación de los expedientes administrativos y en qué casos la información puede ser denegada****. Al tenor de lo establecido en el artículo 273 ibídem, la Administración Pública podrá negar información* ***cuando las piezas confieran un privilegio indebido u oportunidad para dañar ilegítimamente a la administración, a la contraparte o a terceros. Establece la ley que se presumen en esta situación, los informes para órganos consultivos y los dictámenes antes de que hayan sido rendidos, así como los proyectos de resolución****… II.- Estima la Sala que el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, no se encontraba en ninguno de los supuestos del artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública, por lo que la denegatoria de la información solicitada por el recurrente lesiona su derecho constitucional a recibir información. En efecto, el artículo de comentario indica varios supuestos en los que los entes públicos, pueden negar la información y el primero de ellos se refiere a los proyectos de resolución.* ***Para la Sala esta privacidad que establece la ley es temporal y debe entenderse referida tanto al proyecto de resolución como a aquellos documentos internos de mero trámite y que no hayan sido incorporados al expediente administrativo. Es decir: todos los documentos pierden su privacidad momentánea y la Administración se encuentra obligada a informar sobre ellos desde el momento en que son o deben ser aportados al expediente****. En este mismo sentido la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece en sus artículos 40 y 49 la obligación administrativa de mostrar todas las piezas del expediente, sin que dictado o*

no el acto final, la Administración pueda negarse por ningún motivo a la presentación de documentos requeridos por los interesados. En lo atinente a la privacidad de los informes de órganos consultivos y a los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos -en Sede Administrativa- debe indicarse ***que también gozan de privacidad temporal, estando obligada la administración a mostrarlos una vez que hayan sido rendidos a su destinatario****… III.- En el presente caso no nos encontramos ante ningún dictamen de tipo consultivo que deba ser rendido y cuyo conocimiento pueda producir desventajas a las partes en el proceso; tampoco estamos en presencia de un proyecto de resolución final en los términos antes indicados, por lo que no se produce ninguno de los supuestos de privacidad de los documentos del artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública. El actuar administrativo resulta así, lesivo al derecho constitucional de información del accionante, por lo que el recurso debe ser acogido, ordenándose a los recurridos proceder a brindar la información solicitada." (El destacado no es del original).*

En tanto que, en los Votos Nº455-91 de las 15:02 horas del 27 de febrero 1991, la Sala interpretó que el supratranscrito artículo 273 limita el acceso a los expedientes administrativos que se encuentren en trámite:

"…También alega la accionante que ha existido violación de lo que dispone el artículo 30 de la Constitución Política pues no se le facilitaron algunos de los documentos solicitados. Por su parte, ***el recurrido fundamenta su actuación en lo dispuesto por el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública, norma que establece los casos en que la Administración no permitirá el acceso a las piezas de un expediente. Sin embargo, dicha norma limita el acceso a los expedientes que se originen en un proceso administrativo en trámite****, supuesto que no es del presente caso. La recurrente pretende obtener información que le permita defender los derechos que considera lesionados debido a la decisión de la Oficina del Arroz de prescindir de sus servicios como abogada. Dichos documentos no son parte de un expediente relativo a un procedimiento en trámite ya que no se está desarrollando ningún procedimiento administrativo en que la accionante sea parte y por el cual requiera ella la información. Por el contrario, su despido ya se realizó y, según se desprende de sus escritos, su interés es iniciar gestiones para exigir la protección de derechos que considera violados…" (El destacado no es del original).*

En esa línea de pensamiento, también se emitió el Voto N°2102-94 de la misma Sala de las 11:48 horas del 29 de abril de 1994, en que se dispuso:
"Los recurrentes pretenden sea tutelado su derecho fundamental consagrado en el artículo 30 de la Constitución, de libre acceso a la información que consta en los departamentos administrativos, en relación con dos situaciones. La primera de ellas se refiere al acceso al expediente en que se tramita las negociaciones entre el Instituto recurrido y la Universidad de Costa Rica a efectos de reconocer los estudiados brindados en el ente, como de posgrado. Al momento de la solicitud de los recurrentes, la negociación no había concluido y como bien lo señala el informante, los documentos les serían asequibles, una vez tomado un acuerdo, lo cual no infringió el derecho fundamental en cuestión, pues el artículo 273.2 de la Ley General de la Administración Pública, dentro de las limitaciones al acceso al expediente y sus piezas otorga el carácter de confidencial a los proyectos de resolución, a los informes para órganos consultivos y a los dictámenes antes que hayan sido rendidos. ***Carácter que es asimilable al del trámite o actos preparatorios de un convenio****, debiendo por tanto, sobre este extremo, declararse sin lugar el recurso. (El destacado no es del original).*

Haciendo eco del anterior criterio, la PGRal analizar las normas de comentario de la Ley General de Administración Pública, manifestó:

"Conforme los principios constitucionales a que se hizo referencia en el acápite anterior, la actuación administrativa se rige por el principio de publicidad... La aplicación de tal principio podría llevar a considerar que cualquier persona puede obtener información respecto de los documentos que formen parte de los expedientes que levante la Administración. Y es que, como tesis de principio, cabe afirmar que los expedientes administrativos son documentos públicos, sujetos a lo dispuesto en el artículo 30 constitucional. Se afirma, así, la regla de la publicidad de las piezas, documentos que formen el expediente. Afirmación que requiere dos precisiones... La primera concierne al límite señalado en el acápite anterior; es decir, la publicidad se comprende en tanto exista un interés público por lo que si en el expediente constan documentos privados o información que sólo es de interés privado, no existe derecho de acceso a esa información, aún cuando conste en el expediente administrativo... En segundo térmiNº.. debe diferenciarse entre los expedientes en trámite y los expedientes concluidos. El derecho de acceso existe en tanto los expedientes se refieran a procedimientos terminados y

a condición de que esa publicidad no afecte el derecho de intimidad de las partes, por contener datos que puedan afectar su honor, prestigio, etc. Razones que también justifican la exclusión que diversos ordenamientos establecen respecto del acceso a los expedientes que están en trámite. Aspecto que no es extraño a nuestras leyes administrativas, puesto que la Ley General de la Administración Pública contempla disposiciones que regulan y limitan dicho acceso (...) El amplio derecho de acceso al expediente y sus piezas por las partes, sus representantes y cualquier abogado, reconocido en el artículo 272, es limitado en el numeral 273 en los casos de información "confidencial " de la contraparte o cuando el conocimiento de la información suministrada por ésta, aun cuando no sea confidencial, coloque a la contraparte en una posición de ventaja que le permita ocasionar daños ilegítimos. La negativa de dar acceso al expediente debe ser motivada (art. 274 de la misma Ley)." (Dictamen C-94-97 del 12 de junio de 1997, en igual sentido el Dictamen C-124-99 del 17 de junio de 1999).

"Conforme a la reiteración jurisprudencia de la PGR de la República, expresada en el dictamen C-124-99, respecto de los expedientes concluidos, existe derecho de acceso a la información, siempre que la publicidad no afecte el honor y el prestigio de las partes; y tratándose de expedientes en trámite debe estarse, fundamentalmente, a lo dispuesto en el artículo 272 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública." (C-248-99 del 21 de diciembre de 1999).

Sin embargo, a nuestro parecer, ha sido el voto Nº880-90 de las 14:25 horas del 1º de agosto de 1990, la piedra angular sobre la cual se ha construido y demarcado a la vez, el ámbito dentro del cual el particular puede requerir información de la Administración:

"Dos únicas limitaciones contempla el artículo 30 de nuestra Constitución Política en cuanto a obtener información de los departamentos administrativos: a) que el ***asunto*** *sobre el que se requiera información sea de* ***interés público*** *y b)* ***que no se trate de un secreto de Estado.*** *Desde luego el segundo supuesto -para los efectos del recurso- queda descartado,* ***toda vez que éste solamente se refiere a asuntos de seguridad, de defensa o de relaciones exteriores de la Nación****. Para efectos de una correcta resolución, en el caso, cabe advertir que si bien las normas y principios constitucionales atinentes deben apreciarse en su conjunto- ante el planteamiento determinado- y no aisladamente, para su correcta aplicación* ***debe estarse también a la***

***calidad o no de funcionario público que la persona, de quien se solicita información, tenga**. **Así el derecho a la información sobre determinada actividad, ventaja o derecho que un particular ostente estaría vedado por lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política**, cosa que no sucede en cuanto al funcionario público, por el evidente interés que para la comunidad representa el poder estar debidamente informada de su actividad, del buen o mal desempeño en el ejercicio de su cargo, de las ventajas o no que el nombramiento conlleva y de los derechos que como tal obtiene, fundamentalmente en cuanto éstos sean de índole económica -salarios, en dinero o en especie, pluses, dietas, etcétera- pues en tratándose de fondos públicos son los administrados en general - o como usuarios del servicio - los que los pagan con sus contribuciones y tienen el derecho de saber cómo se administran y se gastan éstos. Toda la actividad del funcionario público es evidentemente de interés público -no sólo en buena lógica- sino por propia definición del artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, ya que el desempeñó de sus funciones debe estar encaminado primordialmente a la satisfacción de aquél y en cuanto se separe de aquella finalidad -que le envuelve como tal- estaría faltando a lo que constituye la esencia de su función. **Sería conveniente, tal vez, para algunos funcionarios que pasara inadvertida su actividad, para que ésta no pudiera ser calificada así por la colectividad, pero desde la aceptación del cargo ello no es posible pues sobre aquella conveniencia privan los valores de seguridad jurídica y de justicia**, no sólo para la comunidad sino también para todos y cada uno de los individuos que la forman -que en todo caso deben ser considerados como representantes de aquélla, de la que el funcionario depende- y acto de justicia es el derecho a saber cómo se emplean y el destino que se da a los recursos que esa colectividad aporta y que hacen posible la retribución por sus servicios al "servidor público". **Conlleva pues, lo expuesto, el derecho que tiene todo administrado de obtener información en cuanto se refiera a la actividad del funcionario en el desempeño de sus funciones, de sus emolumentos y de la forma en que se administran los fondos públicos en general y la obligación del servidor público de rendirlos a la comunidad -y a cualquier ciudadano como representante de aquélla- de quien el funcionario depende, con la única salvedad de que se trate de un secreto de Estado o de información suministrada a la administración por particulares, para gestiones determinadas, que conservarán siempre su confidencialidad siempre y cuando ésta esté constitucional o legalmente protegida**..." (ver en igual*

sentido, los Votos números 249-91 de las 15:58 horas del 1 de febrero, Nº258-91 de las 16:28 horas del 1 de febrero, y 455-91 de las 15:02 horas del 27 de febrero, todas del año 1991). El destacado no es del original.

Conforme al texto anterior, a la Administración Pública le esta vedado brindar información confidencial o privada de particulares a terceros - incluso, a otros órganos del Estado, salvo algunas excepciones de ley - y a su vez, negarse a otorgar información que tenga un carácter público, salvo cuando se trate de Secretos de Estado, que según la propia Sala Constitucional se reduce a las materias de seguridad, de defensa o de relaciones exteriores de la Nación.

De allí, que sea dable afirmar en principio, que serán documentos confidenciales los de carácter privado y aquellos públicos catalogados como secretos de Estado (ver Dictámenes C-126-87 del 17 de junio de 1987 y C-127-83 del 2 de mayo de 1983).

Naturalmente, al estar sometida toda la Administración Pública al principio de legalidad, otra limitación la va a constituir el propio ordenamiento jurídico, tal como, lo indicó la Sala Constitucional en la sentencia N°598-90 de las 14:25 horas del 30 de mayo de 1990:

"…Ha sostenido esta Sala, que el derecho de petición… consagrado en el artículo 27 de nuestra Constitución Política, lo que garantiza es la posibilidad que tiene todo ciudadano de tener acceso a la información que, ***dentro del marco de la legalidad****, puedan brindar los órganos y entes a los cuales se les solicite..." (Ver en igual sentido, el Voto Nº934-93 de las 14:06 horas del 22 de febrero de 1993). El destacado no es del original.*

Por su parte, la jurisprudencia administrativa vertida por este órgano asesor hace acopio de los precedentes sentados por la Sala Constitucional, al fijar las mismas limitaciones del citado voto Nº880-90:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución Política, todo individuo tiene derecho a acudir a una oficina pública para consultar documentos públicos e informarse sobre datos de interés público, excepto si se tratare de un secreto de Estado, o de documentos privados; estos últimos en cuanto protegidos por el artículo 24 constitucional... Empero, el deber de informar por parte de los organismos públicos y el derecho de informarse por los particulares ceden

cuando se trata de asuntos de interés privado, aún cuando sean de conocimiento de órganos o entes públicos... En relación con el derecho de acceso a las oficinas públicas, se ha planteado el tema del conocimiento de hechos, actuaciones y documentos que estando en posesión de una dependencia administrativa podrían ser de interés privado. Es decir, se reconoce que no todos los asuntos que conocen las oficinas administrativas son de claro interés público, por una parte, y que no siempre existe un interés público en informarse sobre asuntos administrativos de competencia de las citadas oficinas, por otra parte. Así, podría suceder que la información que un organismo público posee sobre una persona privada sea de interés privado y que, por principio, goce del privilegio de la confidencialidad. No puede desconocerse, empero, que la ley puede calificar de pública la información, estableciendo el deber de suministrarla a terceros…" (Dictamen C-148-94 del 12 de setiembre de 1994, ver en ese sentido, los pronunciamientos C-127-83 de 2 de mayo de 1983, C-172-90 del 16 de octubre de 1990, C-126-93 y C-130-93 del 17 y 28 de setiembre de 1993, respectivamente, C-47-94 del 17 de marzo de 1994, C-87-1994 del 31 de mayo de 1994, C-050-95 del 15 de marzo de 1995, C-137-95 del 14 de junio de 1995, C-184-98 del 2 de setiembre de 1998, C-222-98 del 24 de octubre de 1998, C-018-99 del 26 de enero de 1999, C-248-99 del 21 de diciembre de 1999, OJ-001-99 del 5 de enero de 1999, OJ-111-99 del 16 de setiembre de 1999, entre otros).

Asimismo, en el Dictamen C-221-95 del 10 de octubre de 1995, se sostuvo:

"Como puede observarse, frente a la garantía de inviolabilidad de los documentos privados surge, también con rango constitucional, la de libre acceso a los documentos públicos; de suerte tal, que la regla es la confidencialidad de los privados y la publicidad de los documentos públicos… Empero, dicha publicidad declina ante los secretos de Estado y, además, tratándose de información que -aunque conste en documentos o registros públicos- sea de interés privado… Ciertamente, el ordenamiento jurídico cobija a algunos tipos de información con dicho privilegio de la confidencialidad, sentando con ello la presunción de que la misma sólo concierne al interés privado, y excluyendo en principio su conocimiento y difusión públicos (así, v. gr., en relación con determinada información bancaria y tributaria)... Determinaciones de esa naturaleza están indudablemente animadas por el deseo de proteger valores dignos de la mayor tutela, como lo serían el derecho a la intimidad y la defensa de intereses profesionales o empresariales…"

Hasta acá, queda claro que aparte del marco de legalidad, la Administración encuentra como límites para dar a conocer información a terceros, el interés público que revista la información solicitada y los secretos de Estado. Valga, detenerse brevemente en el estudio de estas dos figuras.

Tal como, lo ha sostenido la PGR en el ya citado Dictamen C—94-97, la "...necesidad de apreciar el carácter público del interés deriva, en efecto, del hecho de que en los despachos administrativos puede tramitarse o constar información de interés privado y documentos privados, los cuales están protegidos por los derechos constitucionales de "intimidad" y de privacidad de los documentos privados". La Administración Pública está impedida de suministrar esos documentos e información a terceros, salvo que cuente con el consentimiento del titular del derecho constitucionalmente protegido: el derecho a la información está limitado por el derecho a la intimidad. Debe considerarse que el avance de la técnica, de los medios de comunicación y el reconocimiento a la vida privada extienden los contornos de la protección a la intimidad, abarcando diversas manifestaciones de la vida privada (económicas, ejercicio profesional, comerciales, etc.). Aspectos que sólo podrían trascender a terceros si existe un evidente interés público en esa información…"

A partir de una sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia – cuando ejercía las labores de Tribunal Constitucional – se ha basado la PGR en copiosos pronunciamientos para darle contenido al concepto de interés público:

"En lo que ahora interesa, el artículo 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, lo que a contrario sensu significa que esa garantía no comprende los asuntos de interés privado. Corrientemente se define el interés privado como : l°- la conveniencia individual de una persona frente a otra, y 2°- el bien de los particulares contrapuesto al de la colectividad, al social. Por su parte, el interés público es la utilidad, la conveniencia de la colectividad o sociedad ante los particulares, o de los más ante los menos; también se le entiende como conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material..." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N. 29 de las 14:30 hrs del 13 de abril de 1984 (...) Conforme lo cual, el asunto de interés privado es el que no concierne a la colectividad y solo es de conveniencia individual. Por el contrario, habrá interés público si la información es útil a la colectividad. Pero en la medida en

que una información sólo sea necesaria y útil para un particular, no puede concluirse que sea de interés público. Lo anterior no significa, empero, que cualquier persona pueda tener acceso a esa información, porque si la Constitución o la ley la califican como confidencial gozará de la protección correspondiente, no pudiendo ser divulgada salvo autorización del interesado o de darse los supuestos establecidos en el artículo 24 de la Carta Política, que entre otros aspectos protege el derecho de intimidad y la vida privada de los habitantes de la República." (Dictamen C-130-93 del 28 de setiembre de 1993, ver en ese sentido, los pronunciamientos C-126-93, C-148-94, C-137-95 y OJ-001-99, entre otros).
De igual forma, en el Dictamen C-246-95 del 29 de noviembre de 1995, se manifiesta:

"El principio es que toda información que es de interés de la colectividad debe ser suministrada al que la solicita. No obstante, ese derecho cede en frente del derecho de intimidad y de la inviolabilidad de los documentos privados… Existe un derecho a obtener toda información de "interés público" que no constituya secreto de Estado. El interés público, principio de "orden y de unidad", es aquél de la colectividad política en tanto que comunidad. Es en esa dimensión que se afirma que el interés público transciende los intereses particulares. Y es en virtud de esa trascendencia que se impone a los intereses privados, ya que no es la suma de éstos intereses sino su transposición... la información de interés público es aquélla que interesa y es útil a la colectividad y no sólo a un individuo o individuos determinados o que es de conveniencia particular. No basta, entonces, que exista un interés particular en el conocimiento de determinados asuntos, sino que es necesario que haya un interés colectivo en ese conocimiento. Y es que no puede desconocerse que no todos los documentos o informes que están en posesión de una oficina pública son de interés público."

De ahí, que se haya afirmado por este órgano asesor "...que en presencia del interés público, el derecho de información de los ciudadanos prevalece sobre la obligación de confidencialidad y el derecho a la intimidad." (Dictamen C-148-94).

En una postura similar a la de la Procuraduría, la Sala Constitucional ha concebido la información de Interés Público de la siguiente forma:

"Este caso presenta un conflicto entre el derecho a la información sobre asuntos de interés público, con el derecho a la privacidad de la información suministrada a la Caja

Costarricense de Seguro Social, garantizada por el artículo 63 de la Ley Constitutiva de esa Institución. Sin embargo, de la simple lectura del artículo 30 de la Constitución, se concluye que el derecho a la información existente en una oficina o departamento administrativo ***esta calificado por su naturaleza pública. Esto es, que los datos requeridos por la persona sean aquéllos relacionados con el funcionamiento de la institución, de sus políticas, del uso de fondos públicos****, etc. Pero, por exclusión,* ***aquéllos asuntos en los que solamente un empleado*** *o una persona que usa los servicios que presta la C.C.S.S.* ***está interesado****, es decir que es información confidencial por su naturaleza, la que además está protegida por ley, y no es sino al gestionante o a la persona de que se trata a quien afecta, o a la institución misma para resolver alguna gestión, no está contemplada por la garantía del artículo 30 de la Constitución." (Voto Nº2251-91 de las 15:06 horas del 5 de noviembre de 1991, ver del mismo modo, el ya citado Voto Nº8121-97). El destacado no es del original.*

También resulta muy ilustrativo, el Voto Nº934-93 de las 14:06 horas del 22 de febrero de 1993, que además sienta importantes bases en torno al manejo de los datos personales por parte del Estado, tema al que nos referiremos con mayor detalle en el aparte siguiente:

"El derecho de solicitar a las autoridades públicas información otorgado por el artículo 27 de la Constitución a todas las personas que habiten nuestro territorio, no es irrestricto. Por una parte, ***lo limita el contenido de la información que se procura obtener según lo reglado por el artículo 30 que circunscribe ese derecho de petición y de acceso a los dependencias públicas, a la información "de interés público"****; y por la otra la privacidad, la libertad y el secreto de comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo; de documentos privados protegidas por el artículo 24… De la interpretación armónica de estas tres normas, se concluye, con meridiana claridad,* ***que aún cuando estén en poder del Estado, algunos documentos conservan su carácter de privados, en la medida en que el interesado los ha suministrado a una oficina pública con el fin de producir de la administración algún resultado definido*** *como lo sería una solicitud de concesión; o por serle exigido para cumplir con la ley, como el caso de la información tributaria.* ***La información solicitada por la persona, debe asimismo ser de interés público, entendido como todo asunto relacionado con la marcha de la institución de que se trate, con las salvedades que se dirán. El interés***

público de la información guardada en una oficina del Estado, evidentemente tiene relación con la actividad ordinaria del ente que de esa actividad se trate, según las definiciones constitucional y legislativa que se haya hecho, y esto en relación con los aspectos propios de la función administrativa*, excluyéndose los datos sobre actividades privadas desplegadas en relación con el ente público. Así, puede existir información que sólo interesa al ciudadano que ha contratado o en alguna forma interactuado con el Estado o en una de sus dependencias,* ***y que fue suministrada únicamente con un fin determinado, más no para ser difundida a terceros****… La información que puede ser suministrada a cualquier persona, entonces, es aquélla en la que* ***la colectividad tiene interés por estar vinculada a la marcha de las instituciones estatales****, razón de ser de las dos normas constitucionales citadas, la número 27 y la número 32, puesto que el legislador constituyente abrió las oficinas públicas que llamó -"departamentos administrativos" para permitir la fiscalización ciudadana y también por ello le garantizó a todos el derecho de exigir la información pública;* ***aparte de que creó la obligación correlativa de los todos los empleados del Estado de brindar esa información de manera expedita****." (El destacado no es del original).*

En lo que atañe al Secreto de Estado, las democracias modernas lo conciben como una excepción al Derecho Fundamental a la Información, al tener que prevalecer siempre la transparencia en las actuaciones del poder público y el principio de publicidad (Ver ***CÓRDOBA ORTEGA Jorge****, El Libre Acceso a los Departamentos Administrativos y el Secreto de Estado, op.cit., p.54). Tal como, se señaló ut supra, nuestro Tribunal Constitucional ha reducido el secreto de Estado a las materias de seguridad, de defensa o de relaciones exteriores de la Nación, con fundamento en el numeral 121 inciso 24 de la Constitución Política:*

"ARTÍCULO 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

(...)

24) Formular interpelaciones a los Ministros de Gobierno, y además, por dos tercios de votos presentes, censurar a los mismos funcionarios, cuando a juicio de la Asamblea fueren culpables de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos.

Se exceptúan de ambos casos, los asuntos en tramitación de carácter diplomático o que se refieran a operaciones militares pendientes*." (El destacado no es del original).*
El legislador se ha encargado de darle un tratamiento en diversas leyes, sin que se aclare adecuadamente, ciertas nociones que adolecen de un acentuado grado de ambigüedad e indeterminación (verbigracia, asuntos de seguridad, de defensa). Así, se tiene el caso de los numerales 286 y 287 del Código Penal (Ley Nº4573 del 4 de mayo de 1970 y sus reformas) que rezan:
"Revelación de secretos.

ARTÍCULO 286.- Será reprimido con prisión de uno a seis años al que revelare secretos políticos o de seguridad, concernientes a los medios de defensa o las relaciones exteriores de la Nación." (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley Nº7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 284 al 286)

"Revelación por culpa.

ARTÍCULO 287.- Será reprimido con prisión de un mes a un año al que, por culpa, revelare hechos o datos o diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, de los que se hallare en posesión en virtud de su empleo, oficio o de un contrato oficial." (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley Nº7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 285 al 287)

También, la Ley del Sistema Nacional de Archivos, Nº7202 del 24 de octubre de 1990, que crea el Sistema Nacional de Archivos, compuesto por el conjunto de los archivos públicos de nuestro país, y por los privados y particulares que se integren a él (artículo 1º), hace alusión en su artículo 10 a la figura de comentario, al establecer que un documento que ha sido declarado como secreto de Estado, dejará de tener esa condición luego de transcurrido un plazo de 30 años desde su producción:

"Artículo 10.- Se garantiza el libre acceso a todos los documentos que produzcan o custodien las instituciones a las que se refiere el artículo 2 de esta ley. ***Cuando se trate de documentos declarados secreto de Estado*** *o de acceso restringido,* ***perderán esa condición después de treinta años de haber sido producidos, y podrán facilitarse para investigaciones de carácter científico-cultural, debidamente comprobadas, siempre que no se irrespeten***

***otros derechos constitucionales**." (El destacado no es del original).*

Si bien resulta encomiable que al Estado no se le permita tener indefinidamente información fuera del alcance de la opinión pública, queda la duda acerca de si no resulta contradictorio con el Derecho Constitucional de Información que documentos que ya no tienen el carácter de confidenciales, se les restrinja su acceso al particular, al tener que demostrar "debidamente" que van a ser utilizados exclusivamente para investigaciones científico-culturales. Respecto al plazo de 30 años que el artículo de comentario prevé, se plantea el problema en torno a si dicho plazo no irá en detrimento de acciones de índole civil contra el Estado o incluso penales, cuando la documentación que en su momento se consideró confidencial tenga información que revele alguna falta grave de algún funcionario en perjuicio de un administrado, tomando en cuenta que tanto en materia penal como de responsabilidad civil de la Administración, el cómputo de la prescripción para entablar las acciones respectivas – de apenas 4 años en la civil de hacienda - inicia a partir del día en que acontecieron los hechos (artículos 32 del Código Procesal Penal y 198 de la Ley General de Administración Pública).

De ahí la importancia, que se establezca una ley marco que garantice el uso excepcional de esta figura a favor del Estado, por las repercusiones civiles que tiene sobre la ciudadanía.

Por fin, la Ley General de Policía, Nº7410 del 26 de mayo de 1994, dirigida a garantizar la seguridad pública, así como la tranquilidad y el libre disfrute de las libertades públicas, hace mención de los secretos de Estado en su numeral 16, nuevamente, sin definir su contenido o sentar las bases generales que limiten la discrecionalidad de la Administración en esta materia:

"ARTÍCULO 16.- DOCUMENTOS CONFIDENCIALES Y SECRETOS DE ESTADO.

Los informes y los documentos internos de la Dirección de Seguridad del Estado son confidenciales. Podrán declararse secreto de Estado, mediante resolución del Presidente de la República."

A este respecto, nos permitimos hacer eco de las palabras del autor Córdoba Ortega, quien en un análisis de las implicaciones de esta norma sostuvo:

"Lo interesante de esta norma, es que le otorga la potestad al Presidente de la República para que mediante resolución declare informes y documentos internos de la Dirección de Seguridad del Estado, cuya naturaleza es confidencial, en secretos del Estado… Dicha norma, pudo haberse constituido en una base jurídica, para declarar secreto de Estado todos aquellos asuntos, hechos, documentos o informes; relacionados con la seguridad del Estado (interna o externa), si no se hubiera limitado la misma únicamente a todos los informes y documentos internos de la Dirección de Seguridad, de ahí, que creamos que no existe todavía ninguna norma de rango legal, cuya naturaleza sea general, que legitime directamente al Poder Ejecutivo para que determine qué casos concretos pueden ser considerados secreto de Estado." (Ver ***CÓRDOBA ORTEGA Jorge****, El Libre Acceso a los Departamentos Administrativos y el Secreto de Estado, op.cit., pp.77-78).*

La PGR al analizar en la Opinión Jurídica-111-99 del 16 de setiembre de 1999, el caso concreto de los asuntos atinentes a las relaciones exteriores que se podrían considerar como Secretos de Estado, sostuvo:

"El derecho constitucional a la información sobre asuntos de interés público cede cuando se trate de secretos de Estado (…) que han sido identificado como los asuntos concernientes a la seguridad, los medios de defensa y las relaciones diplomáticas. La circunstancia de que un hecho, informe o documento constituya un secreto de Estado, por concernir esas materias, actúa como una restricción a los derechos constitucionales de petición y de libre acceso a las dependencias públicas en búsqueda de información… ***Es de advertir que la definición del concepto "secreto de Estado" y las materias que lo abarcan está reservada a normas jurídicas superiores, pero la declaratoria de determinada información sobre esas materias como secreto de Estado corresponde al Poder Ejecutivo. Es éste quien debe valorar si se justifica la declaratoria de secreto de Estado respecto a una concreta información****… El núcleo central de la confidencialidad de la información de su Despacho es, entonces, lo referente a las relaciones diplomáticos: política exterior del país en un determinado ámbito, relaciones con otros Estado, conflictos internos que puedan incidir en la posición del Estado costarricense****, por ejemplo. Campo respecto del cual debe también tomarse en cuenta la protección internacional a las comunicaciones entre el Estado y sus misiones diplomáticas." (El destacado no es del original).*

Anteriormente, había concluido respecto al secreto de Estado:

"...La regulación del acceso a la información y de los límites al ejercicio de este derecho fundamental está reservada a la ley... Por consiguiente, para determinar que una información es confidencial o en su caso, que configura un secreto de Estado, así como las restricciones fundadas en el orden público se requiere una ley que regule el punto... La competencia del Poder Ejecutivo debe limitarse a determinar si en un caso concreto, dados los supuestos legalmente establecidos, se está en presencia de un secreto de Estado o si la restricción a la información tiene asidero en los derechos de un tercero o en el orden público, según lo dispuesto por el legislador." (Dictamen C-239-95 del 21 de noviembre de 1995).

Aparte de las limitaciones indicadas, tanto este órgano asesor como la Sala Constitucional han coincidido en otras dos que también restringen el Derecho de un particular a solicitar información a organismos públicos, que consisten en el orden público y en la razonabilidad de la gestión del ciudadanº Respecto, a la primera la PGRen el citado pronunciamiento OJ-111-99 indicó:

"…el derecho de las partes de acceder al expediente no es absoluto y... en todo caso, ese derecho no puede ser ejercido como medio de ocasionar daños a la Administración, que ésta no está obligada a soportar. Limitación legal que podría tener como fundamento la necesidad de preservar el orden público, el cual también se constituye en un límite al ejercicio de este derecho fundamental, según lo precisó el Tribunal Constitucional en su resolución N. 5393-97 de 15:18 hrs. del 5 de setiembre de 1997: "...Y a juicio de la Sala, tampoco es posible interpretar la garantía de libre acceso anteponiéndose a otros altos intereses del Estado que la Constitución también protege, como son los relativos al orden público, tal cual ocurre con el artículo 28, el cual dispone que "las acciones que no dañen la moral o el orden públicos o no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley". En el Considerando XIII de esa sentencia se agrega: "Ese texto constitucional se refiere a las leyes; pero con más autoridad que cualquier norma legislativa, el propio artículo 28 está señalando límites al régimen de los derechos constitucionales, siempre que la moral o el orden público o la necesidad de evitar perjuicios a terceros, constituyen razón para restringir el ejercicio de esos derechos. Por consiguiente, cuando esté de por medio el orden público habrá motivo legítimo para restringir el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de

información, pues la revelación o divulgación del asunto puede alterar gravemente el funcionamiento de los órganos públicos o producir consecuencias dañosas para la paz de la Nación y el bienestar general", y por orden público entiende la sentencia el concepto que se expresó en resolución de la Corte Plena a las ocho horas del primero de setiembre de mil novecientos ochenta y dos, al decir que "es el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y su funcionamiento, y, por otra, conciernen a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar en la convivencia social". Esta jurisprudencia, que atañe a un ámbito excepcional, es acogida por la Sala, haciéndola suya". (Ver en igual sentido Dictamen C-172-90 del 16 de octubre de 1990).

Además, de la sentencia que se cita en el texto recién transcrito, la Sala Constitucional en la ya mencionada resolución N°2102-94 manifestó:

"La segunda circunstancia que reclaman los recurrentes, es la denegatoria de acceso a los expedientes de los alumnos más recientes del Instituto, a fin de constatar si reunían o no los requisitos necesarios para ingresar al centro educativo. Al respecto, alega el Director del Instituto, que dichos expedientes son confidenciales, pues contienen datos personales de los alumnos. Sin embargo, este argumento no es de recibo para la Sala, pues la información que contengan los expedientes del Instituto sobre sus estudiantes, precisamente debe versar sobre su relación con el ente, incluido obviamente la constatación de los requisitos para ser admitido, ***no existiendo la justificación de la confidencialidad****, que solo en casos de secretos de Estado* ***o por razones de orden público*** ***puede esgrimirse como frontera del derecho al libre acceso a la información que conste en los departamentos públicos****." (El destacado no es del original).*

En cuanto a la razonabilidad de la solicitud de información por parte del particular, en el citado Voto Nº5354-98 la Sala Constitucional había indicado que ***"...la libertad de petición debe ejercerse de manera razonable,*** *por lo que las gestiones deben dirigirse a las entidades públicas competentes para responder o resolver sobre lo pedido y debe acreditarse el interés que se tiene en obtener la información solicitada, de manera tal que no se trata sólo de que los ciudadanos pidan en forma caprichosa o arbitraria información diversa sino que* ***debe existir un motivo razonable que justifique la petición pues no resulta lógico pretender que los funcionarios públicos destinen su tiempo a dar respuesta a gestiones***

***carentes de fundamento real o racional**." (El destacado no es del original).*

Lo cual, ya había sido señalado en la también mencionada sentencia Nº8121-97 de dicho Tribunal:

*"VII.- Ahora bien, los alcances de este derecho no son ilimitados. Existen algunos obstáculos objetivos que se le pueden oponer y uno de ellos es la intimidad de las personas (...) XI.- **Otro límite reconocido en la jurisprudencia constitucional al derecho de información es la razonabilidad de la petición**. Sin embargo, ni en el informe ni en los documentos aportados al amparo consta que la petición tenga carácter irrazonable, pues aunque se formula en términos amplios, esa condición por sí misma no implica irrazonabilidad de lo pedido, que, en todo caso, se circunscribe a un período concreto." (El destacado no es del original).*
En suma, la información de interés privado – que comprendería los datos personales de los particulares y aquellos que no tengan naturaleza pública – los secretos de Estado, el orden público, la razonabilidad de la petición e incluso, la misma legalidad, se yerguen como fronteras infranqueables al Derecho Fundamental de los habitantes de obtener información de relevancia pública o privada que se encuentre en poder del Estado.

*Aunado a lo anterior, la propia Sala ha establecido una serie de pautas que se podrían considerar como de índole formal en el ejercicio de ese Derecho, tales como: forma escrita de la petición (Voto Nº5354-98, que a nuestro criterio se debe a razones más de índole probatorio, a fin de que quede constancia de cuando se presentó la gestión de información, como así se desprende del Voto Nº1350-2000 de las 16:42 horas del 9 de febrero del 2000, Cfr. **HERNÁNDEZ VALLE, Rubén**, op.cit., p.568. para quien la petición puede ser formulada oralmente), la carga del costo y de la gestión para fotocopiar la información que sea de interés obtener, corresponde al particular y no a la Administración (Voto Nº1942-91 de las 14:24 horas del 2 de octubre de 1991) así como, de las especies fiscales en el caso de que se requiera obtener una certificación de dicha información (Voto Nº736-90 de las 14:55 horas del 28 de junio de 1990). (El destacado en negrita es del original)*

Por su parte con respecto a la violación al derecho de acceso al expediente, la PGR ha resuelto:

"Por las implicaciones que ello puede derivar sobre el derecho de defensa de los investigados, consideramos

oportuno resaltar una incorrección en lo que atañe a la forma en que el Órgano Director prescribe el acceso al expediente administrativo. Específicamente, nos referimos a la frase contenida en todos los actos de apertura que reza: ***"Se le hace saber que se le insta para que se presente a este Despacho dentro del término de tres días posteriores al recibo de la presente comunicación, para que conozca el EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO, le saque fotocopia si lo estima necesario (…)"***

La fijación de un plazo perentorio para acceder al expediente deviene en una contradicción al principio que preceptúa el artículo 272 de la Ley General de la Administración Pública, en especial si lo relacionamos con el concepto de "libre acceso" que contiene dicho numeral, generándose, en consecuencia, una violación al principio de defensa. Sobre el particular prescribe la Sala Constitucional:

*"En relación con el acceso a los expedientes administrativos por parte de los interesados, la Sala ha establecido en reiteradas oportunidades: "Que es un principio general del Derecho Público, el libre y pleno acceso de todo interesado al expediente del caso de que se trate, como lo regulan los artículos 217 y 272 de la Ley General de la Administración Pública, ya sea por medio de las partes interesadas directamente, o actuando sus representantes legales o los abogados directores acreditados en los términos del derecho común****." (Resolución Nº 593-94 de las 10:15 horas del 28 de enero de 1994) "*** *(El destacado en negrita es del original) (Dictamen N°C-128-2005 del 7 de abril del 2005).*

"(…) esta Procuraduria General en su función de órgano contralor de legalidad en casos como el presente, para efectos de rendir el dictamen preceptivo que dispone el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, únicamente puede valorar los documentos que obren en el expediente administrativo levantado al efecto por la respectiva Administración, y que conste fehacientemente que de los mismos tuvo conocimiento el administrado en aras de salvaguardar su derecho de defensa y del debido proceso. "(Dictamen N° C-391-2005 del 15 de noviembre del 2005).

"Ciertamente, si el informe de auditoría se conoce por el Concejo Municipal, se corre el riesgo de que el público asistente se entere de la existencia y contenido de dicho informe. Lo que no significa, empero, que exista un derecho de ese público a poder revisar el documento, copiarlo o tener otro tipo de acceso al mismo. En la medida en que se acuerde realizar un

procedimiento administrativo con base en ese informe, éste deberá ser considerado parte del expediente administrativo y como tal está protegido por la garantía de confidencialidad. De modo que conforme el artículo 6 antes transcrito, sólo podrá ser accesado por las partes en el procedimiento. Disposición legal que guarda conformidad con lo dispuesto en los artículos 272 y 273 de la Ley General de la Administración Pública." (Dictamen N° C-187-2003 del 23 de junio de 2003).

De otro lado, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha indicado:

- Secreto profesional: no se puede acceder un expediente médico aunque se esté investigando si una incapacidad fue bien o mal otorgada. Voto N° 2004-01583 de las 12:53 horas del 13 de febrero del 2004.

- Los datos recopilados durante la investigación preliminar se deben poner disposición del interesado durante el trámite del procedimiento administrativo. Voto N° 2004-02128 de las 11.48 horas del 27 de febrero del 2004.

Por otra parte, resulta relevante señalar la diferencia de tratamiento existe entre la LGAP, LCI y LCEI en torno al principio de acceso al expediente:

LGAP	LGCI	LCEI
• Artículos 272 a 274.	• Artículos 6, 32 f), 34 e).	• Artículos 7 a 10 Reglamento: artículos 3 a 24.

Al respecto, véase los siguientes cuadros comparativos en las siguientes etapas:

- Investigación preliminar.
- Transcurso o desarrollo del procedimiento.
- Finalizado el procedimiento

INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

• LGAP	• LGCI	• LCEI
• No contiene norma expresa. • Sala Constitucional: Votos números 7190-94, 468-95, 2202-95, 751-99, 2368-99, 2296-99, 2003-9125, 2004-427.	• Auditorías. • Información, documentación y evidencias que pueden generar responsabilidad son confidenciales durante la investigación • Funcionarios de auditoría: • Confidencialidad sobre información que tienen acceso. • No pueden relevar información sobre estudio que realizan.	• Las investigaciones de la CGR, auditorías y la Administración son confidenciales.

Con la jurisprudencia de la Sala Constitucional téngase en cuenta lo siguiente:

- Si el informe de la CGR le era requerido a ésta lo podía dar porque era público. Véase las resoluciones números 869-99, 871-99 y 1029-99. Resoluciones del año 99.

- No es público el informe de la CGR o la documentación de una investigación preliminar. Véase resoluciones números 2462-03, 2004-12194, 2005-4300, 2005-5732, 2005-8497 y el oficio número GJ-1087-2002 del 22 de noviembre de 2002 de la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la CGR.

DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

LGAP	LGCI	LCEI
√ Tienen acceso al expediente: • Partes • Representantes de las partes • Cualquier abogado (Todos los abogados tienen acceso a los expedientes administrativos, bajo responsabilidad absoluta del abogado, salvo lo relativo a datos sensibles o confidenciales de las empresas. Voto de la Sala Constitucional Nº 10292-05 (sin redactar). √ Pueden: • Examinar, leer, copiar y pedir certificaciones Costo de las copias y certificaciones: petente (Sala Primera, Res. Nº 285 de 28 de abril de 2004). √ Excepciones al acceso al expediente: • Secretos de Estado • Información confidencial de la contraparte • (Dictámenes números C-174-2000, C-344-01) • En general, cuando se confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ílegitimamente a la Administración, a la parte o a terceros.	√ Desde que se notifica e informe hasta el final del procedimiento: • Libre acceso a las partes involucradas • Para los demás, la información es confidencial	√ Desde que se notifica el informe hasta el final del procedimiento: • Libre acceso a las partes involucradas • Para los demás, la información es confidencial • Abogados defensores acreditados o debidamente autorizados para estudiar el expediente administrativo antes de asumir el patrocinio. √ Audiencias por infracciones al régimen de la hacienda pública: • Orales y públicas El órgano director, en resolución fundada, puede declararlas privadas por razones de decoro y por derecho a la intimidad de las partes o de terceros, cuando estime que se entorpece la recopilación de evidencia o peligra un secreto cuya revelación sea castigada penalmente.

√ Presunción de privilegio indebido • Proyectos de resolución • Informes para órganos consultivos • Dictámenes de los órganos consultivos antes de que se hayan rendido. √ Decisión que deniega el acceso a una pieza del expediente: • Debe ser motivada • Caben los recursos de ley √ Comparecencia oral y privada • Pueden asistir las partes y sus representantes y sus abogados • Se puede permitir (quedan obligados al secreto profesional): • estudiantes • profesores • científicos		

FINALIZADO EL PROCEDIMIENTO

No hay normas expresas en ninguna de las tres leyes.
• Jurisprudencia: Con la notificación de la resolución final de la investigación a las partes cesa la confidencialidad de la información contenida en el expediente, que por versar sobre cuestiones relacionadas con el desempeño de los servidores estatales resulta de evidente interés público y debe estar a disposición de los ciudadanos. Votos de la Sala Constitucional números 12892-04 de las 14:41 horas del 16 de noviembre del 2004, 2005-4300 de las 18:32 horas del 20 de abril de 2005, 2005-4593 de las 16:46 horas del 26 de abril del 2005 y 2005-5567 de las 16:01 horas del 10 de mayo del 2005.

Finalmente, en relación con el principio en comentario pueden consultarse las resoluciones de la Sala Constitucional números: 15-90 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990, 1563-91 de las 15:00 horas del 14 de agosto de 1991,

2360-94 de las 15:06 horas del 17 de mayo de 1994, 593-94 de las 10:15 horas del 28 de enero de 1994, 2003-2462 de las 10:16 horas del 21 de marzo de 2003, 2003-14982 de las 15:44 horas del 17 de diciembre de 2003, 2004-08422 de las 10:31 horas del 30 de julio de 2004, 2004-12892 de las 14:41 horas del 16 de noviembre del 2004, 2005-4300 de las 18:32 horas del 20 de abril de 2005, 2005-8497 de las 15:24 horas del 29 de junio del 2005; y los dictámenes números C-094-1997 del 12 de junio de 1997, C-173-1995 del 7 de agosto de 1995, C-124-1999, C-009-2002 del 8 de enero de 2002, C-026-2005 del 21 de enero y C-128-2005 del 7 de abril, ambos de 2005.

Capítulo Tercero:
ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

1. Medidas cautelares

El tema de las medidas cautelares que puede adoptar la Administración Pública dentro de un procedimiento administrativo es relativamente nuevo, amparado fundamentalmente en la jurisprudencia que ha emanado de la Sala Constitucional, y que ha perfilado los entornos de esta figura jurídica.

Sin embargo, no está de más recordar que, desde la óptica del administrado, la suspensión de los efectos del acto administrativo encuentra su reconocimiento normativo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 91, 92 y 93). Este instituto ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del Juzgado y el Tribunal de dicha Jurisdicción, principalmente relacionándolo con el principio constitucional de acceso a una justicia pronta y cumplida, o lo que también se denomina tutela judicial efectiva (artículo 41 de la Constitución Política). Incluso, se ha llegado a establecer por la Sala Constitucional que el marco de posibles medidas cautelares que puede adoptar el juez de lo contencioso administrativo incluye no sólo la suspensión de los efectos del acto administrativo, sino que, también, todas aquellas que sean lógicamente derivables de la situación de tutela que cabe otorgar al promovente de la acción:

> ***"IV.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR.*** *A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. Incluso, el entonces Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sus autos-sentencia números 402 de las 15 hrs. del 29 de noviembre, 413 de las 16:20 hrs. del 29 de noviembre, 421 de las 9:30 hrs. y 422 de las 9:45 hrs. del 12 de diciembre, todos de 1995, así lo ha reconocido y denominado. No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia. En otro orden de consideraciones, es menester señalar que el constituyente derivado, al*

reformar el artículo 49 de la Constitución Política, mediante la ley Nº 3124 del 25 de junio de 1963, concibió un control de legalidad de la función administrativa universal y plenario, sin reductos exentos de fiscalización, de modo que, incluso, los más exorbitantes privilegios administrativos sustanciales, como, por ejemplo, la ejecutividad del acto administrativo, han quedado sujetos a tal control. Debe señalarse, también, que las medidas cautelares en los procesos asimétricos, como el contencioso administrativo en su configuración legislativa actual, en los que existe un quebranto al principio de igualdad por no encontrarse las parte contendientes en una posición de igualdad, toda vez, que la Administración pública acude a éste provista de prerrogativas sustanciales (v. gr. ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo) y formales (v. gr. plazos fugaces para interponer el proceso –caducidad de la acción-, el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, etc.), cumplen un papel de primer orden en su equilibrio y nivelación, resultando congruentes con el principio de la igualdad ante la ley (artículo 33 de la Constitución Política). Adicionalmente, no está a tono con el principio de igualdad que los justiciables gocen en otros órdenes jurisdiccionales de un sistema de tutela cautelar amplio y que en el contencioso-administrativo este sea incompleto e inflexible. A mayor abundamiento, este derecho fundamental tiene fuerte asidero en el principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que "la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón", principio que le otorga a todos los jueces un poder general de cautela para que adopten las medidas precautorias necesarias e indispensables para evitar que la duración fisiológica –normal y ordinaria- y patológica de los procesos no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón. Bajo esta inteligencia, no existe una reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez.

V.- CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR.

El derecho a la tutela cautelar, en cuanto incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una justicia pronta y cumplida, comprende el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito –función esencial de la tutela cautelar-, si se cumplen los presupuestos de ésta (apariencia de buen derecho -fumus boni iuris- y el peligro en la mora -periculum in mora-). Correlativamente, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria si concurren los presupuestos para su adopción. Del núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, se pueden extraer dos consecuencias, a saber: a) El otorgamiento de una

medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, y b) el legislador ordinario no puede negar, limitar, restringir o condicionar tal derecho. Los límites extrínsecos de este derecho fundamental están constituidos por los principios de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), para evitar un privilegio injustificado o una distinción objetivamente infundada y el de proporcionalidad, en sus diversas especificaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como por el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio (artículo 39 ibidem). Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que, el juzgador esta llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política).

VI.- TUTELA CAUTELAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL. *De conformidad con el texto constitucional (artículo 153 de la Constitución Política), la función jurisdiccional, en un sentido material, consiste en conocer de las causas, resolverlas definitivamente –con autoridad de cosa juzgada, artículo 42 de la Constitución Política- y ejecutar las resoluciones. Desde esta perspectiva, la tutela cautelar se constituye en un poder jurisdiccional implícito en el contenido del numeral 153 de la Constitución Política, necesario para garantizar provisionalmente la eficacia del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia de mérito y, por consiguiente, su ejecución. Conviene agregar que la tutela cautelar tiene una clara e inequívoca vocación instrumental, accesoria y transitoria, características a partir de las cuales encuentra fundamento en el poder principal de cognición y decisión del órgano jurisdiccional. El órgano jurisdiccional, como un poder constitutito más, debe procurar, en todo momento, una eficacia inmediata y directa del Derecho de la Constitución, para el caso de los preceptos constitucionales 33, 41, 49 y de los principios y valores ahí supuestos y presupuestos, en cuanto lo vincula fuertemente por aplicación del principio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), de modo que aunque los textos legales no contemplen determinadas medidas cautelares, deben utilizar su poder general de cautela contenido en el ordinal 153 de la Constitución Política, a fin de brindarle una eficacia progresiva y extensiva al derecho fundamental a la tutela cautelar. En efecto, la interpretación por el juez contencioso-administrativo del ordenamiento procesal administrativo, conforme con el Derecho de la Constitución –artículos 33, 41 y 49 de la Carta fundamental-,*

le impone adoptar las medidas cautelares necesarias e idóneas para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito, incluso, claro está, las denominadas, frente a la clásica y negativa de la suspensión de la ejecución del acto administrativo, las positivas o anticipatorias.

VII.- DISEÑO LEGISLATIVO DEL SISTEMA DE TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINSTRATIVO. *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Nº 3667 del 12 de marzo de 1966) consagra, en apariencia, un sistema cautelar típico o numerus clausus, por cuanto, en su ordinal 91 solo regula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en que cabe la suspensión de la ejecución del acto administrativo, con un ámbito de aplicación muy reducido para los actos positivos de gravamen y ejecutables. Esa ha sido la medida cautelar por antonomasia bajo la concepción de un proceso contencioso-administrativo revisor u objetivo (juicio al acto administrativo), de corte eminentemente anulatorio, sin embargo, modernamente se ha producido un replanteamiento de su función para estimarlo, también, como un proceso subjetivo y plenario. En todo caso, la conclusión apriorística anteriormente señalada, queda desvirtuada si se repara en la cláusula supletoria general contenida en el artículo 103 de ese cuerpo normativo, la cual reza, al efecto, lo siguiente: "En lo no previsto en esta ley regirán, como supletorios, el Código de Procedimientos Civiles y las disposiciones orgánicas generales del Poder Judicial". A partir de esta norma, el juez contencioso-administrativo, tanto en los procesos contencioso-administrativos de mera anulación como de plena jurisdicción como en los civiles de hacienda, puede acudir al Código Procesal Civil, cuerpo legislativo que sí contiene una cláusula residual o de clausura del sistema cautelar que funciona a manera de válvula de escape o de seguridad para neutralizar los peligros no previstos en las cautelas expresamente predeterminadas por la ley (típicas). En efecto, el artículo 242, párrafo 1°, del Código Procesal Civil –emplazado, sistemáticamente, en el Título IV "Medidas cautelares" del Libro I "Disposiciones Generales"-, habilita al juez para dictar y ordenar aquellas medidas precautorias que no se encuentran expresamente reguladas, al indicar lo siguiente: "Facultades del juez. Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación". La aplicación supletoria de esa norma del proceso civil, según el principio de unidad de jurisdicción, permite concluir que el sistema cautelar previsto para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es de carácter mixto o numerus apertus. Desde*

luego, que lo anterior, no excluye el comprensible, pero no por ello superable, horror en vacío que algunos jueces de ese orden jurisdiccional pueden sentir, íntimamente, al decretar una medida cautelar positiva o innovativa cualquiera que sea su contenido o efecto (inhibitorio, ordenatorio o sustitutivo). (Sala Constitucional, Resolución 6224-2005 de las 15:16 horas del 25 de mayo de 2005).

En la Ley General de la Administración Pública, el sustento legal a este tipo de medidas se encuentra en los artículos 14 inciso 2 y 146, que disponen:

"Artículo 14.-
1.- Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración.
2.- Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular.
3.- El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones."

"Artículo 146.-
1. La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar.
2. El empleo de los medios de ejecución administrativa se hará sin perjuicio de las otras responsabilidades en que incurra el administrado por su rebeldía.
3. No procederá la ejecución administrativa de los actos ineficaces o absolutamente nulos y la misma, de darse, producirá responsabilidad penal del servidor que la haya ordenado, sin perjuicio de las otras resultantes.
4. La ejecución en estas circunstancia se reputará como abuso de poder."

La medida cautelar supone una necesidad y, consecuentemente, un fin. En el caso concreto de la Administración, y dentro de lo que es el tema de este Manual, tendríamos que precisar que el fin que persigue el procedimiento administrativo lo es la búsqueda de la verdad real, y si para alcanzar tal objetivo se requiere modificar, temporalmente, alguna o algunas situaciones jurídicas de las partes de aquel procedimiento, ello se revela como una necesidad atinente al fin. Pero, a fin de evitar que se convierta en una medida de sanción anticipada,

o que no sea, en la realidad, una decisión que tienda efectivamente a resguardar el objeto del procedimiento, se le reviste de una serie de requisitos que obligan a la Administración al momento de su adopción.

Previo a entrar al recuento de los requisitos a que se hace mención en el párrafo precedente, no está de más dejar sentado que, en nuestro criterio, no podemos confundir el tema de las medidas cautelares con los actos de policía, sea aquellas actuaciones materiales de la Administración Pública que resguardan el orden público o la seguridad de las personas, y en las que, por lo general, no existe un procedimiento administrativo previamente iniciado. Entendemos incluidas dentro de estas situaciones, por ejemplo, el decomiso de madera que no cuente con los respectivos "marchamos" otorgados por la autoridad correspondiente del Ministerio del Ambiente y Energía, o el cierre de un local comercial por la constatación de condiciones insalubres del mismo.

Ahora bien, en lo que atañe al fundamento para que la Administración Pública pueda adoptar medidas cautelares dentro de un procedimiento administrativo, es importante reseñar que la Sala Constitucional lo establece en la necesidad de que el procedimiento se ajuste a los principios de celeridad y eficiencia en el cumplimiento de las potestades:

> ***"V.- Sobre la naturaleza de las medidas cautelares.*** *La tutela cautelar, flexible y expedita, es un componente esencial del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, puesto que, los órganos administrativos deben garantizar la eficacia de la resolución definitiva en aras de proteger los intereses públicos. La Sala Constitucional ha hecho referencia a la función de la tutela cautelar al señalar que:*
>
> *"...Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptuar como "un conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa– para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final". (Sentencia Nº 7190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994, criterio reiterado en el Voto Nº 3929-95 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995).*
>
> *Ahora bien, la posibilidad que tienen las administraciones públicas para adoptar las medidas cautelares está subordinada a la concurrencia de los presupuestos y requisitos propios de las mismas. Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la instrumentalidad y provisionalidad, lo primero significa que es accesoria respecto del procedimiento*

principal y lo segundo que tiene una eficacia limitada o rebuc sic stantibus, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final. Otra característica es la urgencia que permite, en ocasiones especiales e intensas, la derogación de las reglas generales del proceso. Finalmente, se tiene la cognición sumaria o summaria cognitio, que parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que presupone la verificación por parte del órgano administrativo del periculum in mora y del fumus boni iuris." (Sala Constitucional, Resolución N° 10290-2004 de las 16:59 horas del 21 de setiembre de 2004)

Ya propiamente sobre las características de las medidas cautelares, es fundamental recordar lo indicado en la resolución N° 7190-94:

"Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez -sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final". La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser : a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) fundamentadas, es decir, tener un sustento fáctico real con relación al caso particular; d) modificables, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustativo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución." (Sala Constitucional, Resolucion N° 7190-94 de las 15:24 horas del 6 de diciembre de 1994).

Con base en las anteriores características, podríamos ampliar algunas de ellas, siguiendo los precedentes de la Sala Constitucional, en los siguientes sentidos:

- Que sean jurídicamente posibles. Se ha precisado sobre la necesaria razonabilidad de las mismas:

> *"De conformidad con el informe rendido -que se tiene dado bajo juramento- y de la propia resolución N RES-DGA-121-94 de las trece horas veinte minutos del veinte de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro dictada por la Dirección General de Aduanas, se desprende que el traslado del amparable corresponde a una medida cautelar acordada por la Administración, dentro de las facultades que le otorga el Ordenamiento Jurídico, dado que está siendo investigado por el delito de Concusión, circunstancia que hacía aconsejable su ubicación en un área de menor contacto con el público. Del texto de la propia resolución se colige que el afectado conserva las funciones propias de su puesto de Técnico de Aduana 4, lo cual viene a ser reafirmado por el informe rendido por el recurrido Director General de Aduanas. No existe, entonces, violación alguna al debido proceso ni a ningún otro derecho fundamental del servidor, pues se le está conservando el mismo puesto y salario y la nuevas funciones asignadas están íntimamente relacionadas con las que había venido desempeñando. Bien puede la Administración, como en este caso, tomar las medidas cautelares necesarias a fin de evitar que el servicio público se vea de algún modo afectado por la presencia de un servidor en el cual se haya perdido la confianza dadas las irregularidades que se le acusan. No se trata, claro está, que la Administración pueda libremente conculcar los derechos del servidor sometido a investigación, sino de que aquélla puede, dentro de ciertos límites de proporcionalidad y razonabilidad, acordar medidas cautelares en pro del servicio público, entre ellas la reubicación del funcionario, a quien debe respetársele sus derechos. Y precisamente esto es lo que ha sucedido en este caso, en el cual la Dirección General de Aduanas ante la investigación que se le realiza al recurrente acordó su traslado, conservándosele el puesto, salario y demás derechos y asignándole funciones relacionadas con las que había venido desempeñando. Además, el traslado se realizó dentro de la misma circunscripción territorial, a pocos metros de donde laboraba el servidor. Así las cosas, no se han producido los acusados quebrantos a los derechos fundamentales del amparable a quien, en todo caso, no debía la Administración conferirle audiencia previa ni cumplir con las exigencias del debido proceso, toda vez que su traslado no constituye ninguna sanción ni lo es en forma permanente y definitiva,*

sino que únicamente se trata de una medida cautelar acordada a fin de preservar el buen funcionamiento del servicio público. Sin embargo, cabe advertir a la Administración recurrida que por constituir el traslado del recurrente una medida cautelar de carácter temporal, no se puede prolongar más allá de un término razonable a fin de que no se convierta, a la postre, en definitiva. Así, si la investigación a la que se hace referencia en el informe se está llevando a cabo en sede administrativa, la medida acordada en contra el recurrente debe cesar una vez concluida la investigación. Por otra parte, si dicha investigación se está realizando en la vía penal, la medida debe ejercerse por un término prudencial, a fin de no convertida en permanente, sin perjuicio de que la Administración, en su caso, inicie el procedimiento administrativo correspondiente, si todavía no lo hubiera hecho. En consecuencia, el recurso resulta improcedente y así debe declararse." (Sala Constitucional, Resolución N° 715-95 de las 11:48 horas del 3 de febrero de 1995).

- Son provisionales e instrumentales, pues dependen del procedimiento administrativo donde se adopten:

"Ahora bien, la posibilidad que tienen las administraciones públicas para adoptar las medidas cautelares está subordinada a la concurrencia de los presupuestos y requisitos propios de las mismas. Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la instrumentalidad y provisionalidad, lo primero significa que es accesoria respecto del procedimiento principal y lo segundo que tiene una eficacia limitada o rebuc sic stantibus, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final. Otra característica es la urgencia que permite, en ocasiones especiales e intensas, la derogación de las reglas generales del proceso. Finalmente, se tiene la cognición sumaria o summaria cognitio, que parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que presupone la verificación por parte del órgano administrativo del periculum in mora y del fumus boni iuris. (Sala Constitucional, Resolución N° 10290-2004 de las 16:59 horas del 21 de setiembre del 2004).

"V.- Sobre la naturaleza de las medidas cautelares.- *Anteriormente la Sala ha establecido que las medidas cautelares en el procedimiento administrativo no tienen una naturaleza sancionadora siempre que se respeten los límites de razonabilidad y de instrumentalidad que las define. Es decir, la Administración Pública al iniciar un procedimiento que tiene como fin investigar la verdad real de los hechos que se denuncian, puede de oficio imponer una serie de medidas de*

carácter temporal y precautorio, para que durante la tramitación del proceso no se sigan vulnerando las disposiciones legales que eventualmente podrían estar siendo quebrantadas, o bien, no se siga presentando la situación conflictiva que se haya denunciado. La naturaleza de este tipo de medidas obedece a una razón de carácter práctico, la cual es el aseguramiento y garantía de cumplimiento de la decisión final que se adopte. De allí su carácter temporal, ya que se impone mientras se desarrolla un procedimiento ordinario, es decir, sólo sobrevive hasta que se tome una decisión definitiva; y por otro lado, su naturaleza instrumental, porque pretenden garantizar provisionalmente la eficacia del acto final que se dicte." (Sala Constitucional, Resolución N° 4420-2003 de las 09:21 horas del 23 de mayo del 2003)

- Modificables y adoptables en cualquier momento del procedimiento:

IV.- *En cuanto a la medida cautelar la Sala no encuentra razón alguna para acoger el amparo. El recurrente alega que la medida no está fundamentada y que se dictó cuando el proceso está por terminar y no al principio. La Sala no acoge sus valoraciones. El artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública admite que el motivo del acto consista en una referencia a otros documentos. En este caso, como se dijo antes, hay una inequívoca remisión a varias solicitudes. El Director separó al recurrente de su cargo ante la posibilidad de que, como superior, influya en el ánimo de los testigos que declararán en el proceso. Por otra parte, la copia de esas solicitudes consta en el expediente, al cual tiene acceso el recurrente. Por otra parte, no hay ninguna disposición constitucional que fije que las medidas cautelares deben dictarse solo al principio de un proceso. Se deben dictar cuando sean necesarias. La medida resulta razonable, si se toma en cuenta que posibles subalternos del recurrente deben rendir declaración en un proceso que se sigue contra él." (Sala Constitucional, Resolución N° 11383-2003 de las 15:12 horas del 7 de octubre del 2003.)*

"Al respecto, corresponde anotar que el ejercicio de la potestad sancionatoria lleva implícito el de la potestad de dictar medidas cautelares con el objeto de garantizar y proteger provisionalmente y hasta tanto no se dicte resolución final, el objeto del procedimiento y la efectividad de dicha resolución. Así las cosas, la potestad de dictar medidas cautelares surge cuando en algún momento del procedimiento administrativo, la situación se plantea de tal forma que impone a la Administración la necesidad de disponer medidas urgentes, para evitar que continúen o se produzcan daños irreparables a derechos e

intereses, cuya eficacia resultaría nugatoria si se esperara al dictado de la resolución final." (Sala Constitucional, Resolución N° 13131-2003 de las 14:59 horas del 11 de noviembre del 2003)

• Su fundamento legal se puede encontrar en los artículos 14.2 y 146 de la Ley General de la Administración Pública:

"I.- Este caso es idéntico (incluso en cuanto a las partes intervinientes) al que resolvió la Sala mediante sentencia n 5690-96 de las 11:00 hrs del 25 de abril de este año, que -por esa razón- interesa citar literalmente y en cuanto concierne: "II.- SOBRE EL FONDO: Esta Sala, en sentencia N 4051-93 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y tres, expresó: 'II.- En cuanto a la suspensión temporal de los beneficios del contrato de exportación, tampoco encuentra la Sala ninguna vulneración constitucional. En efecto, la suspensión temporal de los beneficios es una medida de naturaleza cautelar que se adoptó con ocasión de la tramitación de un procedimiento administrativo, tendiente a resolver el contrato, lo que en caso de producirse haría de muy difícil o de imposible recuperación los beneficios otorgados en la ejecución del mismo siendo por ello razonable -y la razonabilidad integra el debido proceso sustantivo- que se suspendan los efectos del contrato hasta el dictado de la resolución final. La posibilidad de aplicación de medidas cautelares como la dispuesta, se encuentran recogidas a manera de principio general de derecho público en el artículo 14.2 y 146 de la Ley General de la Administración Pública y específicamente en la Ley de Impuesto sobre la Renta (artículo 61 d) que faculta al Consejo a actuar como lo hizo, siendo por ello improcedentes los alegatos del accionante en lo que a este extremo se refiere. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad que para el Estado puede derivarse, de no proceder la rescisión del contrato.' De modo que la Administración, contrario a lo dicho por la empresa recurrente, sí tiene la potestad para suspender, en forma preventiva, en los procedimientos administrativos, el otorgamiento de los CATS, sin que ello, por sí mismo, constituya una violación a derecho fundamental alguno, en el entendido, claro está, que dicha suspensión es posible siempre y cuando no exista acuerdo para concederlos. Y dicha facultad no se restringe únicamente a los casos en los que el procedimiento va encaminado a rescindir el contrato -como lo entiende la recurrente- sino que es aplicable a todo procedimiento administrativo en el que se cuestione la procedencia, o no, del otorgamiento del CAT a un determinado beneficiario. Debe tenerse presente que se trata de un asunto donde existe un claro interés público de por

medio y la medida en cuestión va encaminada, en el fondo, a asegurar el buen uso de los fondos públicos -a fin de no favorecer con ese incentivo a empresas que no le corresponde- Resulta lógico y razonable que la Administración pueda suspender el otorgamiento de los CATS correspondientes a los períodos investigados, pues, de otro modo, se causaría gran perjuicio a los intereses públicos y se tornaría nugatoria la protección que la Administración está llamada a brindar a los fondos públicos. Si bien no corresponde a esta Sala la verificación del cumplimiento, o no, de los requisitos necesarios para el otorgamiento del beneficio en cuestión, sí es de su competencia entrar a examinar la razonabilidad de la medida y, en este aspecto, estima, según lo dicho, que no sólo la Administración está facultada para tomar una medida cautelar de ese tipo, sino que ésta, considerada en sí misma, resulta razonable, habida cuente de que, en caso de resultar cierto que la empresa recurrente ha incumplido con los requisitos necesarios para percibir el beneficio que reclama, de habérsele otorgado éste lo sería en forma indebida, además de que, en tal supuesto, la recuperación de los beneficios otorgados se volvería muy difícil o imposible, con grave lesión de los interese públicos. Claro está que todo ello es sin perjuicio de la eventual responsabilidad en que incurra la Administración de resultar infundada la acusación, para lo cual la interesada tiene a su disposición las vía legales pertinentes. Por lo demás, para esta Sede resulta irrelevante determinar si la Administración recurrida citó erróneamente, o no, el fundamento legal que la faculta para acordar la suspensión en cuestión, ya que, de conformidad con lo expuesto, sí posee tal facultad y como ésta no ha sido ejercida en forma arbitraria o ilegítima, no se ha producido violación alguna al debido proceso a ningún otro derecho fundamental, como se aduce. En todo caso, como la obligación de la Administración de otorgar tal incentivo, en el fondo, surgiría al amparo de un contrato, lo aquí discutido se reduce a un simple incumplimiento contractual, materia propia de otra jurisdicción." (Sala Constitucional, Resolución N° 7990-97 de las 18:54 horas del 26 de noviembre de 1997)

•Se deben sujetar a requisitos, mismos que se desprenden de los propios hechos que motivan el procedimiento:
"De previo a desarrollar este punto, resulta imprescindible destacar que las "medidas cautelares" en sí mismas no son inconstitucionales y que éstas resultan jurídicamente viables, en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción, a saber: el interés actual de la petición; la posibilidad de acogimiento de la pretensión principal; el carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar; una posición favorable del

interés público; control judicial y medios de impugnación; y la temporalidad de la medida." (Sala Constitucional, Resolución N° 3929-95 de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995)

"Considera la Sala, que la nota de advertencia e inmovilización que establece la norma analizada, reúne los presupuestos de fondo que toda medida cautelar debe cumplir para ser tal. Es así como, dicha nota obedece a: 1) La existencia de un interés actual. La nota procede en el caso de que el registrador encuentre un error u omisión que acarree la nulidad del asiento y proceda su cancelación. 2) Posibilidad de acogimiento de la pretensión principal. Deben existir elementos de juicio que evidencien la nulidad del asiento. 3) Carácter grave, irreparable o de difícil reparación del daño que se pretende evitar. Dicha nota pretende evitar que terceros salgan perjudi- cados al amparo de la publicidad registral. 4) Posición favorable del interés público. Es de interés público el velar por la efectividad de los principios de publicidad y seguridad jurídica registral, así como garantizar la buena fe de los terceros amparada en esos principios. 5) Control judicial y medios de impugnación. Se trata de una medida cautelar administrativa que goza de medios de impugnación legalmente establecidos: la Ley N 6145 de 18 de noviembre de 1977 en el artículo 2 modificó la Ley N 3883 de 30 de mayo de 1967 "Ley Sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público", esta ley en el artículo 18 establece el ocurso, para el caso de que el interesado no se conformare con la calificación hecha por el Registrador General. A su vez, la Ley N 7214 de 10 de diciembre de 1991 denominada "Ley de Creación de la Sección Tercera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo", en el artículo 1 incisos a) y c), dispone que esa Sección conocerá los recursos de apelación interpuestos contra los actos y resoluciones definitivos que dicten todos los registros que conforman el Registro Nacional, y los ocursos provenientes del Registro Público. Esta Sección actuará como superior jerárquico impropio del órgano autor de la resolución impugnada, y su resolución final sólo agota la vía administrativa, quedando abierta la vía jurisdiccional que corresponda (artículo 6). De manera que, los interesados tienen medios legales establecidos a su disposición. Obsérvese que el artículo 66 impugnado, establece el deber del registrador de publicar en el periódico Oficial, un aviso a los interesados informando sobre la existencia de la nota de advertencia e inmovilización. 6) Temporalidad de la medida.
La nota de advertencia e inmovilización es una medida instrumental y provisional, la cual tendrá la duración que el interesado quiera, en virtud de que corresponde a éste decidir si interpone o no el ocurso.

Para determinar la validez constitucional de la nota de advertencia e inmovilización que establece el artículo 66 impugnado, ha de realizarse el juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Para esto, en primer lugar, debe sopesarse la equivalencia entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que contiene esa norma. El supuesto de hecho contempla: "Siempre que el Registrador note un error u omisión que acarrée la nulidad del asiento y proceda su cancelación, ...". Por su parte, la consecuencia jurídica dispone: "... ordenará una nota de advertencia y lo avisará por el periódico Oficial a los interesados. Mientras no se cancele tal nota, o se practique en su caso la rectificación, no podrá practicarse operación posterior alguna relativa al asiento de que se trate." Debe recordarse que la nulidad es un vicio grave, y que según dispone el artículo 456 del Código Civil: "La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley." Asimismo, el legislador en dicha norma introdujo una condición resolutoria, para condicionar los efectos jurídicos de la norma. De ahí, la nota de temporalidad de esta medida cautelar, la que resulta tan temporal como los interesados lo quieran. Incluso podría llegar a ser definitiva, si los interesados no presentan el ocurso que la ley dispone para combatir la razón dada por el registrador que practicó la nota de advertencia e inmovilización. Además, el artículo 19 de la Ley Sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público otorga una legitimación muy amplia para interponer el ocurso: las partes en los documentos o inscripcio- nes, el Notario autorizante, y toda persona que tenga interés de acuerdo con documentos o inscripciones existentes en el Registro. Al ser la nulidad un vicio grave, resulta razonable y proporcionado que la norma impugnada faculte al registrador para practicar la nota de advertencia e inmovilización, ya que de esta forma, el registrador salva su responsabilidad en materia de daños y perjuicios ocasionados a los terceros al amparo de la publicidad registral." (Sala Constitucional, Resolución N° 6663-95 de las 19:06 minutos del 5 de diciembre de 1995)

•Se pueden adoptar incluso dentro de una relación contractual de la Administración, y en la cual se ha establecido un procedimiento de resolución:
*"**I.-** Esta Sala, en un caso que guarda similitud con el planteado en este recurso expresó, por sentencia Nº 2003-02459 de las diez horas 13 minutos del veintiuno de marzo del año en curso:*
*" **IV.-** En el caso bajo estudio, el recurrente considera arbitrario que el Instituto Costarricense de Electricidad haya procedido a suspender los servicios telefónicos registrados a nombre del amparado, por cuanto éste no adeuda suma alguna*

por ese concepto y, según asegura, no se le ha notificado de procedimiento administrativo alguno. Por su parte, la autoridad recurrida informó que, contrario a lo alegado por el recurrente, su representado instauró un procedimiento administrativo contra el amparado tendiente a la resolución del contrato existente con éste. Dentro del mismo, con el carácter de medida cautelar, dispuso la suspensión de las líneas telefónicas registradas a nombre de éste. Considera este Tribunal que el accionante no lleva razón al afirmar que, la suspensión del servicio de telecomunicaciones violenta los derechos fundamentales del amparado, toda vez que esa medida, de carácter cautelar, - que pretende evitar daños irreparables al erario público- es temporal, por ende, llamada a desaparecer, una vez definida la situación que la motiva. La adopción de medidas cautelares, dentro de un procedimiento administrativo como el que ha iniciado la institución accionada, han sido admitidas por la Sala, en recursos diversos recursos de amparo presentados con anterioridad. Así lo hizo, entre otras, en sentencias Nº 2000-6131, Nº 2001-6027 y Nº 2001-5516. En la primera de las sentencias se indicó:

"Ahora bien, en el caso bajo examen, el instituto recurrido realizó una investigación preliminar (ver hechos probados b y c), con lo cual determinó el uso indebido del servicio telefónico de las líneas que contrató con la empresa aquí recurrente, respecto de las llamadas internacionales mediante el sistema denominado "by-pass" utilizando mecanismos alternos, [...]. Una vez obtenida esta información, el ICE procedió a comunicar los resultados de la misma a la empresa recurrente, documento mediante el cual se le manifestó que lo encontrado correspondía a un incumplimiento contractual, por lo que procedería a la desconexión del servicio brindado [...], y además, le comunicó acerca del inicio del procedimiento administrativo para el rompimiento definitivo de la relación de servicio, advirtiéndole además de la posibilidad de plantear contra ese acto los recursos administrativos que contempla la Ley General de la Administración Pública. Así las cosas, la aquí recurrente no puede indicar que la suspensión del servicio se dio sin tener conocimiento de lo imputado, sino que por el contrario, como se ha probado, se le notificó y se le otorgó la oportunidad de defensa, para que en la sede ordinaria, que es la vía que corresponde para este tipo de asuntos, se dilucide el conflicto de legalidad surgido entre las partes. (...) Por lo expuesto, el recurso debe ser declarado sin lugar."

Es menester agregar que dentro de las características estructurales de toda medida cautelar, figuran su naturaleza provisional e instrumental. En efecto toda medida precautoria tiene vigencia en tanto se encuentra pendiente el procedimiento y se dicta el acto final cuya eficacia tiene a garantizar de

forma provisoria, siendo consustancial su interinidad, puesto que, se agota con el dictado del acto final. En lo relativo a su índole instrumental, debe indicarse que es instrumento del acto final, cuya efectividad garantiza provisionalmente, lo cual determinada su subordinación y accesoriedad respecto del procedimiento principal. Así las cosas, cuando un órgano administrativo adopta una medida cautelar no existe ninguna justificación o razón para que le fije un término a la misma, puesto que, su cese se produce cuando se dicta el acto final o bien, por su carácter intrínsecamente modificable (eficacia rebus sic stantibus), cuando se produce una mutación de las circunstancias que justifican su modificación o levantamiento. Ahora bien, la institución accionada debe tomar en cuenta que, el procedimiento que tramita en contra de la amparada, debe ser concluido dentro de un plazo razonable, toda vez que de lo contrario, se desnaturalizaría la medida, convirtiéndola prácticamente en una sanción.

V.- *El recurrente aduce, finalmente, que el I.C.E. es incompetente para abrir el procedimiento administrativo en contra de la amparada puesto que, el artículo 7 del* ***Reglamento General de Servicios de Telecomunicaciones (RGST), Nº*** *30110-MP-G-MEIC establece que es la ARESEP la competente para resolver las diferencias que se susciten entre el operador del servicio –en este caso el I.C.E.- y el usuario; sin embargo, en criterio de la Sala, las disposiciones de ese cuerpo normativo están referidas a las reclamaciones o controversias surgidas con ocasión de la prestación del servicio y en el sub judice, la institución accionada ha iniciado un procedimiento administrativo de resolución contractual, lo que únicamente puede hacer, –por tratarse de una supresión de derechos del usuario y el establecimiento de su posible responsabilidad-, a través del procedimiento previsto en la Ley General de la Administración Pública. Ahora bien, si el accionante cree que dicha actuación, a saber la pretendida resolución del contrato del amparado con el I.C.E. perjudica los intereses de su representado, eso es un asunto que no toca revisar en esta vía, por lo que debe, si a bien lo tiene, plantear sus quejas o denuncias en la vía administrativa o en la jurisdiccional que corresponda, instancias legal y constitucionalmente competentes para conocer y resolver sobre estos extremos, al constituir materia de legalidad (sobre el particular, se pueden consultar las sentencias Nº 10129-99 de las 10:45 hrs. del 23 de diciembre de 1999 y 2000-06131 de las 15:39 del 18 de julio de 2000, entre otras).*

VI.- *En razón de lo expuesto, lo procedente es declarar sin lugar el recurso, como en efecto se hace. ”*

El anterior precedente es de aplicación a este caso, pues se trata de la adopción de una medida cautelar, por parte del ICE, dentro de un procedimiento administrativo de resolución contractual, para lo cual, según ha quedado expuesto en la sentencia citada, la Institución recurrida tiene competencia. De modo que si la recurrente está disconforme con la medida adoptada o con el procedimiento establecido en contra de sus representadas –de todo lo cual tiene pleno conocimiento- debe presentar sus alegatos ante la vía de legalidad correspondiente, administrativa o jurisdiccional, como en efecto lo ha hecho. Así las cosas, en cuanto a esos aspectos el amparo es improcedente y así debe declararse." (Sala Constitucional, Resolución 8573-2003 de las 16:09 horas del 19 de agosto del 2003)

•No requieren que se les fije un plazo, puesto que están sujetas a la duración del procedimiento:

"Al haberse ordenado el cierre en discusión como medida cautelar, ese acto no puede ser considerado como una sanción a priori o como una actuación violatoria de derechos fundamentales del petente. Por el contrario, debe recordarse que su finalidad es el asegurar el descubrimiento de la verdad real de los hechos investigados, así como garantizar la seguridad y el derecho a la salud de los vecinos del Bar LC, quienes reiteradamente han denunciado situaciones irregulares dentro de ese negocio comercial y sus inmediaciones, que atentan contra su salud, la moral y las buenas costumbres (entre las que se puede citar borrachos en las aceras, personas –incluidos estos últimos- que realizan sus necesidades fisiológicas en cualquier lugar y prostitutas). No obstante, cabe aclarar a la autoridad recurrida que la medida cautelar referida, podrá extenderse hasta por un período igual, al que tarde el procedimiento administrativo que se le sigue al negocio amparado, y la misma deberá cesar una vez que se dicte la resolución final del mismo, en el entendido de que su tramitación deberá concluir en un plazo razonable, ya que en caso contrario, se podría configurar una lesión a los derechos fundamentales de la amparada. Desde este punto de vista, y dadas las condiciones propias del caso en particular, la Sala estima que tal medida cautelar no es arbitraria ni violatoria de derechos fundamentales como lo argumenta el recurrente." (Sala Constitucional, Resolución N° 6157-2003 de las 17:15 horas del 1º de julio del 2003.)

• *Los recursos ordinarios pueden interponerse contra la medida cautelar:*

"A esto se suma el hecho de que por tratarse de un acto con efectos propios, la imposición de la medida cautelar cuenta con la posibilidad de ser recurrida en el procedimiento administrativo, situación que impone su necesaria previa fundamentación por parte de la Administración, con el objeto de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa (en su forma de derecho a recurrir) en el ámbito de la justicia cautelar." (Sala Constitucional, Resolución N° 13131-2003 de las 14:59 horas del 11 de noviembre del 2003)

• *Son de carácter excepcional:*

"IV.- *Esta Sala ha señalado en oportunidades anteriores que las medidas cautelares tienen un carácter eminentemente excepcional, y por tal razón, deben responder a un criterio de necesidad en razón de la protección del interés público y al carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar, además de que debe ser temporal, por cuanto no puede la Administración a través de dicho mecanismo, crear situaciones de incerteza jurídica por una tiempo excesivo, convirtiéndola en una sanción implícita. No basta con afirmar que un medio sea 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. Esta Sala, refiriéndose a la naturaleza de las medidas cautelares, mediante resolución 7190-94 de las quince horas con veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, expresó en lo conducente: (…)*

V.- *En el caso concreto, es indudable que el Colegio de Abogados ha excedido la esfera de su competencia, por cuanto resulta arbitrario que se haya negado al recurrente su incorporación al Colegio por meras sospechas de dicha entidad, pues a pesar de que en este momento el CONESUP no ha emitido criterio alguno en cuanto a la validez de su título, el recurrente ya cuenta con un criterio a su favor que quedó plasmado con el refrendo del Consejo, acto administrativo ejecutorio, que le confiere un diploma universitario idóneo para ser aceptado por el Colegio de Abogados como parte de los requisitos para su incorporación. La imposición de la suspensión impugnada como medida cautelar, no responde a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad mencionados. Así las cosas, debe ser declarado con lugar el presente recurso, sin perjuicio que una vez terminada la investigación llevada a cabo por el CONESUP, el Colegio de Abogados proceda como en Derecho*

corresponda." (Sala Constitucional Resolución N° 3287-2001 de las 09:25 horas del 27 de abril del 2001.)

•Se pueden adoptar mientras se realiza una investigación preliminar:

"I.- De lo dicho por el recurrente en su memorial de interposición, así como de la documentación que adjunta, (fotocopia visible a folio cinco del expediente) se desprende con claridad que el relevo de que fue objeto no constituye ni una sanción ni un despido. Se trata, más bien, de un medida cautelar tomada como parte de una investigación preliminar que puede dar lugar o no a un proceso sancionatorio. De allí que el relevo se ejecutara sin que la situación salarial del recurrente se viese afectada, como se desprende del documento precitado. Ahora bien, una vez iniciado dicho proceso, al recurrente debe informársele debidamente de los cargos en su contra y darle audiencia para que se refiera a la prueba existente, ejerza su defensa y aporte la prueba que tenga a bien, antes de imponer sanción alguna." (Sala Constitucional, Resolución N° 701-99 de las 16:24 horas del 2 de febrero de 1999)

"Desde la óptica jurídica de lo que es una medida cautelar, si el informe inicial del Departamento Legal de la corporación recurrida, en el ejercicio de sus competencias, dictaminó que debería nombrarse el Órgano Director del Proceso, o bien poner en conocimiento de la Contraloría General de la República los actos supuestamente cometidos por el recurrente, entonces la Sala encuentra que una medida provisional como la impugnada, de suspenderlo en sus cargo temporalmente, no resulta violatoria de derechos fundamentales. En efecto, a juicio de la Sala, la medida de la suspensión temporal y por el tiempo necesario que dure la investigación, no resulta ser una medida desproporcionada ni irrazonable, máxime si frente al informe preliminar, el acuerdo llena las características antes expresadas en la sentencia de cita.´" (Sala Constitucional, Resolución N° 1181-98 las 12:24 horas del 20 de febrero de 1998.)

•Si la medida se hace depender de un informe de un tercero, llegado éste debe procederse a resolver expeditamente el procedimiento:

"IV.- SOBRE LA FACULTAD FISCALIZADORA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES. *Esta Sala ha reconocido que los Colegios Profesiones cuentan con la facultad de analizar el cumplimiento de los requisitos para la incorporación de nuevos profesionales, no solo desde el punto de vista formal,*

sino también de manera sustancial, colaborando con otras dependencias creadas al efecto y en cumplimiento de la ley, ello con el fin de evitar el grave perjuicio que podría causarse a la sociedad, por la incorporación de profesionales no aptos académica y éticamente para el ejercicio profesional (véase en este sentido la sentencia número 2002-06364). Asimismo, que poseen la posibilidad de suspender, cautelarmente, la incorporación de graduandos, en aquellos casos que se encuentren – previo estudio – irregularidades o inconsistencias académicas, curriculares o administrativas, sobre las cuales deba pronunciarse el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada, como órgano encargado de ejercer vigilancia e inspección sobre las universidades privadas, según lo establecido en la ley número 6693 del 27 de noviembre de 1981. No obstante, según lo ha indicado este Tribunal en anteriores ocasiones, la constitucionalidad de tales instrumentos jurídicos –medidas cautelares de suspensión de incorporación- depende de una adecuada interpretación y de un uso razonable de las mismas. Respecto de las medidas cautelares, la Sala ha señalado –entre otras en la sentencia 2001-03287, de las 9:25 hrs. del 27 de abril del 2001-, que tienen un carácter eminentemente excepcional y, por tal razón, deben responder a un criterio de necesidad en razón de la protección del interés público y el carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar; asimismo, deben ser temporales, por cuanto no puede la Administración a través de dicho mecanismo, crear situaciones de incerteza jurídica por un tiempo excesivo, convirtiéndolas en una sanción implícita.

V.- CASO CONCRETO. *Si bien en la especie, el Colegio de Arquitectos de Costa Rica, en el ejercicio de la mencionada facultad fiscalizadora, dispuso suspender cautelar y temporalmente, la incorporación de la amparada, estima esta Sala que la razonabilidad de la medida temporal impuesta, se agotó en el momento en que el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada, en sesión número 465-2002, de 14 de agosto de 2002, acordó por unanimidad y en firme "Acoger en todos sus extremos el informe y recomendaciones vertidas por la Secretaría Técnica respecto al caso de la Sra. NAM". Para esta Sala, el hecho que el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada determinara, con fundamento en consideraciones técnicas, que las alegadas inconsistencias detectadas por el Colegio de Arquitectos en el caso de la amparada habían sido solventadas, tiene como inexorable consecuencia la pérdida de legitimidad de la medida cautelar tomada por dicho colegio y, por ende, la obligación de esa entidad de incorporarla como agremiada, al cumplir con*

todos los requisitos académicos y legales exigidos. En virtud de lo expuesto, lo que procede es estimar el recurso en lo que respecta al Colegio de Arquitectos de Costa Rica y ordenar la incorporación de la amparada, como en efecto se dispone.-" (Sala Constitucional, resolución N° 11675-2003 de las 16:54 horas del 14 de octubre del 2003)

• Aplicables a suspensión de funcionarios mientras que se realiza el procedimiento, aunque sujeta a ciertos requisitos (que no se confunda con ius variandi, que sea concedida con derecho a percibir el salario, motivada, incluyendo la posibilidad de traslado del funcionario:

"IV.- Sobre las medidas cautelares.- *Sobre el particular, esta Sala ha considerado en resolución número 2004-04187 de las trece horas con ocho minutos del veintitrés de abril del dos mil cuatro que las medidas cautelares dictadas en procedimientos administrativos responden a la necesidad de que la persona suspendida no interfiera con la investigación que se realiza. Al respecto se dijo:*

"las medidas cautelares dictadas en procedimientos administrativos no tienen una naturaleza sancionadora, siempre y cuando se respeten los límites de razonabilidad y de instrumentalidad que las define. Es decir, la Administración Pública al iniciar un procedimiento que tiene como fin investigar la verdad real de los hechos que se denuncian, puede de oficio imponer una serie de medidas de carácter temporal y precautorio, para que durante la tramitación del proceso no se sigan vulnerando las disposiciones legales que eventualmente podrían estar siendo quebrantadas, o bien que no se altere el desarrollo de la investigación. La naturaleza de este tipo de medidas obedece a una razón de carácter práctico, que es el aseguramiento y garantía de cumplimiento de la decisión final que se adopte. De allí su carácter temporal, ya que se imponen mientras se desarrolla el procedimiento ordinario; y por otro lado, su naturaleza instrumental porque pretenden garantizar provisionalmente la eficacia del acto final que se dicte. Así, en anteriores precedentes la Sala ha definido más profundamente las características de las medidas cautelares ya sean de procedimientos judiciales o administrativos, estableciendo en lo conducente: (Voto 7140-94)
A partir de lo anterior, se observa entonces que la imposición de una medida cautelar responde a la necesidad de que la persona suspendida no interfiera con la investigación que se realiza, o para evitar que permaneciendo en su cargo pueda manipular información o documentos involucrados con el caso, máxime si los funcionarios tuvieron incidencia directa en los

*hechos que se investigan" (sentencia número 2002-11725 de diez horas con veinticinco minutos del trece de diciembre del dos mil dos)***.-** *(Sala Constitucional Resolución N° 4599-2005 de las 16:52 horas del 26 de abril del 2005.-*

"Sobre el particular, debe señalarse que esta Sala ya ha examinado en otras ocasiones el supuesto de la suspensión temporal del servidor durante el curso de un proceso administrativo, medida que posee un carácter meramente cautelar, y que por ende no supone la imposición de una sanción en contra del funcionario. Es particularmente relevante que se respete esa naturaleza cautelar de este tipo de acción, a fin de que no sea utilizada subterfugiamente como un instrumento sancionador, lo que implicaría una grave lesión al principio de inocencia, en razón de que la falta que se acusa aún no ha sido acreditada a través de un procedimiento que resguarde el ejercicio de la defensa a favor del afectado. Sobre esta materia, resulta ilustrativo citar algunos antecedentes relevantes. Así, mediante resolución N° 1345-96 este Tribunal señaló: 'No lleva razón la recurrente al afirmar que la suspensión temporal de labores –con goce de salario– dispuesta por la autoridad recurrida en contra del M.G.A. constituya una sanción que le fue impuesta sin darle oportunidad de proveer a su defensa, toda vez que la determinación que impugna no es definitiva sino de carácter meramente cautelar –pues lo que pretende es propiciar que el proceso disciplinario incoado en su contra se desarrolle de la manera más efectiva posible (…) al constituir una determinación de carácter meramente preventivo, el órgano competente tendrá la potestad de adoptarla de oficio, aunque con posterioridad podrá revisar la conveniencia de la misma cuando así lo solicitara la parte afectada por aquella, pues se trata de una medida meramente cautelar y preventiva, llamada a desaparecer una vez definida la situación que la motiva, por lo que en consecuencia podrá dictarse en su lugar, la revocatoria de la suspensión o la destitución definitiva del recurrente, por esa razón no se observa que lo actuado cause menoscabo a derecho fundamental alguno del recurrente de manera directa, más aún si se toma en cuenta que en la especie la suspensión fue acordada con goce de salario, situación que como en repetidas ocasiones se ha manifestado, no resulta contraria a derecho.' Por su parte, es particularmente orientadora la resolución N° 927-94, reiterada por la N° 2622-95, que se pronuncia en los siguientes términos: 'En criterio de la Sala, es necesaria una primera consideración al fondo del asunto, declarando que el artículo 190 inciso ch) del Estatuto del Servicio Civil no es inconstitucional en sí mismo. Su texto, si bien puede afirmarse que omiso, puede perfectamente subsistir y ser compatible con la Constitución Política. Lo que

sería inconstitucional es su forma de aplicarlo o en que ha sido interpretado tradicionalmente por quienes lo han aplicado, otorgándole un carácter que no tiene -o no puede tener-, si de compatibilizarlo con la Constitución Política se trata... 2. En lo que se refiere a la solicitud para que se suspenda al servidor contra quien se inicia o sigue un procedimiento de despido, que con frecuencia se formula simultáneamente a la gestión misma del despido, la Sala parte de la tesis de que se trata de una solicitud perfectamente legítima, siempre y cuando se la entienda de manera tal que (a) por una parte, y como expresamente lo exige el numeral impugnado, se considere la suspensión como necesaria conforme al mérito de los autos. Esto implica que, como en todo acto sometido al Derecho Público (y esta Sala ha establecido que la relación de empleo entre el servidor y la Administración Pública se rige por la normativa de esta naturaleza), debe existir una motivación, de modo que no estamos en presencia de una simple petición, tal y como tradicionalmente se la ha entendido por los titulares ministeriales, ni tampoco la resolución del Tribunal de Servicio Civil será el simple acto reflejo, accediendo a lo pedido. Deberá existir, en este aspecto, ***una justificación de la necesidad de suspender al servidor, durante la tramitación de la gestión, ya sea para que no interfiera con la investigación que se realiza, ya para evitar que permaneciendo en su cargo pueda manipular información o documentos, o por los motivos que fueren: el 'mérito de los autos', pues, determinará que haya o no motivación del acto de suspensión****. También en este aspecto, la Sala se remite a su copiosa jurisprudencia, en el sentido de que la motivación (fundamentación) no consiste ni se satisface con la reproducción de las palabras de la ley, sino que requiere de la autoridad pública una justificación del acto, en el que consten, básicamente,* ***las razones que objetivamente impongan la decisión*** *. Para el examen que interesa en esta acción, debe quedar objetivamente razonada la necesidad de suspender al servidor contra quien se inicia -o sigue- el procedimiento sancionatorio, lo cual, por ende, se debe corresponder, sin ningún esfuerzo dialéctico, con 'el mérito de los autos' según reza la propia norma impugnada. Pero, además, (b) esa suspensión a que se refiere la norma no es una sanción. Se trata de una medida cautelar, tomada mientras dura el procedimiento, que precisamente se dirige a una eventual sanción contra el servidor. Por tal motivo, la suspensión no puede acordarse, en la forma en que tradicionalmente ha venido haciéndose, sin pago de salario al servidor, porque, entonces, perdería su carácter precautorio, para convertirse en una sanción anticipada, que viola el artículo 39 Constitucional, desde que éste manda que no puede existir*

una sanción sin previa demostración de responsabilidad y sin la oportunidad concedida al afectado de ejercitar su defensa. Se trata, por decirlo de alguna manera, de un acto otorgado a favor de la Administración, dados los fines que cumple, pero no necesariamente contra o en perjuicio del servidor...'. De manera que, siempre que sea respetando estos lineamientos, este tipo de medida puede ser válidamente adoptada por la Administración, sea durante el desarrollo de una investigación preliminar en relación con las irregularidades denunciadas, o bien en el curso de un procedimiento formal instaurado para determinar la verdad real de los hechos y escuchar la defensa del presunto responsable." (Sentencia N° 2001-00898 de las 17:24 horas del 31 de enero de 2001; el resaltado y subrayado no es del original).

*Con respecto a este problema, la Sala ha sido enfática en señalar que lo que es objeto de verificación en esta sede, en principio, es que en la resolución que decrete una medida cautelar se expongan en forma explícita las razones, normas y elementos de prueba que fundamentan esa decisión, pues no le corresponde a este Tribunal entrar a fiscalizar la apreciación que las autoridades administrativas hagan del acervo probatorio del que dispongan, ni tampoco constatar que se ha dado una correcta aplicación de la ley**."** (Sala Constitucional, Resolución N° 571-2005 de las 17:22 horas del 25 de enero del 2005-*

"I).- En primer término, la suspensión del servidor con goce de salario, mientras dura una investigación administrativa, no requiere de audiencia previa al servidor, porque como medida cautelar que dicta la Administración, es temporal y tiene como objeto asegurar los fines del procedimiento. Desde este punto de vista y conforme con la jurisprudencia de esta Sala, este extremo del recurso se debe rechazar-". (Sala Constitucional, Resolución 3026-95 de las 12:06 horas del 9 de junio de mil 1995)

*"**II.-** Considera esta Sala que si la autoridad recurrida había constatado hechos que ameritaban la posible imposición de una sanción disciplinaria contra el amparado, debió continuar con el procedimiento disciplinario ya iniciado, dándole oportunidad para que ejerciera su defensa, tal y como lo ha señalado este Tribunal en su jurisprudencia (ver en ese sentido la sentencia número 6054-93 de las 8:45 de 19 de noviembre de 1993). En este procedimiento pudo aplicar medidas cautelares, si lo que buscaba era la eficiencia y continuidad del servicio público, pero no un traslado con la justificación de que se trataba de ius variandi. En este sentido, es preciso tener en cuenta que, se trata de dos órdenes diversos que operan sobre situaciones*

distintas. Así el procedimiento administrativo disciplinario fue instaurado para que la Administración constate hechos que han sido puestos en su conocimiento y que tipifican como infracción del servidor a las leyes y reglamentos en la materia, para imponer finalmente, previa oportunidad concedida al empleado para ejercer su defensa, una sanción. Mientras el ius variandi es la potestad del empleador de modificar el contrato individual en cuanto a tiempo, lugar y función, ya que éste obedece a criterios objetivos debidamente fundamentados, sin que la constatación de hechos irregulares en el desempeño del servidor sirva de base para la aplicación del ius variandi, pues ello haría innecesario el procedimiento disciplinario. En este caso, la actuación de la recurrida se orientó más bien a trasladar al amparado como consecuencia de los hechos en el desempeño de su labor y no en el ejercicio del ius variandi, quebrantando con ello no solo el debido proceso sino el principio de buena fe, al que debe ajustar la Administración todo su actuar." (Resolución N° 9222-2003 de las 10:59 horas del 29 de agosto del 2003.)

2. Investigacion preliminar

Existe la posibilidad de que, previo al inicio del procedimiento administrativo, se efectúe una etapa preliminar en la que se recopilen documentos o se preparen informes, con el objetivo básico de establecer la procedencia de iniciar el respectivo procedimiento, o bien para identificar a las partes a partir de determinados hechos.

La realización de esta etapa puede permitir a la Administración tomar una decisión mejor fundamentada en torno a si inicia o no un procedimiento administrativo, y de ahí su importancia. Eso sí, si del resultado de la investigación se ordena la apertura del procedimiento es necesario que el resultado de ese trabajo se ponga en conocimiento dentro del procedimiento administrativo como parte de la evidencia que los interesados podrán entonces examinar y valorar. Sobre el particular, la PGR ha señalado:

"…es posible que, previo al inicio de un procedimiento administrativo ordinario, se realice una fase de investigación previa o fase preliminar, mediante la cual se pretende la investigación y recopilación de hechos que puedan constituir infracciones o faltas y la identificación de posibles responsables.

En este sentido, los informes de auditoría se revelan como ejemplos típicos de esta fase preliminar.

Dicha investigación constituye una fase preliminar que servirá como base del procedimiento ordinario; su inicio constituye una facultad del órgano administrativo competente, a fin de determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso que tienda a averiguar la verdad real de los hechos objeto de investigación.

Respecto de esa fase preliminar, la Sala Constitucional ha señalado, en reiteradas ocasiones, que no existe violación al debido proceso por no poner a los presuntos responsables al tanto de la realización de la fase de investigación, precisamente, por tratarse de una etapa previa donde no puede hablarse de un debido proceso propiamente dicho. Al respecto, ha señalado nuestro Alto Tribunal Constitucional, lo siguiente:

"III.- En cuanto a la fase preliminar del procedimiento administrativo disciplinario. Alega el recurrente que se ha instaurado un procedimiento administrativo en su contra por supuestas faltas laborales, pero que se ha tomado declaración a testigos de cargo sin contar con su presencia. Por su parte, la Administración recurrida afirma que se trató de indagaciones preliminares, que se realizaron con miras a determinar la procedencia o no de abrir el procedimiento propiamente dicho. ***Sobre el particular, la Sala ha mantenido el criterio de que una correcta inteligencia del carácter y fundamentos del debido proceso exige admitir que, de previo a la apertura de un procedimiento administrativo, en ocasiones es indispensable efectuar una serie de indagaciones preliminares, pues la Administración -con anterioridad a la apertura del expediente administrativo- podría requerir la realización de una investigación previa, por medio de la cual se pueda no solo individualizar al posible responsable de la falta que se investiga, sino también determinar la necesidad de continuar con las formalidades del procedimiento, si se encuentra mérito para ello.*** *El caso prototipo ocurre cuando, sin intervención de las partes interesadas, se evacuan ciertas pruebas durante la investigación preliminar. Estas pruebas así evacuadas no pueden hacerse valer durante el procedimiento propiamente dicho, habida cuenta que para su obtención no se contó con la participación del investigado, y por lo tanto, habría quedado en indefensión. De igual forma, si se trata de pruebas que por su naturaleza son definitivas e irreproducibles, a no dudarlo son inútiles para los efectos de fundamentar el acto final, si para su evacuación no se ha brindado al afectado el debido proceso y el derecho de defensa como en derecho corresponde; sin embargo, si se entiende que se trata de actos preliminares para determinar la pertinencia o no de abrir con posterioridad*

> *un expediente administrativo en contra de un servidor, esta Sala ha manifestado que en su recolección puede la Administración tener o no como parte a la persona investigada.* ***Lo anterior constituye entonces una facultad del órgano administrativo competente, a fin de determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso que tienda a averiguar la verdad real de los hechos objeto de las pesquisas y es cuando se ha abierto el procedimiento propiamente dicho, con la conformación del Órgano Director, que surge el momento procesal oportuno donde el servidor investigado sí puede manifestarse sobre los cargos que le son atribuidos y en consecuencia, tener acceso a las piezas del expediente que le interesan, así como a ser asistido por un abogado y poder presenciar la evacuación de la prueba testimonial y cualquier otra que se ordene y ante la cual pueda ejercer su derecho de defensa. En esta inteligencia, no son procedentes las aseveraciones del recurrente en cuanto al irrespeto del debido proceso y del derecho de defensa en actos realizados en la fase preliminar de la investigación, que se abrió con ocasión de las denuncias presentada por varios pacientes en su contra, puesto que dentro de esa fase no puede hablarse de la existencia de un debido proceso propiamente dicho ni resulta necesaria la concurrencia de los elementos señalados supra como constitutivos de su derecho de defensa.*** *(…)* ***SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto: 2003-09125 de las nueve horas con veintiún minutos del veintinueve de agosto del dos mil tres.*** *(El subrayado no es del original)." (Dictamen Nº C-082-2005 del 24 de febrero del 2005). (La negrita, subrayado y mayúscula corresponde al original).*

No hay una norma legal específica que regule la investigación preliminar sino que es una potestad implícita de la cual goza la Administración.

En esta etapa no es necesario participar al administrado, pero se le deberá poner a disposición la prueba recabada una vez que inicie el procedimiento a fin de que pueda referirse a ella. Los actos de investigación constituyen una fase preliminar que podría servir como base a un posterior procedimiento administrativo, en el cual podría tenérsele como parte o no; ello constituye entonces una facultad del órgano administrativo competente, a fin de determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso que tienda a averiguar la verdad real de los hechos objeto de las pesquisas, y ese será el momento procesal oportuno donde pueda manifestarse sobre los hechos que fueran imputados y, en consecuencia, tener acceso a las piezas del expediente que le interesan.

Si se ha recabado prueba testimonial es indispensable volverla a recibir dentro del procedimiento, pues de lo contrario no se puede tomar en cuenta para tomar la decisión final. Lo anterior, con el fin de que la parte tenga la posibilidad de preguntar y repreguntar a los testigos o de refutar sus afirmaciones.

El determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso contra algún funcionario o empresa en particular, constituye una facultad del órgano administrativo competente y el hecho de que no se le haya informado con anterioridad sobre la investigación preliminar que se estaba realizando, no tiene la virtud de inhibir las facultades que posee la administración en ese sentido. Eso sí, es importante que se tenga presente que solo aquellas diligencias y piezas probatorias que hubieren sido tramitadas respetando las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa, podrían ser incorporadas o subsumidas en un procedimiento administrativo posterior. De lo contrario tales elementos deben ser diligenciados nuevamente por el órgano director del procedimiento, es decir solo aquella diligencia probatoria que hubiere sido tramitada con la participación de los afectados podría ser utilizada en la eventualidad que la Administración decidiere abrir un procedimiento administrativo.

Dicho resumidamente: la indagación previa es correcta y pertinente, en tanto necesaria para reunir los elementos de juicio apropiados para descartar o confirmar la necesidad del procedimiento formal, o bien para permitir su correcta sustanciación, por ejemplo, cuando se deba identificar a quienes figurarán como accionados en el proceso, o recabar la prueba pertinente para la formulación de cargos que posteriormente se deberán intimar. En cualquier otro supuesto, es enteramente inexcusable subsumir dentro de la etapa de investigación un acto o actos propios del trámite formal, lo cual comportaría un quebranto indubitable del derecho de defensa o de las garantías del debido proceso.

La Sala Constitucional ha permitido que la Administración realice una investigación preliminar, con el objeto de que cuente con elementos de juicio suficientes para tomar la decisión de iniciar o no un procedimiento administrativo sancionador (incluido el disciplinario).

Pero, ha puntualizado una serie de aspectos que es importante tomar en cuenta. Veamos:

- Es una fase preliminar que servirá como base para determinar si se abre o no un procedimiento ordinario administrativo y será en éste último en el que se le garantice el derecho de defensa[19.]

- El informe que brinde el órgano que realizó la investigación debe tenerse como un acto interno –preparatorio- del órgano que tiene que tomar la decisión de iniciar o no procedimiento. Eso exige que éste último lo analice y realice un pronunciamiento al respecto [20.]

- Los informes, los estados de resultados y los auditorajes específicos, en el ejercicio de funciones de control interno o externo, son posibles, aún sin la intervención de los eventuales funcionarios involucrados, siempre y cuando sirvan como acto inicial del procedimiento sancionatorio, si así lo determina procedente el órgano de fiscalización o el jerarca, según corresponda. Se está refiriendo al caso específico de auditorías [21.]

- Una cosa es recabar la información, definir los hechos, examinar los procedimientos seguidos y establecer las posibles incorrecciones y otro, muy distinta, es exigir la responsabilidad o imponer una sanción, lo que necesariamente deberá hacerse mediante la sujeción del expediente, que al efecto se abra, siguiendo las reglas del debido proceso [22.]

- No se puede, simplemente, dar traslado del informe de la investigación realizada. Una vez que se toma la decisión de iniciar el procedimiento ordinario, se deben imputar e intimar los cargos y hechos debidamente[23].

- El investigado tiene derecho a reproducir la prueba recabada en la etapa de la investigación preliminar[24]. Así, si se ha recibido prueba testimonial sin la participación del investigado –lo cual es posible- es necesario reproducirla durante el transcurso del procedimiento para que pueda ser tomada en cuenta para el dictado del acto final[25].

---

[19] Resoluciones de la Sala Constitucional 606-95 1 de febrero de 1995, 6066-96 de 8 de noviembre 1996, 7096-96 de 24 de diciembre de 1996, 676-97 de 31 de enero de 1997, 216-I-98 de 14 de abril de 1998, 354-98 de 6 de mayo de 1998, 1110-98 de 18 de febrero de 1998, 1689-99 de 5 de marzo de 199, 2296-99 de 26 de marzo de 1999.
[20] Resolución de la Sala Constitucional 416-95 de 20 de enero de 1995.
[21] Resolución de la Sala Constitucional 7190-94 de 6 de diciembre de 1994.
[22] Resoluciones de la Sala Constitucional 7190-94 de 6 de diciembre de 1994 y 416-95 de 20 de enero de 1995.
[23] Resolución de la Sala Constitucional 416-95 de 20 de enero de 1995.
[24] Resolución de la Sala Constitucional 468-95 de 25 de enero de 1995.
[25] Resoluciones de la Sala Constitucional 606-95 de 1 de febrero de 1995, 2202-95 de 3 de mayo de 1995, 6125-95 de 6 de enero de 1995, 6066-96 de 8 de noviembre de 1996, 46-97 de 31 de enero de 1997, 2397-97 de 29 de abril de 1997, 751-99 de 3 de febrero de 1999.

- La Sala ha reconocido, expresamente, que la investigación la pueden realizar los superiores y órganos encargados del procedimiento [26], las auditorías[27], o la Contraloría General de la República [28].

- En esta etapa no hay que cumplir con el debido proceso [29].

- Si aún no se ha iniciado el procedimiento por encontrarse en etapa de investigación preliminar, no se pueden violentar derechos fundamentales[30], por lo que el amparo resulta prematuro [31].

- Además, se ha señalado que el informe no constituye un acto administrativo definitivo que cause efectos en la esfera jurídica del accionante, pues ahí no se resuelve sobre la responsabilidad de los funcionarios, por su propia naturaleza [32].

- En la gestión de despido, será ante Servicio Civil que se garantice el derecho de defensa del funcionario, de ahí que la información que se recabe en los ministerios para decidir si esta se plantea o no se encuentra dentro de la fase de la investigación preliminar [33].

La utilización de esta etapa es útil, sobretodo, en los casos en que no se tenga claro cuál o cuáles pueden ser los funcionarios eventualmente responsables.

Es importante, eso sí, delimitar claramente ambos presupuestos porque las exigencias entre uno y otro son muy distintos.

La jurisprudencia constitucional ha sido conteste con que las investigaciones preliminares se encuentran fuera de los alcances del debido proceso, por no constituirse dicha actividad en un procedimiento sancionatorio. En ese sentido, ha señalado:

> *"El anterior ha sido el criterio reiterado de esta Sala, pues se ha considerado legítimo y razonable que la Administración, en los casos en que considere la posibilidad de abrir un*

[26] Resoluciones de la Sala Constitucional 2202-95 de 3 de mayo de 1995 y 2296-99 de 26 de marzo de 1999.
[27] Resoluciones de la Sala Constitucional 7190-94 de 6 de diciembre de 1994 y 7104-99 de 10 de setiembre de 1999.
[28] Resoluciones de la Sala Constitucional 869-99 de 10 de febrero de 1999
871-99 de 10 de febrero de 1999 y 1029 de 16 de febrero de 1999 y 7104-99 de 10 de setiembre de 1999.
[29] Resolución de la Sala Constitucional 2350-95 de 10 de mayo de 1995.
[30] Resolución de la Sala Constitucional 751-99 de 3 de febrero de 1999.
[31] Resolución de la Sala Constitucional 1689-99 de 5 de marzo de 1999.
[32] Resoluciones de la Sala Constitucional 869-99 de 10 de febrero de 1999, 871-99 de 10 de febrero de 1999 y 1029 de 16 de febrero de 1999.
[33] Resoluciones de la Sala Constitucional 3582-93 de 23 de julio de 1993, 2257-93 de 28 de mayo de 1993, 2368-99 de 26 de marzo de 1999 y 7104-99 de 10 de setiembre de 1999.

expediente administrativo contra un servidor, inicie de previo una fase preliminar o instructiva, que podría servir como base a un posterior procedimiento administrativo, pero en la cual, puede tener como parte o no al investigado, ya que constituye una facultad del órgano administrativo competente, a fin de determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso, tendente a averiguar la verdad real de los hechos objeto de la investigación. En esas oportunidades, se ha advertido eso sí a las autoridades administrativas que, si posteriormente se inicia un proceso disciplinario en perjuicio del funcionario previamente investigado, los medios probatorios que dieron base a la gestión que se interesa, deberán ser evacuados con la necesaria intervención de la amparada, a fin de que se manifieste sobre la procedencia o no de los mismos, e incluso, en el caso de prueba testimonial, tenga la posibilidad de repreguntar a los testigos su dicho, o de refutar sus afirmaciones. Por las razones expuestas, el amparo es inadmisible y así debe ser declarado.-" (Resolución Nº 6431-2000 de las 10:15 horas del 21 julio 2000).

"Estas consideraciones tienen que ver con la fase preliminar del procedimiento administrativo, ello por considerarlo un aspecto medular del recurso que nos ocupa y para clarificar el análisis en este caso. Sobre el particular, la Sala en reiterada jurisprudencia ha determinado que una correcta inteligencia del carácter y fundamentos del debido proceso exige admitir que, de previo a la apertura de un procedimiento administrativo en ocasiones es indispensable efectuar una serie de indagaciones preliminares. Así, la Administración –de previo a abrir lo que se denomina el "expediente administrativo"- requiere generalmente de la realización de una investigación preliminar, por medio de la cual se pueda no solo individualizar al posible responsable de la falta que se investiga, sino también determinar la necesidad de continuar con las formalidades del procedimiento si se encuentra mérito para ello. Claro está, la enunciada potestad administrativa de efectuar investigaciones previas a la apertura del procedimiento formal, no puede contrariar en ningún momento el conjunto de derechos y garantías que están cobijados por los institutos de la defensa y el debido proceso. Dicho resumidamente: la indagación previa es correcta y pertinente, en tanto necesaria para reunir los elementos de juicio apropiados para descartar o confirmar la necesidad del procedimiento formal, o bien para permitir su correcta sustanciación, por ejemplo, cuando se deba identificar a quienes figurarán como accionados en el proceso, o recabar la prueba pertinente para la formulación de cargos que posteriormente se deberán intimar. En cualquier otro supuesto, es enteramente inexcusable subsumir dentro

de la etapa de investigación un acto o actos propios del trámite formal, lo cual comportaría un quebranto indubitable del derecho de defensa o de las garantías del debido proceso." (Resolución Nº 8841-2001 de las 09:03 horas del 31 de agosto del 2001).

Se debe tener claro que el objetivo de la investigación preliminar es identificar a las partes del futuro proceso, establecer la procedencia de iniciar el mismo, o bien, la recolección de información, siendo improcedente exigir en esa fase la responsabilidad o imponer alguna sanción, pues ello necesariamente deberá hacerse mediante la sujeción del expediente, que al efecto se abra.

"La Sala ha considerado, reiteradamente, que los informes, los estados de resultados y los auditorajes específicos, en el ejercicio de funciones de control interno o externo, son posibles aún sin la intervención de los posibles funcionarios involucrados, siempre y cuando sirvan como acto inicial del procedimiento sancionatorio, si así lo estima procedente el órgano de fiscalización o el jerarca, según corresponda. Es decir, una cosa es recabar la información, definir los hechos, examinar los procedimientos seguidos y establecer las posibles incorrecciones y otro, muy distinta, es exigir la responsabilidad o imponer una sanción, lo que necesariamente deberá hacerse mediante la sujeción del expediente, que al efecto se abra, a las reglas del debido proceso; y todo ello porque la Sala en su Sentencia Nº 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, entre otras cosas, indicó que estos principios son aplicables, mutatis mutandi, a todo procedimiento sancionador, por lo que para todo caso concreto, deberán respetarse los elementos esenciales que lo comprenden, como por ejemplo, el principio de intimación, el de imputación, los derechos de audiencia y de defensa, incluyendo los de recurrir contra el acto final. En otras palabras, el informe de la Auditoría General de Entidades Financieras no es, ni puede ser en sí mismo el procedimiento sancionatorio, puesto que no tiene ese carácter. Es simplemente informativo de una situación detectada y a partir de la cual, deberá constatarse la responsabilidad que le pueda corresponder a cada uno de los funcionarios que se mencionen en el estado de resultados, lo que se hará con estricta sujeción al debido proceso. Ningún otro valor jurídico puede atribuirse al informe mencionado." (Resolución de la Sala Constitucional Nº 7190-94 de las 15:24 horas del 6 de diciembre de 1994).

También, el Tribunal Constitucional ha aceptado la imposición de medidas cautelares en la fase de investigación preliminar:

> *"…que el relevo de que fue objeto no constituye ni una sanción ni un despido. Se trata, más bien, de una medida cautelar tomada como parte de una investigación preliminar que puede dar lugar o no a un proceso sancionatorio. De allí que el relevo se ejecutara sin que la situación salarial del recurrente se viese afectada, como se desprende del documento precitado. Ahora bien, una vez iniciado dicho proceso, al recurrente debe informársele debidamente de los cargos en su contra y darle audiencia para que se refiera a la prueba existente, ejerza su defensa y aporte la prueba que tenga a bien, antes de imponer sanción alguna." (Resolución Nº 00701-99 de las 16:24 del 2 de febrero de 1999).*

Finalmente, en torno al plazo de la investigación preliminar la PGR ha señalado:

> ***"II.- PRESCRIPCIÓN:***
> *(…) el tema medular de este aparte, es definir el punto de partida del plazo de la prescripción que tiene el Estado-Patrono, para corregir o imponer las sanciones disciplinarias a los servidores que hayan cometido anomalías en perjuicio del servicio que prestan.*
> *En efecto, el artículo 603 del Código de Trabajo dispone: "los derechos y acciones de los patronos para despedir justificadamente a los trabajadores o para disciplinar sus faltas prescriben en un mes, que comenzará a correr desde que se dio causa para la separación o, en su caso, desde que fueron conocidos los hechos que dieron lugar a la corrección disciplinaria." Lo que determina, claramente, el momento en virtud del cual al patrono le corre el indicado plazo para ejercer dicha potestad disciplinaria. A contrario sensu, una vez transcurrido ese término, ya sea por inercia o inactividad de la parte patronal, se extingue el derecho o acción a que hace referencia esa disposición legal.*
> *En concordancia con el recién citado numeral, el artículo 99 inciso c) del Estatuto de Servicio Civil dispone lo siguiente:*
> *"Artículo 99: Prescribirán en un mes:*
>
> *a. (…)*
>
> *b. (…)*
>
> *c) Las acciones de los Ministros para iniciar la gestión de despido de los servidores regulares por causa justificada y para imponer las correcciones disciplinarias que autoricen la*

ley y los reglamentos interiores de trabajo, a partir del día en que se dio causa para la sanción, o en su caso, desde que fueron conocidos los hechos o faltas correspondientes."
Como se denota de las normas transcritas, el término de prescripción para que el patrono ejerza su acción correctiva y en consecuencia el derecho respectivo, comenzará a correr desde que se dio causa para la separación o desde que fueron conocidos los hechos. Sin embargo, ha sido reiterado el criterio de los Tribunales de Trabajo, de que entratándose del Estado o de cualquiera de sus instituciones, dicho plazo empieza a transcurrir, una vez finalizada la investigación y puesta ésta, en conocimiento del Organo competente para la decisión final, de la forma siguiente:

"(…)" Ha sido constante la jurisprudencia en el sentido de que cuando el patrono es alguna de las instituciones del Estado, el derecho y la acción para despedir a un trabajador no se computa a partir de la iniciación de la investigación que se ordene levantar para comprobar la respectiva falta, sino desde el momento en que terminada esa información, el resultado de la misma se pone en conocimiento del funcionario o entidad encargada de resolver…"

(Ver, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No 58 de las 15:40 horas del 17 de mayo de 1989. Ordinario Laboral de R.H.R.R. contra B.P. y D.C.)

Es preciso acotar por importante que, lo anteriormente dicho, no significa, en modo alguno, que la Administración tenga un plazo indeterminado para la realización de las diligencias apuntadas, sino que debe contar, también, con ese plazo para el inicio de la investigación de los hechos endilgados a un funcionario, tal y como reiteradamente lo ha dicho la referida Sala Segunda de la siguiente manera:

"...En este punto, debe hacerse la necesaria aclaración de que, para la procedencia de la gestión de despido, ante el Tribunal de Servicio Civil, siguiéndose el procedimiento previsto en los numerales 43 del Estatuto y 90 de su Reglamento, la Administración debe tener siempre la plena seguridad de la falta endilgada al servidor, surgiendo entonces la necesidad de siempre llevar a cabo, dentro de la propia entidad, un procedimiento administrativo interorgánico o una investigación preliminar, ambos desde luego previos y que necesariamente deben regirse por lo establecido en el respectivo Reglamento Interior de Trabajo o en un Reglamento Autónomo de Servicio: o, en su defecto, al menos por alguno de los procedimientos previstos en el Libro Segundo de la Ley

General de la Administración Pública – artículo 366 y 367 (...) Aquí conviene reflexionar (...) con base en la sentencia de esta Sala, número 40, de las 9,30 horas del 25 de mayo de 1988: "Considerando I. Es cierto, como lo alega el recurrente que el artículo 603 del Código de Trabajo se refiere al plazo dentro del cual los patronos pueden despedir a sus trabajadores, sin quedar expuesto a una prescripción, y que esa disposición legal señala como arranque el día en que fueron conocidos los hechos que pueden dar lugar a la corrección disciplinaria; y es cierto también que no existe norma en ese Código, sobre la fecha en que comienza a correr el plazo de la prescripción en el caso de que, en tratándose de ciertas instituciones públicas, deba levantarse, previo al despido, una información.

Pero a esas razones debe indicarse que es por jurisprudencia, entre la cual se encuentra la que cita el recurso, que los tribunales han sentado el principio, de que en tratándose del Estado o de alguna de sus instituciones, el término de un mes para que prescriba el derecho y la acción para despedir, aquél no se computa a partir del día en que se conocieron los hechos sino desde que, ordenada la respectiva información, ésta se pone en conocimiento del funcionario o entidad llamada a ejercer la acción disciplinaria.

Por esa razón, si para el despido la ley señala un mes a contar del día en que se conocieron los hechos, es lógico también que el inicio de la información deba tener lugar dentro del mismo plazo, pues de lo contrario el patrono podría contar con un tiempo indefinido para decretar el despido de su empleado, lo cual resulta contrario a todos los principios que informan el Derecho de Trabajo..."

(Ver, Sentencia Nº242 del 3 de noviembre de 1993)

"II. Que en cuanto a la prescripción de la acción de despido, el Tribunal Superior de Trabajo, al acogerla, aplicó correctamente lo dispuesto por el artículo 603 del Código de Trabajo, pues en atención a los diferentes datos que suministra la abundante prueba documental y testimonial recibidas, los hechos por los que se le despidió al actor eran de conocimiento de sus superiores muchos meses antes de que se iniciara la información correspondiente. Este último hecho se desprende la declaración que rindió el señor (...) ante el Organismo de Investigación Judicial (documento de folio 85) lo mismo que del testimonio rendido por (...) en la causa por el delito de incumplimiento de deberes que se tramitó en el Juzgado Tercero de Instrucción (documento de folio 123). Por lo demás, ni la información o trámite del despido ni el pronunciamiento de la Junta de Relaciones Laborales de la Municipalidad interrumpieron el

término de la prescripción, porque para que esto ocurra, es necesario que los trámites previos a la destitución se inicien, por lo menos, dentro del mes siguiente a la fecha en que el superior o superiores tuvieron conocimiento de los hechos invocados como causa del despido, lo que no ocurrió en este caso (236-84 de las 9 horas del 14 de noviembre de 1984) .

En síntesis, de conformidad con el principio de legalidad que rige toda la actuación administrativa, el Estado deberá sujetarse al plazo, claramente, estipulado por la normativa invocada supra, y la jurisprudencia de cita." (Dictamen de la PGR Nº C-159-2000 del 20 de julio de 2000).

"Por consiguiente, como regla general, la potestad para disciplinar las infracciones de los trabajadores o servidores públicos no vinculados con la Hacienda Pública, prescribe en un mes; término que se cuenta a partir de que acaba la investigación administrativa y el expediente llega a manos del funcionario competente para imponer la sanción, pues hasta este momento la entidad patronal puede ejercer, de manera efectiva, su potestad y no antes; máxime si se considera que con el inicio del procedimiento disciplinario se interrumpe aquél término extintivo (Véase al respecto, el dictamen C-008-95 de 02 de mayo de 1995 y C-340-2002 de 16 de diciembre del 2002, así como NIETO GARCÍA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1994, pág. 474).

No obstante lo expuesto, interesa advertir que lo anterior no significa, en modo alguno, que la Administración tenga un plazo indeterminado para iniciar el procedimiento administrativo, sino que debe contar, también, con ese mismo plazo para incoar la investigación de los hechos endilgados a un funcionario, una vez que tenga noticia de los mismos (Véase al respecto el dictamen C-159-2000 de 20 de julio del 2000, así como el C-340-2002 op.cit.).

Por ello, en ese mismo sentido la propia Sala Segunda, en su jurisprudencia, ha determinado, que una vez que se tenga conocimiento de la falta, ya sea por un informe preliminar, a lo interno de la misma Administración, o por formal denuncia de un tercero, debe iniciarse la correspondiente investigación, dentro el mes siguiente, pues de lo contrario opera también la prescripción señalada.

Al respecto, se ha llegado a afirmar lo siguiente:

"La razón por la cual el ordenamiento jurídico contempla términos para el ejercicio de los derechos, como el expresado, tiene que ver con la necesidad de mantener el orden social, aplicando el principio de seguridad jurídica. Ahora bien, tratándose como se trata en el sub lite, de entidades patronales del Sector Público, en las cuales se exige una investigación de previo al despido, aquel término fatal comienza a correr una vez que el resultado de esa investigación, se pone en conocimiento del órgano que, e acuerdo a su estructura organizativa, es el llamado a tomar la decisión final. Sin embargo, a fin de que esa potestad patronal se ejercite en forma, acorde con el principio aludido y no se vulnere el fin de la norma transcrita, la investigación acerca de los hechos que se imputan al trabajador, debe iniciarse dentro del mes establecido en la ley. En igual sentido, se ha pronunciado esta Sala. Así en el Voto Número 40, de las 9:30 horas, del 25 de mayo de 1988, expresó: "I. Es cierto como lo alega el recurrente que el artículo 603 del Código de Trabajo se refiere al plazo dentro del cual los patronos pueden despedir a sus trabajadores, sin quedar expuestos a una prescripción, y que esa disposición legal señala como arranque el día en que fueron conocidos los hechos que pueden dar lugar a la corrección disciplinaria; y es cierto también que no existe norma en ese Código, sobre la fecha en que comienza a correr el plazo de la prescripción en el caso de que, en tratándose de ciertas instituciones públicas, deba levantarse, previo al despido, una información. Pero a esas razones debe indicarse que es por jurisprudencia, entre la cual se encuentra la que cita el recurso, que los tribunales han sentado el principio, de que, en tratándose del Estado o de alguna de sus instituciones, el término de un mes para que prescriba el derecho y la acción para despedir, aquél no se computa a partir del día en que se conocieron los hechos, sino desde que, ordenada la respectiva información, esta se pone en conocimiento del funcionario o entidad llamada a ejercer la acción disciplinaria. Por esa razón, si para el despido la ley señala un mes a contar del día en que se conocieron los hechos, es lógico también que el inicio de la información deba tener lugar dentro del mismo plazo, pues de lo contrario el patrono podría contar con un tiempo indefinido para decretar el despido de su empleado, lo cual resulta contrario a todos los principios que informan el Derecho de Trabajo. Por lo anterior, no lleva razón el recurrente en cuanto pretende que únicamente debe tomarse en cuenta el día en que se termina la información, sin importar la fecha e que dio inicio" (...) (Voto Nº 120 de las 09:00 horas del 6 de abril de 1995)" (Resolución Nº 2001-00149 de las 10:40 horas del 25 de febrero del 2001, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia).

En sentido similar pueden consultarse las resoluciones Nºs 236-84 de las 09:00 horas del 14 de noviembre de 1984, 243 del 3 de noviembre de 1993, 2001-00260 de las 10:20 horas del 16 de mayo del 2001, todas de la Sala Segunda.

Así las cosas, para que no opere la prescripción aludida, el jerarca institucional deberá ordenar la formal apertura del procedimiento administrativo disciplinario respectivo, dentro del mes siguiente al momento en que conoce de algún informe sobre faltas o irregularidades, que recomiende conformar un órgano director. De lo contrario, podría prescribir la potestad sancionadora de la Administración." (Dictamen Nº C-344-2002 del 18 de diciembre del 2002).

3. Decisión de inicio y acto de inicio

En este apartado se procederá a hacer unos breves comentarios en relación con la decisión de inicio y acto de inicio del procedimiento administrativo; valga acotar posteriormente dichos temas serán retomados y desarrollados aún más.

De conformidad con el numeral 284 de la LGAP el procedimiento administrativo podrá iniciarse con motivo de la denuncia o petición de un particular o como producto de una decisión oficiosa de la Administración.

No obstante lo anterior, en la LGAP no se establece de manera genérica en qué casos puede iniciarse de oficio o a instancia de parte sino que dependerá "*de la clase de procedimiento de que se trate y de la concreta situación jurídica en que se encuentre el administrado respecto a su eventual objeto y finalidad."* (Dictamen Nº C-368-2003 del 20 de noviembre 2003).

Es preciso, que el órgano competente para dictar el acto final proceda a tomar la decisión de iniciar el procedimiento y designar al órgano director encargado de tramitar el desarrollo del mismo, invistiéndolo de manera formal de las facultades necesarias para que posea la competencia y capacidad jurídica requeridas para dar validez a sus actuaciones.

Así, interesa diferenciar entre la decisión de inicio y el inicio del procedimiento, ya que éste último "*se produce, no con la designación del órgano instructor, porque éste es un acto interno sin efectos en la esfera de los administrados, sino cuando el órgano designado así lo decreta, convocando a las partes a una comparecencia oral y privada enumerando brevemente y poniendo a disposición la documentación que obre en su poder, previniéndoles que aporten toda la prueba antes o durante la comparecencia".* (Sentencia Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Nº 000398-F-02 de las 15:10 horas del 16 de mayo del 2002, en sentido similar, la resolución Nº 000595-F-2000 de las 11:50 horas del 18 de agosto del 2000. Y así parece entenderlo también la Sala Segunda en la sentencia Nº 2002-00282 de las 10:10 horas del 12 de junio del 2002).

Pese a lo expuesto, debe admitirse que el inicio del procedimiento administrativo podría ocurrir con el acto de designación del órgano director, cuando éste haya sido debidamente comunicado –por notificación o por publicación- al funcionario investigado; pues en ese caso, dicho acto interno adquiere relevancia externa para el servidor (artículos 120, 122 y 123.2 de la Ley General de la Administración Pública), y a partir de ese momento, éste podría ejercitar legítimamente su derecho de defensa, ya fuera recusando a los integrantes del órgano (artículos 230 y ss. Ibídem), oponiendo recursos administrativos (artículos 342 y ss. Ibídem), hacer alegaciones (artículos 217 Ibídem), aportar y rebatir pruebas (artículos 218, 297 y ss., 309 y 317 Ibídem).

En todo caso, y con el objeto de no confundir el curso del procedimiento siguiendo la jurisprudencia supra indicada, lo conveniente es que la Administración notifique ambas resoluciones en un solo momento.

Es importante que se tenga presente que, "*no es posible admitir la validez de un procedimiento administrativo que haya sido iniciado por un órgano y resuelto por otro, pues en ese caso una de las dos actuaciones sería nula, por haber sido emitida por un órgano incompetente.*

Sobre este mismo tema, la PGR ha señalado:

> *Es criterio de este Despacho que el Órgano Director del Procedimiento debe ser designado por el órgano competente para emitir el acto final. Igualmente hemos considerado que una vez instruido el procedimiento el órgano director debe remitir el expediente respectivo al órgano con competencia para resolver sobre el fondo del asunto para que éste requiera los dictámenes que la ley exija" (…)*
> *En otra oportunidad se dijo:*
> *"Las partes dentro del procedimiento administrativo son el sujeto administrativo y el sujeto administrado. Respecto al primero, y siguiendo los lineamientos de la Ley General de la Administración Pública, debemos distinguir entre el órgano director del procedimiento y el órgano decisor. Este último es el que reúne las condiciones necesarias, incluyendo por supuesto la competencia, para resolver por acto final el procedimiento. Por su parte, el órgano director es el encargado de tramitar y excitar el desarrollo del mismo, dictando las providencias que estime necesarias. Este deberá ser nombrado por el competente para emitir el acto final, es decir por el órgano decisor ..." (…)*
> *En conclusión: en un procedimiento administrativo, el órgano que lo inicia, mediante el nombramiento del órgano director, puede y debe ser el mismo que conoce la resolución recomendativa y que resuelve en primera instancia el asunto." (Dictamen Nº C-092-98 del 19 de mayo de 1998).*

Como derivación del "principio de defensa", una de las más importantes garantías formales del procedimiento administrativo, es aquella a partir de la cual, el órgano encargado de realizar el procedimiento, tiene el deber de poner en conocimiento de quienes sean parte del mismo, ya sea porque tienen un interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final (art. 275 de la LGAP), una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos por los cuales se inicia la investigación y sus probables consecuencias legales, lo que debe unirse al ineludible deber de la Administración de notificar el carácter y fines del procedimiento.

Tal y como se indicó, el procedimiento administrativo puede ser producto de una gestión del interesado, o bien de una decisión oficiosa de la propia Administración; en ambos casos, al iniciarse el procedimiento habrá de dictarse una resolución de trámite o auto de abocamiento, que permita a quienes participarán en el mismo, conocer en detalle el objeto, carácter y fines del procedimiento, con la respectiva enumeración de toda la documentación pertinente que obre en su poder, la oficina pública en la que podrá ser consultada, y por supuesto, ponerla a disposición de los interesados (art. 312 de la LGAP). Sin obviar otras previsiones como las del numeral 245 de la LGAP.

Si bien la LGAP no establece claramente el momento procesal para ello, la práctica administrativa ha sido que en el mismo acto de la convocatoria a las partes a la audiencia oral y privada (conocido como el auto de traslado de cargos o acto inicial del procedimiento), prevista en los numerales 218 y 309 de la LGAP, se procede a establecer dicha intimación, así como la imputación.

Ahora bien, es indiscutible que no basta con que se garantice la intimación y el acceso al expediente administrativo, sino que es preciso que todo ello se logre con la suficiente antelación para preparar adecuadamente las alegaciones de descargo pertinentes.

Por ello, el art. 311, en relación con el 256.2, ambos de la LGAP, obligan a que toda citación de las partes a la comparecencia oral y privada, deba realizarse al menos con quince (15) días hábiles de anticipación; garantía que ha sido calificada por la propia Sala Constitucional, y por este Órgano Superior Consultivo, como una formalidad sustancial, cuya omisión ocasiona la nulidad absoluta de lo actuado a contrapelo de esa norma, conforme a lo dispuesto en los numerales 223 y 254 de la LGAP.

El acto de apertura del procedimiento debe cumplir con una serie de formalidades:

1) El órgano director deberá fundamentalmente notificar al interesado de los hechos, cargos, motivos, carácter y fines por los cuales se abre el respectivo procedimiento administrativo (principios de intimación e imputación) En ese sentido se le notifica al interesado el carácter y fines del procedimiento, de esta forma debe señalarse exactamente el tipo de procedimiento que se va a

seguir, por ejemplo si es ordinario (artículos 308 a 319) o sumario (artículos 320 a 326), también es necesario delimitar expresamente hacia qué tiende el procedimiento (tipo de procedimiento que se va a seguir y el fin que se persigue con él), esto es, si es para declarar la nulidad del acto, imponer una sanción administrativa, procesos sancionatorios (incluidos los disciplinarios) determinar responsabilidades civiles, etc. Nótese que el cumplimiento de tal obligación no puede interpretarse como un adelanto de criterio de la Administración, puesto que el objeto del procedimiento es verificar la verdad real de los hechos investigados y darle oportunidad al administrado para ejercer una adecuada y oportuna defensa.

2) Debe ponerse a disposición el expediente levantado al efecto citando las piezas que éste contiene.

3) Se cita para una comparecencia oral y privada ante la Administración con un plazo no menor de quince días hábiles de antelación, con señalamiento de hora y fecha, y de aportar la prueba que considere pertinente.

4) La citación a comparecencia, de conformidad con el artículo 249, deberá contener:

- El nombre y dirección del órgano que cita;
- Nombre y apellidos de la persona citada;
- El asunto a que se refiere la citación, la calidad en que se cita a la persona y el fin para el cual se le cita;
- Si el citado debe comparecer personalmente o puede hacerlo por medio de apoderado;
- El día, la hora y el lugar de la comparecencia, con indicación clara de la naturaleza y medida de las sanciones en caso de no comparecer;
- La firma del órgano director con el nombre y apellidos del respectivo servidor público.

5) Se hace la prevención de señalar lugar para oír notificaciones.

6) Se indican los recursos, plazos en que proceden y el órgano ante quién se deben interponer (derecho a que se le indique el plazo para impugnar los actos contrarios a sus derechos).

7) La indicación de que puede contar con patrocinio letrado (derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas).

8) Fundamentación o motivación de los actos administrativos, incluidas las resoluciones de procedimiento.

Con respecto a tema, pueden verse las resoluciones de la Sala Constitucional números: 2253-98 de las 13:03 horas del 27 de marzo de 1998, 632-99 de las 10:48 horas del 29 de enero de 1999, 2001-01545 las 09:31 horas del

23 de febrero del 2001, 2003-13140 de las 14:37 horas del 12 de noviembre del 2003; así como los Dictámenes de la PGR números: C-210-2000 del 4 de setiembre del 2000, C-276-2001 del 4 de octubre del 2001, C-353-2004 del 25 de noviembre de 2004, C-055-2005 del 9 de febrero del 2005, C-075-2005 18 de febrero del 2005.

4. Audiencia oral y prueba

Tal y como se comentó, el derecho de audiencia (comparecencia oral y privada a que aluden los artículos 218 y 309 de la LGAP) tiene como finalidad la evacuación de las pruebas (declaración de testigos tanto del administrado como de la Administración), y por tanto, el administrado y su abogado -si considera pertinente contar con patrocinio letrado- pueden realizar las alegaciones de hecho y de derecho que consideren oportunas (incluso pueden aportar un escrito solicitando se tenga por incorporado a ese acto), así como la posibilidad de aportar la prueba que respalde sus afirmaciones, y la de combatir los argumentos y pruebas de cargo. Si bien estos temas habían sido desarrollados en apartes anteriores, se retomarán aquí con el objeto de complementarlos.

Sobre la audiencia que nos ocupa, el jurista español Jesús González Pérez, en su obra "EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL", afirma:

> *"… la citada audiencia da al interesado la posibilidad de aportar al expediente su versión de los hechos (en la doble versión fáctica y jurídica) que, como elemento de juicio más, resulta en todo caso indispensable para que la autoridad decidente resuelva conociendo los datos o argumentos que legalmente pueda aportar el administrado con la finalidad de contrarrestar una prueba o posición prima facie o presuntivamente se manifiesta para el de forma adversa." (GONZALEZ PEREZ, Jesús, El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1989, pp. 176-177)*

Dada su evidente vinculación con el tema de la prueba, es oportuno recordar que el particular tiene amplias facultades para proponer prueba durante el expediente. Así, desde el mismo momento en que es enterado del procedimiento y hasta el propio día de celebración de la audiencia, puede proponer prueba (ver 312 inciso 2. de la LGAP) y lograr su evacuación en ese momento. Recuérdese, por demás, que si la Administración basó el inicio del procedimiento en declaraciones de terceros que consten en informes o en una investigación preliminar, deberá citar a esos terceros para que el particular puede ejercer el derecho de interrogar. Desde esta perspectiva, entonces, el órgano director del procedimiento deberá ser especialmente cuidadoso de facilitar la disponibilidad de la prueba ofrecida por la parte y que esté a su alcance hacer llegar al expediente para el día de celebración de la audiencia oral. Asimismo, deberá el órgano director disponer lo necesario para que prueba que, a solicitud del propio órgano –informes a otras dependencias, peritajes, etc- se

produzca en el ínterin que va del acto inicial al día de la comparecencia, sea puesta en conocimiento de la parte antes de la audiencia, con el fin de evitar la vulneración del principio de defensa. Por último, recuérdese que, si después de celebrada la audiencia, el órgano director estima que debe incorporarse más prueba, deberá acudir al proceso de autorización del superior, y celebrar una nueva audiencia para su válida introducción en el expediente (ver artículo 319 de la LGAP)

También es importante destacar que la audiencia no sólo es momento de evacuar prueba, sino de hacer los alegatos y conclusiones pertinentes relacionados con el objeto del procedimiento. Es necesario destacar que si bien el artículo 317 LGAP, en sus inciso 2) y 3) prescriben una caducidad del derecho si no se ejercita esta facultad, no es viable desconocer alegatos escritos de conclusiones que se presenten concomitantemente con las manifestaciones orales que haga la parte.

Con fundamento en los anteriores párrafos, es viable concluir que la audiencia oral y privada es el medio idóneo que contempla la ley para el ejercicio de la más amplia defensa de las partes, que por su naturaleza puede ser renunciada por ella - así como cualquier otro aspecto del procedimiento, verbigracia la interposición de recursos-, si lo estima necesario para proteger sus derechos e intereses, como derivación de la garantía contenida en el artículo 39 de la Carta Magna que señala que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. A este efecto, conviene citar un criterio de la Sala Constitucional en el cual se reconoce expresamente el carácter de medio de defensa que ostenta la audiencia oral:

> *"II.- En el procedimiento administrativo, que tiene como objeto más importante la verificación de la verdad real de los hechos (artículo 214.2 de la Ley General de Administración Pública), las partes interesadas tienen derecho a una comparecencia oral y pública con la Administración, en la que "se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba, siempre que la decisión final pueda causar daños graves a alguna o a todas aquellas, de conformidad con la ley" (artículo 218 idem). Es decir, que la audiencia oral y pública es el medio idóneo que contempla la ley, para el ejercicio de la más amplia defensa de las partes, que por su naturaleza, puede ser renunciada por ella, si lo estima necesario para proteger sus derechos e intereses, como derivación de la garantía contenida en el artículo 36 de la Constitución Política que señala que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.*
> *III.- Ahora bien. Para el caso del procedimiento administrativo, tal y como lo dispone el artículo 248 de la Ley General de Administración Pública: "1. El órgano que dirige el procedimiento podrá citar a las partes o a cualquier tercero para que declare o realice cualquier acto necesario para el desenvolvimiento normal del procedimiento o para su decisión*

final." 2. El citado podrá hacerse venir por la fuerza pública, si no compareciere a la primera citación." Si bien es cierto, este artículo no hace la diferencia con respecto a quiénes pueden ser citados, debe interpretarse que los llamados a declarar o simplemente a comparecer, lo son en sus condición de parte interesada, llamada para que ejerza su derecho a la defensa, y por lo tanto esa citación constituye un medio de defensa, razón por la cual, si no desean presentarse, están simplemente renunciando a un derecho que de por sí les asiste. Esta Sala no puede tolerar de ninguna forma que a un ciudadano se le amenace con restringir su libertad ambulatoria por el hecho de que voluntariamente decida renunciar a ejercitar un derecho. La posibilidad que tiene la Administración para traer por medio de la Fuerza Pública a cualquier persona para los efectos del artículo supra citado, debe entenderse que se refiere a los testigos o terceras personas, pero de ninguna manera a las partes que vayan a hacer uso de un derecho de defensa como parte interesada, de allí que el recurso deba ser declarado con lugar." (Sala Constitucional, Resolución N° 126-96 de las 15:57 horas del 9 de enero de1996)

La referida audiencia, de conformidad con el inciso 1) de la norma 315 de la LGAP, se puede llevar a cabo sin intervención de la parte en el caso de que exista ausencia injustificada. Sin embargo, eso no significa que la parte acepta los hechos, pretensiones ni pruebas de la Administración o de la contraparte.

"UNICO. No lleva razón el recurrente al afirmar que no se le confirió audiencia a fin de proveer a su defensa en el proceso disciplinario incoado en su contra y en consecuencia, que violó en su perjuicio el derecho al debido proceso, toda vez que de la documentación aportada al libelo de interposición se desprende que el órgano recurrido le otorgó audiencia oral y privada para las catorce horas del veintiuno de diciembre del año anterior, sin embargo, el interesado no compareció a aquella, razón por la cual la continuación del procedimiento administrativo no deviene ilegítima, pues de conformidad con el artículo 315 -con relación al 309- de la Ley General de la Administración Pública, la ausencia injustificada de una parte no impedirá que la comparecencia se lleve a cabo, pero no valdrá como aceptación por ella de los hechos, pretensiones ni pruebas presentadas por la Administración o la contraparte. Por lo expuesto, el amparo deviene improcedente y así debe declararse." (Sala Constitucional, Resolución N° 1299-94 de las 10:54 horas del 8 de marzo de 1994)

"II.- Sobre el fondo. *Del estudio del expediente administrativo enviado a la Sala con ocasión de la tramitación del amparo, se ha podido corroborar que en la especie no se ha transgredido el principio constitucional alegado, ya que en el*

procedimiento tuvo participación activa el señor Duarte, se le intimó debidamente, tuvo acceso al expediente, pudo ofrecer prueba de descargo y posterior al análisis de los elementos probatorios y del informe final rendido por el Órgano Director del Procedimiento, la Ministra de Justicia y Gracia, como órgano sancionador, acogió las recomendaciones realizadas y gestionó el despido del funcionario ante la Dirección General de Servicio Civil. Ahora bien, merece señalarse que el señor Duarte, fue debidamente citado para que asistiera a la comparecencia oral y privada para celebrarse a las 9 horas del día 19 de enero de 1999, fecha en la que a la hora indicada el investigado no se hizo presente, razón por la que se recibieron las declaraciones de varios testigos que habían sido citados al efecto. Posterior a la finalización de la diligencia, al ser las 14:40 horas de esa mismo día, el señor Duarte se apersona ante el Órgano Director del Procedimiento y sin justificar su ausencia, ni alegar alguna nulidad, procedió a rendir su declaración. Además, la resolución final dictada por la Ministra de Justicia y Gracia, no le pudo ser notificada al aquí recurrente, en virtud de que en la dirección por él ofrecida, le indicaron al notificador del despacho, que él ya no vivía en el lugar y se desconocía su nueva ubicación. Por otra parte, ya iniciada la gestión de despido ante la Dirección de Servicio Civil, el señor Duarte planteó reclamo administrativo ante el Órgano Director del Procedimiento, alegando la nulidad del traslado inicial del procedimiento sustentado en dos supuestos yerros de legalidad, reclamo que le fue trasladado al órgano que ahora conoce del despido y quien resolverá en su oportunidad.

De todo lo expuesto, se puede concluir que en las actuaciones administrativas no se contempla violación al debido proceso y que, con los alegatos ahora esgrimidos, el aquí recurrente pretende que la Sala analice situaciones de mera legalidad, como lo es la reapertura de plazos y la discusión de nulidades procesales, situación improcedente en esta sede excepcional, ya que la vía constitucional no es una más dentro de un procedimiento administrativo." (Sala Constitucional, Resolución N° 2082-99 de las 16:21 horas del 17 de marzo de1999).

Sin embargo, el tema de la ausencia injustificada se puede prestar para generar problemas prácticos para el órgano director. Esto por cuanto debe ser especialmente celoso de acreditar tanto que la notificación se hizo en forma correcta, como que, efectivamente, ha sido deseo de la parte no acudir a ejercitar su defensa. Aún más, de hecho debe tomar en cuenta alegatos adicionales que haya aportado la parte inasistente:

VI.- No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, esta Sala considera conveniente advertir a la autoridad recurrida que la inasistencia injustificada de la amparada a las audiencias

programadas no hace caducar en forma alguna su derecho de defensa. Si bien el artículo 252 de la Ley General de la Administración Pública le permite a la Administración decidir aún sin tener que citar nuevamente al interesado, no le permitiría rechazar las alegaciones y pruebas que la amparada quisiera aportar antes del dictado del acto final, las cuáles tendrían necesariamente que ser analizadas en dicha resolución, a fin de preservar los principios de defensa y búsqueda de la verdad real que informar la actuación de la Administración Pública a la hora de llevar a cabo sus procedimientos en contra del administrado, según reza el numeral 221 de la Ley General. (Sala Constitucional, Resolución N° 1449-99 de las 10:42 horas del 26 de febrero de1999)

"I.- El hecho de que el amparado PM haya presentado simples fotocopias de la cita médica que para el día diecinueve de junio de año en curso se había conferido a la señorita ALCS contra la que se sigue el procedimiento administrativo disciplinario objeto de este recurso, no es motivo suficiente para que la Administración estime injustificada su ausencia a la audiencia oral y privada señalada para las nueve horas de ese mismo día. En efecto, la Administración debe ser garante del debido proceso y, si bien los artículos 252 y 315.1 prevén la posibilidad de que la comparecencia se lleve a cabo y la Administración continúe con el procedimiento y decida el caso cuando la persona o parte citada no concurra sin justa causa, dichas normas deben interpretarse y aplicarse a la luz de aquél precepto constitucional y, en ningún caso, podrían interpretarse en detrimento de los derechos fundamentales del sometido a investigación. No escapa a esta Sala el hecho de que el procedimiento administrativo que se sigue en contra de la amparable CS se ha visto, en alguna medida, entorpecido por la no comparecencia de la acusada a la audiencia a la que en dos ocasiones ha sido convocada. Pero ni ese hecho, ni la premura que la Administración tenga para resolver pueden justificar el quebranto de derecho fundamental alguno. Así, si la Administración recibió el propio día de la comparecencia y a pocos minutos de haberse comenzado -según se afirma en el informe rendido bajo juramento-, un escrito del defensor de la acusada, en el cual se hacía ver la imposibilidad material que asistía a la interesada para presentarse a dicha audiencia, toda vez que para la misma hora se le había fijado una cita médica, lo procedente era suspender la audiencia y corroborar, si se estimaban insuficientes los documentos adjuntos, la veracidad de lo aducido. Cuando de la protección de derechos fundamentales se trata, el formalismo no puede convertirse en un obstáculo para su observancia, de manera tal que si la Administración estimaba que las simples fotocopias de la

cita y de la incapacidad de la recurrente eran insuficientes para tener por justificada la no comparecencia de la acusada, bien podía corroborar su autenticidad en el Departamento de Recursos Humanos de ese mismo Ministerio -lugar donde debían presentarse los originales- o, al menos, prevenir a la parte interesada la indicación del lugar donde se hallaban. Pero no, pese a ello, realizar la audiencia oral y privada y recibir la prueba testimonial pertinente, pues con ello se causó indefensión a la amparada y se quebrantó el principio de debido proceso. La realización de dicha audiencia, en ausencia de la parte acusada, sólo puede ser procedente en aquellos casos de manifiesta negativa o rebeldía de dicha parte, pero no cuando -como en este caso- exista una razón suficiente y "razonable" para la no comparecencia, aún cuando esa razón se haga valer el propio día de la comparecencia. Es más, si la Administración realiza la comparecencia en ausencia de la parte acusada y dentro de un plazo razonable ésta comprueba que tenía justificación para no asistir, debe anularse lo actuado y reponerse el procedimiento a fin de garantizar el debido proceso. Tampoco es de recibo el argumento de la Administración, en el sentido de que al no exigirse a la amparada su presencia en forma personal quedaba cumplido el debido proceso con sólo que su defensor se presentara a la audiencia, esto sólo sería cierto en el caso en que la interesada manifestara su deseo de no comparecer y que en su lugar lo haga su defensor, toda vez que la posibilidad de intervenir en la audiencia oral es un derecho de la encausada y no una concesión de la Administración, la cual debe estar vigilante para que no se vulnere el derecho de defensa. De igual modo, el hecho de que la amparada haya acudido a esta Sala el diecisiete de mayo a interponer otro recurso de amparo, fecha en la cual se había fijado la anterior audiencia, la que no se realizó por ausencia de la acusada por cuanto ésta debía guardar reposo, no puede dar base para tener por injustificada su no comparecencia, pues el hecho de que haya acudido a esta Sede en resguardo de sus derechos no puede ser tomado como un elemento en su contra. Una cosa es presentar un recurso ante esta Jurisdicción y otra muy distinta acudir a una audiencia para ejercer su derecho de defensa, razón por la cual la circunstancia de que no pudiera asistir a esta última no implica el que también estuviera impedida de realizar lo primero. De manera tal que al haber realizado la Administración recurrida la audiencia oral y privada y recibido la prueba testimonial sin la presencia de la acusada, quien tenía motivo razonable para no asistir, se produjo un quebranto al debido proceso y se colocó a la amparada Calderón Saravia en un claro estado de indefensión." (Sala Constitucional,

Resolución N° 4599-99 de las 09:30 horas del 18 de agosto de 1995)

Por ello, deberá el órgano director ser especialmente cuidado a la hora de ejercitar la competencia que contempla el artículo 248 inciso 3 de la Ley General, fundamentalmente a través de la debida motivación del acto de citación:

> *"II.- Sobre el fondo. De la relación de los hechos alegados en el recurso, del informe recibido y las pruebas con que se cuenta, se desprende que el aquí recurrente, en la sede constitucional, plantea los mismos argumentos que esbozó en sede administrativa, en su recurso de apelación contra el acto de apertura del procedimiento, a saber: -que se le impide comparecer por medio de apoderado, -que se están siguiendo procesos similares de forma separada, y - que no se le ha indicado el tipo de responsabilidad que se le imputa. Aspectos que fueron debidamente resueltos en su oportunidad por el Consejo de Gobierno y que en sede constitucional deberán ser analizados por separada. Se alega que en la intimación de los hechos notificada al investigado, el órgano director del procedimiento, sustentado en la Ley General de la Administración Pública, dispuso que la comparecencia del investigado debía realizarse de forma personal, y no obstante indicar que podía éste ser asesorado por un abogado, impuso la obligación ineludible del investigado compareciera de forma personal. La Sala ha conocido de otros casos similares, en los que incluso un órgano director del procedimiento amenazó a los investigados con hacerlos traer por la fuerza. En este tipo de asuntos la Sala ha establecido:* ***(Voto 124-96 de las 15:51 horas del 9 de enero de 1999, idéntico al 126-96 citado arriba)***
>
> *En ese sentido, la interpretación que debe hacerse del artículo 248 de la Ley General de la Administración Pública, acorde con los derechos fundamentales, es que en un procedimiento sancionatorio, la convocatoria a audiencias realizada al investigado no debe ser personalísima, salvo en el presupuesto establecido en el párrafo tercero del artículo mencionado, sea en aquellos casos en que para la realización de la diligencia, por su naturaleza, y debidamente sustentado por la administración de forma escrita, no permita la intervención de apoderado. Pero, la regla es que el investigado pueda voluntariamente decidir su participación, ya que le es facultativo renunciar al derecho de defensa. En el caso que nos ocupa, si bien la Administración, en ejercicio de la potestad discrecional citada, acordó exigir expresamente la comparecencia personal del recurrente, dicha actuación no es arbitraria, ya que como se indicó el señor Chaverri puede no comparecer a la audiencia programada -con las consecuencias*

> *que esto apareja-, sin que ello obste para que su abogado lo haga y ejerza los medios de defensa que aquel podría ejercer, según su condición. Interpretarlo de otra forma sí sería violatorio del contenido del derecho de defensa, como elemento integrante del principio constitucional del debido proceso." (Sala Constitucional, Resolución N° 4457-99 de las 09:57 horas del 11 de junio de 1999)*

Respecto a las implicaciones que conlleva la incidencia de que un funcionario se incapacite, se encuentre en vacaciones, con un permiso con o sin goce de salario, o cedido a préstamo en otra entidad, cuando se encuentre pendiente un procedimiento ordinario, se debe tener en cuenta lo siguiente:

De acuerdo con el fin que persigue el procedimiento administrativo y, en resguardo del derecho de defensa que es la máxima que debe seguir el mismo, resulta irrelevante que el funcionario se encuentre en alguna de las referidas hipótesis o en otras, en virtud de que ese derecho –debido proceso- no se suspende bajo ninguna circunstancia al derivar su fundamento de la combinación armónica de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. Al respecto, apunta la Sala Constitucional que:

> *"... dentro de las reglas que rigen el principio constitucional del debido proceso (Vid. Voto de esta sala número 15-90 de las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del día cinco de enero de mil novecientos noventa), el investigado o inculpado de determinada situación deberá contar con las posibilidades de defensa a su alcance, con el fin de sustentar sus alegatos ... el derecho de defensa no se suspende por una incapacidad o alguna decisión administrativa que suspenda las labores de un funcionario..." (Sala Constitucional, Resolución N° 3329-92 del 4 de noviembre de 1992) (Lo subrayado es nuestro).*

En armonía con lo anterior, es perfectamente posible continuar con el procedimiento si las circunstancias en cuestión se producen después de la apertura y antes de la comparecencia, por cuanto ya se ha realizado la intimación e imputación correspondiente lo que garantiza un ejercicio eficaz del derecho de defensa.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de notificar el acto inicial y realizar la audiencia oral, debemos acotar lo siguiente:

No toda incapacidad -sea ésta por enfermedad o maternidad (incluyendo el post-parto) inhabilita para asistir a la comparecencia, por lo que la misma se puede llevar a cabo. Ahora bien, si por las características de la enfermedad o maternidad torna imposible la asistencia, la parte deberá comunicarlo a la Administración con la justificación médica de rigor, toda vez que lo contrario implicará una ausencia injustificada, y, en consecuencia el órgano director podrá

realizar la mencionada audiencia de conformidad con el supra citado artículo 315 inciso 1 de la Ley General.

La realización o no de la audiencia debe ser registrada en un acta, tal y como se exige en los artículos 270 y 313 de la Ley General de la Administración Pública; esto como garantía del correcto desarrollo del proceso.

Siendo que la audiencia oral es el momento en que se evacuará toda la prueba ofrecida (artículo 317 de la Ley General), además de aquella que haya sido determinada como tal por parte del órgano director, es necesario hacer algunas precisiones sobre este tema. El principal, a nuestro modo de ver, es que quién está llamado a buscar la mayor cantidad de prueba para que se incorpore al expediente, lo es el propio órgano director, puesto que es él el llamado a averiguar la verdad real de los hechos. Por ello, la omisión de la parte no puede ser visto como un levantamiento de esa obligación a cargo del órgano director. En este sentido siendo que el órgano director cuenta con las mismas atribuciones que los órganos jurisdiccionales, sea ha admitido que desarrolle actuaciones propias tendentes a desentrañar los hechos, aún en contra de lo que puedan estimar las partes como necesario (artículo 221 de la Ley General):

> *"III.- En primer lugar, hay que aclararle al recurrente que el procedimiento administrativo da comienzo con el traslado de cargos, por lo que no se han sobrepasado los plazos permitidos y, además, que la prórroga dispuesta (visible a folio 101 del expediente administrativo) cumple los requisitos de ley. El hecho de que no se comunicara la prórroga en forma escrita al superior es un vicio subsanable de procedimiento que no viola ningún derecho fundamental del amparado.*
> *III.- En segundo lugar, en cuanto a las pruebas, la Sala considera que no se ha violado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ni a la intimidad de su hogar, porque la llamada telefónica cuestionada fue hecha por la recurrida a un número telefónico que figuraba en el recibo adulterado objeto de investigación y con ella se limitó a verificar a quién pertenecía --lo cual no se trata de ninguna forma de violación del secreto de las comunicaciones-- y el órgano director podía válidamente hacer constar esa actuación --que no tiene el carácter de acta notarial-- , como lo hizo y lo puso en conocimiento del amparado (ver folios 98 a 100 exp. adm.). Por otra parte, la prueba obtenida del representante de la empresa COPRODESA S.A. se trata de información solicitada para efectos de la investigación de los hechos. La administración puede adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de su voluntad, siempre que se limite a utilizar los medios permitidos por el derecho público (arts. 221 y 298.1 L.G.A.P.); el órgano director le puso en conocimiento de esa*

prueba (folio 167 exp. adm.) y no le ha producido indefensión alguna, porque se trata de prueba documental y no de un testimonio rendido sin la comparecencia del acusado quien, por su parte, pudo haber solicitado la testimonial si lo hubiera considerado pertinente." (Sala Constitucional Resolución N° 1780-99 de las 18:18 horas 9 de marzo de 1999)

Cabe destacar, dentro de las atribuciones del órgano director, que la posibilidad de traer a los testigos o terceras personas citadas de manera compulsiva, con el auxilio de la fuerza pública, no se puede ampliar o hacer comprensiva a las "partes":

"Para el caso del procedimiento administrativo, tal y como lo dispone el artículo 248 de la Ley General de Administración Pública: "1. El órgano que dirige el procedimiento podrá citar a las partes o a cualquier tercero para que declare o realice cualquier acto necesario para el desenvolvimiento normal del procedimiento o para su decisión final." 2. El citado podrá hacerse venir por la fuerza pública, si no compareciere a la primera citación." Si bien es cierto, este artículo no hace la diferencia con respecto a quiénes pueden ser citados, debe interpretarse que los llamados a declarar o simplemente a comparecer, lo son en sus condición de parte interesada, llamada para que ejerza su derecho a la defensa, y por lo tanto esa citación constituye un medio de defensa, razón por la cual, si no desean presentarse, están simplemente renunciando a un derecho que de por sí les asiste. Esta Sala no puede tolerar de ninguna forma que a un ciudadano se le amenace con restringir su libertad ambulatoria por el hecho de que voluntariamente decida renunciar a ejercitar un derecho. La posibilidad que tiene la Administración para traer por medio de la Fuerza Pública a cualquier persona para los efectos del artículo supra citado, debe entenderse que se refiere a los testigos o terceras personas, pero de ninguna manera a las partes que vayan a hacer uso de un derecho de defensa como parte interesada, de allí que el recurso deba ser declarado con lugar." (Sala Constitucional, Resolución N° 126-96 de las 15:57 horas del 9 de enero de 1996)

Por otra parte, en torno a la importancia de respetar el plazo de los quince días de anticipación para celebrar la audiencia oral (artículos 250.2 y 311 LGAP), destacamos el siguiente criterio de la Sala Constitucional:

*"…los principios generales del debido proceso consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política y desarrollados en la Ley General de la Administración Pública**, como en este caso en el artículo 311 en cuanto a la audiencia, establece que la citación a la comparecencia oral deberá hacerse con quince días de anticipación, y esta disposición no fue adoptada a cabalidad en ninguna de las resoluciones adoptadas por el Organo Director recurrido.** En la resolución de las ocho horas con treinta minutos del veintidós de noviembre del dos mil uno, se fijó la audiencia para el día 5 de febrero del 2002, sin embargo esta resolución le fue notificada al amparado el 29 de enero del 2002; en la resolución de las trece horas del seis de febrero del dos mil dos, se trasladó la audiencia para el día 14 de febrero del 2002, no obstante esta resolución fue notificada al recurrente el día 12 de febrero del 2002 y finalmente y posterior a la notificación de este recurso de amparo; por resolución de las trece horas del dieciocho de febrero del dos mil dos, se trasladó la audiencia para el día 27 de febrero del 2002 y esta resolución fue notificada al recurrente ese mismo día 18 de febrero del 2002. Los recurridos informaron que era razonable fijar la audiencia para el 27 de febrero, porque el amparado, a su criterio, había contado con más de un mes para preparar su defensa, sin embargo, esta resolución del 18 de febrero del 2002 **tampoco cumple con lo dispuesto por la norma legal de cita, pues en ésta no se hace este tipo de interpretaciones que en realidad violentan el principio de legalidad.** Nótese que la resolución se dicta el 18 de febrero y se convoca al amparado para el 27 del mismo mes y año**, habiendo transcurrido únicamente 7 días hábiles desde su notificación a la fecha de la celebración de la audiencia, cuando en realidad deben ser 15 días hábiles.** De este modo el recurso resulta estimatorio, por lo que lo procedente es declarar con lugar el mismo y anular la resolución dictada por el Organo Director a las trece horas del dieciocho de febrero del dos mil dos, únicamente en cuanto señaló como fecha para la celebración de la audiencia el día 27 de febrero del 2002, ya que con ella violenta uno de los postulados del derecho de defensa consagrado en el debido proceso." (Sala Constitucional, Resolución N° 2175-2002 de las 10:31 horas del 1 de marzo del 2002. La negrita y subrayado no es del original).*

Por su parte, la Procuraduría General ha manifestado:

> ***"III.- La citación de las partes a la comparecencia oral y privada debe hacerse con quince días de anticipación (art. 311 de la Ley General de la Administración Pública).***
> *Según prescribe de manera expresa y especial la Ley General de la Administración Pública, la citación a la comparecencia oral deberá hacerse con quince días hábiles de anticipación (relación armónica de los artículos 311 y 256.2 Ibídem), en caso contrario se estaría limitando ilegítimamente la oportunidad para los administrados de preparar adecuadamente su defensa y alegación (Véanse al respecto, entre otros muchos, los pronunciamientos C-193-2001 de 11 de julio de 2001 y C-263-2001 de 1 de octubre de 2001).*
> *Dicho plazo constituye una garantía legal que ha sido calificada por la propia Sala Constitucional, y por la Procuraduría General, como una formalidad sustancial del procedimiento administrativo ordinario, cuya omisión ocasiona la nulidad absoluta de lo actuado a contrapelo de esa norma; esto conforme a lo dispuesto por los numerales 223 y 254 de la citada Ley General (Remito entre otras, a las resoluciones Nº 5653-93 de las 08:27 horas del 5 de noviembre de 1993 y 2002-02175 de las 10:31 horas del 1º de marzo de 2002, de la Sala Constitucional, así como los pronunciamientos C-223-97 de 24 de noviembre de 1997, C-193-2001 de 11 de julio de 2001, C-205-2002 de 14 de agosto de 2002, C-159-2002 de 18 de junio de 2002 y C-340-2003, entre otros muchos). (El destacado en negrita es del original). (Dictamen N° C-337-2005 del 27 de setiembre del 2005, en igual sentido los dictámenes números C-198-2005 del 23 de mayo y C-289-2005 del 8 de agosto, ambos del año 2005).*

Si se señala una nueva audiencia en virtud de imposibilidad alegada por la parte para asistir a la misma, ese nueve señalamiento no tendrá que cumplir con el plazo de quince días hábiles de anticipación –pero sí debe ser razonable-, pues ya ha corrido el término del primer señalamiento. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la resolución No. 34-90 de las 15:00 horas del 10 de enero de 1990 indicó:

> *"I.- La Sala considera que si la Institución recurrida admitió como aceptable la excusa del recurrente para pedir la proposición de la audiencia, en el curso de su procedimiento administrativo ordinario por denuncias internas contra la Agencia de Viajes Otec S.A., al darle la prórroga, debió otorgarle un nuevo plazo, si no igual al establecido en el artículo 311 de la Ley General de Administración Pública, al menos razonablemente amplio para que pudiera preparar su defensa y sobre todo asistir y*

presentar las pruebas de descargo que estimare oportunas. Al ampliar el término para la celebración de la audiencia en solamente dos días, a sabiendas de que el recurrente estaría fuera del país, si le dejó un plazo evidentemente angustioso y no razonable causándole indefensión."

Por último, destacamos la siguiente norma de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública:

"Artículo 10.
(…)
Las comparecencias a que se refiere la Ley General de la Administración Pública en los procedimientos administrativos que instruya la Administración Pública por infracciones al Régimen de Hacienda Pública, serán orales y públicas, pero el órgano director, en resolución fundada, podrá declararlas privadas por razones de decoro y por derecho a la intimidad de las partes o de terceros, cuando estime que se entorpece la recopilación de evidencia o peligra un secreto cuya revelación sea castigada penalmente.

Propiamente en lo que se refiere a la regulación legal del tema de la prueba, cabe advertir que el mismo se menciona en los artículos 270, 272, 295, 297, 298, 302, 312, y 313 de la LGAP. Como principios básicos en esta materia, cabe recordar que los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, y que el órgano decisor debe sujetarse a las reglas de la sana crítica para apreciar la prueba, lo cual hace necesario la referencia a los artículos 330 y siguientes del Código Procesal Civil, en tanto estas normas establecen las reglas de valoración en tratándose de específicos medios de prueba.

Por su parte, la Sala Constitucional ha destacado estos aspectos puntuales en cuanto a medios de prueba y competencias del órgano director:

- Testigos pueden incurrir en los delitos de falso testimonio y perjurio, previstos en el Código Penal. No hay obligación de indicar lo establecido en el artículo 36 de la Constitución Política.

"CUARTO. En cuanto a la declaración que rindió el señor Cárdenas ante el Organo Director del Procedimiento, ciertamente no estaba obligado a hacerlo, pero de ahí a que debe ser advertido de ello, conforme a lo que dispone el artículo 36 de la Constitución Política, hay una gran diferencia, pues esta norma con toda claridad se remite a la "materia penal". Subsiste, entonces, un derecho de abstenerse de declarar, o incluso de ofrecer prueba, porque la administración es la obligada a la averiguación de la verdad real, pero eso no significa que debemos llegar a exigir las formalidades que

en la investigación criminal deben cumplir los jueces. La Sala encuentra, entonces, que lo que existe en este asunto es una diferencia de concepto en cuanto a la trascendencia de la contratación que realizó el señor Cárdenas - ya no solamente en el caso del señor Valerín Altamirano, sino de otras más,- pero ese es un tema que debe ser dilucidado y decidido en lo que resta de la vía administrativa (vid. Considerando anterior) o en la vía jurisdiccional ordinaria, mas no en la jurisdicción constitucional por la naturaleza de lo debatido." (Sala Constitucional, Resolución N° 1946-94 las 10:30 horas y treinta del 22 de abril de 1994)

"Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala en la que ha estimado que la garantía en cuestión está reservada a la materia penal, así en la sentencia número 01946-94, de las diez horas y treinta minutos del día veintidós de abril de mil novecientos noventa y cuatro, se consideró lo siguiente: "(...) En cuanto a la declaración que rindió el señor ... ante el Órgano Director del Procedimiento, ciertamente no estaba obligado a hacerlo, pero de ahí a que debe ser advertido de ello, conforme a lo que dispone el artículo 36 de la Constitución Política, hay una gran diferencia, pues esta norma con toda claridad se remite a la "materia penal". Subsiste, entonces, un derecho de abstenerse de declarar, o incluso de ofrecer prueba, porque la administración es la obligada a la averiguación de la verdad real, pero eso no significa que debemos llegar a exigir las formalidades que en la investigación criminal deben cumplir los jueces...".
En la sentencia número 0348-94 de las quince horas con cuarenta y ocho minutos del día dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro: "...VII.- Debe señalarse, finalmente, que el accionante no ha aportado criterios jurídicos que deban ser analizados por la Sala en mayor extensión. Se ha limitado a atacar la constitucionalidad de la norma, como contraria al derecho de declarar contra sí mismo, que tiene toda persona, pero como se vió, no existe quebranto alguno, desde que esa protección constitucional y de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, se refieren a la materia penal. La Sala no puede acceder, por otra parte, a la petición que se le plantea, de aplicar analógicamente a otras materias esa protección, ya que su racionalidad descansa, precisamente, en que en materia penal está en riesgo la propia libertad del imputado (o sindicado) en causa penal..." En igual sentido, en la sentencia número 5977-94 de las dieciséis horas veintisiete minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, se consideró lo siguiente: "...I. El artículo 36 de la Constitución Política establece que en materia penal nadie está obligado a declarar

en contra de si mismo, ni contra su cónyuge o los parientes, que allí expresamente se señalan. Cuando el legislador habla de "materia penal", se refiere a los procesos en donde como consecuencia de la acusación del Ministerio Público - o de un privado en el caso de los delitos de instancia privada-, la persona acusada, pueda, si es condenada, perder su libertad personal o imponérsele una pena de otra índole. Reclama el accionante que ese principio debe regir también cuando en sede civil se pretende interrogar a un acusado sobre materia penal, esto es, cuando se pretenden cobrar los daños y perjuicios derivados de la supuesta comisión de un delito, en esa vía.

II.- La garantía de no declarar en contra de si mismo surgió, principalmente como respuesta a la costumbre, intronizada en algunos países y aceptada en sistemas inquisitivos de organización no democrática, de obtener la confesión del imputado mediante tortura, lo que impedía que el acusado fuera juzgado con imparcialidad como lo requiere la ley. Modernamente se acepta también que una persona tiene derecho a no coadyuvar con quienes pretenden quitarle su libertad, porque se entiende que éste es uno de los bienes más preciados del ser humano, de allí que sea lógico que un acusado, no esté obligado a procurarse un daño a si mismo. En materia civil, en cambio, cuando se persiguen los daños y perjuicios derivados de una acción penal, la única consecuencia -de ser condenado el demandado al pago de los daños y perjuicios causados-, es de carácter patrimonial. En ningún momento lo que diga o se compruebe en sede civil, luego de absuelto en sede penal, puede valer en su contra para efectos de la responsabilidad penal, de tal forma que un acusado en sede civil no tiene ninguna posibilidad de arriesgar su libertad personal si es llamado a confesión, máxime si se trata de hechos ya juzgados en sede penal, protegidos por los efectos de la cosa juzgada. No se dan, pues, circunstancias que justifiquen la aplicación de la garantía de no declarar en contra de si mismo, en sede civil, aún cuando se estén revisando consecuencias pecuniarias derivadas de acciones penales, si ya ha recaído cosa juzgada en sede penal...".

En consecuencia, el hecho de que los inspectores judiciales no le hayan advertido a Ivette Mata Ulloa sobre su derecho de abstenerse a declarar en contra del amparado, en su condición de pariente, no implica ninguna violación constitucional, porque dicha garantía está dispuesta en forma exclusiva para la jurisdicción penal, razón por la que no puede hacerse extensiva a los procedimientos administrativos disciplinarios; y en todo caso, tal y como el propio recurrente lo expone en el memorial de interposición del recurso, dicha testigo es hija de una prima hermana del amparado, por lo que no es su

sobrina, sino su prima segunda (ver folio 4 del expediente), vínculo consanguíneo colateral que excede del tercer grado protegido por el artículo 36 de la Constitución Política.-" (Sala Constitucional, Resolución N° 412-99 de las 08:30 horas del 22 de enero de 1999)

• El órgano director debe pronunciarse expresamente sobre la prueba ofrecida por el administrado, sea admitiéndola o rechazándola.

• Es facultad del órgano director el determinar la procedencia o no de la prueba solicitada para mejor resolver.
"V.- Por otra parte, se refieren los amparados a la omisión de evacuar los testimonios que ofrecieron en el procedimiento administrativo. Sobre este alegato se observa que en la resolución inicial del procedimiento se citó a la comparecencia oral, advirtiendo que en ella se podría ofrecer todo tipo de prueba (folio 104). El día que se efectuó la audiencia (16 de octubre de 1998), uno de los actores, Alexander Zumbado, manifestó "que no aportaron más testigos, por cuanto en la convocatoria dice que los testigos deben presentarse por escrito y anticipadamente, por esa razón solo aportan 1." (folio 115). Ese mismo día, a las 11:30 horas se presentó una nota refiriéndose a los hechos y señalando que oportunamente se ofrecerá prueba testimonial por medio de escrito (folio 122). El 21 de octubre siguiente se presentó otro memorial pidiendo la fijación de una nueva audiencia con el carácter de prueba para mejor proveer, en la que se oirían los testimonios de Delegados de la Guardia Rural y un funcionario del Ministerio de Salud (folio 124). En el considerando décimo segundo de la resolución final se rechazaron esos nuevos ofrecimientos (folio 142). Si se toma en consideración que a los amparados se les confirió oportunidad de presentar prueba en la comparecencia oral y que no hicieron llegar toda la que consideraban pertinente, sin que mediara una razón de peso, como habría sido imposibilidad material u obstaculización de las instancias municipales, este aspecto del amparo debe también desestimarse. Se considera satisfecho el derecho de defensa con la opción ofrecida en el momento de realizar la audiencia, sin que lo infrinja el rechazo de prueba posteriormente ofrecida, pues en ese ulterior momento ni siquiera se mencionó algún tipo de obstáculo que hubiera impedido su aportación oportuna." (Sala Constitucional, Resolución N° 1638-99 de las 09:12 horas del 5 de marzo de 1999)

"III.- Finalmente y en cuanto a la prueba para mejor resolver solicitada por el recurrente, es menester indicarle que no existe con la actuación de la administración una violación al

derecho al debido proceso, aunque no se puede descartar una violación legal al procedimiento, la cual deberá ser alegada en su momento y dentro del mismo procedimiento, ya que es facultativo del órgano director el determinar la procedencia o no de la prueba solicitada, máxime si la misma se encuentra incorporada al expediente, como bien lo indica el recurrente en su memorial inicial. Por otra parte, obsérvese que la petición de dicha prueba se hizo el veintiséis de marzo de este año, y que dicha petición no es pura y simple respecto a información determinada sino que se conforma en una gestión procesal, sometida a un régimen distinto del establecido para las primeras y cubiertas por plazos distintos que distan en mucho de los diez días que se establece para las peticiones puras y simples en la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En razón de lo expuesto y de considera este Tribunal que en la especie no se ha violado derecho fundamental alguno del petente, lo pertinente es rechazar este recurso por improcedente." (Sala Constitucional, Resolución N° 2883-99 de las 17:09 horas del 21 de abril de 1999)

• Valoración de la prueba le corresponde al órgano decisor en el momento de tomar la decisión final.

• Principio general de que el investigado tiene el derecho de estar presente en el momento de recepción de la prueba, salvo casos especiales (menores).

"II.- Por otra parte, también consta del expediente administrativo -cuya certificación fue acompañada al informe- que a las diez horas del dieciséis de junio del año en curso se recibió el testimonio del señor Stanley Estrada Peraza, testigo que fuera citado por resolución N DRH-AJ-207-94. Unicamente consta la razón de notificación de dicha resolución al testigo en cuestión, pero no a la parte interesada. La Sala ha mantenido, en su reiterada jurisprudencia, que es un derecho del encausado en un procedimiento administrativo el estar presente en la recepción de la prueba testimonial, con el propósito de poder repreguntar a los testigo, de modo tal que la Administración debe tomar las medidas pertinentes para que tal derecho pueda ser ejercido, en su caso, en forma efectiva y, para tal fin, lógicamente debe comunicarle la hora y fecha en que se evacuarán dichas probanzas. Como del estudio del expediente administrativo se desprende que el testigo Stanley Estrada Peraza fue citado y recibido a espaldas de la parte acusada, también con ello se han vulnerado los más elementales presupuestos del debido proceso, en perjuicio de la amparada Calderón Saravia. La circunstancia de que su testimonio, a criterio de la Administración, fuera

favorable a la acusada, así como el hecho de que también haya sido citado para la audiencia oral y privada a la que fue convocada la amparada, no pueden convalidar dicha prueba, pues ésta fue evacuada con violación al debido proceso y, por ende, resulta absolutamente nula. Desde ningún punto de vista puede entenderse que la Administración, dentro de un procedimiento disciplinario, está facultada para recibir un testimonio a espaldas de la parte acusada, a fin de obtener su versión previa de los hechos y confrontar su firma con la de otro documento, para verificar su autenticidad, como se afirma en el informe. Pues en este último caso, tal verificación, en caso de duda, debía realizarse a través de los medios técnicos idóneos, y, de cualquier modo, la amparada tenía el derecho de estar presente en la recepción de ese testimonio, derecho que se le negó al no ponérsele en conocimiento, dentro de un término razonable, la hora y fecha de la diligencia." (Sala Constitucional, Resolución N° 4599-99 de las 09:30 horas del 18 de agosto de 1995)

"En cuanto al hecho de que se le impidió estar presente en el momento en que los niños rendían su declaración, la autoridad recurrida actuó de conformidad con las leyes y convenios internacionales sobre la protección a la niñez. Sin embargo, la circunstancia de que no pudiese estar presente en ese momento, no constituye una violación a su derecho de defensa, por cuanto posteriormente tuvo acceso a las actas en que se consignaron las declaraciones de los menores. Por otra parte, la resolución que dio inicio al procedimiento administrativo hizo referencia a la existencia de prueba testimonial que consistía en declaraciones de niños, niñas y adolescentes sobre el maltrato físico y emocional que habían recibido por parte de ella. En cuanto a la inadmisión de la prueba documental y testimonial propuesta por la recurrente, su análisis resulta ajeno a la competencia de esta Sala, pero se advierte que la resolución que dio inicio al procedimiento administrativo contenía claras prevenciones en ese sentido." (Sala Constitucional Resolución 618-99 de las 16:45 horas del 4 de febrero de 1998.)

- *Evacuación de prueba de descargo si el ente tiene la posibilidad de obtenerla.*

"Aunado a lo anterior, se violentó también en perjuicio de la amparada el debido proceso al no haberse evacuado toda la prueba de descargo ofrecida, no resultando de recibo el argumento de la entidad recurrida en el sentido de que la acción de personal ofrecida no fue aportada, pues en aras del principio de informalidad que predomina en el procedimiento

administrativo, así como el de búsqueda de la verdad real, bien podía el órgano director del procedimiento solicitar el documento a la oficina de personal del mismo ente municipal. Por innecesario no se emite pronunciamiento expreso sobre el alegato de que el Alcalde a.i. fue juez y parte en el procedimiento, puesto que no consta en autos que siquiera la recurrente haya presentado la respectiva recusación como procedía." (Sala Constitucional, Resolución 5311-99 las 17:45 horas del 7 de julio de 1999)

• En la comparecencia se respetan los principios de inmediación y concentración de la prueba, situación que justifica la fijación de un plazo para dictar el acto final. La ley establece una excepción y es la de que podrán realizarse antes de la comparecencia las inspecciones oculares y periciales (art. 309 LGAP).

• Si personas fueron entrevistadas por el órgano director sin la presencia de la parte, deben ser nuevamente citadas:

***"III.-** Esta Sala ha señalado que para la imposición de una sanción disciplinaria debe observarse un procedimiento en el cual se respeten las garantías del debido proceso. Uno de los requisitos indispensables para una efectiva defensa del investigado es ponerle en conocimiento las pruebas que existen en su contra para que pueda rebatirlas y si en el curso del procedimiento se evacua prueba adicional, debe también dársele audiencia. En el caso de pruebas testimoniales, puede incluso estar presente en la diligencia y hacer preguntas a los testigos. A folio 4 del expediente consta un acta, sobre la comparecencia celebrada el 16 de mayo de 1997, en la que se informó a la recurrente los hechos por los que estaba siendo investigada y se le invitó a rendir declaración. En esa oportunidad se abstuvo de hacerlo, pero solicitó fotocopias del expediente y que se le confiriera audiencia cuando se evacuara la prueba testimonial. Sin embargo, a folios 13 al 19 consta que el 22 de mayo el órgano director del procedimiento se presentó al Hospital Max Peralta de Cartago y realizó entrevistas a varios funcionarios de esa institución -de las cuales se dejó constancia en actas- y obtuvo documentos pertinentes para la investigación. Sin embargo, no consta en el expediente que se le haya comunicado previamente la celebración de esta diligencia, ni siquiera que se le haya puesto en conocimiento de la existencia de tales pruebas. Si bien en el presente caso no se ha adoptado todavía la resolución final -caso en el cual la lesión al derecho de defensa hubiese sido más evidente, lo cierto es que transcurrió un tiempo prolongado sin que se confiriera audiencia sobre tales pruebas*

o se llamara a los entrevistados a declarar como testigos. Sin embargo, la solicitud de la recurrente para que se anularan las declaraciones -folio 45- fue atendida, y en el oficio de 30 de julio de 1997 se le comunicó que se realizarían nuevamente las "entrevistas", dándole la oportunidad de estar presente -folio 73-. En consecuencia, como la actuación que se impugna fue anulada antes de la notificación de la resolución que dio curso al presente amparo, lo procedente es ordenar el archivo del expediente." diez horas con cuarenta y ocho minutos del nueve de enero de mil novecientos noventa y ocho.- (Sala Constitucional Resolución N° 117-98 de las 10:48 horas del 9 de enero de 1998)

- *No es necesario avisar anticipadamente al administrado sobre una prueba si ello tiene relación con el cumplimiento de estándares de protección para las personas (mediciones de ruido).*

"UNICO. El recurso es temerario y amerita la condena en costas del recurrente, quien se guardó de mencionar a) que el negocio no está autorizado como discoteca y así funciona según se informa bajo juramento; b) que se encuentran en el expediente administrativo quejas de los vecinos acerca del exceso de ruido ocasionado por el Bar y Restaurante del recurrente (l2 y siguientes) y dio a entender en el escrito inicial que la queja era solamente de la dueña de un negocio vecino c) que el negocio fue clausurado el l9 de diciembre de l994 (ibidem folio 13) por haber incumplido la orden sanitaria de 28 de octubre de l994 que concedía un plazo de diez días "para confinar todo tipo de ruido hacia el exterior del establecimiento" (expediente principal, folio 4), y una vez que también había incumplido las órdenes sanitarias de 25 de agosto y de 16 de setiembre de l994 (folios 2 y 4 del expediente administrativo). Bajo juramento se informa que el recurso administrativo interpuesto por el recurrente le fue resuelto, y de toda suerte no tendría la virtud de suspender la ejecución de la orden sanitaria. Es por lo demás débil el alegato de indebido proceso porque supuestamente no tuvo participación el interesado en la prueba para medir el ruido, pues no es caprichoso suponer que avisar al recurrente de esa diligencia hubiera sido ponerlo sobre aviso, y considerando que durante varios meses no protestó de la medición que le fuera notificada desde el 25 de agosto de l994 (ibidem folio 2). Así las cosas, la administración no ha actuado arbitrariamente ni ha atentado contra la libertad de comercio por lo que ha de desestimarse el recurso." (Sala Constitucional, Resolución N°378-95 de las 14:39 horas del 19 de enero de 1995).

• Se puede ordenar prueba pericial sin que al efecto sea necesario que el día en que se realiza las partes estén presentes. Lo que importa es que el resultado de la pericia sea puesto en conocimiento de las partes, para que éstas manifiesten lo pertinente, incluso con contraprueba técnica.

"II) De acuerdo con lo indicado bajo juramento por la autoridad informante y luego de un estudio detallado del expediente administrativo que se ha tenido a la vista la Sala concluye que no se ha lesionado el derecho de defensa de los accionantes. En primer término debe indicarse que el órgano director de procedimiento no realizó inspección ocular alguna, ya que, tal y como se indica en las resoluciones visibles a folios 492 a 5|8, Tomo II del expediente administrativo se consideró innecesaria la práctica de esta prueba, y así se comunicó a los interesados. En cuanto al dictamen pericial elaborado por los ingenieros de la institución accionada, la Sala advierte que los interesados fueron oportunamente notificados de la realización de la prueba pericial y de los profesionales designados (f. 449), y que una vez elaborado el informe, por resolución de las 13:00 horas del 17 de enero de l994, visible a folio 459 del expediente administrativo, se les concedió audiencia por cinco días para que manifestaran los que tuvieran a bien en defensa de sus derechos e intereses; lo cual consta en el expediente administrativo que efectivamente hicieron. Debe tomarse en cuenta que la pericia es una investigación realizada por medios técnicos, que permite establecer las circunstancias de un determinado hecho que se investiga. Es una actividad del especialista sobre lo que las partes, una vez que son puestas en conocimiento de las conclusiones del dictamen técnico, podrán alegar lo que estimen procedente y oportuNº En el caso que nos ocupa las conclusiones del dictamen técnico fueron puestos en conocimiento de los interesados, quienes ejercieron, en forma oportuna, sus derechos. Precisamente por ello es que la Sala no encuentra que se haya lesionado, como se afirma, el derecho de defensa de los recurrentes en el procedimiento administrativo." (Sala Constitucional Resolución N° 2723-95 de las 11:33 horas del 26 de mayo de 1995)

• Necesidad de que los nuevos hechos que traiga la Administración al proceso requieren de una comparecencia oral para su prueba (artículo 306 LGAP).

• La apreciación de la prueba no es materia de amparo, sino de la jurisdicción común.

"II. Por otra parte, no es la vía del amparo la adecuada para revisar la apreciación que, de las pruebas recabadas, se hizo en el expediente que se interesa, no sólo porque tal revisión resulta ajena a la competencia de esta Sala, sino que excede el carácter sumario del amparo, al igual que la que se solicita en punto a nulidades procesales que alega el promovente. Lo propio es que el recurrente acuda a la vía contencioso administrativa, a solicitar la revisión jurisdiccional del acto administrativo que le afecta." (Sala Constitucional, Resolución N° 1372-98 de 12:57 horas del 27 de febrero de1998)

- *No se violenta el debido proceso por recibir prueba testimonial en el domicilio de los testigos, si éstos no pueden trasladarse a la sede del órgano director.*

"II.-Sobre el derecho. De las argumentaciones del recurrente, de la prueba aportada por él y de los documentos que conforman el expediente administrativo, del cual se hizo la relación de hechos que antecede, no se deduce que con ocasión del procedimiento disciplinario seguido contra los amparados se hubiere incurrido de modo directo e inmediato en infracción de sus derechos de defensa. El hecho de que se haya ampliado una denuncia que daba cuenta de irregularidades en el desempeño de los amparados como servidores públicos no configura una violación al debido proceso, ni tampoco lo es que se haya recibido prueba testimonial en un San Vito de Coto Brus, ya que los testigos tienen su domicilio en ese lugar y no podían trasladarse a San José. Otro aspecto que parece preocupar al quejoso, es el hecho de que se haya suspendido el señalamiento para recibir la prueba de descargo de sus defendidos, pero esto se debió a la ampliación de la denuncia, pues por economía procesal debía intimarse a los servidores de todos los cargos que se les acusa. Por otra parte, las declaraciones de Fabio Sancho Corrales y la documentación por él aportadas no fueron tomadas en cuenta para fundamentar la decisión de despido, y en todo caso son valoraciones propias de la vía administrativa o judicial. En suma, a los amparados se les impuso de los cargos en su contra, tuvieron oportunidad de impugnar las resoluciones que les fueron adversas y de examinar la documentación aportada, así como poder asesorarse por un profesional en derecho o técnico en la materia. En cuanto al plazo de la investigación no considera esta Sala haya sido excesivo en los términos que lo plantea el recurrente. Por consiguiente, no hay en el caso materia susceptible de merecer el amparo, y el recurso debe declararse sin lugar." (Sala Constitucional, Resolución 1257-99 de las 11:45 horas del 19 de febrero de 1999)

Finalizada la audiencia oral, y en el supuesto que el procedimiento haya sido instruido por un órgano director, éste debe remitir el expediente al órgano decisor para que emita el acto final. La forma en que se hace esa comunicación no está regulada en la LGAP, siendo que, en la práctica, se estila que contenga un listado de hechos probados, derecho aplicable y en algunas ocasiones, hasta la recomendación sobre el fondo.

Ciertamente, y ateniéndose a la LGAP, lo que cabría es que existiera un acto en el que el órgano decisor indique que la fase de instrucción ha sido concluida, y que se remite el expediente levantado para los efectos de la emisión del acto final. En otras palabras, no es necesario que exista el informe en la forma en que se acostumbra en la práctica forense administrativa. Desde esa perspectiva, y siendo un mero acto de trámite, no existe obligación de notificar el mismo a la parte. Sin embargo, la Sala Constitucional ha establecido que, cuando el órgano director haga pronunciamiento sobre el rechazo de alguna prueba, tal informe sí debe ser notificado. Asimismo, tal y como se advirtió en páginas anteriores, si existe el informe o recomendación, y el órgano decisor se separa de ella, deberá motivar las razones que lo llevan a proceder en ese sentido.

5. Acto final

Finalizada la etapa de la comparecencia, el asunto quedará listo para que el órgano decisor dicte el acto final (que debe estar debidamente motivado) dentro del plazo de quince días (artículo 319 L.G.A.P.). Dicho acto final deberá ser –obviamente- comunicado al administrado, a fin de que si no está de acuerdo con la decisión tomada, ejerza su derecho de defensa a través de los recursos ordinarios de revocatoria o reposición y el de apelación, o, el extraordinario de revisión. Valga señalar, que no basta comunicar sólo la parte resolutiva del acto final dictado, sino que es preciso comunicar *in integrum* su contenido.

El procedimiento ordinario deberá concluirse -en principio- en un plazo de dos meses posteriores a su iniciación o, en su caso a la presentación de la petición del administrado –artículo 261 L.G.A.P.- En dictamen N° C-165-96 del 8 de octubre de 1996, indicó la PGR:

> *"1.-Si el procedimiento administrativo se realiza a petición de un particular, el inicio del mismo se cuenta a partir de esa petición;*
> *2.- Si la decisión de realizar el procedimiento administrativo es de oficio, el plazo se cuenta a partir del momento del dictado de la resolución administrativa por el Organo Director que establece el inicio del procedimiento y que normalmente incluye el señalamiento de la hora y fecha para la verificación de la audiencia oral y privada."*

No obstante lo anterior, previendo la Administración que en muchas ocasiones se deben llevar a cabo una serie de actos o actuaciones que se hacen materialmente imposibles de cumplir (suspensión del plazo por fuerza

mayor) dentro de los plazos que al efecto estipulan los artículos 261 y 262 de la Ley General, podrá prorrogarse por un plazo igual mediante una resolución razonada que debe ser comunicada formalmente al superior y a las partes –antes de que venza el plazo inicial de los dos meses-, y en la cual el órgano director describa los motivos por los que no ha podido realizar los actos previstos en el plazo señalado (artículo 263 L.G.A.P.). Al respecto, ha indicado la Sala Constitucional:

> *"No resulta válido, el argumento dado por la recurrente en el sentido de que el atraso en la tramitación del asunto sea imputable al órgano recurrido, toda vez que éste a fin de completar la prueba existente y dar así mayor oportunidad de defensa a la recurrente, solicitó a su superior –de conformidad con los términos del artículo 319 de la Ley General de la Administración Pública en concordancia con el inciso 1) del artículo 263 del mismo cuerpo legal-, suspender el plazo –el cual se entenderá sin perjuicio del establecido en los artículos 261 y 263 de la ley de cita- previsto para dictar resolución final, lo que contó con la anuencia de la Junta y fue de conocimiento de Moreira Alfaro, por ello esta Sala no observa que el proceso no se encuentre adecuado a derecho, ni sea violatorio del artículo 41 Constitucional." (Sala Constitucional, Resolución N° 670-94 de las 15:54 horas del 2 de febrero de 1994)*

Es de hacer notar que existe un deber de la Administración de resolver dentro de los plazos previstos en la ley, tratando de lograr un máximo de celeridad y eficiencia con respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado. Si ha mediado culpa del servidor en el retardo, cabrá sanción disciplinaria en su contra y, si la culpa es grave, responsabilidad civil ante el administrado como de la Administración (artículo 263 L.G.A.P). Ello no obsta para que, en ocasiones, sea la propia parte la que provoca el alargue del proceso:

> *"No se encuentra razón en la alegada denegatoria de justicia pronta y cumplida, toda vez que la duración del proceso que nos ocupa hasta el momento ha sido realmente afectada únicamente por las múltiples gestiones que ha presentado el aquí recurrente en el legítimo ejercicio de su defensa, y en cuanto al vicio de legalidad que acusa, por no ser materia propia de esta jurisdicción, se omite pronunciamiento al respecto." (Sala Constitucional, Resolución N° 2109-98 del 25 de marzo de 1998)*

Sin perjuicio de que se examinará con mayor detenimiento el tema de la caducidad del procedimiento y del derecho de fondo en un aparte posterior, cabe indicar que la LGAP no contiene una sanción expresa por sobrepasar los plazos destinados a concluir el procedimiento. Ello, no obstante, no prejuzga sobre la caducidad del derecho de fondo, aspecto que deberá ser valorado a la

hora de la emisión del acto final. Por otra parte, la valoración de si, en un caso concreto, la duración del procedimiento es excesiva, con quebranto del derecho a una justicia administrativa pronta, ha sido analizado por la Sala Constitucional en los siguientes términos:

> ***"II.-*** *Sin embargo, en este punto deben diferenciarse las peticiones puras y simples de información, los reclamos administrativos, las denuncias y otras solicitudes. En el primer caso, normalmente la respuesta deberá darse dentro de los diez días siguientes a la recepción de la petición, como lo ordena el artículo 32 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Excepcionalmente, si la contestación no puede brindarse dentro de ese término por razones justificadas, la Administración está obligada a explicar, dentro del plazo exigido por la Ley, cuáles son los motivos por los que no puede atender la petición en ese momento —obviamente, en el entendido de que más adelante, cuando pueda hacerlo, deberá responder cabalmente la petición—. La explicación correspondiente deberá ser clara, profusa y detallada, con el objeto de que el petente quede debidamente informado y pueda ejercer las acciones legales que juzgue apropiadas. En el segundo caso, cuando se trata de reclamos o recursos —en que el particular pide la declaración o restitución de un derecho subjetivo—, como lo ha señalado esta Sala, no es el artículo 27 Constitucional el aplicable, sino el 41: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". Lo anterior, por cuanto los reclamos y recursos administrativos, a diferencia de las peticiones puras, requieren un procedimiento para verificar los hechos que han de servir de motivo al acto final, así como adoptar las medidas probatorias pertinentes (véase la sentencia N° 2002-03851 de las 14:56 horas del 30 de abril de 2002). Usualmente, el término para resolver está dado por el artículo 261, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, que establece que el procedimiento administrativo ordinario debe ser concluido, por acto final, dentro del plazo de dos meses posteriores a su iniciación (véase la sentencia número 759-93 de las 16:39 horas del 15 de febrero de 1993). En la hipótesis del procedimiento sumario, el artículo 325 de esa misma ley dispone un plazo de un mes —a partir de su inicio— para que la Administración concluya la tramitación. Además, en lo tocante a la fase recursiva o procedimiento de impugnación, el numeral 261, párrafo 2° del mismo cuerpo legal fija también el término de un mes para resolver. Lo anterior se afirma en el entendido de que, en virtud del principio del debido proceso que rige en la vía administrativa,*

la autoridad recurrida está obligada no sólo a resolver dentro del período conferido por la ley para tal efecto, sino también a notificar la resolución respectiva dentro de ese mismo lapso de tiempo. Por último, entratándose de solicitudes para obtener autorizaciones, permisos y/o licencias, los artículos 330 y 331 de la Ley General de Administración Pública disponen que la Administración cuenta con el plazo de un mes, contado a partir del momento en que recibe la solicitud, para resolver lo que en derecho corresponda (véase las resoluciones N° 171-89 de las nueve horas treinta minutos del quince de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, y N° 3072-93 de las 16:00 horas del 30 de junio de 1993). En caso de que la solicitud no reúna todos los requisitos necesarios, lo propio es que la Administración haga la prevención correspondiente, a fin de que los defectos sean subsanados (sentencia N° 2001-01116 de las 17:21 horas del 7 de febrero de 2001).

III.- *Cuando un órgano o ente público se excede en estos plazos, en tesis de principio, se produce un quebranto del derecho a una justicia administrativa pronta y cumplida establecido en el artículo 41 de la Constitución Política. No obstante, lo anterior en modo alguno implica una constitucionalización de los plazos legales, pues lo que se tutela es el derecho que toda persona tiene a que su causa se resuelva dentro de un plazo razonable; plazo que ha de ser establecido en cada caso concreto, atendiendo a la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes y de las autoridades, las consecuencias para las partes de la demora, las pautas y márgenes ordinarios de los tipos de proceso de que se trata y el estándar medio para la resolución de asuntos similares, por las autoridades de la misma materia (sentencia N° 2001-09495 de las 14:52 horas del 25 de setiembre de 2001). Por lo tanto, un incumplimiento de los términos legales, puede, a veces, no entrañar una violación los artículos 27 y 41 de la Constitución. Por otra parte, el quebrantamiento de los ordinales constitucionales, en estos casos, se constata al ponderar —de conformidad con la prueba que obra en autos— que la substanciación del procedimiento se produjo sin dilaciones indebidas (véase la sentencia Nº 2002-09041 de las 15:02 horas del 17 de setiembre de 2002)." (Sala Constitucional, Resolución 2985-2004 de las 14:47 del 23 de marzo del 2004)*

"III.-DERECHOAUNPROCEDIMIENTOADMINISTRATIVO PRONTO Y CUMPLIDO *. Las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestade s, competencias o atribuciones deben conocer y resolver en la sede administrativa o gubernativa previa, a través de un procedimiento, múltiples solicitudes de los administrados o usuarios de los servicios públicos a*

efecto de obtener un acto administrativo final, cuyo contenido psíquico puede ser volitivo, de juicio o de conocimiento. Ese acto administrativo conclusivo de un procedimiento administrativo puede otorgar o reconocer derechos subjetivos o intereses legítimos –situaciones jurídicas sustanciales- (actos favorables) o bien suprimirlos, denegarlos o imponer obligaciones (actos de gravamen o ablatorios). Es lógico y sensato que no puede haber una justicia administrativa inmediata, puesto que, la administración pública y sus órganos requieren de un plazo prudencial para tramitar de forma adecuada la respectiva petición y dictar la resolución administrativa más acertada y apegada a la verdad real de los hechos que constituyen el motivo del acto final. Lo anterior significa que entre el pedimento inicial formulado por el administrado y su resolución final debe mediar un tiempo fisiológicamente necesario (vacatio o distantia temporis), impuesto por la observancia de los derechos fundamentales de aquel (debido proceso, defensa, bilateralidad de la audiencia o contradictorio) y la mejor satisfacción posible de los intereses públicos. No debe perderse de perspectiva que el procedimiento administrativo se define como un conjunto de actos –del órgano administrativo director, decisor y del propio gestionante- concatenados y teleológicamente vinculados o unidos que precisan de tiempo para verificarse. Consecuentemente, la substanciación de las solicitudes formuladas por los administrados requiere de un tiempo necesario que garantice el respeto de los derechos fundamentales de éstos, una ponderación adecuada de los elementos fácticos, jurídicos, del interés particular, de terceros y de los intereses públicos involucrados. Sin embargo, lo anterior no legitima jurídicamente a las administraciones públicas para que prolonguen indefinidamente el conocimiento y resolución de los asuntos que los administrados les han empeñado, puesto que, en tal supuesto los procedimientos se alargan patológicamente por causas exclusivamente imputables a éstas, siendo que los administrados no tienen el deber o la obligación de tolerar tales atrasos y dilaciones indebidas. El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita, en el Derecho Administrativo, al ámbito jurisdiccional, esto es, a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, prontos, oportunos y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores

todos los administrados. Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1°, ibidem). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las administraciones públicas, denominado autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por éstas para causarle una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos.

IV.- NATURALEZA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y PLAZOS RAZONABLES *. En materia de procedimientos administrativos, es menester distinguir entre el de naturaleza constitutiva y el de impugnación. El primero tiene como principal propósito el dictado de un acto administrativo final que resuelva el pedimento formulado por el gestionante o parte interesada –en un sentido favorable o desfavorable-, y el segundo está diseñado para conocer de la impugnación presentada contra el acto final que fue dictado en el procedimiento constitutivo –fase recursiva-. El procedimiento constitutivo puede ser, a modo de ejemplo, los procedimientos ordinario y sumario normados en la Ley General de la Administración Pública o cualquier otro especial por razón de la materia regulado en una ley específica y que sea posible encuadrarlo dentro de las excepciones contenidas en el numeral 367, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública y en los Decretos Ejecutivos números 8979-P del 28 de agosto y 9469-P del 18 de diciembre, ambos de 1978. El procedimiento de impugnación comprende los recursos ordinarios (revocatoria, apelación y reposición) y los extraordinarios (revisión). Para sendos supuestos, y en lo que se refiere a los procedimientos administrativos comunes –ordinario, sumario y recursos-, la Ley General de la*

Administración Pública establece plazos dentro de los cuales la respectiva entidad pública debe resolver ya sea la petición o solicitud inicial o el recurso oportunamente interpuesto. En efecto, el artículo 261, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública establece que el procedimiento administrativo ordinario debe ser concluido, por acto final, dentro del plazo de dos meses posteriores a su iniciación; para la hipótesis del procedimiento sumario, el artículo 325 ibidem, dispone un plazo de un mes –a partir de su inicio- para su conclusión. En lo tocante a la fase recursiva o procedimiento de impugnación, el numeral 261, párrafo 2°, fija un plazo de un mes. Cuando un órgano o ente público se excede en estos plazos, se produce un quebranto del derecho a un procedimiento administrativo pronta y cumplida establecido en el artículo 41 de la Constitución Política. ***Res:*** *2005-12327" (Sala Constitucional, Resolución N° 12327-2005 de las 10:31 del 9 de setiembre del 2005)*

Sobre una eventual interrogante en torno a si se interrumpe, o no, el plazo para la conclusión del procedimiento por el acaecimiento de la incapacidad por enfermedad, o si se opera algún tipo de prescripción (si es que la misma existe), deben tomarse en cuenta varios factores. Empezando por que dependerá de la ley de fondo que se esté aplicando en el caso si estamos en presencia de un plazo de prescripción o caducidad del derecho. A efectos de ilustrar el tema, valga la siguiente cita del dictamen N° C-173-97 del 17 de setiembre de 1997, que aborda la distinción:

"En efecto, tanto la doctrina, la jurisprudencia judicial, como el reiterado criterio de este Órgano consultor, en plena concordancia con nuestro Ordenamiento Jurídico, son contestes en definir la figura de la caducidad como aquel presupuesto de carácter excepcional, debidamente autorizado por ley, aplicable al sobrevenir el plazo para el cumplimiento del acto, sea por causa imputable al promovente, ordenándose de oficio, o a gestión de parte interesada, el archivo de determinadas actuaciones. De esta manera, se extingue una acción o un derecho, según se explicará con detenimiento al analizar la figura de la prescripción, no sin antes señalar que en tratándose del Estado, la aplicación de la caducidad es restrictiva, pues de conformidad con el artículo 222 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración está en la obligación de impulsar de oficio un procedimiento administrativo, sobre todo, cuando está en juego el interés público, a fin de esclarecer los asuntos sometidos a su consideración, con mayor razón, cuando los mismos tienen que ver con el bienestar común. En esa directriz de pensamiento, también García Enterría, sostiene que:

"... La Administración está legalmente obligada a resolver y lo está igualmente a impulsar el procedimiento en todos sus trámites a fin de llegar a esa resolución, lo cual reduce las posibilidades reales de que la caducidad se produzca a aquellos procedimientos, iniciados a instancia de parte interesada, en los que el único interés visiblemente afectado es el interés particular del sujeto privado causante de la paralización. Así resulta, por lo demás, del propio texto del art. 99 LPA, que declara inaplicable esta figura a los supuesto en que la cuestión objeto del procedimiento entrañe un interés general o sea conveniente su definición o esclarecimiento."

Con intensidad expuesta, ha sido analizada también la figura de la "prescripción", determinándose, que ese excepcional presupuesto, igualmente, extingue una acción o un derecho al dejar pasar el plazo legal en que se han de ejercitar o hacerse valer los mismos. Así, ambos institutos tratan de poner término a la incertidumbre jurídica de diversas situaciones o derechos. Empero, existen diferencias notables entre esas dos hipótesis, que las hace distinguir la una de la otra.

Así, la doctrina reconoce que la caducidad se vincula con el ejercicio de las (sic) llamados derechos potestativos o poderes jurídicos, cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, protegiendo un interés general; la prescripción, en cambio, protege el interés particular del sujeto pasivo de un derecho o acción frente a reclamaciones intempestivas, cuando ya no cabía esperarlas o se ha perdido las pruebas precisas para la defensa.

La caducidad no es susceptible de interrupción ni suspensión, dándose ésta rigurosamente al correr el plazo legal para el ejercicio de una determinada actividad. No así en la prescripción, la cual puede interrumpirse mediante determinadas actuaciones, ampliándose, ipso facto, el término legal. En la primera figura, no es necesario que la alegue una de las partes del procedimiento, ya que puede obtenerse de oficio, tal y como se indicó líneas atrás; en la segunda, sólo es declarable a petición de parte."

Por otra parte, deben observarse los numerales 259 y 263 de la Ley General, que al efecto disponen:

"Artículo 259.-

1. Los plazos podrán ser suspendidos por fuerza mayor, de oficio o a petición de parte.

2. La alegación de fuerza mayor deberá hacerse dentro de los ocho días siguientes a su cesación, simultáneamente con el acto impedido por aquélla, so pena de perder la posibilidad de realizarlo y de sufrir el rechazo de la suspensión solicitada.

3. No será causa de suspensión la que haya servido de motivo a una prórroga o a un nuevo señalamiento.
4. Se reputará fuerza mayor la negativa o el obstáculo opuestos por la Administración al examen del expediente por el administrado, si lo han impedido total o parcialmente, fuera de los casos previstos por el artículo 273. En esta hipótesis se repondrán los términos hasta el momento en que se produjo la negativa o el obstáculo.
5. La solicitud de suspensión no suspende el procedimiento.
6. Si se acoge la solicitud se repondrá el trámite al momento en que se inicio la fuerza mayor."

Artículo 263.-
1. En el caso de suspensión de plazo por fuerza mayor, o por si cualquier otra razón el órgano no ha podido realizar los actos o actuaciones previstos dentro de los plazos señalados por los artículos 261 y 262, deberá comunicarlo a las partes y al superior dando las razones para ello y fijando simultáneamente un nuevo plazo al efecto, que nunca podrá exceder de los ahí indicados...."

De lo anterior se desprende, la posibilidad de suspensión del plazo por fuerza mayor o por cualquier otro motivo según los términos supra citados. Por consiguiente, existe la posibilidad de suspensión y no de interrupción del plazo por el acaecimiento de una incapacidad que sea de tal magnitud que impida al funcionario ejercer su derecho de defensa. Ahora bien, para todo efecto legal será válido el acto final dictado fuera de plazo, salvo disposición en contrario (artículo 329 inciso 3 L.G.A.P).

Por último, como elemento de importancia ha de tenerse en cuenta que el "incumplimiento total o parcial de las pautas ordenatorias del procedimiento administrativo acarrea sanciones jurídicas reparatorias de la antijuricidad en procura de la salvaguarda de la sanidad del derecho." (DROMI, José Roberto, El Procedimiento Administrativo, Madrid, Editorial del Instituto de Estudio de la Administración Local, 1986, p. 59)

Como puede observarse, el trámite del procedimiento ordinario, previo al dictado de la decisión final, está dividido en dos grandes momentos: su inicio (que se reduce al dictado de un acto administrativo o a la sumo dos, cuando existe delegación en un órgano instructor) y la realización de la comparecencia. Es precisamente en esos dos momentos en que el legislador ha establecido el cumplimiento de una serie de requisitos que debe cumplir la Administración, para posibilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa a la parte.

6. Recursos

Tanto en la fase de instrucción (aunque de manera tasada) como con la emisión del acto final, la parte cuenta con una serie de recursos para que la Administración pueda revisar lo actuado, como una instancia previa a acudir a los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa. Se trata de un derecho, aunque no puede conceptualizarse como fundamental en el sentido de que siempre debe haber un recurso en sede administrativa para que se revise la decisión que perjudica al administrado. Lo que sí debe entenderse es que siempre debe quedar abierta expedita la vía jurisdiccional contra el acto administrativo que pone fin al procedimiento. Analizando los momentos en que cabe interponer recursos dentro del procedimiento administrativo, y la no obligatoriedad de que exista siempre una doble instancia, ha dicho la Sala Constitucional:

> *"II.- Esta Sala considera importante destacar, en primer término, que el acto de apertura del procedimiento administrativo ordinario para la declaración de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto determinado, consiste básicamente en la decisión del jerarca de iniciar tal investigación, y que esa decisión se ve complementada con el detalle del traslado de cargos que elabora el Organo Director designado, en donde se le comunica al eventual afectado los hechos correspondientes y las disposiciones en resguardo de sus derechos. En ese sentido, no resulta procedente hacer una separación entre el acto decisorio emitido por el jerarca, y el que suscribe posteriormente el órgano designado por aquél para la instrucción del procedimiento, dado que este último depende del primero -sin el cual no existiría- y a su vez lo complementa en tutela de los derechos del administrado. Así las cosas, la apertura del procedimiento en cuestión es decidida efectivamente por el Consejo de Gobierno, órgano colegiado que no tiene superior jerárquico alguno, pues constituye en sí mismo la última instancia administrativa. Lleva entonces razón el recurrido al señalar que contra el acto de apertura del procedimiento emitido por dicho consejo -complementado por el traslado de cargos efectuado por el Organo Director- sólo cabe la interposición del recurso de revocatoria. No obstante lo anterior, resulta indispensable aclarar que esta limitación a la doble instancia opera en este caso particular por tratarse de un acto emanado del Consejo de Gobierno -última instancia administrativa-, ya que en aquellos supuestos en donde el acto recurrible sea emitido por el Organo Director, ese consejo constituirá precisamente la segunda instancia. Tal y como lo señala el recurrente, el Secretario de aquel órgano colegiado no es uno de sus miembros -la Constitución Política es clara al detallar la integración del Consejo de Gobierno-, e independientemente de la relación jerárquica que exista entre*

éste y aquél, no cabe duda de que fue el Consejo quien, en el caso concreto y en su función de "órgano decisor", nombró al señor Secretario como "órgano director", lo cual implica en definitiva que le corresponde la instrucción del procedimiento, y que los actos procedimentales recurribles que emita, deberán ser revisados en alzada por aquel Consejo.

III.- Ahora bien, la anterior referencia a materia típicamente administrativa resulta necesaria en la medida en que aclara conceptos para analizar en este aparte si la situación descrita -inexistencia del derecho a la doble instancia respecto del acto de apertura emitido por el Consejo de Gobierno, en el procedimiento administrativo ordinario para la declaratoria de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta- supone efectivamente una infracción al debido proceso. En cuanto al derecho a la doble instancia en procesos distintos a aquellos que se desarrollan en sede penal, esta Sala ha reiterado en diversas sentencias, que si bien nuestra Constitución Política contempla dentro de sus garantías el no ser juzgado por un mismo juez en distintas instancias (artículo 42 constitucional), lo anterior no implica por sí mismo un derecho a la alzada. El documento que hace referencia expresa a la doble instancia es la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 8.2 inciso h) y 24, numerales que contienen las garantías indispensables para todo aquel acusado de delito, sea, procesado en la vía penal. Con fundamento en tales disposiciones este Tribunal ha llegado a la conclusión de que la exigencia de la doble instancia resulta ineludible en materia penal, no así en otros procesos aunque impliquen la aplicación de una determinada sanción -por ejemplo en asuntos de contravenciones o disciplinarios-. (Ver en este sentido las sentencias números 282-90, 300-90, 1054-94, 1846-90, entre otras, de las cuales se encuentran importantes extractos atinentes al tema bajo examen en la sentencia N°6662-95 de las 19:03 horas del 5 de diciembre de mil novecientos noventa y cinco). Sobre este particular, en el Considerando Segundo de la sentencia número 1129-90 de las dieciséis horas treinta minutos del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa, se concluyó en lo conducente: "... 'El recurrente argumenta que no existe razón lógica alguna, al amparo de los principios que nutren la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para dar un trato diferenciado, en cuanto a la posibilidad de recurrir del fallo, si se trata de materia penal o de otras materias, pero es lo cierto que el artículo 8 de la señalada Convención sí hace diferencia a ese respecto, pues en el inciso 1o. establece las garantías judiciales en relación con cualquier acusación penal o procesos de índole civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, mientras que en el 2o., al establecer las garantías ahí señaladas, lo hace en relación con personas inculpadas

de delito, de donde el argumento no resulta atendible pues es obvio que la Convención no plasma el derecho a recurrir en cualquier materia ...'. Por todo lo anterior, las alegaciones de la accionante, deben rechazarse ya que en el caso que nos ocupa, lo que se pretende es recurrir contra una resolución de un tribunal superior de tipo administrativo, pues se trata de una sanción disciplinaria, más no de un fallo condenatorio en una causa penal." Por otra parte, esta Sala también ha estimado que en la medida en que la instancia contra la cual no cabe recurrir en alzada, constituya un órgano colegiado -como ocurre en el caso concreto con el Consejo de Gobierno- se da una garantía más para la protección de los derechos del administrado; así lo apreció este Tribunal en la sentencia supracitada, al considerar que un órgano decisor conformado por varias personas supone "mayores posibilidades de acierto" en sus decisiones, al encontrarse sujeto a la deliberación correspondiente, lo cual implica la concurrencia de varios razonamientos, en lugar de una sola apreciación sobre las circunstancias. Finalmente, cuenta además el procedimiento administrativo en estudio con otra garantía, prevista igualmente por la Ley General de la Administración Pública para el resguardo de los derechos del ciudadano común: el dictamen favorable que al respecto debe emitir la PGR de la República, órgano técnico-jurídico que no sólo analiza el fondo del proceso -sea la efectiva existencia de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta- sino que además verifica la correcta aplicación de las normas procedimentales, de modo que no haya operado alguna nulidad dentro del mismo proceso. Téngase presente que todo lo anteriormente comentado opera dentro del supuesto del seguimiento de un procedimiento administrativo ordinario apegado a la Ley General, en donde otros componentes del debido proceso -de cumplimiento obligatorio en sede administrativa- sean tutelados por la Administración. En este sentido, no obstante el recurrido hace referencia a normas que rigen el procedimiento sumario, interesa a este Tribunal destacar que de conformidad con el expediente administrativo, la Administración inició efectivamente un procedimiento ordinario -según lo dispuso el Consejo de Gobierno-, y hasta la fecha de la interposición de este amparo dicho proceso se ha caracterizado como tal, especialmente con la previsión de una audiencia oral y privada, y el otorgamiento de un plazo de quince días hábiles para el aporte de pruebas por parte del recurrente. Considera entonces la Sala que de acuerdo a lo expuesto, no se ha violentado el debido proceso, y no existen motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar el tema en cuestión, por lo que procede declarar sin lugar el presente recurso en cuanto a este extremo se refiere." (Sala

Constitucional, Resolución N° 8337-97 las 13:03 horas del 5 de diciembre de 1997)

Acerca de la exigencia de indicar a la parte los recursos que caben contra el acto, su omisión sería tema de legalidad salvo que se sume a otras infracciones, como lo podría ser la denegatoria de prueba:

> *"III.- Respecto a la falta de resolución de varias incidencias formuladas durante el trámite del procedimiento, en el informe final del órgano director del 27 de octubre de 1998 expresamente se resolvieron las cuestiones previas alegadas: prejudicialidad, nulidad absoluta y recusación de dos miembros de ese órgaNº Ni el momento de decisión de los temas, ni el modo en que fueron resueltos indican lesión alguna del debido proceso. Sin embargo, no existe constancia en el expediente administrativo, ni se dice nada en los informes acerca de la comunicación oportuna a la servidora de ese acto. Y, pese a que en el acta notarial que corre a folios 12 y 13 de este expediente se hizo constar que la interesada consultó el expediente administrativo y que en él estaba agregado el informe del órgano director, lo que importa es que el encargado de tramitar el asunto le hiciera llegar ese documento, omisión que se tiene por demostrada.*
> *IV.- Además, resulta obligado estimar violatorio de los derechos de la amparada la falta de comunicación del informe del órgano director por dos razones adicionales: la primera de ellas consiste en que en él se rechazó la prueba testimonial ofrecida por la funcionaria, actuación susceptible de atacarse a través de los recursos ordinarios (artículo 345.1 de la Ley General de la Administración Pública). Ello da motivo más que suficiente para la comunicación formal de la decisión en que se rechace prueba. La segunda atañe más bien a que el acto final (es decir, el del Consejo Directivo que decretó el despido de la actora) puede carecer de parte de su fundamentación a condición de que se haga llegar al administrado el acto que lo completa. Este acto complementario pudo válidamente ser el informe del órgano director del procedimiento, pero, en este sentido, los artículos 335, 249 y 136.2 de la Ley General de la Administración Pública son categóricos en que resulta indispensable comunicar el informe. La omisión no se subsana con que la interesada hubiera consultado el expediente administrativo y en él constara el informe. En esta materia el principio del debido proceso impone a la Administración que notifique de lo actuado a la persona investigada y no hacerlo implica irrespetar ese principio. El recurso, en consecuencia, debe declararse con lugar también en lo que atañe a la falta de comunicación del informe final del órgano director del procedimiento. Debe reponerse el trámite en cuanto a*

aquellas actuaciones que se consideraron lesivas del derecho de defensa de la amparada.
V.- Finalmente, olvidar la indicación de los recursos procedentes contra el acto final (artículo 245 Ley General de la Administración Pública) efectivamente contraviene la Ley. De ser el único vicio que se achaque al acto no existiría la gravedad a la que se ha hecho referencia en el primer considerando de esta sentencia y que acarrearía la anulación de lo actuado por contradicción del derecho de defensa, si eso no hubiera impedido que la parte echara mano de los recursos pertinentes, tal y como ocurrió en este caso, por lo que no se justifica estimar el recurso por esa razón. Sin embargo, se recuerda a los recurridos que es una formalidad relevante, que facilita el pleno ejercicio del derecho de defensa." (Sala Constitucional, Resolución N° 2955-99 de las 10:18 horas del 23 de abril de 1999).

Los recursos administrativos "son actos del administrado mediante los cuales éste pide a la propia administración la revocación o reforma de un acto suyo o de una disposición de carácter general de rango inferior a la Ley en base a un título jurídico específico", y se constituyen en un presupuesto necesario para la posterior impugnación en vía jurisdiccional, pues deben haberse agotado todas las instancias administrativas para poder acceder a la vía judicial.

Un tema que resulta importante es el principio de que los recursos administrativos no interrumpen la eficacia del acto (artículo 148 de la Ley General) situación que ha sido avalada por la Sala Constitucional en el siguiente sentido:

"VII.- Finalmente, es objeto de inconformidad de los actores que se ejecutara el cierre, mientras estaban pendientes de resolución los recursos de revocatoria y apelación. Tampoco esta circunstancia implica inobservancia de las reglas propias del debido proceso, pues de conformidad con el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública, que desarrolla el principio de ejecutoriedad del acto administrativo, en la vertiente específica de los medios de impugnación, claramente estipula que el ejercicio de estos últimos en nada impide ejecutar el acto. En consecuencia, el recurso ha de declararse sin lugar." (Resolución N° 1638-99 de las 09:12 horas del 5 de marzo de 1999)

" IV.- Por otra parte, las otras inconformidades que el petente expone con relación al proceder del Gerente de la Aduana Santamaría también son inadmisibles. En efecto, en primer lugar, si él estima que los oficios impugnados son omisos en su fundamentación, tiene abierta la posibilidad de solicitar una adición o aclaración ante el propio recurrido. En segundo lugar,

en cuanto al problema de la ejecución de las garantías, la Sala aprovecha la oportunidad para advertirle que, normalmente, la interposición de los recursos administrativos no suspende la ejecución de los actos impugnados; punto que fue ampliamente analizado en la sentencia Nº 2000-02557 de las 9:55 horas del 22 de marzo del 2000 que, en lo conducente, dispuso:
"...en razón de que la recurrente alega que el acto estaba suspendido por la presentación de los recursos de revocatoria y apelación, menester es referirse a lo establecido en los artículos 140 a 145 en relación con la eficacia del acto administrativo, y 146 a 151, referidos a la ejecutoriedad de los actos emanados de la Administración Pública. Así, el artículo 140 establece que:
'El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso lo producirá desde que se adopte.'
De ahí que el acto administrativo se considerará eficaz desde el momento en que sea notificado o comunicado al administrado, situación que efectivamente se dio, ya que en razón de ello la amparada procedió a presentar los recursos administrativos de revocatoria y apelación subsidiaria y la incidencia de nulidad que le interesa. Por ello, el acto impugnado se reputa como eficaz y capaz de producir sus efectos materiales sobre la esfera de derechos del administrado.
IV.- Por otra parte, el artículo 146.1 de la Ley General de la Administración Pública, establece que:
'1. La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar.'
Esta premisa permite hacerse una idea de la materialización de los actos administrativos eficaces, los cuales resultarán ejecutorios a partir del momento en que se hayan notificado o comunicado al administrado, aún si éste se opone a cumplir con lo ordenado por la Administración.
V.- Saldado lo anterior, resta determinar si un acto eficaz y ejecutorio, puede suspenderse válidamente con la interposición de los recursos ordinarios de revocatoria y apelación. Al efecto, el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública, establece que:
'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.'
Del texto transcrito se desprende claramente que la suspensión del acto administrativo no opera de oficio al presentarse los recursos ordinarios previstos por la legislación administrativa.

> *Al contrario de lo que alega la recurrente, el acto eficaz es ejecutorio a pesar de la interposición de los recursos ordinarios, a no ser que la administración considere que la ejecución causaría perjuicios graves o de imposible o difícil reparación, lo que deberá alegarse directamente ante la administración. De ahí que, no corresponde a este Tribunal decidir si el acto debe o no suspenderse, ya que ello es potestativo para la Administración previa valoración de los perjuicios que la ejecución del acto acarrearía al administrado. (Resolución 7269-2004 de las 14:56 horas del 1 de julio del 2004)*

Tanto por la doctrina como por el legislador –en nuestro caso-, han clasificado los recursos administrativos en dos categorías principales según su carácter excepcional, a saber, los recursos ordinarios y el recurso extraordinario de revisión." (Dictamen N° C-320-2003 del 9 de octubre 2003).

A. Los recursos ordinarios

Los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública regulan lo relativo a los recursos ordinarios admisibles en el procedimiento administrativo, estableciendo dos tipos: revocatoria o reposición y apelación.

Dentro del procedimiento ordinario, estos recursos sólo pueden ser interpuestos contra el acto que lo inicia, el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba, y contra el acto final (artículo 345). A su vez, su interposición debe darse ante el órgano director del proceso y dentro de tercero día tratándose del acto final, o bien, dentro de veinticuatro horas en los demás casos, a partir de la última comunicación del acto (artículos 346 y 349); además, no requieren de una redacción ni una pretensión especiales, siendo suficiente para su formulación que de su texto se infiera la petición del recurrente (artículo 348).

El primero de los recursos mencionados, es decidido por el mismo órgano que dictó el acto, quien puede revocar su decisión o bien confirmarla desestimando el recurso. En estos casos, y salvando la excepción el artículo 352, el órgano director del procedimiento debe resolver el recurso dentro de los ocho días posteriores a su presentación.

Por otra parte, conviene hacer notar que dentro de este procedimiento, cuando se trate del acto final emanado del jerarca, rige también lo indicado en el numeral 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, cuyo texto reza:

> *"1. Será requisito para admitir la acción contencioso administrativa el agotamiento de la vía administrativa.*
>
> *2. Este trámite se entenderá cumplido:*

a) Cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de todos los recursos administrativos que tuviere el negocio; y

b) Cuando la ley lo disponga expresamente.

3. En todo caso, cuando lo impugnado emanare directamente de la jerarquía superior de la respectiva entidad administrativa y careciere de ulterior recurso administrativo, deberá formularse recurso de reposición o reconsideración ante el mismo órgano que ha dictado el acto o la disposición, en el plazo de dos meses, a contar de la fecha en que se notifique o publique el acto, con los requisitos a que se refiere el artículo 38."

Lo anterior es posible, claro está, salvo los casos del artículo 32 de la citada Ley, que exceptúa del recurso de reposición "a) los actos presuntos, en virtud de silencio administrativo regulado en el artículo 19; b) los actos no manifestados por escrito; c) y las disposiciones de carácter general en los supuestos previstos en los dos primeros párrafos del artículo 20."

Por su parte, el recurso de apelación tiene su fundamento en la jerarquía administrativa, de manera que sea el superior del órgano que dictó el acto quien revise la actuación de este. El superior podrá desestimar el recurso y confirmar el acto impugnado, o bien, modificar o anular el acto.

En caso de que el recurrente haya interpuesto ambos recursos -lo cual es potestativo para él-, la apelación se tramitará una vez rechazada la revocatoria, pudiendo resolver incluso en contra del recurrente en los casos de nulidad absoluta. De existir algún vicio de forma que pudiese causar nulidad, se ordenará retrotraer el expediente al momento de la comisión del vicio, a menos que pueda ser saneado o ratificado. Este recurso debe ser resuelto dentro del plazo de ocho días posteriores a la recepción del expediente remitido por el órgano inferior (artículos 351 y 352 LGAP).

En virtud de lo expuesto, la resolución que conoce de los recursos ordinarios de reposición o de apelación, según sea el caso, es la que agota la vía administrativa (art. 31 antes transcrito), recordando la prescripción del artículo 356 de la Ley General sobre la necesaria consulta al asesor legal previa a la emisión del acto.

B. El recurso extraordinario de revisión

El recurso que ahora nos ocupa tiene por objeto la impugnación de aquellos actos administrativos finales firmes que presentaren razonables dudas de su validez, según los supuestos señalados taxativamente en el artículo 353 de la Ley General de la Administración Pública:

> *"a.- Cuando al dictarlos se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho que aparezca de los propios documentos incorporados al expediente;*
>
> *b.- Cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente;*
>
> *c.- Cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior del acto, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de falsedad;*
>
> *d.- Cuando el acto se hubiere dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia firme."*

Así las cosas, como consecuencia del carácter extraordinario de este recurso, sólo en los casos establecidos legalmente es admisible, excluyendo con ello la posibilidad de presentación del recurso por supuestos ajenos a los indicados.

Al referirse a este recurso, la más reconocida doctrina del Derecho Administrativo ha dicho:

> *"Configurado con carácter extraordinario, en la medida en que sólo procede en los concretos supuestos previstos por la Ley y en base a motivos igualmente tasados por ella [...], constituye, en principio, más que un recurso propiamente dicho, un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acaecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados." (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, op cit. pág 530).*

C. El incidente de nulidad

Cabe hacer una breve mención acerca del tema de los "incidentes de nulidad" que se plantean, de forma generalizada, en el procedimiento administrativo. Dicha gestión no está regulada en la LGAP, razón por la cual, de admitir su procedencia dentro del procedimiento administrativo, debe acudirse a las prescripciones que sobre este tipo de gestión contiene el Código Procesal Civil.

En lo que atañe a su procedencia, ciertamente la regulación de los recursos administrativos dentro del procedimiento pareciera ser restrictiva (al efecto, véase la redacción del artículo 345 LGAP). Además, dada la obligación de cumplir los plazos del procedimiento, ciertamente el uso abusivo de los

incidentes de nulidad puede trastornar el normal desenvolvimiento de las tareas asignadas a los órganos directores. Sin embargo, tampoco puede dejar de observarse que, conforme se produce un mayor cantidad de jurisprudencia de la Sala Constitucional en punto a las obligaciones que tiene el órgano director para tutelar el derecho de defensa y el debido proceso, ciertamente deberá la Administración estar en un proceso constante de especialización sobre aspectos muy puntuales que pueden considerarse lesivos de esas garantías. Así, si el administrado vía el incidente de nulidad alerta sobre al existencia de un vicio de procedimiento que atenta contra los derechos fundamentales que deben guardarse en el procedimiento, lo cierto pareciera que no existe una razón jurídica de peso para denegar la procedencia de estos "incidentes".

Lo anterior no obsta para realizar la siguiente observación. Tal y como está establecido en el Código Procesal Civil, el incidente tiene una naturaleza claramente subsidiaria y específica del asunto que se trata en el expediente. Razón que nos lleva a afirmar que el "tema" del incidente, sea la existencia de algún defecto grave en la tramitación del procedimiento, o bien, de alguna circunstancia que afecta la legitimación de las partes o del mismo derecho de fondo, son asuntos que deberían revelarse con cierta claridad del propio expediente. En otras palabras, el incidente busca adecuar el procedimiento a sus parámetros legales, o bien, allegar información que es trascendental para la decisión final. Por ello, tanto en su presentación, como en su resolución, debe atenerse la Administración a garantizar no sólo la tutela de los derechos fundamentales involucrados, sino que, además, la debida celeridad del proceso.

Con vista en lo que se viene exponiendo, en nuestro criterio, los incidentes deben ser resueltos de manera expedita, en especial los que se refieren a la ritualidad del procedimiento. Aquellos otros que se refieran al derecho de fondo, implicarán para el órgano director la adopción de una resolución en la que informe a la parte que el conocimiento de esa gestión será dejada para el acto final. Obvias razones hacen recomendable que, cuando se trate de un tema de procedimiento, constatado el vicio que se alega, no sólo se declare con lugar el incidente, sino que se provea de manera inmediata la corrección del yerro.

Capítulo Cuarto:
LA ANULACIÓN O REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES O DECLARATORIOS DE DERECHOS

Según lo hemos afirmado en otras oportunidades, de conformidad con los principios constitucionales que dimanan de los numerales 11 y 34 de nuestra Norma Fundamental, y a la luz de la doctrina reiterada en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, a la Administración Pública le está vedado suprimir *"por mano propia"* aquellos actos que haya emitido en ejercicio de sus competencias, y que confieran derechos subjetivos a los particulares, pues tales derechos constituyen un límite en relación con la posibilidad de anular, revocar o modificar unilateralmente los actos emanados de ella misma. *(Véase, entre otras muchas, las sentencias número 2169-93 de las 10:09 hrs. del 21 de mayo de 1993, 5541-94 de las 11:27 hrs. del 23 de setiembre de 1994 y 5648-94 de las 17:00 hrs. del 28 de setiembre de 1994).*

Por ello, cuando requiera anular un acto declaratorio de derechos, debe ajustarse inexorablemente a los procedimientos legales establecidos en la Ley General de la Administración Pública y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa[34].

Como regla general, para que la Administración pueda declarar la nulidad absoluta de un acto suyo creador de derechos subjetivos a favor de los administrados, que cuenta con una presunción iuris tantum de legalidad (principio *favor acti*, por el cual se presume legítimo, eficaz, y por tanto, ejecutorio, es decir, obliga al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad), debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa deduciendo una pretensión de lesividad, que implica previa declaración de que el acto es lesivo a los intereses públicos, o de otra naturaleza *(arts. 183.3 de la Ley General de la Administración Pública, 10 y 35 de la citada Ley Reguladora)*; estos procesos constituyen una garantía para los administrados de que si tienen un derecho derivado de un acto administrativo, éste no será suprimido sin un juicio previo con todas las garantías de un proceso judicial; protección en virtud de la cual debemos entender, en principio, proscrita la posibilidad de que la Administración pueda declararla, por sí misma, en sede administrativa [35].

---

[34] Conforme a los dispuesto por el numeral 3 de la Ley de Contratación Administrativa -N° 7494 de 2 de mayo de 1995, "El régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa". (Véanse al respecto lso dictámenes C-208-97 de 10 de noviembre de 1997, C-178-2001 de 25 de junio de 2001 y C-161-2005 de 2 de mayo de 2005; así como las resoluciones N°s 998-98 de 10 de febrero de 1998, Sala Constitucional y 47 de 14:40 horas del 3 de mayo de 1995, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

[35] Esto es lo que se conoce como la doctrina de los actos propios, según la cual una persona no puede contradecir sus propios actos, mediante una conducta incompatible, y por exigirlo así la buena fe, debe respetar las consecuencias de su actuar expreso o tácito original, cuando un tercero ha confiado en esa conducta. ENNECCERUS, Ludwing. "Tratado de Derecho Civil", traducción castellana de la 3 edición alemana, Buenos Aires, 1948, citado por MAIRAL, Héctor. "La doctrina de los propios actos y la Administración Pública". Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1988, pág. 4 y ss). Doctrina de la cual se ha desarrollado el principio de intangibilidad de los actos propios, al que esta Sala Constitucional le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (Ver sentencias Nos. 2186-94 de las 17:03 hrs. del 4 de mayo de 1994, 899-95 de las 17:18 hrs. del 15 de febrero de 1995 y 2003-04369 de las 08:30 horas del 23 de mayo del 2003)-.

No obstante, la regla antes descrita admite en nuestro ordenamiento, al menos una excepción, y es precisamente la regulada en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública; según la cual, como manifestación de la autotutela administrativa [36], se autoriza a la Administración a declarar, en vía administrativa, la nulidad de un acto declaratorio de derechos, cuando esa nulidad, además de absoluta, sea evidente y manifiesta, previo dictamen de la PGR de la República en ese sentido, salvo cuando la nulidad verse sobre actos directamente relacionados con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, en cuyo caso el dictamen deberá rendirlo la Contraloría General de la República.

La primera -*la lesividad*- es la vía que puede llevar a la declaratoria de nulidad por el órgano jurisdiccional. En efecto, el proceso de lesividad está concebido en nuestro ordenamiento como un proceso de carácter especial, con trámites y características propios, que lo diferencian de otros procesos en los que se manifiesta la potestad de autotutela administrativa; tanto así, que la declaratoria de lesividad por parte de la Administración, no es más que un trámite procesal, que no afecta el acto o contrato cuya nulidad se pretende; inclusive este caso no debe ir precedido por un procedimiento administrativo ordinario, sino que basta la declaratoria de lesividad por parte del órgano superior de la jerarquía administrativa correspondiente, ya que será el Juez, quien con los elementos que se hagan llegar al juicio, el que determine si el acto se encuentra viciado o Nº Y de acuerdo con los artículos 10.4, 35.1 y 37.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Administración tiene cuatro años [37] -*contados de la fecha en que hubiese sido dictado*- para declarar lesivo el acto; fuera de ese plazo la Administración no puede ejercer válidamente su potestad de autotutela. Y dos meses, a partir de ese momento, para interponer el respectivo proceso judicial, de lo contrario, en aquél último supuesto, existirá caducidad de la acción de lesividad *(Véase al respecto los pronunciamientos C-178-2001 de 25 de junio de 2001, C-107-2005 de 9 de marzo de 2005, la resolución Nº 251-2000 de 16 horas del 4 de setiembre del 2000 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, así como las sentencias Nºs 28 de las 14:30 horas del 18 de abril de 1997, 134 de las 14:35 horas del 23 de setiembre de 1992, 17 de las 16:00 horas del 13 de febrero de 1998, 56 de las 14:40 horas del 29 de mayo de 1998 y 177 de las 09:05 horas del 11 de octubre de 1991, todas de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).*

[36] "Capacidad de la Administración de tutelar por sí misma como sujeto de derecho sus propias situaciones jurídicas. Esta capacidad incluye aquellas situaciones que pretendan variar el estado de las cosas, sin necesidad de recurrir primero a los Tribunales e implica la posibilidad de hacer ejecutar esos actos por sus propios medios" GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, España, 1980, pág. 695"

[37] Con la salvedad en materia de bienes de dominio público.

La segunda *-la del 173 de la Ley General de la Administración Pública-* es la que excepcionalmente da acceso a la declaratoria de la nulidad por la misma Administración [38], previa tramitación de formal procedimiento administrativo ordinario, y que se da, única y exclusivamente, cuando se está ante la hipótesis de nulidad absoluta, "evidente y manifiesta".

Como no pretendemos agotar, ni mucho menos hacer un análisis exhaustivo del tema de las nulidades del acto administrativo, que de por sí desbordaría sobradamente el tema de este Manual, nos limitaremos a señalar que la PGR de la República, reiteradamente *-como criterio mayoritario-* y desde hace muchos años, se ha pronunciado acerca de los requisitos que debe presentar una nulidad para considerarse absoluta, "evidente y manifiesta". Y en tal sentido, con el fin de no caer en repeticiones innecesarias, debemos indicar que hemos hecho nuestro el criterio expresado por el Tribunal Supremo español, en sentencia del 26 de enero de 1961, en el sentido de que la ilegalidad manifiesta es aquella *"... declarada y patente, de suerte que se descubra por la mera confrontación del acto administrativo con la norma legal, sin necesidad de acudir a la interpretación o exégesis"* (Referido por GARRIDO FALLA, "Tratado de Derecho Administrativo", v. I, Madrid, centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 602). *(Pueden consultarse al respecto, entre otros muchos, los pronunciamientos C-200-83 de 21 de junio de 1983, C-019-87 de 27 de enero de 1987, C-062-88 de 4 de abril de 1988, C-194-91 de 3 de diciembre de 1991, C-104-92 de 3 de julio de 1992, C-045-93 de 30 de marzo de 1993, C-165-93 de 18 de noviembre de 1993, C-037-95 de 27 de febrero de 1995, C-051-96 de 28 de marzo de 1996, C-047-2000 de 29 de febrero del 2000, C-055-2000 de 20 de marzo del 2000, C-109-2000 de 17 de mayo del 2000, C-126-2000 de 2 de junio del 2000, C-007-2002 de 8 de enero del 2002, C-130-2002 de 4 de junio del 2002, C-205-2002 de 14 de agosto del 2002, C-280-2003 de 19 de setiembre del 2003, C-317-2003 de 7 de octubre del 2003, C-356-2003 de 13 de noviembre del 2003, C-089-2005 de 1 de marzo de 2005).*

La siguiente transcripción ilustra claramente la forma en que nuestro medio ha conceptualizado la naturaleza de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta:

> *"IV.- La nulidad evidente y manifiesta como presupuesto que habilita a las administraciones públicas para ejercer su potestad de anulación oficiosa de actos administrativos favorables para el administrado. No cualquier grado de invalidez o nulidad autoriza a un ente u órgano público para decretar la anulación*

[38] Conforme a lo dispuesto por el numeral 173.2 de la Ley General de la Administración Pública, mediante oficio Nº PGR 1207-2000 de 16 de agosto de 2000, la PGR interpretó que los únicos órganos competentes para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta son: el Presidente de la República, los Ministros, el Poder Ejecutivo –en sentido estricto-, el Consejo de Gobierno (art. 35.2 de la Ley Reguladora) o incluso excepcionalmente, la Contraloría General de la República, según reforma efectuada al artículo 10 de la citada Ley Reguladora, por la Ley 8422 -. En el caso de los otros entes públicos o Poderes del Estado, el competente será el máximo jerarca de la institución. En todo caso se sugiere que dada la cantidad y diversidad de normas existentes, deberá analizarse cada ley especial, a fin de precisar, en cada caso, quién es aquél jerarca administrativo.

oficiosa de un acto administrativo declaratorio de derechos para un administrado, dado que, el ordenamiento jurídico administrativo exige que concurran ciertas características o connotaciones específicas y agravadas que la califiquen. La nulidad que justifica la revisión de oficio debe tener tal trascendencia y magnitud que debe ser, a tenor de lo establecido en el numeral 173, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, "evidente y manifiesta". Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o lógico de verificación para descubrirlo, precisamente, por su índole grosera y grave. En tal sentido, basta confrontar el acto administrativo con la norma legal o reglamentaria que le dan cobertura para arribar a tal conclusión, sin necesidad de hermenéutica o exégesis ninguna (...)" (Resolución Nº 2003-4369 de las 08:30 horas del 23 de mayo del 2003, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En sentido similar, pueden consultarse las sentencias Nºs 458-90 y 1563-91 de las 15:00 horas del 14 de agosto de 1991, 2004-01003, 2004-01005 y 2004-01831 op. cit. de ese Alto Tribunal).

Así las cosas, de previo a que la Administración decida por cuál vía intentará declarar la nulidad absoluta de un acto creador de derechos subjetivos, es aconsejable que analice y valore detenidamente, si se está realmente ante una nulidad absoluta, "evidente y manifiesta", en los términos anteriormente expuestos; porque si la determinación de esa nulidad pasa por un ejercicio hermenéutico, consistente en la precisión de los alcances jurídico-conceptuales de una norma *-sea esto propiciado por sentencias judiciales contradictorias-,* ello conllevaría a la apertura de un margen de potencial disputa y opinabilidad, que remite inexorablemente el asunto a un debate judicial *-proceso ordinario de lesividad-*.

A fin de ilustrar aun con mayor precisión y detenimiento la postura que la propia Sala Constitucional ha tenido sobre el tema en cuestión, nos permitimos transcribir el siguiente extracto de jurisprudencia:

"(...) ***III.- LA ANULACIÓN O REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES O DECLARATORIOS DE DERECHOS PARA EL ADMINISTRADO.*** *Esta posibilidad que tienen las administraciones públicas y sus órganos 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 esta Sala especializada le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (Ver 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 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una garantía para los administrados. Sobre este particular, este Tribunal 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 confiriendo 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 PGR 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.". A tenor del numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, un ente u órgano público bien 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 normado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (proceso en el cual 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 esta Sala 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.". Se trata de un dictamen de carácter vinculante -del que no puede apartarse el órgano o ente consultante-, puesto que, el ordinal 2° de la Ley Orgánica de la PGR de la República establece que es de acatamiento obligatorio, a través del cual se ejerce una suerte de control previo o preventivo de legalidad, en cuanto debe anteceder el acto final del procedimiento ordinario incoado para decretar la anulación oficiosa, que no riñe con ninguno de los grados de autonomía administrativa, por ser manifestación específica de la potestad de control inherente a la dirección intersubjetiva o tutela administrativa. Resulta lógico que tal dictamen debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la administración consultante, y sobre todo que constate, positivamente, la gravedad y entidad de los vicios que justifican el ejercicio de la potestad de revisión o anulación oficiosa. La Administración pública respectiva está inhibida por el ordenamiento infraconstitucional de determinar cuándo hay una nulidad evidente y manifiesta, puesto que, ese extremo le está reservado al órgano técnico-jurídico y consultivo denominado PGR de la República, como órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia. En los supuestos en que el dictamen debe ser vertido por la Contraloría General de la República, también, tiene naturaleza vinculante en virtud de lo dispuesto en artículo 4°, párrafo in fine, de su Ley Orgánica Nº 7428 del 7 de septiembre de 1994.

IV.- LA NULIDAD EVIDENTE Y MANIFIESTA COMO PRESUPUESTO QUE HABILITA A LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS PARA EJERCER SU POTESTAD DE ANULACIÓN OFICIOSA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES PARA EL ADMINISTRADO. *No cualquier grado de invalidez o nulidad autoriza a un ente u órgano público para decretar la anulación oficiosa de un acto administrativo declaratorio de derechos para un administrado, dado que, el ordenamiento jurídico administrativo exige que concurran ciertas características o connotaciones específicas y agravadas que*

la califiquen. La nulidad que justifica la revisión de oficio debe tener tal trascendencia y magnitud que debe ser, a tenor de lo establecido en el numeral 173, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, "evidente y manifiesta". Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o lógico de verificación para descubrirlo, precisamente, por su índole grosera y grave. En tal sentido, basta confrontar el acto administrativo con la norma legal o reglamentaria que le dan cobertura para arribar a tal conclusión, sin necesidad de hermenéutica o exégesis ninguna. Es menester agregar que el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública no crea una suerte de bipartición de las nulidades absolutas, siendo algunas de ellas simples y otras evidentes y manifiestas, sino lo que trata de propiciar es que en el supuesto de las segundas sea innecesario o prescindible el análisis profundo y experto del juez contencioso-administrativo para facilitar su revisión en vía administrativa.

V.- LA NECESIDAD DE INCOAR UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO PARA LA REVISIÓN O ANULACIÓNDEOFICIODELOSACTOSADMINISTRATIVOS FAVORABLES PARA EL ADMINISTRADO. *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°, de la Ley General de la Administración Pública), la justificación de observar ese procedimiento está en que el acto final puede suprimir un derecho subjetivo del administrado (artículo 308 ibidem). 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. Tal y como se indicó supra, el dictamen debe pronunciarse, expresamente, sobre el carácter absoluto, manifiesto y evidente de la nulidad (artículo 173, párrafo 4°, de la Ley General de la Administración Pública). 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, irremisiblemente, 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°, de la*

Ley General de la Administración Pública preceptúa 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".

VI.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INOBSERVANCIA DE LOS RECAUDOS FORMALES Y SUSTANCIALES DEL ORDINAL 173 DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA. *La revisión oficiosa o anulación con quebranto de los requisitos legales referidos en los considerandos precedentes "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°, ibidem).*

VII.- CADUCIDAD DE LA POTESTAD DE REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS DECLARATORIOS DE DERECHOS. *La potestad de revisión o anulación de oficio de los actos favorables, le caduca a la administración pública interesada y respectiva en el plazo de cuatro años (artículo 173, párrafo 5°, LGAP). Se trata, de un plazo rígido y fatal de caducidad -aceleratorio y perentorio- que no admite interrupciones o suspensiones en aras de la seguridad y certeza jurídicas de los administrados que derivan derechos subjetivos del acto administrativo que se pretende revisar y anular. Bajo esta inteligencia, la apertura del procedimiento administrativo ordinario y la solicitud del dictamen a la Procuraduría o Contraloría Generales de la República no interrumpen o suspenden el plazo".(Resolución Nº 2004-01003 de las 14:40 horas del 4 de febrero del 2004, y en sentido similar, las Nºs 2004-01005 de las 14:42 horas del 4 de febrero y 2004-01831 de las 15:09 horas del 24 de febrero, ambas del 2004).*

Conforme a lo expuesto, la anulación o revisión de oficio de los actos administrativos favorables o declaratorios de derechos para el administrado, constituye una excepción calificada a la doctrina de intangibilidad o inderogabilidad de los actos propios, en los que la regla general es que la Administración Pública observe los requisitos formales y sustanciales establecidos en el procedimiento de lesividad, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y excepcionalmente, en la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, de la Ley

General de la Administración Pública, puesto que ello es una garantía legal y constitucional para el administrado.

Debe resaltarse que si la Administración decide iniciar el procedimiento regulado en el artículo 173 LGAP, debe seguir inexorablemente el procedimiento ordinario que fue analizado en acápites anteriores, y deberá indicar expresamente en la resolución inicial que dicho procedimiento tiende a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de determinado acto (s) o contrato (s), según proceda. Asimismo, tanto en dicha resolución, como en la que declare la nulidad, debe hacerse un análisis de los elementos del acto que se consideran que están viciados y las razones en que la Administración así lo fundamenta.

Capítulo Quinto:
LAS POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y SU PRESCRIPCION

Alrededor del ejercicio efectivo del poder disciplinario en el régimen de empleo público han estado gravitando una serie de mitos relacionados no sólo con la determinación del momento en que puede llegar a acaecer la prescripción de aquella potestad patronal, sino también con la posibilidad real y efectiva de que opere o no el instituto de caducidad en el proceso disciplinario administrativo.

Si bien la PGR había abordado en otras oportunidades dichos temas, no fue sino hasta con el dictamen C-340-2002 de 16 de diciembre de 2002, que se logró integrar armoniosamente dichos temas, de por sí estrechamente enlazados. Y a partir de ahí, hemos producido abundante jurisprudencia administrativa que esclarece pormenorizadamente la materia.

Las siguientes consideraciones jurídicas son extractos de los dictámenes[39] y pronunciamientos[40] que han analizado la prescripción de la potestad sancionadora administrativa; lógicamente ordenados de forma secuencial y lógica, no sólo con fines expositivos, sino para lograr una mejor comprensión del lector.

1. La potestad sancionadora administrativa

Comencemos por indicar que la potestad sancionadora de la Administración, puede ser definida como *"una potestad de signo auténticamente represivo, que se ejercita a partir de una vulneración o perturbación de reglas preestablecidas"* (CANO CAMPOS (Tomás). Derecho Administrativo Sancionador, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Nº43, enero-abril de 1995, p.339).

Esta potestad de la Administración para imponer sanciones se justifica en el *"ius puniendi único del Estado",* del cual es una de sus manifestaciones *(NIETO GARCIA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Madrid, Editorial TECNOS, 2da Edición, 1994, p.22. En igual sentido, véase, entre otros, el Voto Nº 8193-2000 de las 15:05 hrs. del 13 de setiembre del 2000, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia)*. En consecuencia y, por extensión, las garantías y principios del Derecho Penal deben aplicarse en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, aunque con ciertos matices *(Ver en ese sentido, entre otros muchos: NIETO GARCIA (Alejandro). op. cit., p.24, 80 y 86; CARRETERO PEREZ (Adolfo) y CARRETERO SANCHEZ (Adolfo). Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Editoriales de Derecho reunidas*

[39] C-159-2000 de 20 de junio de 2000, C-340-2002 de 16 de diciembre de 2002, C-329-2003 de 16 de octubre de 2003, C-015-2004 de 15 de enero de 2004, C-307-2004 de 25 de octubre de 2004 y C-230-2005 de 21 de junio de 2005.
[40] O.J.-083-2003 de 6 de junio de 2003, O.J.-219-2003 de 4 de noviembre de 2003 y O.J.-043-2005 de 1 de abril de 2005.

(EDERSA), 2da. Edición, 1995, pp. 101, 112 y 113; GARCÍA ENTERRÍA (Eduardo) y FERNANDEZ (Tomás -Ramón). Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Civitas, sétima edición, T.II, 1993, p. 166 y 167; SUAY RINCON (José), El Derecho Administrativo Sancionador: Perspectivas de Reforma. Revista de Administración Pública, Madrid, Nº109, enero-abril de 1986, p. 204; JIMENEZ MEZA (Manrique), Justicia Constitucional y Administrativa, San José, Imprenta Litográfica el Mundo Gráfico, 1997, p. 54. RORÍGUEZ VINDAS, (Ramón Luis). Temas de Derecho Financiero y Tributario. Editorial Jurídica, San José, 1999, p. 188 y ss).

De manera que, es en ejercicio de esa potestad que la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones que del ordenamiento jurídico éstos cometan, previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma.

Dicha facultad le es atribuida a la Administración para que, más que prevenir, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellas áreas de la realidad cuya intervención y cuidado le hayan sido encomendados con anterioridad.

De lo anterior derivan dos elementos que componen la potestad sancionadora: a) la actividad limitadora de la Administración y, b) el mantenimiento de un determinado orden *(Ver CARRETERO PEREZ (Adolfo) y CARRETERO SANCHEZ (Adolfo). Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Editoriales de Derecho reunidas (EDERSA), 2da. Edición, 1995, p.79).*

En lo que al primer elemento se refiere, debemos recordar que la libertad jurídica no es absoluta, sino relativa, condicionada, pues siendo el Estado quien la reconoce al traducirla en derechos subjetivos, también puede intervenir sobre ella, configurándola por medio de normas. En cuanto al segundo, es indudable que el fin al que tiende esa actividad limitadora es la defensa directa e inmediata del orden jurídico, entendido como una situación objetiva definida por las normas que otorgan derechos e imponen deberes a los particulares.

2. Variedades de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora administrativa, como manifestación de la potestad punitiva única del Estado, se fracciona en diversas variedades, dependiendo de que se esté en presencia o no, de una relación especial previa con la Administración *(Ver al respecto, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón), Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Cívitas, séptima edición, T. I. 1996, p.148; GARRIDO FALLA (Fernando) Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Tecnos, décima edición, T.II, 1992, p.151; PARADA VÁZQUEZ (Ramón). El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal, Revista de Administración Pública, Madrid, Nº67, enero-abril de 1972, p.47 y ORTÍZ ORTÍZ (Eduardo). materia y Objeto del Contencioso Administrativo, Antología de Derecho Procesal Administrativo, 1964. p.63).*

De allí derivan algunas construcciones doctrinales que intentan explicar las formas en las que generalmente se manifiesta la potestad sancionadora de la Administración. De las cuales nos interesa, al menos, dos de las más reconocidas y que han tenido una directa incidencia en nuestro medio jurídico: las relaciones de sujeción general y las relaciones de sujeción especial.

Bajo esta premisa puede pensarse que del ordenamiento jurídico administrativo pueden originarse una serie de deberes que pesan sobre todos los individuos hacia los que se extiende la actividad de la administración, sin que exista una relación jurídica de aquella que vincula a todo ciudadano con el Estado *(OTTO MAYER citado por GALLEGO ANABITARTE (Alfredo). las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración, Revista de Administración Pública, Madrid, Nº34, enero-abril de 1961, p.14)*, que es lo que se ha denominado relación de sujeción general o de supremacía general *(CARRERO PÉREZ (Adolfo) y CARRERO SÁNCHEZ (Adolfo), op. cit. p.89 y 90).*

En forma paralela, de ese mismo ordenamiento derivan una serie de deberes determinados para un administrado en particular o grupo de ellos, en virtud de una relación jurídica preestablecida, que la doctrina ha llamado: relaciones de sujeción especial *(MONTORO PUERTO (Miguel). La Infracción Administrativa, características, Manifestaciones y Sanción, Barcelona, Ediciones Nauta, 1965, p.122)* o relaciones especiales jurídico-administrativas (GALLEGO ANABITARTE (Alfredo), op. cit. p.24). como podría ser la existente entre la Administración y el funcionario, el estudiante, el privado de libertad, etc.

En la relación de supremacía general se infringe entonces el orden público general; en las de sujeción o supremacía especial existe una responsabilidad concreta del administrado, como consecuencia de esa relación previa administrativa.

De esta clasificación deriva otra que, a juicio de la Sala Constitucional -*según veremos*-, es la que se aplica en nuestro ordenamiento, y ésta es: la potestad correctiva y la disciplinaria.

Esta postura divide el contenido del ius puniendi de la Administración en dos potestades: la correctiva y la disciplinaria.

La potestad disciplinaria y la correctiva se diferencian en cuanto la primera, porque sanciona para mantener el buen funcionamiento de una relación especial de la administración con el particular, en beneficio de ambas partes; mientras que la segunda sanciona para mantener exclusivamente el interés colectivo o del Estado por encima del interés privado, aún si ello ocurre dentro de una relación concreta*. (Al respecto véase ORTÍZ ORTÍZ, Eduardo. "Derecho Administrativo", San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, T.III, 1972-1979, p.53)*. Por consiguiente, la correctiva está dirigida a sancionar

a los particulares que infringen las leyes y reglamentos que regulan el ejercicio de la gestión administrativa, mientras que la disciplinaria, tiene como función mantener el cumplimiento fiel de los deberes que corresponden al funcionario público *(ORTÍZ ORTÍZ, (Eduardo). op. cit. p. 63 y 65).*

Así, la potestad correctiva se aplica al ámbito externo de la Administración, y por ello en doctrina se ha dado en llamar potestad de protección del orden general o de heterotutela, pues tutela el Orden Público (*Ver al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit. p.400)*, mientras que la disciplinaria, lo es a lo interno, en relación con diversas circunstancias que se presentan en la relación funcionario-administración y referidas al vínculo de servicio existente, y por esto se le denominada también como potestad de autoprotección o autotutela, pues protege la organización y orden administrativo a lo interno *(Ver al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Ibídem. p. 400)*. Con justa razón se afirma que la potestad disciplinaria tiene por supuesto un acto administrativo anterior que produce una relación jurídica concreta entre la Administración y el particular *(En tal sentido, ver ORTÍZ ORTÍZ (Eduardo), op. cit. p.52).*

Con base en lo expuesto, la doctrina ha incluido dentro de la potestad correctiva, el campo fiscal, mientras que ha agrupado dentro de la disciplinaria, entre otros, el régimen de empleo y los servicios públicos (*Al respecto, ver ORTÍZ ORTÍZ (Eduardo) Materia y Objeto del Contencioso Administrativo, Antología Temas de Derecho Procesal Administrativo, 1964, p.63).*

Por su parte, la Sala Constitucional ha adoptado plenamente esta categorización de la potestad sancionadora administrativa, y al respecto ha dicho:

> *"(...) Dentro de las facultades propias del Estado -y de la Administración Pública en general- se encuentra la potestad sancionadora, la cual puede clasificarse en potestad correctiva y en potestad disciplinaria. La primera tiene por objeto sancionar las infracciones a las órdenes o mandatos de la Administración Pública, es decir, a las acciones u omisiones antijurídicas de los individuos, sean o no agentes públicos, y el contenido de las normas que la regulan constituye el derecho penal administrativo. La segunda tiene como objeto exclusivo sancionar las violaciones de los agentes públicos a sus deberes jurídicos funcionales, siendo que el contenido de las normas que la regulan constituye derecho penal disciplinario". (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución Nº1265-95 de las 15:36 horas del 7 de marzo de 1995. Véase en igual sentido, la Nº1264-95 de las 15:03 horas del 7 de marzo del mismo año).*

Por todo lo anterior, podemos concluir que el ordenamiento jurídico le otorga a la Administración la potestad disciplinaria, en lo relativo a las actividades del individuo en su carácter de agente o funcionario público, para compeler y

asegurar, preventiva y represivamente, el cumplimiento de los deberes jurídicos del empleo, de la función o del cargo (Véanse al respecto la resolución Nº *479-97 de la Sala Constitucional, así como el dictamen C-159-2000 de 20 de julio del 2000*).

3. El procedimiento sancionador administrativo

El jurista español ALEJANDRO NIETO[41], señala la concurrencia de dos facultades básicas en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, que pueden darse en forma conjunta o separada en cada órgano de la Administración titular de la potestad, con un alcance muy variable en cada caso. Esas facultades son: a) la de imposición y b) la de ejecución.

La primera consiste en la "determinación de las infracciones" y de los infractores concretos, así como la imposición de sanciones. Lo cual supone la constatación previa de la infracción mediante un procedimiento formalizado, dirigido por el mismo órgano que va a sancionar, aunque puede ser que se desdoblen esas funciones, en donde uno tramita y propone la sanción, mientras que otro la impone (Ibid, pág. 141).

Por su parte, la facultad de imponer la ejecución de la sanción normalmente le corresponde al mismo titular que la impone, aunque también es posible su separación (Ibídem).

Será entonces la combinación de estas prerrogativas lo que comprende la potestad sancionadora de la Administración, lo cual se resume atinadamente en la siguiente cita:

> *"Así se le confiere un poder de dictar normas generales, que son fuente de Derecho, o potestad reglamentaria, que constitucionalmente se hace derivar del poder de mando de la Administración. Pero como norma y ejecución pueden ser separables, obtiene por el mismo procedimiento una potestad ejecutiva que le permite dar órdenes y obligar a su cumplimiento, de modo que por sí declara y ejecuta su actividad, y por último, asume competencias judiciales,* ***cuando debe decidir el derecho que ha de aplicar en su actuación y obrar en consecuencia a través de un procedimiento que termina en un verdadero acto jurisdiccional material: la decisión administrativa****. Todas estas potestades se hallan en el Derecho Sancionador. Además, ellas son manifestaciones de un poder único: el Poder Administrativo, que el ordenamiento confiere a la Administración" (NIETO, op. cit. pág. 187 y sig.).*

[41] op. cit. pág. 140.

Para efectos de la presente consulta, nos interesa primordialmente ese instrumento procesal que alude NIETO GARCIA en la cita transcrita, por medio del cual se encauza formalmente la potestad sancionadora de la Administración, es decir, el procedimiento sancionador disciplinario como tal.

En franco intento de preservar el equilibrio real entre "autoridad-libertad", en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, la tutela sustantiva de los derechos subjetivos públicos del Estado (prerrogativas) y de los administrados (derechos) se arbitra formalmente a través de técnicas procesales administrativas y judiciales. En lo que nos interesa, el procedimiento administrativo, como instrumento jurídico regulador de la relación jurídico-administrativa, en el ámbito procesal o formal, articula aquella relación "poder-derechos" – "prerrogativas-garantías", haciendo viable su ejercicio y recíproco respeto, para que los derechos se ejerzan y los deberes se cumplan.

Como bien explica la doctrina: *"(...) la necesidad de que la Administración siga un cauce determinado para formar sus manifestaciones de voluntad obedece a las dos ideas que constituyen el eje del Derecho administrativo: la garantía de la Administración y la garantía de los administrados. A imagen y por influencia de lo que ocurre en el Derecho procesal, se entiende que el establecimiento de unos trámites que necesariamente habrán de ser observados cuando la Administración actúe, en particular al relacionarse con otros sujetos, constituyen un medio para defender la seguridad de éstos, al mismo tiempo que para conseguir la efectiva realización de los fines públicos. Esta es la causa de que las normas que regulan el procedimiento administrativo tengan el carácter de normas de orden público"* (CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRÍGUEZ ROMÁN, Emilio). "Derecho administrativo y Ciencia de la Administración", t. I, Parte General, 3 ed. Madrid, I.C.C. Ediciones, 1974, pág. 157, citado por DROMI, Roberto. "El Procedimiento Administrativo", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 23; igualmente citado por la Sala Constitucional en sus sentencias Nºs 0905-98, 1739-92 y 7190-94).

Desde esta perspectiva, el procedimiento administrativo se nos presenta como una unidad formal de actos coordinados entre sí, que apuntan a un determinado fin, cual es la preparación de la voluntad administrativa; es decir, es la forma o cauce formal por el que se exterioriza la actuación administrativa del Estado, que por su significación jurídica afecta derechos subjetivos públicos.

Además, debe recalcarse que el procedimiento administrativo es de acatamiento obligatorio para la Administración Pública por cuanto *"... los órganos administrativos actúan sujetándose a reglas de procedimiento predeterminadas, de modo que el cumplimiento de las normas de procedimiento, es, por lo tanto, un deber de los órganos públicos... Esta obligatoriedad general de los procedimientos instituidos resulta indispensable y debe ser mantenida con verdadera obstinación, puesto que las brechas que se abran contra ese principio, al permitir la discrecionalidad o mejor aún la arbitrariedad de la administración en este campo, constituirán ataques dirigidos contra el objeto mismo del procedimiento administrativo, contra sus finalidades de eficiencia,*

acierto, y corrección y garantía jurídica, instituidas a favor de los administrados." (ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973, p 12- 27).

Ahora bien, la Sala Constitucional ha manifestado que *"El ordenamiento jurídico nacional establece una amplia gama de garantías y principios procesales de carácter fundamental, de aplicación plena no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también en todo procedimiento administrativo" (Resolución Nº 2177-96, y en sentido similar: los números 2130-94, 2360-96, 5516-96 y 3433-93).* Y con ello, se ha llegado a afirmar concretamente que *"Los principios del debido proceso extraíbles de la Ley General y señalados por esta Sala en su jurisprudencia, son de estricto acatamiento obligatorio por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador."* (Voto N° 2945-94 de las 8:12 horas del 17 de junio de 1994. En ese mismo sentido, véase la resolución número 5653-93, dictada por ese mismo órgano jurisdiccional), ya sea suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos o intereses legítimos, o bien, cuando aquellos impliquen la aplicación de sanciones de suspensión o destitución o cualesquiera otras de similar gravedad *(art. 308 de la Ley General de la Administración Pública)*; principios que la propia Sala fijó en sentencia número 0015-90 de las 16:45 horas del 05 de enero de 1990, y que reiteró y desarrolló en la sentencia número 01739-92, y que la propia Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha acogido en su resolución Nº 2002-00145 de las 13:50 horas del 9 de abril del 2002. Sin embargo, como bien lo ha aclarado la propia Sala*, "no puede llevarse la aplicación de aquel precepto fundamental al absurdo, como sería, cuando se trata de casos de advertencias y amonestaciones verbales, o cualesquiera otras acciones de ese tipo que no quedan anotadas en el expediente personal del servidor, ni producen disminución o cesación de sus derechos o beneficios laborales"* (Sentencia número 2997-94 y en un sentido similar, la 2944-94).

En este punto es necesario señalar, que dicha garantía no sólo abarca los derechos de audiencia y defensa, sino que además, de ella se extraen una serie de principios que son inherentes a todo procedimiento sancionatorio, independientemente de la naturaleza del mismo, y de cuya efectiva aplicación se deriva una doble función: por un lado, la tutela de los derechos fundamentales de la persona sujeta a una investigación *–que principalmente se manifiesta a través de la defensa efectiva de la seguridad jurídica de los administrados frente al ius puniendi-*, y por el otro, la eficiencia de la Administración Pública en el cumplimiento de sus fines –ya sea que ésta se manifieste a través de la potestad correctiva o disciplinaria (Arts). 8 y 214.1 de la Ley General de la Administración Pública).

4. Principios relativos a la iniciativa y comienzo del procedimiento

Una pregunta frecuente es si la "iniciación" del procedimiento administrativo se perfecciona con la conformación del órgano director del procedimiento o si se origina con la comunicación de dicho acto a los miembros integrantes de éste.

Dicho punto ha sido objeto de reiterado análisis por parte de la PGR. Al respecto pueden consultarse el dictamen C-165-96 de 08 de octubre de 1996, así como la opinión jurídica O.J.-075-98 de 03 de setiembre de 1998, entre otros.

Sobre el particular, se ha indicado que, tal y como lo prevé la LGAP, en su artículo 284, los procedimientos administrativos pueden ser iniciados con motivo de la denuncia o petición de un particular o bien, en otros casos como producto de una decisión oficiosa de la Administración.

Sin embargo, en razón de operar desde una perspectiva general, la ley no dice en qué caso puede iniciarse de oficio un procedimiento y cuándo puede iniciarse a instancia de parte interesada; cuestión que dependerá, lógicamente, de la clase de procedimiento de que se trate y de la concreta situación jurídica en que se encuentre el administrado respecto a su eventual objeto y finalidad.

Hay que advertir entonces, que no todos los procedimientos pueden iniciarse de oficio, ya que hay sectores de actividad que están articulados técnicamente en torno al principio de rogación; de manera que la solicitud del particular es presupuesto necesario de la incoación misma del procedimiento y de su desarrollo posterior. Por ejemplo: *"El otorgamiento de autorizaciones o concesiones y, en general, todo procedimiento tendente al reconocimiento de un derecho o a la constitución de una situación jurídica favorable a un sujeto determinado exige, en principio, la iniciativa de dicho sujeto como condición necesaria para la válida incoación del procedimiento, salvo en aquellos casos en que la Administración esté facultada por la Ley para efectuar convocatorias públicas a estos efectos".* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Curso de Derecho Administrativo". Sexta Edición, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pág. 476).

Por otra parte, la existencia de una petición o denuncia del administrado puede no ser suficiente en todos los casos para que el procedimiento se inicie; ni el simple hecho de que tal petición se haya producido basta para afirmar que estemos ante un procedimiento incoado a instancia de parte interesada. El administrado puede formular peticiones o hacer denuncias ante la Administración, que obligan solamente a acusar recibo de su recepción; lo cual significa que la Administración es libre de iniciar o no el procedimiento, que, de llegar a incoarse, habrá de considerarse iniciado de oficio, en virtud, no ya de la petición formulada por el administrado, sino del acuerdo adoptado por el órgano competente, cuya voluntad al respecto es decisiva, más que la

petición o denuncia en cuestión (Véase al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. pág. 476-477).

En todo caso, según apuntamos, la iniciativa del comienzo del procedimiento y la determinación de sí para ello se requiere el ejercicio de un derecho de petición o una actuación oficiosa de la propia Administración, dependerá del tipo de procedimiento de que se trate, de acuerdo a la naturaleza de los efectos de los actos administrativos que resulten del mismo. Si estamos ante un procedimiento declarativo se requiere para su inicio instancia de parte interesada. Mientras que en los procedimientos ablatorios, denominados así en la doctrina italiana por el uso del vocablo latino "ablatio", que denota la acción de quitar, cortar o eliminar, por lo general se inician de oficio por la Administración. Ejemplos de estos procedimientos son los de expropiación, de requisición o los sancionatorios *(Véase al respecto BREWER CARIAS, Allan R. "Principios del Procedimiento Administrativo". Editorial Civitas, S.A. 1990, pág. 145-146).*

Cabe advertir, que si bien el objeto final de todo procedimiento administrativo es la producción de un acto administrativo, es decir, la adopción de una decisión por parte de la Administración, en materia de empleo público no todo procedimiento se traduce en la imposición de sanciones estrictamente disciplinarias, sino que puede darse el caso de que, en forma conjunta o excluyente, se adopten también actos gravamen que impongan obligaciones estrictamente pecuniarias.

A. El régimen de responsabilidad "subjetiva" del funcionario público frente a la Administración (distribución interna de responsabilidades)

Como es sabido, cada organización administrativa y cada componente de ella ("órganos-personas", "órganos-individuos", "personas físicas") pueden ser efectivamente responsabilizados por el correcto o incorrecto cumplimiento de su misión y funciones.

Esa responsabilidad del Estado y del servidor público tiende a asegurar que la actividad de la Administración Pública, y en general toda la actividad del Estado, esté orientada al logro y satisfacción del interés público, y al mismo tiempo, salvaguardar la libertad, los derechos e intereses de los particulares[42].

En reiteradas ocasiones hemos indicado que a diferencia de la responsabilidad de la Administración, la responsabilidad del funcionario no es objetiva, sino subjetiva, de conformidad con la regulación que contiene la LGAP. Esto es así, porque el funcionario público responde personalmente, frente a terceros o ante la propia Administración, cuando haya actuado con culpa grave o dolo *(La*

[42] Véase al respecto ESCOLA, Héctor Jorge). "El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo". (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p.225.

diferencia entre ambos conceptos radica, según la doctrina, en la voluntariedad o intencionalidad de la acción u omisión; en razón de lo cual habrá dolo cuando exista deliberada voluntad de dañar, y culpa cuando medie negligencia o imprudencia), según lo disponen los artículos 199 y 210 de la citada Ley General (Véanse al respecto, entre otros, los dictámenes C-127-98 de 30 de junio de 1998 y C-052-99 de 6 de marzo de 1999, C-276-2000 de 13 de noviembre del 2000, C-055-2001 de 27 de febrero del 2001; así como las opiniones jurídicas O.J.-112-99 de 20 de setiembre de 1999, O.J.-135-2000 de 5 de diciembre del 2000 y O.J.-081-2001 de 25 de junio del 2001).

En el primero de los supuestos aludidos, sea, cuando se haya causado daño a terceros, el servidor público deberá responder personalmente cuando haya actuado con dolo o culpa grave *(Artículos 199.1 y 210.1 de la LGAP)*[43]. Sin embargo, no podemos obviar que la Administración es solidariamente responsable, desde el punto de vista civil, junto con el funcionario *(Artículo 201 de la citada LGAP)*; lo que significa que el particular afectado podría optar libremente por dirigir su acción contra la Administración titular del servicio o contra el propio funcionario, pues la responsabilidad de aquélla y de éste se articulan técnicamente como solidarias, para mayor garantía de la víctima, pues así se evita el riesgo inherente a la insolvencia del autor material del daño.

En estos casos, la Administración está en la obligación de recobrar de manera plenaria lo pagado por ella para reparar los daños a terceros por dolo o culpa grave de su servidor, conforme a su participación en la producción de aquél daño. Y sobra decir, que la recuperación administrativa deberá incluir necesariamente los daños *(pérdidas irrogadas al damnificado o "damnun emergens")*, así como los perjuicios *(ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir o "lucro cesans")* causados por la erogación respectiva *(Artículo 203 de la LGAP).*

Por otro lado, si el servidor produce un daño que sólo afecta a la Administración, sin trascender a terceros, o bien emite actos manifiestamente ilegales o los obedece sin objeción *(artículo 199, en relación con lo dispuesto en los artículos 107, 108, 109 y 110 de la LGAP)*, u ordena la ejecución de actos absolutamente nulos, o los ejecuta por obediencia y sin objeción *(Artículos 146.3.4, en relación con el 170.1.2 Ibídem)*, podría derivar responsabilidades personales en el ámbito civil, administrativo-disciplinario y eventualmente penal; siempre y cuando haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes, y aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo. Estos tres tipos de responsabilidad se pueden exigir conjunta o separadamente, y se podrían derivar de un mismo acto o hecho atribuible al funcionario.

En los supuestos anteriormente enunciados, a excepción de la posible comisión de un ilícito penal, la Administración se encuentra obligada a seguir un

[43] Cabe señalar que tales presupuestos de imputabilidad no son requeridos tanto por la LOCGR ni por la LGCI para efectos de sentar eventuales responsabilidades ...

procedimiento administrativo, según sea el caso, conforme a lo que se establece en el artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública; procedimiento que deberá ajustarse –*según explicamos*- a los principios y garantías del debido proceso, extraíbles de la Ley General y señalados por la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; y cuyo objeto, carácter y fin, será el determinar las responsabilidades consiguientes *(Artículos 200, 211.3, en relación con el 308, siguientes y concordantes del cuerpo normativo aludido)* en las que pudo haber incurrido el servidor.

Interesa indicar que en cuanto a la posible responsabilidad civil que puede igualmente imputarse a los funcionarios o exfuncionarios, ella sólo procederá en el tanto la Administración que corresponda logre determinar, mediante los respectivos procedimientos administrativos de rigor, si ha mediado contra ella algún tipo de daño efectivo que sea susceptible de ser evaluable e individualizable y, sobre todo imputable a la persona contra la que se enderezaría la acción de responsabilidad en materia civil. Para ello deberá determinarse y valorarse, previamente, si en el caso particular no han mediado o acaecido términos de prescripción *(téngase también en cuenta los plazos de prescripción que han sido establecidos mediante la Ley N° 7611 del 12 de julio de 1996, la cual reformó los numerales 198, 207 y 208 de la supracitada LGAP);* todo lo cual deberá quedar bajo la absoluta responsabilidad de la Administración activa el determinarlo.

Una vez finalizado el procedimiento administrativo y habiéndose determinado su responsabilidad frente a la Administración, se podrá proceder, en los términos que establecen los artículos 146 y siguientes de la LGAP, al cobro de la suma correspondiente, sirviendo como título ejecutivo la certificación expedida por el jerarca del ente respectivo.

Aclarado lo anterior, veamos cuándo opera el inicio del procedimiento administrativo, ya sea a solicitud de persona interesada o de oficio. Si bien este tema ha sido desarrollado anteriormente, es importante retomarlo con el objeto de analizar con mayor detalle los efectos que produce el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

B. Inicio del procedimiento a petición de parte

En cuanto al inicio del procedimiento administrativo a petición de parte, interesa señalar lo que el artículo 261 inciso 1) de la citada ley dispone:

"Artículo 261.- 1. El procedimiento administrativo deberá concluirse, por acto final, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación o, en su caso, posteriores a la presentación de la demanda o petición del administrado, salvo disposición en contrario de la ley."

Queda claro que la norma establece que cuando la iniciación del procedimiento es a instancia de parte, es decir, cuando se formula una petición de un particuar, el inicio formal del procedimiento se produce a partir de esa formulación.

C. Inicio del procedimiento de oficio

Ahora bien, cuando se instaura un procedimiento a partir de una decisión oficiosa de la Administración, la LGAP no determina expresamente el momento procesal a partir del cual se entiende que ha dado inicio el procedimiento administrativo.

Sin lugar a dudas, la decisión de iniciar un procedimiento administrativo supone no sólo la valoración previa, por parte de la Administración, de ciertos elementos fácticos y jurídicos para poder determinar si es necesaria su apertura, sino que también conlleva una fase preliminar en la que es indispensable conferir formalmente al órgano director las facultades necesarias –*competencia y capacidad jurídica para la validez de sus actuaciones*- para que lleve adelante el procedimiento, tal y como lo prevé la LGAP.

Esta condición formal la adquirirá el órgano director mediante el dictado, por parte del órgano competente, de un acto de naturaleza interna; es decir, que produce efectos directos únicamente dentro de la Administración y no en relación con terceros, salvo que se disponga lo contrario (Art. 120 de la citada LGAP).

Por esa condición de acto interno, según lo ha determinado la doctrina emanada de este Despacho, el nombramiento o la designación del órgano director, de ninguna manera puede reputarse como el inicio formal del procedimiento administrativo.

Entonces, ¿A partir de qué momento se debe tener por iniciado formalmente el procedimiento?

El artículo 345 de la LGAP, en buena medida contribuye a responder esa incógnita, al establecer que cabrán los recursos ordinarios contra ciertos actos preparatorios, dentro de los cuales se encuentra el que da inicio al procedimiento ordinario; esto es, el denominado auto de abocamiento, acto externo –*que se destina y dirige al administrado*- mediante el cual, el órgano director decreta el inicio del procedimiento, permitiendo a quienes participan del mismo, conocer en detalle el objeto, carácter y fines del procedimiento –*principio de intimación*- y convoca a las partes a la audiencia oral y privada que prevé el artículo 309 Ibídem.

En consecuencia, cuando se instaura un procedimiento a partir de una decisión oficiosa de la Administración, como es el caso de los procedimientos sancionatorios disciplinarios, la iniciación de aquél se da, no cuando se nombra o designa al órgano director, sino a partir de que dicho órgano decrete su inicio y lo notifique a las partes; acto contra el cual cabe interponer los recursos ordinarios (artículo 345 de la LGAP).

D. Efectos de la inicio del procedimiento

Cuando el órgano director decrete su inicio y lo notifique a las partes, el procedimiento administrativo se entiende por iniciado a todos los efectos desde esa misma fecha, lo cual tiene relevancia desde distintas aristas: el despacho o tramitación de los expedientes debe realizarse por el orden riguroso de presentación (art. 296 de la LGAP); los plazos de prescripción se interrumpen desde ese momento *–según se explicará-*; a partir de él comienza a correr el plazo que la ley concede para resolverlo, so pena de responsabilidad (arts. 261, 225.2 y 329 ibídem); igualmente, una vez iniciado el procedimiento, surgen para el interesado los derechos a participar activamente en su tramitación y desarrollo (arts. 217, 218, 220, 272 y SS, 309 y SS Ibídem), y para el órgano director, el deber de impulsarlo hasta llegar a su resolución (arts. 216, 221, 222, 225, 248, 261, 269, 297, 300, 306, 312, 314, 319 y 327 y SS Ibídem), así como la facultad de adoptar medidas provisionales que estime necesarias para asegurar la eficacia de dicha resolución (art. 221 Ibid).

Interesa profundizar brevemente en cuanto a la participación activa y directa, que deben tener las partes en la tramitación y desarrollo del procedimiento administrativo.

Como derivación del "principio de defensa", una de las más importantes garantías formales del procedimiento administrativo, es aquella a partir de la cual, el órgano encargado de realizar el procedimiento, tiene el deber de poner en conocimiento de quienes sean parte del mismo, ya sea porque tienen un interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final (art. 275 de la supracitada LGAP), una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos por los cuales se inicia la investigación y sus probables consecuencias legales, lo que debe unirse al ineludible deber de la Administración de notificar el carácter y fines del procedimiento *(Véanse al respecto, el Dictamen C-049-99 de 5 de marzo de 1999, así como las resoluciones Nºs 2945-94 de las 08:12 hrs. del 17 de junio de 1994, 2253-98 de las 13:03 hrs. del 27 de marzo y 2376-98 del 1º de abril, ambas de 1998; 216-I-98 de las 16:45 hrs. del 14 de abril de 1998 y 632-99 de las 10:48 hrs. del 29 de enero de 1999, todas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Y en igual sentido, la Nº 21 de las 14:15 hrs. del 9 de abril de 1997, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia)*.

Tal y como se indicó, el procedimiento administrativo puede ser producto de una gestión del interesado, o bien de una decisión oficiosa de la propia Administración; en ambos casos, al iniciarse el procedimiento habrá de dictarse una resolución de trámite o auto de abocamiento, que permita a quienes participarán en el mismo, conocer en detalle el objeto, carácter y fines del procedimiento, con la respectiva enumeración de toda la documentación pertinente que obre en su poder, la oficina pública en la que podrá ser consultada, y por supuesto, ponerla a disposición de los interesados (art. 312 Ibídem). Sin obviar otras previsiones como las del numeral 245 Ibid.

Si bien la LGAP no establece claramente el momento procesal para ello, la práctica administrativa ha sido que, en el mismo acto de la convocatoria a las partes a la audiencia oral y privada, prevista en los numerales 218 y 309 ibídem, se procede a establecer dicha intimación y así como la imputación.

Ahora bien, es indiscutible que no basta con que se garantice la intimación y el acceso al expediente administrativo, sino que es preciso que todo ello se logre con la suficiente antelación para preparar adecuadamente las alegaciones de descargo pertinentes.

Por ello, el artículo 311, en relación con el 256.2, ambos de la LGAP, obligan a que toda citación de las partes a la comparecencia oral y privada, deba realizarse al menos con quince (15) días hábiles de anticipación; garantía que ha sido calificada por la propia Sala Constitucional, y por este Órgano Superior Consultivo, como una formalidad sustancial, cuya omisión ocasiona la nulidad absoluta de lo actuado a contrapelo de esa norma, conforme a lo dispuesto en los numerales 223 y 254 de la citada LGAP, *(Remito, entre otras, las resoluciones Nºs 5653-93 de las 08:27 horas del 5 de noviembre de 1993 y 2002-02175 de las 10:31 horas el 1º de marzo del 2002, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, así como a los dictámenes C-205-2002 de 14 de agosto del 2002, C-159-2002 de 18 de junio del 2002, C-193-2001 de 11 de julio del 2001, C-223-97 de 24 de noviembre de 1997, entre otros muchos).*

Así las cosas, es claro que en todos los casos, el traslado de cargos a las partes, así como la citación de las mismas a la comparecencia oral y privada, deberá hacerse al menos con 15 días hábiles de anticipación.

E. La caducidad del procedimiento

Según acotamos, el objeto final de todo procedimiento administrativo es la producción de un acto administrativo, es decir, la adopción de una decisión por parte de la Administración. Por ello iniciado un procedimiento la Administración está obligada a desarrollarlo de oficio y, en definitiva, a adoptar la decisión correspondiente.

Aún y cuando la Administración está obligada a impulsar oficiosamente el procedimiento *–artículo 222 de la LGAP* -, con base en lo dispuesto en el artículo 340 de la LGAP, debemos ser enfáticos en señalar que la figura extintiva de la caducidad del procedimiento es de aplicación restrictiva, pues de conformidad con esa norma, resulta aplicable únicamente a los procedimientos administrativos incoados a instancia de parte interesada, no así a los procesos iniciados oficiosamente por la Administración, como sería el caso de los procedimientos sancionatorios disciplinarios.

Según refiere la doctrina más calificada, "*... el ámbito que la caducidad tiene en el procedimiento administrativo es bastante limitado, ya que, al entrar en juego consideraciones de interés público, la actitud que los interesados puedan adoptar en orden a la impulsión de aquél queda en segundo plano*

La Administración está legalmente obligada a resolver y lo está igualmente a impulsar el procedimiento en todos sus trámites a fin de llegar a esa resolución, lo cual reduce las posibilidades reales de que la caducidad se produzca en aquellos procedimientos iniciados a instancia de parte interesada, en los que el único interés visiblemente afectado es el interés particular del sujeto privado causante de la paralización. Así resulta, por lo demás, del propio texto del artículo 92.4 LPC, que declara inaplicable esta figura a los supuestos en que la cuestión objeto del procedimiento entrañe un interés general o sea conveniente su definición o esclarecimiento" (GARCIA DE ENTERRÍA, op. cit. pág. 496-497).

Se aplica de este modo la máxima que enuncia la doctrina, en el sentido de que *"cuando el Estado es actor, el principio es que no tiene plazo de caducidad"*[44]. Admitir lo contrario llevaría a establecer no sólo un marcado y excesivo formalismo que obstaculizaría el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora de la Administración, sino que con ello se estaría habilitando un ilegítimo fuero de impunidad, impidiéndose así el acceso a un principio general básico en el Derecho: la Justicia *(art. 41 constitucional).* Y con ello no sólo se transgrediría ese derecho fundamental de los administrados, sino que atentaría contra uno de los pilares de la democracia, en el tanto el sistema pretende que los conflictos que se suscitan en la sociedad, sean resueltos a través de un procedimiento que garantice los principios de justicia, orden, seguridad y paz social *(Véase al respecto, la resolución Nº 2002-01764 de las 14:37 horas del 20 de febrero del 2002, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).*

Por otro lado, interesa indicar que indudablemente los plazos obligan a los agentes administrativos y a los interesados en el procedimiento. Esa obligatoriedad significa el deber de cumplir los plazos del procedimiento e implica la consiguiente facultad para exigir su cumplimiento en sede administrativa o judicial. Sin embargo, no debe confundirse con la "perentoriedad", la que supone la caducidad o decaimiento del derecho que ha dejado de ejercerse ni tampoco con la llamada improrrogabilidad, que se refiere a la posibilidad de extender o ampliar los plazos fijados.

Si examinamos los supuestos en que cabe reconocer virtud invalidante a algún vicio por la forma, podremos concluir que la actuación administrativa fuera de tiempo en un procedimiento administrativo, carece de trascendencia anulatoria, salvo en el supuesto de que el término o plazo sea además de esencial, perentorio; lo cual no ocurre en el caso concreto del plazo previsto en el numeral 261.1 de la LGAP, según el cual el procedimiento administrativo deberá concluirse, por acto final, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación; pues este es un plazo meramente ordenatorio y no perentorio; máxime si se considera que el mismo puede ser prorrogado *(numeral 258 Ibídem)* o incluso

[44] DROMI, Roberto. "El Procedimiento Administrativo". Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 187.

reducido o anticipado por razones de oportunidad y conveniencia, en virtud de resolución adoptada por el órgano director *(artículo 265 Ibídem).*

La naturaleza ordenatoria del plazo previsto en la LGAP para el dictado del acto final, tiene su razón de ser en la imposibilidad material que se presenta en algunos casos, de tramitar un asunto complejo o voluminoso, por más diligencia que el órgano director ponga en sus actuaciones, dentro del término fijado al respecto, o bien la conducta misma de las partes en el proceso, que a veces abusan, ya sea del ofrecimiento o interposición masiva e indiscriminada de pruebas y recursos, con el afán de retardar la resolución final del procedimiento. Pero en ningún caso ello puede justificar que por incuria, desidia o abandono del trámite, ya sea por omisiones, negligencias o irresponsabilidades de los encargados de impulsar el procedimiento, ocurra un atraso injustificado del procedimiento, y el mismo permanezca inactivo infundadamente.

Recuérdese que al margen de aquellos casos excepcionales, si bien la inobservancia del plazo de actuación por la Administración, no invalida esa actuación tardía, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 329 de la LGAP, aún cuando se tiene el deber de resolver expresamente dentro de los plazos previstos en la Ley, el acto final recaído fuera del plazo se reputa válido para todo efecto legal, salvo disposición legal en contrario. No obstante esta demora puede determinar, no sólo la responsabilidad del funcionario causante de la demora, o incluso de la propia Administración, según precisa expresamente el artículo 225.2 de la supracitada Ley General, si ello ha dado lugar a un perjuicio para el particular afectado por el acto dictado fuera de tiempo (doctrina del 190 Ibídem), sino también la eventual declaratoria, en sede judicial, de la prescripción de la potestad sancionadora, en razón del abandono o dejadez en el ejercicio de la potestad disciplinaria del ente patronal, por violación al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, derivado del artículo 41 constitucional, que indudablemente invita a la aplicación de aquél instituto extintivo en esos casos.

5. Prescripción de la potestad sancionadora administrativa-disciplinaria

Según hemos indicado en reiteradas oportunidades[45], el incumplimiento de los deberes del cargo genera para el servidor público una responsabilidad que puede revestir carácter patrimonial, penal o disciplinario. El primer tipo de responsabilidad, conforme a lo establecido en la LGAP (art. 199 y ss), surge cuando el empleado, con su actuación dolosa o por culpa grave, causa un daño económicamente evaluable a terceros o a la propia Administración. La responsabilidad penal presupone la comisión de alguno de los delitos tipificados en la legislación penal. Ambos tipos de responsabilidad comentados, rara vez suelen exigirse, pues la mayoría de las infracciones tienen naturaleza

[45] Pronunciamientos C-307-2004 de 25 de octubre de 2004 y O.J.-043-2005 de 1 de abril de 2005.

administrativa; a esto último se le conoce como el régimen disciplinario de los servidores públicos[46]. Dicho lo cual, debemos advertir que en nuestro medio no existe un solo régimen disciplinario en el ámbito de la función pública, pues las exigencias de protección de los bienes jurídicos relativos a la correcta prestación del servicio público, son distintos en muchos de los casos y en lo que atañe al plazo de la prescripción de la potestad disciplinaria administrativa, el régimen jurídico varía según se esté ante un servidor de la Hacienda Pública o no.

Conviene aclarar desde ya, según se analizó en el dictamen C-307-2004 de 25 de octubre de 2004, que los artículos 97, 98 y 99 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, con base en la doctrina vinculante emanada especialmente de la jurisprudencia constitucional y de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, las mencionadas normas del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil *–decreto ejecutivo Nº 21 de 14 de diciembre de 1954 y sus reformas-*, por violación a los principios de reserva de ley y jerarquía normativa, no son de aplicación a los servidores de la Administración Pública, ligados por una relación de empleo, regulada primordialmente por principios y disposiciones normativas de Derecho Público; sino que a éstos les resulta aplicable, como regla de principio, el término de prescripción establecido en el numeral 602 del Código de Trabajo, respecto de todos los derechos y acciones provenientes del contrato de trabajo, que es de seis meses, contados desde la fecha de extinción de dichos contratos. Mientras que aquellos otros derechos y acciones provenientes del citado Código, de sus Reglamentos y de leyes conexas, como sería toda la normativa estatutaria, que no se originen del contrato de trabajo, y entre los cuales, según criterio de la Sala Constitucional, están aquellos referidos a la organización y funcionamiento de sindicatos y cooperativas, el de reclamar contra políticas de empleo o salarios mínimos que considere el trabajador como incorrectas o los derechos de la seguridad social, prescriben en el término de tres meses (artículo 607 Ibídem); cuyo punto de partida, para los patronos, se establece desde el acaecimiento del hecho respectivo, y para los trabajadores desde momento en que estén en posibilidad de reclamar sus derechos o de ejercitar las acciones correspondientes.

Ahora bien, como se ha indicado en nuestra jurisprudencia administrativa[47], por regla general, salvo la existencia de normativa especial al efecto (como es el caso de la Ley General de Policía, Nº 7410), la potestad para disciplinar las infracciones de los servidores públicos prescribe en un mes (art. 603 del Código de Trabajo). No obstante, desde el punto de vista subjetivo, según se esté o no ante funcionarios o servidores de la Hacienda Pública, o incluso si desde el punto de vista material-objetivo se está ante alguna infracción administrativa propia del Régimen General de Control Interno o del sistema disciplinario instaurado por la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública,

[46] Resoluciones 5594-94 de las 15:48 horas del 27 de setiembre de 1994 y 2004-10227 de las 15:56 horas del 21 de setiembre de 2004, Sala Constitucional.
[47] Pronunciamientos C-340-2002 de 16 de setiembre de 2002, C-344-2002 de 18 de diciembre de 2002, C-329-2003 de 16 de octubre y OJ-219-2003 de 4 de noviembre, ambos de 2003 y C-307-2004, op. cit.

nuestro ordenamiento jurídico vigente establece distintos plazos de prescripción para que el Estado-patrono ejerza la potestad "disciplinaria" respecto de tales servidores; ya sea aquél de un mes, previsto en el numeral 603 del CT, o bien el del artículo 71 de la LOCGR *-Nº 7428 de 7 de setiembre de 1994-*, que extiende el citado plazo prescriptivo a cinco años, conforme a la reforma introducida por el artículo 45, inciso a), de la Ley Nº 8292 de 27 de agosto del 2002 *-publicada en La Gaceta Nº 169 de 4 de setiembre del 2002-.*

A. El régimen jurídico disciplinario del servidor "de la Hacienda Pública"

En lo que respecta a la segunda norma de comentario (artículo 71 de la LOCGR), la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución Nº 6750-97 de las 11:12 horas del 17 de octubre de 1997, estimó que dicha norma resulta ser constitucionalmente razonable, por cuanto ***"pretende dotar al Estado de armas efectivas para el control y sanción de los funcionarios públicos que cumplen una de las funciones más sensibles como lo es el manejo de dineros públicos"***; y por ello, la propia Sala estableció "***que la interpretación del concepto de servidor de la hacienda pública debe restringirse a aquel que tiene a su cargo el manejo de fondos públicos"***. Recuérdese que si bien es cierto que en una dependencia pública pueden laborar muchas personas que tienen acceso al haber patrimonial de la oficina, no todos manejan y disponen de los fondos públicos. Y sólo en la medida en que aquél concepto se circunscriba únicamente a los "***funcionarios que están directamente relacionados con el manejo y disposición de los fondos públicos",*** resulta justificable la diferencia de los plazos de prescripción de la potestad sancionadora disciplinaria, pues con un plazo de prescripción más largo como el que establece el citado artículo 71, "***se pretende posibilitar al Estado un control mayor sobre sus funcionarios que están directamente relacionados con el manejo y disposición de los fondos públicos, ello por indudable relevancia del tema y la gran necesidad de asegurar el manejo más sano y limpio posible de los fondos públicos".*** (Criterio reafirmado en la sentencia Nº 06843-98 de las 15:45 horas del 24 de setiembre de 1998, así como en la resolución Nº 2001-07516 de las 14:49 horas del 1º de agosto del 2001, recientemente ratificada por la Nº 2003-04367 de las 15:27 horas del 21 de mayo del 2003, todas de las Sala Constitucional).

Y con base en la jurisprudencia vinculante anteriormente referida, la Procuraduría ha definido lo que debe entenderse por funcionario de la Hacienda Pública, de la siguiente manera:

> *"Es opinión no vinculante de esta Procuraduría que debe entenderse por funcionarios que "manejan fondos públicos" aquéllos que de conformidad con el orden jurídico y de acuerdo con el acto de nombramiento tienen entre sus atribuciones el administrar, gestionar administrativa o contablemente, los fondos públicos. Por consiguiente, el término gestión o manejo de fondos públicos no se aplica al uso de los fondos*

> *en sentido de haber patrimonial sino a la circunstancia de que, conforme la definición de competencia, corresponde tomar determinadas decisiones o acciones en relación con esos fondos. De allí que, efectivamente la circunstancia de que todo funcionario público utilice para el cumplimiento de sus funciones, por ejemplo, bienes públicos sean éstos un escritorio, computadora, lápiz, no puede conducir a estimar que por ese uso esté "manejando" fondos públicos. Por el contrario, si se le reconoce jurídicamente la posibilidad de utilizar y disponer (jurídica o contablemente) de los fondos en cuestión, si su actuación está sumida a la fiscalización necesaria para verificar que ha respondido a las finalidades y objetivos por los cuales se conceden los fondos y, ante todo, conforme los procedimientos legalmente establecidos, habría que considerar que el funcionario está comprendido dentro de los supuestos del artículo 71 de la Ley de la Contraloría.*

Es este orden de ideas, puede considerarse que, desde el punto de vista legal, el término "servidor de la Hacienda Pública", se encuentra delimitado por el conjunto de disposiciones que integran el Capítulo V: "De las Sanciones y de las responsabilidades" de la Ley de la Contraloría. En efecto, la prescripción regulada en el artículo 71 concierne las faltas a que genéricamente hace referencia el artículo 68 de la misma ley, faltas para cuya comisión se requiere una particular relación del servidor con la Hacienda Pública, como podría ser el hecho de que le corresponda actuar las prescripciones legales que la regulan (como es el caso de los órganos de control); o que disponen sobre la ejecución administrativa o contable del Presupuesto, sea quienes pueden comprometer el gasto u ordenar su pago, deben realizar inversiones con los recursos públicos o deben recaudar éstos, etc. participando directamente en la administración financiera pública. En ese sentido, cabría agregar que de los artículos 6 a 9 de la Ley de la Administración Financiera se pueden extraer criterios en orden a determinar quienes son funcionarios de la Hacienda Pública. En efecto, dichos numerales conciernen servidores que en virtud del orden competencial, participan directamente en la administración financiera en razón de que les corresponde recibir, administrar, custodiar o pagar bienes o valores; o bien porque tienen autoridad para contraer obligaciones o, en su caso, compromisos de pago, tomando decisiones en orden a los referidos fondos (...)

> *(...) Servidor que maneja fondos públicos es aquél que por disposición del ordenamiento y conforme a su acto de nombramiento está en una particular relación con los citados fondos, que le permite participar en las distintas etapas de la ejecución presupuestaria de los ingresos y egresos, así como los que intervienen en el proceso de fiscalización y control de la "Hacienda Pública" o en general, participan directamente en la administración financiera del organismo públicos de que se trate." (O.J.-107-98 de 17 de diciembre de 1998).*

Así las cosas, tomando en consideración las especiales atribuciones que la Constitución Política le ha asignado a la Contraloría General de la República en lo que respecta a la vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de la Administración Pública, y especialmente el control del personal que *"recibe, custodia, paga o administra bienes o valores del Estado"* (Resolución Nº 2000-06326 de las 16 horas con 18 minutos del 19 de julio del 2000, de la Sala Constitucional), podemos afirmar categóricamente que el artículo 71 de la citada Ley Nº 7428, resulta única y exclusivamente aplicable en el caso concreto y específico de aquellos funcionarios o servidores de la Hacienda Pública, es decir, a los que tienen a su cargo el manejo y disposición de fondos públicos *(Ver entre otras, las resoluciones Nºs 6750-97, 06843-98, 2001-07516 y 2003-04367 op. cit., de la Sala Constitucional y las 2000-00949 de las 08:20 horas del 24 de noviembre del 2000, 2001-00283 de las 10:00 horas del 30 de mayo del 2001 y 2003-00669 de las 09:20 horas del 13 de noviembre del 2003, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, así como los pronunciamientos C-340-2002 y C-344-2002 op. cit.).*

Interesa indicar que la misma norma de comentario establece las reglas especiales de cómo se computa y aplica el plazo extintivo de cinco años allí previsto; reglas que por su claridad, no merecen mayor comentario.

> *En lo que interesa, la normativa aludida dispone:*
> *"Artículo 71.-**Prescripción de la responsabilidad disciplinaria.** La responsabilidad administrativa del funcionario público por las infracciones previstas en esta Ley y en el ordenamiento de control y fiscalización superiores, prescribirá de acuerdo con las siguientes reglas:*
> *a) En los casos en que el hecho irregular sea notorio, la responsabilidad prescribirá en cinco años, contados a partir del acaecimiento del hecho.*
>
> *b) En los casos en que el hecho irregular no sea notorio - entendido este como aquel hecho que requiere una indagación o un estudio de auditoría para informar de su posible irregularidad- la responsabilidad prescribirá en cinco años, contados a partir de la fecha en que el informe sobre la indagación o la auditoría respectiva se ponga en conocimiento del jerarca o el funcionario competente para dar inicio al procedimiento respectivo.*
>
> *La prescripción se interrumpirá,* **con efectos continuados***, por la notificación al presunto responsable del acto que acuerde el inicio del procedimiento administrativo.*
>
> *Cuando el autor de la falta sea el jerarca, el plazo empezará a correr a partir de la fecha en que él termine su relación de servicio con el ente, la empresa o el órgano respectivo.*

> *Se reputará como falta grave del funcionario competente para iniciar el procedimiento sancionatorio, el no darle inicio a este oportunamente o el dejar que la responsabilidad del infractor prescriba, sin causa justificada.(Así reformado por el inciso a) del artículo 45 de la Ley N° 8292 de 31 de julio del 2002, Ley de Control Interno)".*[48]

Por regla general, los plazos de prescripción se interrumpen, entre otras causas, por la iniciación del procedimiento respectivo, con conocimiento del interesado; entendiéndose por tal, no la designación del órgano director que instruirá el procedimiento administrativo, sino cuando aquél decreta su inicio y lo notifica a la parte investigada. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 878 del Código Procesal Civil, ***"El efecto de la interrupción es inutilizar para la prescripción todo el tiempo corrido anteriormente"***. Lo cual nos lleva a concluir, que una vez que aquella interrupción cesa, inicia de nuevo el plazo originalmente establecido.

Acorde con lo expuesto, el artículo 71 de la LOCGR *–Nº 7428 de 7 de setiembre de 1994-*, conforme a la reforma introducida por el artículo 45, inciso a), de la Ley Nº 8292 de 27 de agosto del 2002 *–publicado en La Gaceta Nº 169 de 4 de setiembre del 2002-*, dispone que ***"La prescripción se interrumpirá, <u>con efectos continuados</u>, por la notificación al presunto responsable del acto que acuerde el inicio del procedimiento administrativo".***

Para establecer cuál fue la idea que tuvo en mira el legislador al redactar, en esos términos la disposición aludida, nos dimos a la tarea de revisar los cinco tomos del expediente legislativo Nº 14.312, en el que se tramitó la Ley Nº 8292, denominada Ley de Control Interno; normativa que introdujo, entre otras cosas, la reforma de comentario.

Y refiriéndose concretamente a la idea de que la prescripción se interrumpe "con efectos continuados", el Diputado Federico Malavassi Calvo, en la sesión plenaria Nº 038, celebrada el 4 de julio del 2002, expresó lo siguiente:

> *"Quiere decir, que no va a correr y el tiempo que haya transcurrido antes de que se inicie el acto administrativo, se va a perder en el sentido de que no va a poder ser alegado por la persona a quien se le está determinando la responsabilidad, de modo que no podrá alegarla" (folio 2477).*
> *(...) Aquí estamos hablando de un nuevo marco jurídico para endilgar responsabilidad a funcionarios públicos, entonces a nosotros nos parece que lo pertinente, dándose la prescripción, es que haya alguna manera de interrumpirla como sucede en*

[48] Sobre el instituto de la prescripción de la responsabilidad disciplinaria conforme al régimen especial que dispone el citado numeral 71 de la LOCGR, pueden consultarse los oficios DAGJ-2356-2004 (11122) de 17 de setiembre de 2004 y DAGJ-2038-2005 del 31 de julio de 2005), de la Contraloría General.

algunos otros regímenes e interrumpirlo con el procedimiento que precisamente se da para investigar administrativamente y endilgar la responsabilidad correspondiente.
Si no lo hacemos de esa manera, pudiera darse el caso inusual de que mientras está tramitándose el proceso para atribuir una responsabilidad, fenezca el asunto, fenezca el derecho de control y de nada sirve haber iniciado un procedimiento, lo lógico es que los procedimientos en este caso interrumpan la prescripción de manera que no salgan los responsables impunes.
Creo que la explicación es suficientemente clara. Creo que esta interrupción procede, es una manera precisamente de instrumentar adecuadamente estos procesos de control interno y por tal razón, pido se acoja positivamente esta moción para que, instaurándose un procedimiento administrativo, el acto que de acuerdo a este procedimiento, interrumpa la prescripción de manera que no se vuelva inútil levantar un procedimiento administrativo o no nos topemos con el absurdo de que se hacen procedimientos administrativos y puede prescribir la responsabilidad de la persona, mientras se está llevando a cabo el procedimiento" (Folio 2478 op. cit.).

Lo anterior quiere decir que el plazo especial de prescripción, establecido en el citado artículo 71, una vez notificado al presunto responsable del acto que acuerde el inicio del procedimiento administrativo, se mantendrá interrumpido hasta que se culmine el procedimiento administrativo llevado al efecto, esto por acto final que imponga eventualmente la responsabilidad disciplinaria, e incluso la pecuniaria *–por aplicación supletoria, en relación con lo dispuesto por el artículo 75 Ibídem*-. Lo cual, limita del todo en estos casos, la posibilidad de que durante la tramitación del expediente administrativo opere la prescripción de la potestad sancionadora. Esta especial situación puede tener su fundamento no sólo en lo lenta y complicada que puede resulta la labor de investigar cierto tipo de hechos, sino especialmente en los altos intereses que se pretenden proteger con el régimen jurídico de la Hacienda Pública, pues según lo ha reafirmado la Sala Constitucional, con la normativa de comentario, se pretende dotar al Estado de armas más efectivas para el control y sanción de los funcionarios públicos que cumplen con una de las funciones más sensibles, como lo es el manejo de fondos públicos (entre otras, la resolución Nº 2001-07516 op. cit.).

Sobre la constitucionalidad de interrupción de la prescripción con efectos continuados, en materia sancionatoria administrativa, puede consultar la resolución Nº 2003-06320 de las 14:12 horas del 3 de julio de 2003, de la Sala Constitucional, referida al régimen sancionador disciplinario de los notarios públicos, por parte de la Dirección Nacional de Notariado.

B. El régimen jurídico disciplinario del servidor regular

Según aludimos, por regla general, salvo la existencia de normativa especial al efecto, la potestad para disciplinar las infracciones administrativas de los servidores públicos -*que no son catalogados como de la Hacienda Pública*- prescribe en un mes (art. 603 del Código de Trabajo)[49]; y como punto de partida de ese plazo extintivo o " dies a quo", la jurisprudencia señala aquel momento en que la denuncia o el informe que recomiende la apertura de un procedimiento administrativo disciplinario, se ponga en conocimiento del jerarca o el funcionario competente para incoar el procedimiento respectivo[50].

Cabe indicar que dicho plazo se interrumpe[51] por la iniciación del procedimiento sancionador con conocimiento del interesado; entiéndase por tal, no la designación del órgano director que instruirá el procedimiento administrativo, sino cuando aquél decreta su inicio y lo notifica a la parte investigada; lo cual reafirma que la Administración no cuenta con un plazo indeterminado para iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio, sino que debe contar con el plazo de un mes para incoar la investigación de los hechos endilgados al

---

[49] Conviene señalar que la Auditoría General del MOPT consultó si el plazo de 30 días hábiles que introdujo el artículo 37 de la LGCI, para que el jerarca respectivo, ante un informe de Auditoría, ordene la implementación de las recomendaciones respectivas -*lo cual incluye la eventual petición de apertura de un procedimiento disciplinario*-, había modificado el plazo de prescripción previsto en el numeral 603 del CT.

En el dictamen C-329-2003 de 16 de octubre de 2003, la PGR consideró que aquél el plazo de la LGCI, de ningún modo modifica o prevalece sobre aquél otro previsto en el numeral 603 del Código de Trabajo, pues el contenido normativo de éste último, es decir, la norma jurídica referida a la prescripción de la potestad sancionadora administrativa, es especial respecto de aquella otra, pues con esa norma de la Ley General de Control Interno, de ningún modo se pretendió regular el referido instituto extintivo. Y según recomienda la más calificada doctrina, en caso de una eventual incompatibilidad o antinomias de normas, debe prevalecer o bien debe aplicarse prioritariamente aquella que tenga un ámbito de regulación más preciso y específico.

A lo sumo, estimó que podría considerarse que lo dispuesto en citado numeral 37 –en obligada relación con lo dispuesto en los ordinales 36 y 38- de la LGCI se constituye en una causal legal de suspensión del plazo de prescripción del ordinal 603 supracitado, que opera "ipso iure" en aquellos casos en que habiéndose recomendado, por parte de una Auditoría Interna, la apertura de un órgano director, el jerarca institucional disienta de tal sugerencia y ordena, motivadamente, soluciones alternas; de lo cual puede surgir un evidente conflicto que deberá dirimir, en última instancia, la Contraloría General de la República.

En efecto, en aquellos casos de conflicto entre las recomendaciones hechas por las Auditorías Internas y lo implementado por las diversos jerarcas administrativos, en los que esté de por medio la eventual apertura de un procedimiento administrativo disciplinario, la prescripción del mes se suspenderá, es decir, dejará de correr; pero una vez resuelto el conflicto por la Contraloría -causa de suspensión-, el plazo aludido se reanudará, computándose el tiempo anterior.

Importante es indicar que dicho criterio jurídico es plenamente compartido por la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República, según oficio DAGJ-0642-2006 de 7 de abril de 2006 (04984).

[50] Resoluciones Nºs 236-84 de las 09:00 horas del 14 de noviembre de 1984, 243 del 3 de noviembre de 1993, 120 de las 09:00 horas del 6 de abril de 1995, 2001-00149 de las 10:40 horas del 25 de febrero del 2001 y 2001-00260 de las 10:20 horas del 16 de mayo del 2001, todas de la Sala Segunda.

[51] De conformidad con lo dispuesto por el numeral 878 del Código Civil: "El efecto de la interrupción es inutilizar para la prescripción todo el tiempo corrido anteriormente".

funcionario, una vez que tenga noticia de los mismos, ya sea por un informe interno -que podría ser de la Auditoría- o por denuncia formal de un tercero. De lo contrario, podría ocurrir lo que en otros ordenamiento se denomina prescripción de la falta *(Véase al respecto, SANCHEZ MORON, Miguel. "Derecho de la Función Pública". Reimpresión 2000, Editorial Tecnos, Madrid. págs. 283-284).*

Ahora bien, debemos advertir que la jurisprudencia laboral emanada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia[52], deja abierta la posibilidad de que aún habiéndose producido la interrupción aludida con el inicio del procedimiento disciplinario en los términos referidos, sea factible que durante la tramitación del expediente administrativo opere la prescripción de la potestad sancionadora, si éste permanece paralizado injustificadamente por más de un mes, por causa no imputable al funcionario inculpado. Situación que podría resultar doctrinalmente discutible, pero en todo caso revisable en la sede jurisdiccional competente.

Y una vez finalizada la instrucción del procedimiento disciplinario por el órgano director designado al efecto, y desde el momento en que el expediente llega a manos del funcionario u órgano competente para imponer la sanción respectiva, y éste se encuentra en posición de decidir, y por ende, de ejercer de manera efectiva su potestad disciplinaria, el plazo de prescripción vuelve a correr; lo que implica, necesariamente, que la sanción disciplinaria debe ser impuesta -atribuida- por la entidad patronal dentro de aquél plazo; de lo contrario operaría lo que en otros ordenamientos se denomina prescripción de la sanción *(Véase al respecto, SANCHEZ MORON, op. cit. págs.283-284).*[53]

No obstante lo expuesto, conviene señalar que habría que analizar en detalle cada caso en concreto, a fin de no incurrir en una interpretación, respecto de la eventual prescripción de la potestad sancionadora, que vaya en desmedro del poder disciplinario que tiene la Administración respecto de sus servidores, es decir, que implique que la mayoría de las infracciones quedaran en la más

[52] Resoluciones Nºs 211-85 de las 15:20 horas del 23 de octubre de 1985, 97-91 de las 10:00 horas del 21 de junio de 1991, 2001-149 de las 10:40 horas del 28 de febrero, 2001-192 de las 10:00 horas del 28 de marzo, 2001-260-260 de las 10:20 horas del 16 de mayo, todas del 2001 y 311-2002 de las 10:43 horas del 11 de setiembre de 2002, esta última de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo.

[53] Al respecto, pueden verse, entre otras, las sentencias Nºs 34 de las 10:15 horas del 14 de marzo de 1984, 33 de las 10:10 horas, 32 de las 10:05 horas, 31 de las 10:00 horas, 30 de las 09: 55 horas, 29 de las 09:50 horas, 28 de las 09:45 horas, 27 de las 09:40 horas, 26 de las 09:35 horas, 25 de las 09:30 horas, 24 de las 09:25 horas, 23 de las 09:20 horas, 22 de las 09:15 horas, 21 de las09: 10 horas, 20 de las 09:05 horas y 19 de las 09:00 horas, todas del 14 de marzo de 1984 117, de las 15:40 horas, del 11 de junio; 175, de las 14;40 horas, del 20 de agosto; ambas de 1997; 25, de las 15:00 horas, del 29 de enero; 55, de las 9:30 horas, del 20 de febrero; 260, de las 9:00 horas, del 16 de octubre, todas de 1998; los números 143, de las 10:00 horas, del 31 de mayo; 150, de las 15:10 horas, del 12 de junio; 334, de las 10:40 horas, del 27 de octubre, todas de 1999; las Nºs 214, de las 10:40 horas, del 14 de febrero, 2000-00477 de las 15:30 horas del 12 de mayo, del 2000; 2001-00046 de las 09:00 horas del 23 de enero, 2001-00283 de las 10:00 horas del 30 de mayo, de 2001, y 2002-00145; todas de la Sala Segunda.

completa impunidad. Recuérdese que existen casos en que las faltas a sancionar tienen efectos continuados en el tiempo o de tracto sucesivo, como también se les llama; y en estos casos, conforme lo ha establecido la jurisprudencia laboral, no opera la prescripción (Ver entre otras, las sentencias Nºs 230-92 de las 09:10 horas del 2 de octubre de 1992, 140-93 de las 08:30 horas del 8 de julio de 1993, 2001-00149 de las 10:40 horas del 28 de febrero, 472 de las 10:05 horas del 17 de agosto y 2001-00648 de las 10:20 horas del 31 de octubre, todas del 2001 y de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia).

Interesa señalar que al menos un precedente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en un voto de minoría, deja abierta la posibilidad de que pueda operar la prescripción de la potestad sancionadora administrativa propiamente en fase de ejecución de la sanción disciplinaria *-situación doctrinalmente discutible, pero en todo caso revisable en sede jurisdiccional-*, pues considera que el plazo para ejecutar las sanciones disciplinarias no es cuestión librada al arbitrio del órgano administrativo sancionador, de manera que pueda hacerla efectiva cuando a bien tenga, pues esa forma de razonar es contraria al derecho fundamental a un procedimiento administrativo sin dilaciones indebidas o atrasos innecesarios[54], lo mismo que al derecho de continuidad y estabilidad en el empleo.

Según se afirma, a nada conduciría apurar el inicio, desarrollo y conclusión del procedimiento administrativo sancionador, si después de establecida la responsabilidad disciplinaria, ésta no se ejecuta con igual prontitud. Por esas razones, para esa minoría disidente, si la potestad disciplinaria prescribe en el plazo de un mes, la ejecución de los acuerdos o resoluciones sancionadoras debe extinguirse en el mismo plazo; es decir, una vez impuesta la sanción se tiene un mes para ejecutarla; esto aplicando la misma norma (art. 603 del Código de Trabajo) por paridad de razón, pues los acuerdos o resoluciones, al igual que el resto de los actos administrativos, son ejecutivos desde que se adoptan y pueden ejecutarse desde entonces *(Cfr. SANCHEZ MORON, Miguel, "Derecho de la Función Pública". Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pág. 302)*. De suerte que si el acto ablatorio no se ejecuta dentro de ese plazo, vencido éste, fenece toda posibilidad de ejecución material de la sanción *(Voto de disidencia a la resolución Nº 2004-00671 de las 09:20 horas del 18 de agosto de 2004)*.

Independientemente de que compartamos o no este criterio todavía en ciernes, debemos abogar por su matización frente a la facultad discrecional de suspensión precautoria o cautelar de los efectos de los actos administrativos, que expresamente se reconoce en nuestro ordenamiento *(artículo 148 de*

[54] "El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita, en el Derecho Administrativo, al ámbito jurisdiccional (...) sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, prontos, oportunos y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentes como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados" (Resolución Nº 2004-14209 de las 15:12 horas del 14 de diciembre de 2004, Sala Constitucional).

la LGAP) como excepción al principio aludido de ejecutoriedad *(artículo 146 Ibídem)*; suspensión que corresponde tanto al órgano que dictó el acto, a su superior jerárquico o a la autoridad que decida ulterior recurso y para la que podría no ser preciso adoptar un acto formal y expreso[55], sino que dada su especial naturaleza como acto favorable, puede inferirse de conductas o comportamientos administrativos, como un acto tácito *(artículo 137 de la citada Ley General)*; máxime cuando la más calificada doctrina admite que el campo propio de los actos tácitos es aquél referido al reconocimiento de derechos o beneficios a favor de los particulares, es decir, de los llamados actos favorables *(Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Novena Edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, página 560, 561)*.

Así las cosas, según lo han admitido nuestros tribunales de justicia, de acuerdo con la discrecionalidad de que goza, la Administración no está obligada a ejecutar sus actos inmediatamente después de emitidos y comunicados; puede decidir si los ejecuta de inmediato o lo hace una vez resueltos los recursos administrativos interpuestos contra ellos. Por consiguiente, si ante la interposición de recursos administrativos la Administración opta por suspender expresa o tácitamente la ejecución del acto administrativo en el que se materializa determinada sanción disciplinaria, el plazo de un mes de la prescripción para la ejecución de la sanción comenzaría a correr a partir del momento en que dichos recursos administrativos sean resueltos y debidamente comunicados al administrado, y no antes como lo sugiere el precedente de comentario *(Véase al respecto la resolución Nº 1779-03 de las 10:10 horas del 13 de noviembre de 2003, del Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía del Segundo Circuito Judicial de San José)*.

Muy estrechamente relacionado con el tema de la ejecución de la sanción, hemos analizado la suspensión del plazo de prescripción frente a la interposición de un recurso de amparo.

En el pronunciamiento O.J.-043-2005 de 1º de abril de 2005, se estableció que con base en lo dispuesto por el ordinal 41 de la LJC *-Nº 7135 de 11 de octubre de 1989-*, y la jurisprudencia de la propia Sala Constitucional, la regla es la suspensión del acto o disposición cuestionado *(Resoluciones 2109-92, 2108-92)*.Y según la interpretación que se le ha dado a dicha norma, no es la mera interposición *-presentación-* de un recurso de amparo lo que suspende son los efectos concretos *-aplicación al recurrente-* de los actos o disposiciones normativas cuestionadas, sino que ello ocurre a partir de la notificación a la Administración recurrida, del auto de admisión que le da trámite al recurso, en el cual se indica interlocutoriamente cuáles son los efectos concretos que se suspenden *(resolución Nº988-94 de las 17:57 horas del 16 de febrero de 1994 y comentarios de HERNANDEZ VALLE, Rubén. "Derecho Procesal Constitucional". Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2001, págs. 248*

[55] Pese a lo dispuesto en el artículo 136 inciso de la LGAP.

y ss). Esta regla que admite sus excepciones, y corresponderá a la autoridad recurrida la demostración de las condiciones de excepción para que se pueda dispensa la suspensión del acto impugnado *(Resoluciones Nº 1130-90, 2109-92 y 2108-92 op. cit.)*; en cuyo caso, el mantenimiento de los efectos del acto estará reservado a la Sala Constitucional en pleno *(Resolución Nº 6568-93)*.

Como puede inferirse, la suspensión aludida rompe con una prerrogativa clásica de la Administración sustentada en razones superiores de interés general que exigen que la actividad administrativa no debe resultar obstaculizada o entorpecida por la acción de los particulares o administrados: la ejecutoriedad de los actos administrativos, sancionado por los artículos 146 y 148 de la Ley General de la Administración Pública; según la cual ésta puede ejecutar por sí misma, sin necesidad de recurrir para ello a los Tribunales de Justicia, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún en contra de la voluntad o resistencia del obligado. Por esto, en principio, la interposición de recursos no tiene efecto suspensivo, a menos que el servidor que lo haya dictado, su superior jerárquico, la autoridad que decide el recurso o el órgano jurisdiccional que conoce el conflicto, ordene suspender la ejecución cuando la misma pueda causar perjuicios graves o de difícil reparación.

La justificación para ello se encuentra -según explica HERNANDEZ VALLE- *"en lo que sucedía en la legislación anterior, en que la interposición del amparo al no suspender los efectos de la ejecución del acto recurrido, permitía que la autoridad demandada siguiera ejecutando el acto en perjuicio del afectado, a sabiendas de que si se dictaba posteriormente una sentencia estimatoria en su contra, la situación jurídica o material del recurrente sería ya irreversible (...) Con la legislación actual, si no fuera posible la suspensión de los efectos del acto recurrido, el proceso de amparo se convertiría, en la praxis, en una jurisdicción reparadora de daños y perjuicios, lo cual es una de sus características secundarias" (Idem., pág. 252).*

Por su parte, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido tímidamente, en su jurisprudencia[56], la suspensión de la ejecución de sanciones administrativas como el despido o suspensiones sin goce de salario, por ordenarlo interlocutoriamente la Sala Constitucional, en razón de haberse interpuesto, por parte del afectado, un recurso de amparo.

En consecuencia, como resultado innegable de la suspensión de la ejecución del acto o resolución administrativa que impone una sanción disciplinaria, ordenada interlocutoriamente por la Sala Constitucional ante la tramitación de un Recurso de amparo, podríamos entender que ese mismo motivo se constituye en una causal legal de suspensión del plazo de prescripción del ordinal 603 supracitado. Lo anterior significa que una vez comunicada la orden jurisdiccional

[56] Resoluciones Nºs 2000-00305 de las 0:20 horas del 22 de marzo de 2000, 2000-00846 de las 14:30 horas del 22 de setiembre de 2000 y 2000-00858 de las 09:10 horas del 6 de octubre de 2000.

e imperativa de la suspensión de los efectos del acto sancionatorio impugnado a través de un Recurso de Amparo, deja de correr para la Administración el plazo del mes para ejercer legítimamente su potestad sancionadora administrativa. Y cabe indicar que según lo ha manifestado la propia Sala Constitucional, en esos casos la Administración accionada no tiene necesidad de adoptar acuerdos o resoluciones expresas de suspensión de los actos que son objeto del amparo, por cuanto ese efecto suspensivo es provocado directamente, no sólo por la literalidad del numeral 41 de la LJC, sino por la orden interlocutoria dada por la propia Sala. Correlativamente, ninguna exigencia existe tampoco de un acuerdo o resolución que levante o dé por concluido el efecto suspensivo del amparo una vez resuelto éste por el fondo, por cuanto esa es -también- una consecuencia implícita de la sentencia *(Véase al respecto la resolución Nº 3110-97 de las 16:48 horas de 4 de junio de 1997, de la Sala Constitucional).*

Conviene aclarar en este punto que, como contra lo resuelto por la Sala no cabe recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la LJC, nada impide que una vez enterados los interesados de la parte dispositiva -*Por tanto*- de la sentencia, aún cuando ésta no les haya sido notificada, porque está pendiente de redactar o firmar, procedan conforme a lo que en derecho corresponda *(Resoluciones Nºs 3562-93 de las 09:57 horas del 23 de julio de 1993, 2000-08428 de las 10:24 horas del 22 de setiembre de 2000, 2000-08681 de 15:05 horas de 3 de octubre de 2000, también de la sala Constitucional).* Esto es así, porque con el acto de votación realizado en el transcurso de la sesión de la Sala, es que se produce y nace a la vida jurídica la "sentencia material", que incide inmediatamente sobre el ordenamiento jurídico con la eficacia erga omnes que caracteriza a los precedentes y a la jurisprudencia de la Sala *(Resolución Nº 97-I-97 de las 14:00 horas del 4 de marzo de 1997).*

Así las cosas, una vez resuelto el amparo y conocido el voto por las partes, el plazo prescriptivo se reanudará, computándose el tiempo anterior transcurrido.

Por último, debemos recordar que la prescripción extintiva de la potestad sancionadora administrativa debe ser opuesta por el propio interesado como excepción o defensa perentoria. La misma no puede ser conocida y resuelta de oficio por parte de la Administración, pues es renunciable (artículos 850 y 851 del CC).

C. "Dies a quo" de la prescripción cuando el jerarca es un órgano colegiado

Según se abordó en el pronunciamiento OJ.-219-2003 de 4 de noviembre de 2003, la determinación del "dies a quo" o momento a partir del cual comienza a correr el plazo de la prescripción de la potestad sancionadora administrativa, en aquellos casos en que el jerarca administrativo con competencia para ordenar la apertura de un procedimiento ordinario, y ejercer el poder disciplinario, es un órgano colegiado, tiene sus particularidades.

La antigua Sala de Casación, y posteriormente la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, abordaron el tema en cuestión; y al respecto, en un inicio, asumieron un criterio interpretativo mayoritario en el que se determinó lo siguiente:

> *"I.- Tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda, acogen la excepción de prescripción opuesta por el actor, por considerar que el derecho de la Corte para proceder a separar de su cargo al señor (...) se encontraba prescrito al haber transcurrido el término que indica el artículo 603 del Código de la Materia, estimando que el plazo comenzó a correr a partir del siete de noviembre de mil novecientos ochenta y tres, fecha en que quedó concluida la investigación administrativa llevada a cabo y que no fue sino hasta en la sesión del dieciséis de enero siguiente que la Corte le revocó el nombramiento al actor. Sin embargo la mayoría de la Sala estima que, cuando se trata de un órgano colegiado como lo es la Corte Suprema de Justicia, el término de la prescripción no comienza a correr sino hasta el momento en que ese organismo tiene conocimiento del hecho y no pude tenerlo hasta que no se haya reunido para resolver el caso, aun cuando sus miembros por separado estén enterados de la situación, puesto que por la naturaleza de estos cuerpos, sólo pueden tomar resoluciones, acuerdos y disposiciones cuando sus miembros actúan reunidos, como bien se dice en la sentencia de la antigua Sala de Casación número 18 de las dieciséis horas del veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y uno que el señor Representante del Estado cita en su recurso. Ahora bien, en el caso presente, el plazo de la prescripción debe contarse a partir del momento en que la Corte Plena se constituyó para resolver el caso del actor, sea el dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y cuatro pero, como precisamente en esa sesión se acordó el despido del señor (...), debido a la gravedad de los hechos cometidos por él, el término a que alude el artículo supracitado no se agotó y por consiguiente, no se operó la prescripción." (Sentencia Nº 86-176.LAB de las 15:00 horas del 10 de setiembre de 1986) (Lo destacado y subrayado es nuestro).*

Cabe indicar que el criterio aludido no es, ni ha sido pacífico, pues no ha estado exento de pronunciamientos divergentes al seno de la propia Sala Segunda. Por ejemplo, en la votación de la sentencia Nº 86-176.LAB anteriormente transcrita, los entonces Magistrados Blanco Quirós y Picado Odio, se apartaron del criterio de mayoría y emitieron un voto disidente, en los siguientes términos:

> *"Participamos plenamente del criterio sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que, en tratándose de órganos colegiados, el plazo para despedir a un empleado, que señala*

el artículo 603 del Código de Trabajo, no comienza a correr sino a partir de la fecha en que la respectiva información se puso en conocimiento de aquel órgaNº Pero en el caso presente consta que el quince de noviembre de mil novecientos ochenta y tres la Secretaría de la Corte recibió del Organismo de Investigación Judicial, la información debidamente terminada y debe ser a partir de esa fecha cuando comienza a correr el término de la prescripción, pues es desde ese momento en que el órgano colegiado está en capacidad para estudiar el expediente y dictar la resolución que corresponda para lo cual cuenta con un mes de tiempo. Como el despido se decretó el dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, ya el derecho para hacerlo estaba prescrito, no siendo aceptable en la opinión de los suscritos que el plazo respectivo deba contarse a partir del día en que el órgano colegiado se reúna para conocer el caso, pues en esa forma se estaría introduciendo en el ordenamiento jurídico un plazo indeterminado. Con base en estas razones, confirmamos el fallo del Tribunal Superior de Trabajo. " (Lo destacado y subrayado, es nuestro).

El fallo judicial más reciente que encontramos en nuestro estudio sobre el tema, data del año 2000; y en él, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, con una integración mayoritariamente de Magistrados Suplentes, se aparta de la tesis acuñada en el año 1981 por la Sala de Casación, y que fuera reafirmado mayoritariamente en el año 1986 por ella misma, para acoger esta vez el criterio de minoría recién transcrito.

En lo que interesa, dicho fallo dispone lo que a continuación se indica:

"(...) constituye un error de interpretación el indicar que la decisión del Tribunal de la Inspección Judicial, por sí sola, causa la finalización del procedimiento disciplinario, puesto que, como fue explicado líneas atrás al tener la Corte Plena la facultad de modificar o confirmar esa resolución es a partir de que ella se encuentra en posición de decidir que comienza a computarse el plazo de prescripción de la acción de despido, más aún si tomamos en cuenta que la resolución de la Inspección Judicial fue recurrida por el propio actor ante Corte Plena. En consecuencia, fue a partir de que el expediente fue recibido por la Secretaría de la Corte que comenzó a correr el plazo prescriptivo (...) al no haber una norma en la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en forma expresa, determine cuál es el plazo para que se pueda ejercer este tipo de acciones, que se debe aplicar el numeral 603 del Código de Trabajo que otorga un mes para que el empleador pueda despedir justificadamente por las faltas cometidas por el trabajador. Dicho plazo se computa a partir de que el órgano decisorio - en este caso la Corte Plena - , estuvo en posibilidad de decidir

si confirmaba o no la resolución del Tribunal de la Inspección que ordenaba la remoción del accionante de su cargo, por ello, es que se debe concluir que la acción fue ejercida en tiempo, dado que el expediente administrativo fue recibido por la Secretaría de la Corte el 31 de julio de 1992 y la Corte Plena decidió confirmar el despido en sesión ordinaria celebrada el diecisiete de agosto de ese mismo año." (Sentencia Nº 2000-00214 de las 10:40 horas del 14 de febrero del 2000).

Indudablemente la existencia de fallos contradictorios de nuestros tribunales judiciales, crea confusión al respecto. No obstante, en la citada OJ-219-2003, la PGR considera –como opinión jurídica no vinculante- que la tesis jurídicamente aceptable sobre el tema en discusión, es aquella que sostuvo, en un primer momento, en los años ochenta, la Sala Segunda; esto es, que cuando se trata de un órgano colegiado, el término de la prescripción no comienza a correr sino hasta el momento en que ese órgano tiene conocimiento del hecho, y no pude tenerlo hasta que no se haya reunido para resolver el caso, aun cuando sus miembros por separado estén enterados de la situación, puesto que por la naturaleza de estos cuerpos, sólo pueden tomar resoluciones, acuerdos y disposiciones cuando sus miembros actúan reunidos (Sentencia Nº 86-176LAB. op. cit.). Criterio que a nuestro juicio no sólo es acorde con la naturaleza propia de los órganos colegiados, sino que además garantiza el efectivo y legítimo ejercicio del poder disciplinario que tiene la Administración Pública respecto de sus servidores.

En efecto, para determinar el punto de partida del plazo de la prescripción de la potestad sancionadora administrativa, debe tomarse en consideración, en primer lugar, la naturaleza jurídica de los órganos colegiados; los cuales están compuestos por varias personas físicas colocadas en situación de igualdad, que manifiestan colectivamente la voluntad del órgano, y por ello se exige que en sus reuniones esté presente una parte importante de sus componentes, cuando no todos, a efecto de sesionar válidamente, deliberar y adoptar acuerdos por mayoría (Véase al respecto, entre otros, ORTIZ ORTIZ, Eduardo. "Tesis de Derecho Administrativo", Tomo II, Primer Edición, San José, Costa Rica, Editorial Stradtmann, 2000, p. 97 y ss; ALESSI, R. "Instituciones de Derecho Administrativo", Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1970, p.110; GARCÍA TREVIJANO, F. "Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 481).

Tenemos entonces que el funcionamiento de estos órganos administrativos colegiados está basado en el quórum, es decir, un mínimo de miembros indispensables para su funcionamiento legal (Véase al respecto, DIEZ, M.M. "Derecho Administrativo", Tomo I, Editorial Bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1963, p. 201). Esto es lo que se conoce como "quórum estructural", es decir, el número legal de miembros del órgano colegiado que debe estar presente, al inicio y durante el desarrollo de la sesión, para que éste sesione y ejerza sus competencias válidamente" (Véanse entre otros, los dictámenes C-185-99 de 20 de setiembre de 1999 y C-138-2001 de 18 de mayo del 2001).

Así las cosas, la formación de la voluntad de las organizaciones colegiales requiere de un complejo procedimiento, respecto del cual el Derecho no sólo regula el resultado (emanación del acto externo) sino el medio (el procedimiento de formación de la voluntad) (ALESSI, Renato. "Instituciones de Derecho Administrativo, citado en el dictamen C-087-2000 de 9 de mayo del 2000).

Como bien lo señala el ilustre ORTIZ ORTIZ, "La existencia del grupo exige la formación de la voluntad del órgano como distinta de la de cada uno de los titulares de modo que sea posible obtener esa voluntad aunque haya discrepancias (...) El principio que permite formar la voluntad del grupo como propia del órgano, es el de mayoría, en virtud del cual la voluntad del mayor número de componentes se impone a la minoría disidente (...) El proceso de formación de la mayoría requiere de una serie de garantías, que aseguren el trato igual para todos los componentes del colegio y la libre expresión de su voluntad. Dicho proceso contiene varias etapas, a saber:

> *i) redacción del orden del día, que es la lista de asuntos a tratar, fuera de los cuales ninguno otro puede admitirse a discusión, salvo previsión expresa en contrario (...)*
> *ii) convocatoria que es la citación de los integrantes, para hora y fecha determinada, en un lugar preciso, siempre con cierto número de días de anticipación, salvo asistencia de la totalidad de los integrantes, que puede eximir de tal requisito en el acto (...)*
>
> *iii) quórum estructural y quórum funcional (...)*
>
> *iv) la discusión;*
>
> *v) la votación, que puede ser secreta si se hace por escrito sin firma, o pública, si se hace de voz (...)*
>
> *vi) la proclamación de la votación, que comunica el resultado de la votación y*
>
> *Vii) la documentación de la sesión de trabajo, que reduce a escrito, como solemnidad cuya omisión invalida el acto, tanto la discusión como la votación y proclamación del resultado". (ORTIZ ORTIZ, Eduardo. "Tesis de Derecho Administrativo", Tomo II, Editorial Stradtmann, San José, C.R., 2002, págs. 64-65).*

Según se desprende de lo expuesto, el acto colegial como manifestación de voluntad del órgano distinta a la de cada uno de sus componentes, es el resultado de momentos procedimentales complejos, claramente distinguibles e igualmente importantes para su formación, pues si falta uno de tales elementos o momentos, podría afirmarse que el acto colegial no existe, y si tan solo uno

de ellos es nulo o ineficaz, igual defecto adolecería el acto colegial (Véase ORTIZ ORTIZ, op .cit. pág. 115).

Por consiguiente, nos parece ilógico afirmar que el plazo de la prescripción para ejercer la potestad sancionadora administrativa, comience a correr desde el día en que la denuncia o el informe, o bien el expediente ya instruido, fue recibido por la respectiva secretaría del órgano colegiado, porque en ese momento, en definitiva, el colegio no está en posición de decidir, sino hasta que se haya reunido para resolver el caso en concreto, conforme al procedimiento interior respectivo para la formación de su voluntad.

En segundo término, no puede negarse que la interpretación aludida se apega a una correcta hermenéutica jurídica, pues los criterios interpretativos que se logran extraer de los numerales 8, 10 y 113 de la LGAP establecen que es preciso interpretar las disposiciones normativas en la dirección más racional y acorde al ordenamiento jurídico, es decir, en la que mejor se corresponda a la satisfacción del "interés público" (Art. 113 de la LGAP), todo en resguardo del equilibrio entre la eficiencia de la Administración y el respeto de la libertad, dignidad y demás derechos fundamentales de los administrados (Art. 8 Ibidem). Y como bien lo ha externado en la materia la Sala Segunda, refiriéndose a las normas que regulan el procedimiento sancionatorio a lo interno del Poder Judicial, y que "mutatis mutandi" puede aplicarse a cualquier otra entidad patronal al seno de la Administración Pública "*... si esas leyes lo que tratan es de dejar a salvo potestades de tipo constitucional, no es posible, a través de la hermenéutica, impedir la aplicación de lo que se deja a salvo, porque siguiendo ese camino no solo se va en contra la ley sino también contra la Constitución misma"* (Sentencia Nº 2000-00214, op. cit.). Sobra decir, en consecuencia, que la interpretación hecha en un primer momento por la Sala Segunda, y que nosotros compartimos, tiende a posibilitar el efectivo y legítimo ejercicio del poder disciplinario que tiene la Administración respecto de sus servidores.

D. Intervención de la Junta de Relaciones Laborales y la prescripción

Este tema en particular ha sido desarrollado en el dictamen C-230-2005 de 21 de junio de 2005. Y según se consideró, como fuente formal no escrita de nuestro ordenamiento jurídico[57], a través de la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, se ha establecido como regla general que si por alguna cláusula obligacional de una convención colectiva, antes de decretar el despido o alguna otra sanción disciplinaria, es necesario oír el parecer de la Junta de Relaciones Laborales, no es sino una vez terminado ese trámite que comienza a correr nuevamente el término de la prescripción establecido por el numeral 603 del Código de Trabajo; plazo extintivo que -como explicamos- se encuentra interrumpido a partir de la iniciación del procedimiento sancionador con conocimiento del interesado.

[57] Artículo 7, párrafo 2 de la Ley General de la Administración Pública.

En ese sentido se ha indicado lo siguiente:

> *"(...) la acción para despedirlo no prescribió en ningún momento, porque se ha establecido por jurisprudencia, que si por disposiciones de una Convención Colectiva, antes de decretar un despido es necesario oír el parecer de la Junta de Relaciones Laborales, no es sino una vez terminado ese trámite que comienza a correr el término de la prescripción previsto en el artículo 603 del Código de Trabajo (sentencia de la anterior Sala de Casación N° 48 de las 15:15 hrs. del 28 de abril de 1976). En este caso, el artículo 23 de la Convención Colectiva que rige las relaciones de la Empresa demandada y sus trabajadores, tiene dispuesto que toda corrección disciplinaria -incluyendo la sanción de despido- "será de conocimiento de esta Junta", y durante el proceso correspondiente, queda interrumpida cualquier prescripción. El problema del actor siguió ese cauce legal y terminó una vez que el Ministerio de Trabajo emitió su criterio sobre la consulta que la Junta de Relaciones Laborales le envió. Y una vez terminado todo ese trámite previsto en la Convención, la entidad patronal, de inmediato, el 8 de julio de 1982, procedió a despedir al actor". (Resolución Nº 95-85 LAB de las 15:40 horas del 11 de junio de 1985, Sala Segunda).*

Así las cosas, la jurisprudencia ha insistido en que mientras el asunto permanezca en conocimiento de la Junta de Relaciones Laborales, como regla general, el cómputo de la prescripción se mantiene interrumpido, salvo que se demuestre alguna conducta indebida y negligente que motive un atraso injustificado -mayor a un mes- en la tramitación del asunto, pero como esas Juntas tienen una conformación paritaria -con representantes patronales y de los trabajadores-, sus acciones u omisiones no se le pueden atribuir exclusivamente a la Administración, máxime cuando han sido los representantes de los trabajadores quienes han contribuido de algún modo a que se den atrasos y dilaciones indebidas. Debe demostrarse, entonces, que los eventuales retrasos sean imputables, directa o exclusivamente, a los representantes patronales, para que sea declarable la prescripción.

Para ilustrar, sirva la siguiente transcripción:

> *"De los hechos anteriormente relacionados, queda claro que la investigación administrativa, era necesaria, para levantar el respectivo expediente disciplinario del señor (...) el cual sirvió de base para la gestión de despido y comunicación a la Junta de Relaciones Laborales, según lo establece el artículo 111 (...) No pudo operar, entonces, durante ese período, el plazo extintivo alegado por el actor, porque cuando se requiere de una investigación previa, para aplicar a un trabajador la*

máxima sanción u otra de gravedad, que afecte sus derechos laborales, el plazo prescriptivo del numeral 603 del Código de Trabajo, empezaría a correr a partir del momento mismo en que el funcionario u órgano facultado para tomar la decisión respectiva, sea puesto en conocimiento del resultado obtenido en la investigación. En el presente caso, el Banco de Costa Rica, entre el 16 de octubre y el 22 de noviembre de 1991, realizó la investigación de las irregularidades atribuidas al actor y a otros funcionarios, levantando el respectivo expediente disciplinario; de esa última data, al 10 de diciembre de 1991, en que dio inicio el proceso disciplinario del despido, al ser puesto en conocimiento de la Junta de Relaciones Laborales, el expediente disciplinario del actor, con la gestión de despido sin responsabilidad patronal, no transcurrió el plazo prescriptivo del artículo 603 citado. Ese plazo tampoco transcurrió, con posterioridad al 10 de diciembre de 1991, porque jurisprudencialmente se ha establecido que, en las dependencias del Estado e instituciones donde se requiere un procedimiento previo al despido, el plazo de la prescripción no corre sino a partir del momento en que el mismo finaliza; pues no es sino hasta entonces que, el patrono, puede ejercer efectivamente su potestad. Donde funcionan las mencionadas Juntas, no puede decirse que tal procedimiento concluye una vez que el órgano administrativo propio de la institución, termina sus investigaciones, porque el pronunciamiento de la Junta también es parte del mismo. En principio, mientras el asunto esté pendiente en esa instancia, por la razón apuntada, el patrono se encuentra impedido para tomar una decisión y, el plazo de la prescripción, establecido en el artículo 603 del Código de Trabajo, no empieza a transcurrir hasta que el patrono esté ante la posibilidad real de sancionar. Las Juntas de Relaciones Laborales no son órganos exclusivos de los entes patronales o de la administración de las instituciones o centros de trabajo, donde éstas funcionan, sino más bien una instancia de interés común a la parte patronal y a sus trabajadores, integrada inter partes o en forma paritaria o bipartita; por ese motivo, su intervención no determina que sus acciones u omisiones se le puedan atribuir, directa y exclusivamente, a dicha administración. Por tal razón, según lo ha establecido en forma reiterada la jurisprudencia, el tiempo que tarde la Junta en dar su pronunciamiento, no es útil para la prescripción, aunque se pase del mes, salvo que se demuestre una conducta indebida y negligente, atribuible al patrono, que haya servido para producir una tardanza inexcusable de ese órgaNº Ahora bien, si en el Banco accionado existía un Laudo Arbitral que lo obligaba a someterse a un procedimiento previo, respecto de las sanciones de despido, no puede pretender, el actor, que una vez realizada la obligada investigación y comprobados los

hechos que se le atribuyeron, como causal para su despido, mientras la parte patronal se somete a dicho procedimiento, esté transcurriendo el plazo de la prescripción, porque, en ese período, está imposibilitado para sancionar, por disposición Arbitral expresa, dado que debe someter la investigación previa al conocimiento de la Junta de Relaciones Laborales; porque de no hacerlo, la terminación del contrato laboral resultaría ilegal, al tenor de las propias disposiciones del Laudo. Nótese que, la gestión de despido, se sometió a conocimiento de la Junta de Relaciones Laborales, desde el 10 de diciembre de 1991 y que no fue sino hasta el 27 de enero de 1992, que ésta se pronunció, recomendando aplicar al accionante una suspensión de ocho días sin goce de salario, sustitutiva del despido, resolución que fue comunicada, al jerarca de la institución el día 29 de enero, con lo que se dio por terminado el trámite establecido, dando así inicio el cómputo de la prescripción del derecho para despedir; y, como dicho despido, se efectuó antes de que transcurriera el plazo de un mes, sea, el 7 de febrero de 1992, la extinción por eventual prescripción de ese derecho no se operó. Así las cosas, no es posible concluir que, el Banco demandado, haya abandonado el trámite del proceso disciplinario, haciéndose acreedor a una sanción que, en este caso, sería la prescripción; por el contrario, su actuación fue diligente; esto es, nada descuidada. En consecuencia, lo que procede es rechazar la excepción de prescripción opuesta contra el ejercicio de la potestad disciplinaria de la entidad patronal" (Resolución Nº 57 de las 09:05 horas del 16 de febrero de 1997. En igual sentido las resoluciones Nºs 47 de las 09:00 horas del 25 de abril de 1990, 96-202 LAB de las 16:05 horas del 3 de julio de 1996, 00140-98 de las 09:00 horas del 12 de junio de 1998, 99-143.LAB de las 10:00 horas del 31 de mayo de 1999, todas de la Sala Segunda y la Nº 0129-2004 de las 07:50 horas del 11 de marzo de 2004, del Tribunal de Trabajo, Sección Tercera).

El hecho de que los representantes de la Administración Pública no sean quienes contribuyan a que se den atrasos o dilaciones indebidas en la tramitación de asuntos al seno de las Juntas de Relaciones Laborales, y que por ese motivo no pueda acaecer la eventual prescripción de la potestad sancionadora, de ningún modo puede servir de pretexto para que la parte patronal o en su caso el jerarca superior administrativo -*quien ostenta inherentemente el poder disciplinario*- deje transcurrir indefinidamente el tiempo en aquella instancia bipartita y no ejerza su competencia, resolviendo oportunamente, por acto final, lo pertinente; esto es así, máxime que la voluntad de la Junta de Relaciones Laborales se manifiesta colectivamente como órgano colegiado y no en forma individualizada por cada uno de sus componentes.

Recuérdese que la Sala Constitucional ha insistido en que si bien las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades, competencias o atribuciones, no pueden ofrecer una justicia administrativa inmediata, pues requieren de un plazo prudencial (vacatio o distantia temporis) para tramitar y resolver adecuadamente los distintos asuntos, lo cierto es que ello no legitima jurídicamente para que éstas prolonguen indefinidamente el conocimiento y resolución de los asuntos que los administrados les han sometido, puesto que, en tal supuesto los procedimientos se alargarían patológicamente por causas exclusivamente imputables a aquéllas, siendo que los administrados no tienen el deber o la obligación de tolerar tales atrasos y dilaciones indebidas.

Es más, al respecto se ha reafirmado que: *"(...) El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita, en el Derecho Administrativo, al ámbito jurisdiccional, esto es, a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, prontos, oportunos y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados. Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1°, ibidem). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las administraciones públicas, denominado autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por éstas para causarle una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos(...)"* (Resolución Nº 2004-14209 de las 15:12 horas del 14 de diciembre de 2004, Sala Constitucional).

Es imperativo que el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de los jerarcas de un ente u órgano administrativo, deberá ser en todo momento efectivo y oportuno, especialmente frente a obstáculos ilegítimos que pudieran surgir durante la tramitación de un procedimiento disciplinario. Para lo cual, a falta de disposición especial al respecto, podrá hacer uso de los mecanismos que

la propia Ley General de la Administración le provea para el ejercicio efectivo de su competencia indeclinable e indisponible.

E. Propuesta de la Ley de Reforma Procesal Laboral (expediente legislativo Nº 15990)

En aras de lograr un enfoque integral del tema, conviene tener presente la reforma propuesta actualmente en nuestro medio, para regular en concreto la prescripción de la potestad sancionadora.

En el Título IX del Proyecto de Ley citado, denominado *"De las prescripciones y de la caducidad de las sanciones disciplinarias impuestas en procedimiento escrito"*, se hace expresa remisión a que lo atinente al cómputo, suspensión, interrupción y demás extremos relativos a la prescripción, se regirá por lo dispuesto por el Código Civil, en lo que fuere compatible a la materia (artículo 412 propuesto).

Sin perjuicio de lo que establezcan disposiciones legales especiales, el plazo de la prescripción de los derechos y acciones de los empleadores para despedir y disciplinar las faltas de sus trabajadores, será de 3 meses, que comenzarán a correr desde que se dio causa para la separación o sanción, o bien desde que fueren conocidos los hechos (artículo 415). Cabe mencionar que en ese mismo artículo, en aquellos casos en que, como en el Sector Público, deba tramitarse un procedimiento administrativo previo, intenta regular lo atinente a la interrupción de dicho plazo prescriptivo; hecho que como dijimos acontece con la iniciación del procedimiento. El problema real es que la redacción es poco clara y ambigua; habrá entonces que mejorarla.

Interesante es el hecho de que en el numeral 414 del citado proyecto, se establece el derecho de los trabajadores para reclamar contra las sanciones disciplinarias impuestas, hasta por un plazo de 10 años mientras la relación se mantenga vigente, o bien un año después de extinguida la relación laboral. En cuanto al plazo decenal, habría que analizar si el mismo resulta razonable.

RPGRPGRPGRPGRPGRPGRPGRPGRPGRPGRPGRPGRPGR

Publicaciones
cgr