

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

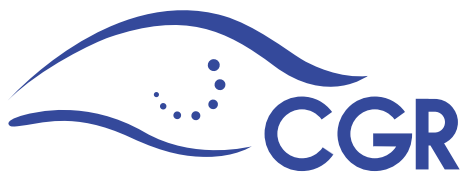


Vol VI. 2016

Estudios —

Consultas Relevantes —

Resoluciones judiciales relevantes —



Consejo Editorial

Revista de Derecho de la Hacienda Pública
Contraloría General de la República

Consejo Editorial:

Sylvia Solís Mora
Luis Diego Ramírez González
Roberto Rodríguez Araica
Marcela Aragón Sandoval

Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

Editor:

Roberto Rodríguez Araica

Revisión Filológica:

Olga Patricia Arce Cascante

Artículos:

- La legitimación activa en el recurso especial de contratación pública en España. ¿Legitimación abierta o cerrada?

- El testigo - perito en el Código Procesal Contencioso Administrativo

Diseño y diagramación:

Publicaciones,
Contraloría General de la República

Correspondencia

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica.

Teléfono:

25018585

Fax:

22965713

Correo electrónico:

revista.juridica@cgr.go.cr

Sitio Web:

<http://revista.cgr.go.cr/>

Revista de Derecho de la Hacienda Pública /
Contraloría General de la República.

-Vol. 6. (2016)-. San José Costa Rica

Semestral
ISSN-2215-3624

Índice

Editorial	V
------------------------	----------

Estudios de Colaboradores Nacionales

La legitimación activa en el recurso especial de contratación pública en España. ¿Legitimación abierta o cerrada?	3
El testigo - perito en el Código Procesal Contencioso Administrativo	17
Autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental	32
La Sala Primera y el Arbitraje en Costa Rica.....	46

Estudios de Colaboradores Internacionales

El perfil del jurista en la actualidad. Retos de abogados y abogadas del sector público, con especial énfasis en las funciones de la Contraloría General de la República.	63
Auditoría ambiental en el modelo económico cubano. Premisas para su ordenamiento jurídico	77
La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho	95

Consultas relevantes

El contralor de servicios en una Municipalidad no debe percibir el pago de prohibición.....	112
Corresponde a la Municipalidad analizar las condiciones en que otorga el pago de las anualidades a sus funcionarios.....	112
La Contraloría General de la República puede abrir procedimientos disciplinarios a funcionarios municipales de elección popular.....	112
El uso de los recursos de las redes de cuidado y desarrollo infantil son responsabilidad de los gobiernos locales y están sujetos a la fiscalización de las auditorías internas municipales	113

Índice

Regulaciones administrativas aplicables al Auditor y Subauditor Interno 113

Proceso de legalización de libros electrónicos 113

Resoluciones judiciales relevantes

CCSS puede ajustar el cálculo de cesantía a lo que dispone el Código de Trabajo 116

Recepción de notificación vía correo electrónico es responsabilidad del notificado... 116

Sanciones emitidas por la CGR no pueden impugnarse repetidamente ante los tribunales 116

Alcaldes municipales deben autoaplicarse las sanciones de suspensión que recomiende la CGR 117

Editorial

El objetivo de contar con una revista científica en el ámbito del derecho de la hacienda pública se planteó desde su concepción como una forma novedosa de gestionar la fiscalización por parte de la Contraloría General de la República.

La investigación, discusión y difusión de ideas en el ámbito del derecho, más que un ejercicio académico, es una exigencia que la sociedad costarricense pide con urgencia ante la falta de respuesta oportuna y eficiente de los modelos de administración pública actuales.

La Revista de Derecho de la Hacienda Pública llega a su Volumen No. 6, lo cual nos llena de satisfacción al constatar la respuesta que investigadores nacionales e internacionales han dado a esta iniciativa, mediante la elaboración de estudios jurídicos de gran calidad y relevancia para el quehacer de quienes tenemos el privilegio de servir desde un cargo público.

El proyecto es joven y como tal sabemos que el aprendizaje es nuestra meta principal de corto plazo, sin embargo, la calidad de los estudios publicados y el reconocimiento de los investigadores que han compartido su pensamiento con los lectores de la Revista, es señal inequívoca de que el camino es el correcto.

Ejemplo de lo anterior son las investigaciones incluidas en la presente edición, en la cual destacan dos artículos elaborados por funcionarios de la Contraloría General de la República, el primero por parte del Lic. Alfredo Aguilar Arguedas que analiza el tema de la legitimación activa en el recurso de apelación en contratación administrativa, y el segundo, en el que el Máster Esteban Villalobos Fernández desarrolla la figura del testigo-perito como medio de prueba dentro del proceso contencioso administrativo.

Aunado a ello, contamos con un estudio elaborado por el Máster Alcides Francisco Antúnez Sánchez sobre la Auditoría Ambiental en el modelo económico cubano y la investigación realizada por el Máster Mario Peña Chacón que analiza la figura de las autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental.

La Licda. Denia María Fernández Morales desarrolla un estudio de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en relación con la figura del arbitraje en Costa Rica.

Por último, tenemos el aporte del Dr. Ricardo Rivero Ortega y la Dra. Zulima Sánchez Sánchez, dos destacados profesores de la Universidad de Salamanca, España, que en el marco del Diplomado sobre “Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública” y otras actividades que ha desarrollado el Órgano Contralor, nos aportan sus ideas en dos temas de gran relevancia: el perfil del jurista en la actualidad y la potestad administrativa sancionatoria.

La lectura de estas investigaciones puede ser de gran utilidad para la gestión pública, pero el reto es lograr traducir la teoría en acciones de mejora concretas y prácticas que agreguen valor al interés público y bienestar a las personas. Queda en nosotros la última palabra.


Luis Diego Ramírez González
Gerente División Jurídica

**Estudios de
Colaboradores
Nacionales**

La legitimación activa en el recurso especial de contratación pública en España. ¿Legitimación abierta o cerrada?

Sumario

Alfredo Aguilar Arguedas¹

I. Introducción. II. Objetivo del análisis. III. Las directivas europeas aplicables a la materia. IV. La regulación normativa del recurso especial en contratación pública. V. Conclusión.

¹ Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Fiscalizador en la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, Costa Rica. alfredo.aguilar@cgr.go.cr

I. Introducción

En la actualidad, existe una conciencia generalizada acerca de la relevancia que tiene la participación ciudadana en las actuaciones de la Administración Pública. Se ha interiorizado no solo la importancia, sino propiamente la necesidad de contar con diferentes vías de acceso disponibles para que la ciudadanía pueda participar de cierta forma en las decisiones administrativas. La participación ciudadana ha venido a fungir no solamente como un mecanismo de legitimidad de las conductas administrativas y en cierta forma como un medio para el fortalecimiento de la democracia, sino que además se convierte en un elemento importante para la fiscalización y control de la Hacienda Pública en general.

Como parte de esas vías de acceso que deberían garantizarse a los ciudadanos, se encuentra la posibilidad de acceder a los mecanismos recursivos disponibles contra las actuaciones de la Administración Pública. De tal forma, la materia de contratación pública no debería ser ajena a esta tendencia y, en consecuencia, cabe cuestionarse si resulta necesario habilitar a los ciudadanos la posibilidad de acudir a plantear sus reclamos, en relación con la actividad contractual desarrollada por la Administración, mediante los medios de impugnación disponibles en la materia.

Dentro de ese orden de ideas, es claro que en la actualidad en el ordenamiento jurídico costarricense esta posibilidad se encuentra vedada para la ciudadanía. A pesar del viraje que en relación con la legitimación para impugnar supuso la entrada en vigor del Código Procesal Contencioso Administrativo que contempla una legitimación amplia, mediante la cual se abandonó la anticuada tesis del interés directo para ensanchar su esfera de protección hacia el concepto de interés legítimo, en materia de contratación pública aún se arrastra la regulación establecida en los tiempos en que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se encontraba en vigor.

Por consiguiente, resulta interesante analizar el recurso especial de contratación pública establecido en la legislación española y en específico la regulación sobre la legitimación activa, que surge como respuesta a las condenatorias de las que ha sido objeto el Estado español por incumplimiento de las Directivas de la Unión Europea² que se han dictado en la materia.

II. Objetivo del análisis

Al analizar el instituto de la legitimación en el recurso especial en materia de contratación pública, se puede concluir erróneamente que el esquema recursivo dibujado propugna la existencia de una legitimación cerrada, limitada exclusivamente a los licitadores. Mediante este documento, se pretende realizar un análisis detallado de la norma y la interpretación de la que

² La legislación española no contemplaba un recurso especial aplicable a la materia de contratación pública, por lo que resultaba aplicable el régimen recursivo ordinario, que fue considerado por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como insuficiente (verbigracia la Sentencia del TJCE, del 15 de mayo de 2003, Comisión c. España, C 214/00) al no cumplir con las exigencias contenidas en la Directiva 89/CEE, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras.

ha sido objeto dicho esquema, en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, con el fin de dilucidar si es posible llegar a una conclusión distinta. Se advierte que sobre ningún supuesto se trata de la existencia de una acción popular para recurrir en materia de contratación pública.

En la legislación española en materia de contratación pública en un inicio se consignó un recurso con una legitimación restringida para recurrir los actos que se emiten dentro del procedimiento y, posteriormente, se procedió a modificar esa posición inicial, que dio lugar a lo que se puede entender como una legitimación amplia³, como se expone más adelante.

III. Las directivas europeas aplicables a la materia

Para el análisis de la legitimación en el recurso especial de contratación pública español, se debe partir de las regulaciones establecidas por la Unión Europea en la materia. Inicialmente, por medio de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, del 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, con respecto a la legitimación se indicó lo siguiente:

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso. (Consejo de la Unión Europea. Directiva 89/665/CEE)

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció mediante la sentencia del 19 de junio de 2003, Hackermuller, C 249/01, Rec .p. 1-6319, al afirmar lo siguiente:

Los Estados miembros no están obligados a garantizar que dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, sino que pueden exigir que la persona interesada se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega. En este sentido, como ha señalado la Comisión, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no han presentado oferta dichas personas difícilmente pueden demostrar que tienen interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto

³ Se ha señalado que: La legitimación para recurrir se concibe en términos muy amplios (&) Ahora bien, esta legitimación a quienes no hayan presentado ofertas tiene límites impuestos por la diligencia debida y por los objetivos de rapidez y eficacia de los recursos que impone la Directiva (Salgueiro 2011, pp. 301 y 302).

perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación.
(Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Hackermuller, C.)

En ese sentido, aunque la sentencia pareciera decantarse por cerrar la legitimación exclusivamente a los licitadores, no lo hace. Por el contrario, más bien deja abierta una veta de posibilidad para que el recurso sea presentado por aquellos interesados en el procedimiento que logren acreditar su interés, que si bien afirma que sería difícil de demostrar, no por ello pareciera sensato limitar la legitimación exclusivamente a quienes hayan presentado oferta en el procedimiento. Así pues, a criterio del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no pareciera que el argumento sea suficiente para interpretar que no puede habilitarse esa brecha para accionar. Se destaca que lo realmente importante es que se logre acreditar cuál es el interés que ampara al recurrente (indistintamente si es oferente o no), su ligamen con el objeto del recurso y la decisión administrativa que se recurre.

En ese orden, queda claro que en Europa, desde 1989, se ha considerado que, como mínimo, ante la posibilidad de impugnar en materia de contratación pública, se garanticen los licitadores del procedimiento de contratación. Y si bien no se regula expresamente la necesidad de dotar de legitimación a otros eventuales interesados, lo cierto es que la Directiva 89/665/CEE deja abierta la posibilidad de otorgar legitimación a otros eventuales interesados, si así los estados miembros lo consideran pertinente. Mediante la resolución de citas, se puede leer la interpretación del Tribunal de Justicia, como la existencia de una necesidad de garantizar el acceso a los procedimientos recursivos para todos aquellos interesados que hayan sido o puedan verse perjudicados por la actuación que se recurre.

Recientemente, por medio de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuyo plazo de transposición venció el 18 de abril de 2016⁴, se dispuso sobre la legitimación dentro del régimen recursivo lo siguiente:

(122) La Directiva 89/665/CEE prevé que determinados procedimientos de recurso deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción del Derecho de la Unión en el ámbito de la contratación pública o de las normas nacionales de aplicación de dicho Derecho. Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva. No obstante, los ciudadanos, las partes interesadas, organizadas o no, y otras personas y organismos que no tienen acceso a los procedimientos de recurso con arreglo a la Directiva 89/665/CEE sí tienen un interés legítimo, en tanto que contribuyentes, en procedimientos adecuados de contratación. Por consiguiente, debe brindárseles la posibilidad, de un modo distinto al del sistema de recurso contemplado en la Directiva 89/665/CEE, y sin que ello implique necesariamente que se les conceda legitimación ante los

⁴ El artículo 90 de la Directiva se refiere a su transposición y disposiciones transitorias: 1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de abril de 2016. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones... (Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014.)

órganos jurisdiccionales, de señalar posibles infracciones de la presente Directiva a la autoridad o la estructura competente. Para no duplicar las autoridades o estructuras existentes, los Estados miembros deben poder prever el recurso a las autoridades o estructuras de supervisión general, a los organismos de supervisión sectorial, a las autoridades municipales de supervisión, a las autoridades en materia de competencia, al Defensor del Pueblo o a las autoridades nacionales en materia de auditoría... (Directiva 2014/24/UE)

En esta Directiva 2014/24/UE, conviene destacar el reconocimiento expreso que realizan el Parlamento Europeo y el Consejo cuando indican que los ciudadanos, las partes interesadas, organizadas o no, y otras personas y organismos, sí tienen un interés legítimo, al ser contribuyentes en los procedimientos de contratación que se promuevan.

De lo anterior, se pueden extraer las siguientes afirmaciones:

- Se reconoce la existencia de otros interesados dentro del procedimiento de contratación distintos a los licitadores.
- Se afirma indiscutiblemente que esos “otros interesados” cuentan con un interés legítimo en los procedimientos de contratación y se menciona que su interés deriva del simple hecho de ser contribuyentes al erario.
- Si bien se indica que esto no necesariamente implica que deba dotárseles de legitimación ante los órganos jurisdiccionales, de nuevo la directiva no la limita y, por el contrario, reconoce esta posibilidad, aunque no la determina como una obligación de necesario cumplimiento por parte de los miembros de la Unión.
- A los interesados debería de garantizárseles el acceso al recurso ante las autoridades de supervisión o auditoría.

IV. La regulación normativa del recurso especial en contratación pública

Ahora bien, en cuanto a la trasposición de las normas comunitarias por parte del Estado español, mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011 del 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se incluyó, como parte de la regulación aplicable para los contratos públicos, el recurso especial en materia de contratación. En lo que se refiere a la legitimación, se establece en el artículo 42⁵, que podrá interponer el recurso especial toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

⁵ Artículo 42. Legitimación. Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso...

Por ello resulta evidente que la legislación española fue más allá del mínimo fijado en las Directivas de la Unión Europea⁶ en cuanto a la legitimación para recurrir en contratación pública, donde se garantiza el acceso a esta vía recursiva a toda persona que ostente un derecho o interés legítimo⁷, cuya situación encuentre relación con el objeto del propio recurso. Esto no solo implica la legitimación para recurrir en sí, sino también el deber de garantizarle las condiciones necesarias para poder ejercer su derecho a impugnar de una forma adecuada, por ejemplo, teniendo acceso al expediente de la contratación⁸. De ese modo, al reconocer la posibilidad de impugnar para quienes ostenten un interés legítimo, se incluye a esos “otros interesados” en el procedimiento que menciona la Directiva 2014/24/UE.

En cuanto al concepto de interés legítimo, conviene recordar que la Sala Primera del Tribunal Constitucional español, mediante la resolución STC 119/2008, de 13 de octubre de 2008, en la que resuelve sobre la actuación del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dispuso lo siguiente:

...el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (*sic*). (Sala Primera del Tribunal Constitucional español, STC 52/2007)

Al analizar dicho concepto en materia de contratación, dispuso el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja lo siguiente:

Resulta evidente en el presente caso que negar la legitimación de la recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. (Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, sentencia del 21 de mayo de 2015)

⁶ De igual manera, la formulación de la legitimación en ambos recursos se aparta de la regulación de mínimos de las Directivas y converge con la tradición jurídica española, ciertamente generosa en este punto. En la línea de la amplia legitimación reconocida para el recurso contencioso-administrativo (art. 19 LJCA) y del concepto de interesado en el procedimiento administrativo (art. 31 LRJPAC14), el legislador de contratos públicos se ha decantado por una configuración abierta de la legitimación ante los nuevos órganos de recursos contractuales (Díez 2012, p.299).

⁷ Mucho se ha desarrollado actualmente, a nivel doctrinario, en cuanto a la irrelevancia de mantener la distinción entre ambos títulos legitimadores (derecho subjetivo e interés legítimo). Esto se debe no solo por la falta de practicidad que tiene actualmente sostener una distinción que nunca llegó a ser del todo clara, sino que además porque en el fondo siempre que exista un derecho subjetivo va a existir un interés legítimo. De tal forma, con solo la mera referencia al interés legítimo se abarca también a cualquier derecho subjetivo existente, más allá de la definición conceptual que se realice de uno u otro título legitimador (Cano 2014).

⁸ Sobre el acceso al expediente de la contratación de otros sujetos distintos a los licitadores se puede ver el Informe 15/2012 de 19 de setiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Lo más rescatable del pronunciamiento anterior es que nuevamente se reconoce la posibilidad de recurrir más allá de los propios licitadores⁹ en un procedimiento de contratación, cuando admite que el concepto de interés legítimo abarca un espectro mayor. La lectura dada por parte de dicho Tribunal al artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, resulta ser congruente con lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política de España, en la que se dispone que: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Esta norma ha sido utilizada para reinterpretar lo dispuesto en algunos textos legales, como es el caso de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa española. Se abandona la tesis del interés directo para determinar la legitimación necesaria para recurrir y se adopta en su lugar el interés legítimo¹⁰ como título legitimador suficiente.

Claro está que la legitimación abierta no quiere decir, sobre ningún supuesto, que esta sea irrestricta. La legitimación tiene que encontrar algún límite¹¹, por lo que resulta imprescindible desarrollar dentro de la acción recursiva el ejercicio atinente que demuestre la existencia del interés legítimo que habilita al recurrente. Por ello doctrinariamente siempre se hace referencia a la apertura de la legitimación y se advierte que no puede llegar a interpretarse que esta sea tan amplia como para entender que exista una acción popular¹².

Así lo expresa el jurista Gimeno (2014) al indicar que:

Cobra así especial importancia el sistema de recursos, como instrumento de integridad y mejora en la gestión, lo que obliga a que existan órganos de control independientes y especializados que resuelvan las cuestiones que se susciten en los plazos previstos, de forma motivada para poder corregir las irregularidades

⁹ En ese sentido se puede ver también el Acuerdo 60/2013 del 28 de octubre de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (RE 073/2013).

¹⁰ Al respecto se ha señalado que: "El artículo 24.1 de la Constitución, al abrir el acceso al proceso judicial a todas las personas para su defensa de sus derechos e intereses legítimos, está impresionando una regla común a todos los órdenes jurisdiccionales sobre la legitimación, adecuada para poder introducirse en el proceso, para obtener de los Tribunales de Justicia una respuesta motivada en Derecho. / Y este precepto constitucional, reforzado por su entendimiento ensamblado con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (&) por un Tribunal- Ha sido comprometido por el Tribunal Constitucional de modo acierto, capaz de remover estrechos lindes de la Ley de Jurisdicción, e imposibilitar que los recurrentes desembocasen de modo abusivo y estéril en la declaración de la causa inadmisión por falta de legitimación, aún sin actuar, o extender estas interpretaciones su núcleo de influencia hasta consagrar o procurar la acción popular en la justicia administrativa" (Jueces para la Democracia, 1991).

¹¹ En la resolución 6/2012 de la Secretaría de la Junta de Contratación Pública de Navarra, se precisó la conceptualización de interesado y a la mínima relación exigible para efectos de legitimación, donde se indica que: Si bien el concepto de interesado en un procedimiento es sumamente amplio, no reduciéndose al concepto de derecho subjetivo o interés directo, si se exige, como mínimo, que exista en quien reclama un interés legítimo digno de protección, que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio, tal como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2004 .

¹² Aunque hay quienes abogan por el reconocimiento de la acción popular como parte de la legitimación para recurrir, cuando argumentan que: 4. Nos pronunciamos por la admisibilidad de la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y ante los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo la aplicación de la legalidad en defensa de los intereses colectivos, en especial de los reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, al tratarse de derechos que, por su naturaleza, son de más difícil individualización y que, por ello, se encuentran más desprotegidos. / El reconocimiento de la acción pública irá acompañado del derecho al resarcimiento de los gastos justificados realizados en su ejercicio, siempre que éste hubiera contribuido de forma eficaz a comprobar la existencia de la infracción" (Jueces para la Democracia, 1991).

detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones. Por ello, aun sin ser una acción pública, la legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos. (p. 20)¹³.

En los tribunales administrativos que se dedican a resolver los recursos especiales en contratación pública, existen resoluciones que reconocen la legitimación de sindicatos, comités de empresa y trabajadores¹⁴, asociaciones o entidades representativas de intereses colectivos¹⁵, colegios profesionales¹⁶, concejales¹⁷ y grupos municipales, entre otros. Se refieren a estos como interesados ajenos a quienes participan en el proceso de contratación y aceptan como suficiente el interés legítimo que ostentan, para utilizar validamente el recurso especial en materia de contratación pública.

¹³ El mismo criterio se extrae del Acuerdo 60/2013 del 28 de octubre de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (RE 073/2013), que resolvió lo siguiente: Existe, pues, un concepto amplio de legitimación para poder utilizar los mecanismos de recursos administrativos y jurisdiccionales y, por supuesto, del recurso especial en materia de contratación, siempre con el límite de no habilitar una acción pública justificada en el derecho formal a la defensa de la legalidad, en tanto tal acción no encuentra en estos momentos apoyo legal. Interpretación similar es la mantenida por otros órganos de recursos contractuales.

¹⁴ En la resolución No. 292/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que: "En efecto, como este Tribunal ha expuesto, entre otras, en su resolución 122/2012, para precisar el alcance del interés legítimo en caso de terceros no licitadores -¿cómo es el supuesto que nos ocupa-¿, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad. (...) Pues bien, a estos efectos, la legitimación que alegan las recurrentes se fundamenta en el mantenimiento de su relación laboral en los términos que actualmente disfrutan; afirman que resultan afectadas por la contratación, al ser trabajadoras en cuyo contrato laboral deberá subrogarse la empresa adjudicataria. Las recurrentes afirman, como se expondrá a continuación con más detalle, que el Pliego de Prescripciones Técnicas infringe la obligatoria subrogación del nuevo adjudicatario en la totalidad de los derechos y obligaciones que las trabajadoras disfrutaban en la empresa que actualmente presta el servicio y contradice el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares de la propia licitación. Pues bien, los intereses alegados pueden ser afectados de modo efectivo, y no solo hipotético, potencial y futuro, si se estima el recurso contra el pliego de prescripciones técnicas.

¹⁵ El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por medio de resolución 219/2013, reconoce la legitimación de la Confederación Nacional de la Construcción dentro del recurso especial en materia de contratación, indicando que: "Finalmente, el análisis de los requisitos de admisibilidad del recurso debe concluir con afirmación de la plena legitimación de la actora, recordando que, como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones de este Tribunal, (entre ellas, las 29/2011 y 248/2012), parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos. Tal y como se argumenta en esas resoluciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente (verbigracia, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 mayo de 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto del recurso.

¹⁶ Mediante resolución 126/2013 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales dispuso que: Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con requerido por el artículo 42 del TRLCSP. El COLEGIO DE INGENIEROS DE MONTES tiene entre sus fines la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, intereses que se ven afectados en cuanto los pliegos imposibilitan que el contar con un Ingeniero de Montes sea suficiente para garantizar la solvencia técnica del contratista. En sentido similar, se puede observar la resolución RE 060/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

¹⁷ Por medio de la resolución 84/2013 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, se estableció lo siguiente: En el caso que ahora nos ocupa, los recurrentes [concejales] no concretan el interés público que dicen defender, ni el beneficio que pretenden obtener. Parece que el interés que preside el recurso interpuesto es la subsanación de determinadas deficiencias del PPT relativas a la extensión del servicio objeto del contrato y que pueden afectar a las necesidades de los vecinos del municipio cuyos intereses colectivos, de forma genérica, representan dichos Concejales. Por tanto, parece que el interés que preside el recurso interpuesto, en este último aspecto, va más allá de la defensa genérica de la legalidad, por lo que cabe admitir legitimación ad causam (&) .

Este posicionamiento en las resoluciones administrativas y judiciales derivó en un reconocimiento normativo expreso de la legitimación en esos casos, como se observa en el artículo 24 del Real Decreto 814/2015¹⁸ de 11 de setiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En esa disposición reglamentaria se estipula que sin perjuicio de lo regulado en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el recurso especial puede ser presentado por: a) asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato impugnado, cuando recurran en defensa de los intereses colectivos de sus asociados, b) cualquiera de los miembros de las uniones temporales de empresas y c) los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados. Esta es una lista abierta y ejemplificadora, mas no cerrada o limitativa de los supuestos donde existe legitimación para recurrir en materia de contratación pública.

Por otra parte, hay quienes incluso demandan una mayor cobertura del recurso especial, no solo en cuanto al acceso al recurso en sí, sino en cuanto al alcance del objeto del recurso. Consideran que sería conveniente ampliar aún más la protección que se brinda sobre el recurso especial. Para ello, se estima que se podría ampliar la cobertura de este recurso en materia de contratación pública, incluidas las modificaciones contractuales en su totalidad, por ejemplo¹⁹.

Como parte de la misma filosofía, la tendencia actual reclama que el recurso especial de contratación se haga extensivo a todos los contratos públicos y no solo a los contratos SARA (Sujetos a Regulación Armonizada), de tal forma que el ciudadano tenga acceso a esa vía recursiva previa a la presentación de un proceso contencioso administrativo y se cumpla con el derecho fundamental de acceso a la justicia con el que cuentan los ciudadanos²⁰.

¹⁸ Artículo 24. Casos especiales de legitimación. 1. Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados. 2. En el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Si alguna de las empresas firmantes del compromiso no deseara interponer el recurso podrá ponerlo de manifiesto al Tribunal en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. En tal caso no se le tendrá por comparecida en el mismo y en el supuesto de que el Tribunal acuerde la imposición de multa por temeridad o mala fe, en los términos previstos en el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la misma solo será exigible a la entidad o entidades recurrentes. 3. La interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto. 4. Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados.

¹⁹ Como corolario, se ha expuesto que: En este sentido, pese a saber que no realizaré una afirmación compartida unánime, debe extenderse la legitimación para recurrir las adjudicaciones y en particular las modificaciones a cualquier persona, (&). Está en juego no el derecho a la adjudicación de un contrato o de un modificado, está en juego la gestión económica de un estado, de una comunidad, de una entidad local, y cualquier “contribuyente” tiene que tener la posibilidad de denunciar infracciones en el proceso de adjudicación y de modificación. ¿de qué sirve entonces la transparencia de información? ¿de qué le sirve al ciudadano conocer que un contrato fue adjudicado en 1.000.000 euros y entre modificados, contratos menores, contratos complementarios acabó en el doble? (Vázquez, 2012).

²⁰ Razquín (2012) se ha externado: No puedo terminar esta reflexión sin ofrecer una solución que, a mi juicio, es de sencilla ejecución. Entiendo que esta pasa por la apertura del sistema de recursos especiales en materia de

Esto denota una tendencia generalizada a hacer extensivo el control que significa el recurso especial de contratación, no solo en cuanto a los contratos que son susceptibles de ser impugnado, sino además de quienes se encuentran habilitados para impugnar. A partir de la normativa actual, la legitimación para recurrir no se limita únicamente a los interesados en participar en la contratación, sino que se extiende a todos aquellos que invoquen una lesión, actual o potencial, por lo menos un interés legítimo.

En esa misma línea dogmática, se puede resaltar el caso de otros ordenamientos jurídicos, donde existe una legitimación amplia para recurrir en materia de contratación pública. Tal es el caso de Brasil, en el que se reconoce normativamente la posibilidad de cualquier ciudadano de recurrir dentro de un procedimiento de contratación²¹. O incluso se puede analizar lo que sucede con el recurso precontractual previsto en la legislación francesa que, para cumplir con las exigencias que las directivas de recursos imponían a los Estados miembros de la Unión, instauró un recurso precontractual, que en materia de legitimación únicamente exige el respaldo de un interés legítimo a favor del recurrente²².

El tema de la legitimación resulta ser tan trascendente en la actualidad que no es casualidad que se establezca como la primera conclusión del Informe Especial del Sistema de Control de la Contratación Pública en España elaborado por el Observatorio de Contratación Pública de España, donde se analizan los cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. Ahí se indica:

1.- El Derecho europeo de la contratación pública prevé un sistema de control rápido y eficaz, que se ha convertido en la principal seña de identidad de la regulación de los contratos públicos. Ya no interesa tanto la tutela de los licitadores, sino el derecho a una buena administración que respete los principios de integridad y de eficiencia (y pueda servir para combatir la corrupción). En el Informe Anticorrupción de la UE 2014, se insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión. Un modelo de control eficaz, en tanto favorece la transparencia y la concurrencia y permite corregir las patologías e inercias administrativas permite, además, preservar la eficiencia económica de toda

contratación pública a todos los contratos (y a todas sus materias) sean o no SARA. Todos ellos debieran ser resueltos por un Tribunal Administrativo de Recursos contractuales. En definitiva, al igual que ocurre en materia tributaria, también en el ámbito de los contratos públicos, es obligado defender que los ciudadanos puedan interponer recursos especiales ante este órgano administrativo e independiente, ya creado y existente. Estoy seguro que esta vía significará un cumplimiento real y eficaz del derecho fundamental de acceso a la justicia para el ciudadano. Además probablemente, tras la obtención de la resolución de este primer recurso administrativo, es muy probable que el ciudadano ya no acuda a los recursos jurisdiccionales (párr. 16) Se trata de un texto tomado de una página web, que no está separado por páginas. Por eso no indiqué número de página.

²¹ Al respecto se ha señalado que: De modo a garantizar el más amplio control relacionado con la legalidad del procedimiento y del consiguiente anuncio, el art. 41, § 1º determina que cualquier ciudadano podrá ser parte legítima para presentar impugnación del anuncio que se encuentre desparejo con las previsiones del art. 40 (Mata & Del Nero, en Moreno & Matilla, 2008, pp. 112-113).

²² En cuanto a este aspecto de la legislación francesa, se ha manifestado que: En el ordenamiento jurídico francés, las exigencias derivadas de la directiva citada han dado lugar a la implantación de algunos tipos nuevos de recursos como el denominado *référé précontractuel*, que es un recurso de urgencia, previo al perfeccionamiento de un contrato público, que permite obtener su nulidad o la sanción de incumplimiento de las obligaciones de publicidad y competencia de las empresas. Fue introducido por las Leyes 92-10 de 1992 y 93-1416, de 29 de diciembre de 1993. La legitimación para interponerlo se basa en una noción de interés legítimo muy flexiblemente interpretada por la jurisprudencia del *Conseil d'État* (Múñoz, 2011, pp. 381-382).

licitación pública lo que se traduce en ahorro de costes muy tangibles. Para cumplir esta nueva función del control de la contratación pública la legitimación activa para poder recurrir debe ser amplia y preverse plazos de recurso claros que permitan un efecto útil del recurso... (Observatorio de Contratación Pública de España (2015))

V. Conclusión

Queda en evidencia que en el caso español se ha optado por una legitimación amplia, que va más allá de las exigencias mínimas que se han establecido en Europa acerca del acceso a los recursos en materia de contratación pública. De tal forma, se encuentran legitimados para recurrir, en el ordenamiento español, quienes ostenten un derecho o un interés legítimo que se vea afectado por decisiones administrativas en el procedimiento de contratación. En el ámbito doctrinario y jurisprudencial, el criterio mayoritario es contundente y claro con respecto a la legitimación y la necesidad de interpretarla de forma amplia, sin llegar a considerar que se trata de una acción popular.

En síntesis, si se toman como ejemplo los casos de España, Francia y Brasil, entre otros, se observa que en el panorama internacional se presenta una apertura de la legitimación en materia de contratación pública, con el objetivo de reforzar la transparencia en los procedimientos de contratación, habilitar mayores mecanismos de participación ciudadana y reforzar el principio de control sobre los procedimientos de contratación y la cuantiosa cantidad de recursos que se encuentran comprometidos en cada uno de los procedimientos.

Referencias

- Cano Campos, T. (2014). La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación. *Revista General de Derecho Administrativo*. Iustel. Recuperado de <http://laadministraciondial.inap.es/noticia.asp?id=1504466>
- Consejo de la Unión Europea. Directiva 89/665/CEE de 21 de diciembre de 1989.
- Constitución Española de 1978.
- Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón Informe 15 del 19 de setiembre de 2012.
- Díez Sastre, S. (2012). La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública. *Anuario Aragonés del Gobierno Local, Aragón*. Recuperado de <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/32/88/13diez.pdf>

- Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004.
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014.
- Gimeno Feliu, J.M. (2014). Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública. Ponencia V Seminario de Contratación Pública, Formigal. Recuperado de http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_06-JM-Gimeno-reglas-prevencion-corrupcion-CP_fbfa81ed%232E%23pdf/chk.a7a6cc942285799663e4225deeed942
- Junta Consultiva de Jueces para la Democracia. (1991). Conclusiones VI Congreso Jueces para la Democracia. 2a Defensa de los intereses difusos. Logroño, España. Recuperado de <http://www.juecesdemocracia.es/congresos/vicongreso/conclusiones/Conclusiones%20a%20la%20segunda%20ponencia,%20Defensa%20de%20los%20intereses%85.pdf>
- Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa Española.
- Moreno Molina, J.A., Matilla Correa, A. (2008). Contratos públicos en España, Portugal y América Latina, un estudio de derecho comparado. España. Recuperado de <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro185/lib185-2.pdf>
- Muñoz Machado, S. (2011). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho General Público IV . Madrid.
- Razquín Lizarrafa, M.M. (2011). Contratos públicos y recursos. Observatorio de Contratación Pública. Recuperado de <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.39/relcategoria.121/relmenu.3/chk.cde1d1056cb5e36db81ab321a8f51ad0>
- Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Sala Primera del Tribunal Constitucional. Resolución STC 119/2008, de 13 de octubre de 2008.

- Sala Primera del Tribunal Constitucional Español, STC 52/2007, del 12 de marzo, F. 3
- Salgueiro Moreira, C.M. (2011). El recurso especial en materia de contratación tras la reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010. Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia, no. 6. España (pp.293-309). Recuperado de
http://www.xunta.es/c/document_library/get_file?file_path=/portal-web/Rexuga/Revista_6/REXUGA_6_7_cas.pdf
- Secretaría de la Junta de Contratación Pública de Navarra. Resolución 6/2012.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Resolución 126/2013.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Resolución 219/2013.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Resolución 292/2012.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Acuerdo 60/2013 del 28 de octubre de 2013 del (RE 073/2013).
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía. Resolución 84/2013.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia 249/01 del 19 de junio de 2003, Hackermuller, C. Rec. p. 1-6319.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia C 214/00 del 15 de mayo de 2003, Comisión de las Comunidades Europeas c. España
- Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Sentencia del 21 de mayo de 2015.
- Vázquez Matilla, F.J. (2012). La corrupción una bandera a la eficiencia e integridad en la compra pública. España: Observatorio de Contratación Pública. Recuperado de
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/chk.7d9fb65e7d35bd7a933a591d1c145585>

El testigo - perito en el Código Procesal Contencioso Administrativo

Sumario

Esteban Villalobos Fernández¹

I. Introducción. II. Declaración de un funcionario público.
III. Testigo-perito en Costa Rica. IV. El testigo-perito en la
doctrina y el derecho comparado. V. Testigo funcionario.
VI. Aproximación a la figura del testigo-perito en el Código
Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de
Costa Rica. VII. Consideraciones conclusivas.

¹ Máster en Derecho Constitucional, Notario Público y Licenciado en Derecho. Posee una especialidad en contencioso administrativo y la formación de nivelación para juez de lo contencioso administrativo y civil de hacienda; ambos de la Escuela Judicial. Desde el 2007 imparte clases en materia de compras públicas y de lo contencioso administrativo y civil de hacienda. 18 años de experiencia en derecho administrativo. Actualmente labora en la División Jurídica de la Contraloría General de la República de Costa Rica. E-mail: esteban.villalobos@cgr.go.cr

I. Introducción

A partir de la ampliación y depuración que realizó el Código Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (CPCA) a la legitimación activa y pasiva de la Contraloría General de la República (CGR) (CPCA, artículos 10.3 y 15.5), cada vez es más común para el órgano contralor tener contacto con procesos contenciosos administrativos y civiles de Hacienda cuyo objeto se encuentra vinculado tanto con los elementos integrantes de la Hacienda Pública (Carta Magna, artículos 184 y 185 y de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -LOCGR-, Ley 7428, numerales 8 y 9), como con el ordenamiento de control y fiscalización superior de la República (LOCGR, Ley 7428, artículos 10, 11 y 12).

En aquellos procesos en donde se realiza el juicio oral y público (CPCA, artículo 99), ya sea por ser un ordinario de conocimiento, o bien, porque se le dé trámite a la audiencia única de un proceso de trámite preferente (CPCA, artículo 60), es común ver a funcionarios de la administración pública que declaran sobre temas muy técnicos.

Y en procesos en los que participa la Contraloría General, no son extrañas estas declaraciones respecto de asuntos, como por ejemplo, de refrendos o de la resolución de recursos de apelación contra las adjudicaciones. No son pocas las ocasiones en que una de las partes ejerce su derecho constitucional a solicitar la revisión de la conducta, si no está conforme con la resolución de una de estas apelaciones que agotaría la vía administrativa² (numeral 49 constitucional y artículos 1, 2 y 36 del CPCA), en donde solicita a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda revisar, anular, suspender, declarar la disconformidad con el ordenamiento jurídico o modificar esas conductas administrativas. Y en dichos procesos judiciales cobrará una gran relevancia el criterio técnico de los citados funcionarios, o bien, se llamará a otros afines a su rama de la ciencia o la técnica a declarar para resolver el proceso y buscar la verdad real (CPCA, artículos 82.1, 85.2, 93.3 y Ley General de la Administración Pública 6727 -LGAP-, artículos 214.2 y 297).

Ante la tendencia que se viene gestando en Costa Rica desde ya hace algunos años respecto de la oralización de algunas etapas de ciertos procedimientos y procesos legales, se ha podido percibir cierta ansiedad en algunos funcionarios técnicos de la Administración cuando deben efectuar intervenciones orales sobre temas científicos y técnicos donde pudo haber existido participación directa o indirecta.

No obstante, con el pasar de los años, se ha notado que en ocasiones las participaciones orales hasta se materializan en una buena herramienta para la transparencia y la rendición de cuentas, a la que está sujeto todo funcionario público por el mandato del numeral 11 de Constitución Política de Costa Rica.

Es decir, este ejercicio del principio constitucional de publicidad –ordinariamente los juicios son orales y públicos– en algunos casos se convierte en una oportunidad, en un instrumento para que el pueblo escuche a viva voz y entienda qué fue lo que hizo o dejó de hacer la Administración de frente a algún asunto relacionado con su esfera de intereses.

² Ver fallo de la Sala Constitucional n.º 03669-2006 de las 15:00 horas del 15 de marzo del 2006 y artículo 31.1 CPCA.

Dicha perspectiva de la intervención oral del testigo-perito podría tener una positiva visión tripartita, la cual se expone a continuación:

- a. La administración de justicia administrativa y judicial se nutre de una fuente de insumos técnicos de primera mano, la cual, por su inmediatez, hace que se acerque más al *quid* del caso, a la ansiada verdad real. Recordemos que si el resolutor (administrativo o judicial) tiene duda, puede consultar y despejarla *in situ* de boca del técnico.
- b. Se potencia la transparencia y la rendición de cuentas de la persona técnica o científica que tuvo participación en la emisión de determinada conducta administrativa, lo cual obviamente a su vez podría coadyuvar a la teoría del caso del Estado, del interés público y de la Hacienda Pública.
- c. El pueblo puede tener mayor cercanía sobre la comentada rendición de cuentas que están llamados a desplegar los servidores públicos con respecto a la conducta administrativa³ en análisis.

Hecha esta brevísima reflexión sobre las posibles bondades de la intervención oral de los personeros técnicos de la Administración Pública, se proceden a desarrollar algunas aproximaciones conceptuales relevantes para el cabal entendimiento de qué es y qué no es el testigo perito en el CPCA.

Resulta oportuno aclarar que el objetivo de este artículo no es avocarse a desarrollar las distintas formas como una persona puede rendir una declaración. Tampoco se referirá a la forma en que se debe preparar una persona para afrontar exitosamente estas intervenciones ni cuál es la responsabilidad del funcionario a cargo de este deber de declarar que regula el numeral 83 del CPCA. La meta es otorgarle al lector elementos de juicio para determinar en qué circunstancia se podría estar frente a una persona que pueda rendir declaración en condición de testigo-perito. A la vez que se busca informar al lector de la ineludible obligación que tiene todo funcionario de rendir declaración, en donde, ya sea que lo haga como testigo-funcionario o testigo-perito, en todo momento se está frente a un importante medio probatorio.

II. Declaración de un funcionario público

En asuntos de Hacienda Pública y de la Administración Pública en general, en muchas ocasiones existe relación con la discrecionalidad administrativa, la técnica y la ciencia que regulan los numerales 15, 16, 17, 158.4 y 160 de la LGAP, 6227.

Lo anterior tiene especial importancia porque conviene recordar que el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la Administración un poder de *libre apreciación* para decidir si debe obrar, proceder o abstenerse o bien en qué momento debe proceder o cómo debe hacerlo, o en fin, qué contenido va a dar a su actuación (Fraga, 2000, pp. 231-232).

En este sentido, la participación oral de los técnicos de la Administración Pública en las audiencias orales de los procesos judiciales podría llegar a tener relevancia cuando se esté

³ Al respecto, consultar los numerales 49 de la Constitución Política y 1, 2, 36 y concordantes del CPCA.

analizando una conducta surgida en el marco de la discrecionalidad administrativa⁴ y, especialmente, de la discrecionalidad técnica.

En condiciones ordinarias, cuando se trata de discrecionalidad técnica, la ley confiere al órgano la facultad de decidir de acuerdo con evaluaciones de orden técnico y está orientada por conceptos jurídicos indeterminados. Aquella se externa en decisiones de la administración, difícilmente contrastables, al exigir criterios de carácter técnico. Según algunas corrientes doctrinarias, se trata de la aplicación pura de la discrecionalidad en todas sus dimensiones (Arias, Jiménez, Vargas y Villalobos, s.f.).

Un ejemplo de lo anterior se da cuando para satisfacer sus necesidades y adquirir bienes y servicios, la Administración Licitante utiliza criterios técnicos para elaborar y depurar el cartel en interacción con los interesados. Estos criterios que igualmente se utilizarán para adjudicar a partir de las especificaciones técnicas de ese cartel y se contrastan con las ofertas presentadas por los interesados en el concurso. Por ello no es extraño que cuando la CGR resuelve recursos de objeción al cartel o de apelación a la adjudicación, en funciones de jerarca impropio, ésta debe analizar y estudiar los criterios de los distintos funcionarios que son técnicos en diversas ramas de la ciencia o el arte para resolver sobre el caso concreto.

Incluso, siguiendo con este ejemplo, en ocasiones los funcionarios técnicos comparecen a las audiencias orales de los procedimientos impugnativos de contratación administrativa que tramita la CGR y sus intervenciones técnicas se pueden llegar a constituir en un importante insumo para llegar a la verdad real del procedimiento.

Esta percepción incluso es compartida y colocada como conclusión por Colombo (1969) al referirse al valor probatorio que tales declaraciones o dictámenes de los testigos-peritos pueden tener en los jueces, por “ser más que probable que incidirán en el juez en el momento de evaluar la fuerza de convicción de algunas pruebas”.

A partir de las precisiones esbozadas y de acuerdo con el ejemplo de compras públicas y la jerarquía impropia, se estima que hay que brindar especial cuidado a la participación de estas personas que emitirán consideraciones técnicas ante un Tribunal. Igual cuidado habrá que tener en cuanto a la forma de la participación de estas, ya que el valor probatorio de tales declaraciones estará vinculado con el medio probatorio que se ofrezca y que finalmente acepte el Tribunal para la resolución de la causa. Verbigracia: en este tema de discrecionalidad técnica, no es lo mismo declarar como testigo-funcionario, como perito o como testigo-perito.

Sobra decir que respecto a la participación oral de estas personas, la preparación del declarante es de una importancia mayúscula, por lo que ésta siempre se debe realizar con suficiente antelación y con la más estricta rigurosidad técnica.

⁴ Según la normativa constitucional que rige el Estado Social de Derecho, todos los poderes públicos deben ser ejercidos conforme a los principios y normas constitucionales y legales. No existe, por tanto, actividad pública o funcionario que tenga plena libertad para ejercer sus funciones, las cuales se hallan debidamente regladas en las normas respectivas. Como las actividades que cumple la administración pública son múltiples y crecientes, la ley no siempre logra determinar los límites precisos dentro de los cuales debe actuar la administración. Por ello el ordenamiento jurídico atribuye a la administración dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales.

Esta preparación no implica una contaminación de la declaración por sí misma. Lo anterior es una confusión muy común en la que no se debe caer, ya que no se puede perder de vista que la deposición siempre ha de ser objetiva, libre, imparcial, espontánea -dentro de lo que cabe- y, en el caso de los peritos, testigo-peritos o testigos-técnicos, se deben considerar también las respectivas aplicaciones de la ciencia, la técnica y el arte⁵.

III. Testigo-perito en Costa Rica

Para poder apreciar un hecho o circunstancia donde se requieran conocimientos especiales de un arte u oficio -que no sean propios del derecho- se hace necesaria la prueba pericial para poder auxiliar al juez en la apreciación de alguna circunstancia técnica. Para ello se puede echar mano de la figura del testigo o del perito.

Se parte de que el lector tiene una noción básica de qué es la declaración como testigo o como perito que hace una persona. Además, se recuerda que en la introducción se aclaró que ese no es el objeto de este artículo. No obstante, para precisar ambos conceptos, se ha de indicar lo siguiente:

La palabra **testigo** proviene del latín *testificare* y alude a aquel que ha estado presente en determinado hecho y puede dar cuenta del este. Tiene importancia sobre todo para dar cuenta de ciertos hechos que necesitan ser corroborados y son materia de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial.

En este sentido, el tratadista Falcón (2003) define al testigo como "...la persona que da el testimonio de una cosa al atestiguar, como quien presencia o adquiere directo conocimiento de algo, o cualquier cosa por la que se infiere el conocimiento de un hecho..." (Tomo 2, pp. 251 y 256).

No se omite indicar que de acuerdo con la teoría, en materia probatoria existe también la figura del **testigo de referencia**, definido como aquel que no ha apreciado el hecho a que se refiere la causa, sino que la versión que indica proviene de la referencia que ha hecho otra persona. En este caso, aunque la persona no haya tenido conocimiento directo del hecho, podría ser llamado a testificar sobre lo que otra persona haya hecho referencia, declaración que deberá ser valorada por el decisor de acuerdo con las reglas de la sana crítica y tomando en consideración que se trata de un testigo de referencia y no un testigo directo.

Por su parte, la **prueba pericial** se refiere a aquella a través de la cual se nombra a una persona experta en un tema, para que elabore un informe sobre el análisis de una situación que se le indica, con base en sus conocimientos científicos sobre el tema.

Estos conceptos del testigo y del perito parecieren ser más sencillos de comprender que el del testigo-perito, que es el que se trata a continuación:

⁵ Entre otros, ver artículos 16, 17, 300 y 304 de la LGAP; 83.2, 105, 106, 107 y 220 del CPCA y 358 y 359 del CPC.

En las próximas líneas se realizarán unas consideraciones sobre la participación de estas personas en lo que el CPCA reguló como “testigo-perito”.

Si bien se podría pensar que este código reguló un instituto probatorio totalmente novedoso en Costa Rica, lo cierto del caso es que ya desde 1978 el país cuenta con una regulación del derecho administrativo sobre lo que el legislador denominó “testigo-perito” en la ley LGAP, 6227, numeral 302.4. Además, en la doctrina y en diversas ramas del derecho, como por ejemplo la penal, ya existe dicha figura de mucho tiempo atrás.

Pareciera que la prueba de los testigos-peritos ya se ha venido evacuando en el país desde hace varios años en los procedimientos administrativos. Incluso, cabría cuestionarse si en algunas ocasiones se han citado personas a declarar en condición de testigos, cuando en realidad eran testigos-peritos. Al margen de este cuestionamiento, no se debe perder de vista que, en uno u otro caso, no se dejaría de estar frente a un elemento probatorio testimonial.

Dicha interrogante se ha discutido por una serie de incógnitas que han generado algún tipo de confusión en cuanto a la clasificación y valor probatorio de las distintas personas que pueden declarar, tanto en un procedimiento administrativo como en un proceso judicial.

A continuación se presentan algunas consideraciones generales que podrían estar contribuyendo a esa confusión, la cual podría darse por no comprender a cabalidad las diversas clasificaciones doctrinarias sobre la declaración de una persona en estos escenarios jurídicos.

El CPCA reguló en su numeral 83, que “las partes, la jueza, el juez tramitador o el Tribunal podrán requerir la declaración de testigos-peritos, quienes se regirán por las reglas de la prueba testimonial, sin perjuicio de que puedan ser interrogados en aspectos técnicos y de apreciación...” (el subrayado no es del original).

Conviene recordar la siguiente duda con respecto a la declaración de funcionarios públicos como testigos-peritos. Por tratarse de empleados públicos, desde las discusiones en torno al proyecto de este código, algunos juristas cuestionaron la puridad doctrinaria y técnica de que estos servidores pudieran declarar como testigos-peritos en el ámbito judicial. Lo anterior se debe a que por su condición de funcionarios se les impide confesar contra la Administración y, además, si tienen que intervenir oralmente, su participación ha de ser como perito de la Administración, como testigo-perito o bien como testigo-funcionario. Por lo anterior, otras personas consideraban innecesario regular esta figura. Sin embargo, finalmente la regulación quedó en los términos señalados sin regular mayor distinción o aclaración.

En la práctica, en algunos procesos contenciosos administrativos, donde se ha pretendido ofrecer esta prueba, a partir del 1º de enero del 2008 que entró en vigencia el citado código, se ha percibido que hubo casos donde se ofrecieron y admitieron personas como testigos-peritos sin serlo en realidad.

Para comprender mejor la confusión aquí analizada, como ejemplo se referencia un proceso contencioso donde se peticionaba anular la adjudicación y la resolución que resolvió la

apelación contra ella. Era una licitación pública, cuyo objeto fue la adquisición de una prótesis total de rodilla, primaria con y sin preservación del ligamento cruzado posterior, sistema completo para llevar a cabo cirugía de revisión del reemplazo total de rodilla.

Ahí un médico ortopedista extranjero rindió una pericia escrita sobre las características técnicas de las prótesis que podrían ser la solución idónea para mejorar la condición de salud de los pacientes. Posteriormente se trajo al país al galeno para que rindiera declaración en el proceso sobre su dictamen pericial. Este doctor reconoció que no sabía nada de la licitación pública ni de su trámite, es decir, que no presenció, escuchó ni participó en dicha contratación administrativa. Por ello no podría declarar como testigo-perito, sino que lo correcto hubiese sido que declarara como perito. Finalmente fue ofrecido, admitido y juramentado como testigo-perito, lo que se estima como incorrecto.

Una de las funcionarias de la administración licitante encargadas de elaborar el cartel y analizar ofertas fue una ortopedista. Ella sí presenció y participó en el análisis, discusión y emisión de las conductas administrativas de la licitación pública que se solicitaba anular. Se estima que pudo haber sido ofrecida para rendir declaración testimonial como funcionaria. Finalmente se ofreció, se admitió y se juramentó para declarar como testigo-perito. Como veremos, algunas personas estiman que estuvo bien admitida, pero otros abogados estiman que debió declarar como testigo-funcionario, que es un término que se aborda en las próximas líneas.

No se puede descartar que en algunas ocasiones esto se diera como producto de la falta de claridad del juez y de las partes en cuanto a los detalles de este instituto probatorio. No obstante lo anterior, luego de los primeros años de vigencia del código, se ha notado una mayor rigurosidad técnica y un filtro más severo en cuanto a aceptar este tipo de prueba por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, en donde se ventilan asuntos de Hacienda Pública.

Se podría suponer que esta depuración en el filtro de la declaración de los funcionarios es producto de la experiencia de los años y de la cantidad de asuntos en donde los jueces del Tribunal que van a dictar sentencia, se cuestionan circunstancias como por ejemplo, si el juez tramitador –que no emite la sentencia- tuvo que haber admitido a la persona como **testigo-funcionario** y no como **testigo-perito**. Todo esto para saber cuál sería el valor probatorio que se le daría a la declaración con respecto al punto central de cada proceso.

Veamos qué aproximaciones a la conceptualización del testigo-perito del CPCA podemos ubicar en la doctrina. Parece que algunos autores diferencian al testigo-técnico del testigo-perito o perito-testigo, mientras que otros parecen equiparar los términos.

Desde la óptica de quienes los equiparan, se puede observar que conceptualizan la figura al indicar que el testigo técnico es funcionalmente un testigo más a la hora de aportar hechos al proceso, aun cuando la aportación de estos venga matizada por sus especiales conocimientos técnicos, por ser un testigo especialmente cualificado (Jauchen, 1996).

Los que parecen diferenciarlos, conceptualizan al testigo-técnico como “aquella persona que toma conocimiento de un hecho o cosa en ocasión de estar ejerciendo su profesión, o bien,

-aun cuando no la esté desempeñando- el hecho o cosa se refiere a su especialidad técnica o científica, de modo que en ambos supuestos el testigo puede no solo señalar sino también adicionarle sus conceptos personales sobre los extremos técnicos o científicos a él referidos" (Jauchen, 1996, p. 110).

Aclara Muñoz (1967) que las preguntas hechas a este testigo-técnico deben realizarse sobre hechos que hayan caído bajo el dominio de los sentidos, pero también puede preguntarse y esperarse la respuesta de hechos que el testigo puede interpretar y reproducir por vía del lenguaje.

Así, es inconveniente y no corresponde que se le pregunte sobre cuestiones jurídicas o relaciones jurídicas, que pueden confundir al juez al sentenciar por haberse dado a los términos un significado diverso al que tienen en derecho o en el lenguaje natural, pero nada obsta a que se reconozcan documentos, debidamente acompañados en el momento procesal oportuno. No se trata de un perito, sino de una opinión distinta, dadas otras circunstancias y con alcance diferente.

En el caso del testigo técnico se le está pidiendo, no un informe pericial, sino la interpretación de los hechos que ha percibido, en atención a la especial condición de conocimiento que posee, lo cual le permite formular una apreciación distinta al testigo ordinario. El **testigo técnico no es perito**, ni cumple sus funciones, **aunque sea técnico**.

Las diferencias entre la pericia y el testigo técnico es que el testigo técnico ha apreciado el hecho en su transcurso, mientras que el perito tiene que tomar objetos de previo fijados y estimar hacia atrás la evolución.

Una segunda diferencia es que el testigo técnico no está obligado a exponer el hecho técnicamente y el perito sí. A la inversa, para el perito es imposible relatar el hecho como espectador.

Finalmente, la diferencia fundamental es el tiempo y la observación. Mientras que el testigo técnico, en la generalidad de los casos, ha recibido la información accidentalmente, pero sin control científico, más allá de su particular conocimiento para apreciar la prueba, el **perito debe aplicar las reglas de la ciencia o de su arte para determinar** objetivamente los **resultados** obtenidos, sin involucrarse ni externar su opinión personal.

Ahora bien, un autor que diferencia cada figura es Witthaus (Witthaus, 2003, p. 31), quien indica que el "testigo-perito" es aquel testigo que además de declarar como tal, en función de sus conocimientos, sin perjuicio de dar la versión objetiva de los hechos que cayeron bajo la percepción de sus sentidos, la dará con las referencias técnicas que a ellos pudieren corresponder, lo que sin duda incide en la evaluación de su fuerza de convicción. Por ejemplo: el ingeniero industrial que presencié hechos que produjeron daños en una fábrica, o el médico que estuvo en el momento en que los hechos provocaron las lesiones o enfermedades.

Mientras, el caso del "perito-testigo" es el de aquel perito que, designado como tal, además ha percibido los hechos por sus sentidos o conoce a las personas o las circunstancias sobre

las que se debe expedir e incorporar en su dictamen el conocimiento anterior a su designación como tal.

En ambos casos, el perito-testigo o el testigo-perito deberá ajustarse a las normas específicas de una u otra prueba, al no estar contempladas en la ley procesal modalidades especiales para quien reúne ambas condiciones, sin perjuicio del mayor valor probatorio que tales declaraciones o dictámenes puedan tener, por ser más que probable que incidirán en el juez en el momento de evaluar la fuerza de convicción de tales pruebas.

En síntesis, podemos decir que la figura doctrinal que más se aproxima a la del testigo-perito del CPCA, es la del testigo técnico. Y la diferencia fundamental con el perito es que el testigo técnico no ha realizado una investigación metódica y científica del hecho, sino que simplemente lo ha apreciado con sus sentidos, a los que suma sus conocimientos que le permiten “ver” un poco más allá que el neófito. Pero cuando el testigo técnico realiza alguna investigación o realiza algún acto de comprobación (v.gr. médico que encuentra a persona en la calle y determina que estaba muerta en ese momento), sus dichos adquieren especial relevancia. Claro que, para considerar a una persona testigo técnico, no basta con que haya declarado su profesión, sino que debe acreditarse en juicio.

IV. El testigo-perito en la doctrina y el derecho comparado

Desde el punto de vista del derecho comparado, es oportuno poner la mirada en la legislación española que inspiró algunas de las regulaciones del CPCA. En ese sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España n.º 1/2000 del 07 de enero del 2000 publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 7 del 08 de enero del 2000, establece:

“Artículo 370. Examen del testigo sobre las preguntas admitidas. **Testigo-perito.**

1. Una vez contestadas las preguntas generales, el testigo será examinado por la parte que le hubiera propuesto, y si hubiera sido propuesto por ambas partes, se comenzará por las preguntas que formule el demandante.
2. El testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas. Cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, se permitirá que los consulte antes de responder.
3. En cada una de sus respuestas, el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga.
4. Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos.

En cuanto a dichas manifestaciones, las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha relacionadas en el artículo 343 de esta Ley...” (los destacados no son del original).

El Código Procesal Civil alemán, en su artículo 414, legisla: “**Testigos peritos.** Las disposiciones sobre prueba de testigos son aplicables en caso de que sea necesario para

probar hechos o estados para cuya percepción se necesita determinada especialidad y se necesita que declaren determinadas personas que tengan esa preparación”.

En comparación con esta legislación extranjera, recordemos que el CPCA costarricense regula en su numeral 83 que el testigo-perito se regirá por la reglas de la prueba testimonial, sin perjuicio de que pueda ser interrogado en aspectos técnicos y de apreciación.

Con respecto al testigo-perito, el citado autor Witthaus (2003) concluye que no hay impedimento en que una persona sea ofrecida en el proceso en carácter de testigo y de perito. Se aplican en cada caso las normas específicas de cada prueba. **No hay incompatibilidad** en su roles en el proceso; sea que la persona intervenga como testigo o como perito, siempre deberá hacerse responsable de sus participaciones. Un criterio contrario podría afectar la defensa en juicio, por obligar a limitar las posibilidades de prueba.

V. Testigo funcionario

Este concepto del testigo-perito o testigo-técnico no debe confundirse con la declaración de un funcionario, la cual algunos autores denominan testigo-funcionario.

La LGAP, en su artículo 301, regula que “la Administración no podrá confesar en su perjuicio”. De ahí que un funcionario, empleado o servidor público (LGAP, artículo 111) no podría rendir prueba confesional. En este sentido, el artículo 301.2 de la misma ley señala que “las declaraciones o informes que rindan sus representantes o servidores se reputarán como testimonio para todo efecto legal”.

Lo anterior parecía ser reafirmado por la derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa n.º 3667⁶, que en su numeral 54.1 indicaba que: “La Administración Pública **no podrá ser obligada a absolver posiciones por medio de sus agentes** (...) pero todos ellos, cualquiera sea su jerarquía, estarán obligados a suministrar los informes que el Tribunal les solicitare” (el destacado no es del original).

El actual numeral 83 del CPCA reguló esta situación de la siguiente forma: “Las partes o sus representantes, la jueza o el juez tramitador o el Tribunal, según corresponda, podrán requerir la declaración testimonial de la persona funcionaria o de las personas funcionarias que hayan tenido participación, directa o indirecta, en la conducta administrativa objeto del proceso” (el destacado no es del original).

En ocasiones lo que se ofrece como un testigo o como un testigo-perito podría ser en realidad el testimonio de un funcionario. Por ello debe quedar claro que cuando un funcionario declara, lo hace como prueba testimonial con las regulaciones aplicables al efecto y esta persona es a la que en la práctica se ha sido llamada por algunos operadores jurídicos testigo-funcionario o, como se ha denominado por parte de algunos jueces del Tribunal, “testigo funcional”, el cual no guarda ninguna particularidad con respecto a la

⁶ Derogada por el CPCA.

declaración de cualquier otro testigo. El único elemento diferenciador podría ser el hecho de ser un funcionario de la Administración Pública.

Por lo anterior debe quedar claro que la declaración de un funcionario o la de otra persona en condición de testigo no son supuestos excluyentes, donde la declaración testimonial de la persona -sea o no funcionario- y la del testigo-perito guardan un común denominador: son medios de prueba testimonial. A partir de esto, cobrará especial trascendencia la valoración probatoria que se realice.

Al respecto, en un proceso sancionatorio contra un empleado municipal, al darse la discusión sobre la condición en que declararían el alcalde y una funcionaria del órgano decisor del procedimiento administrativo, en audiencia oral del 08 de mayo de 2015, el juez tramitador aclaró que si bien el CPCA incorpora la figuras novedosas de testigo-funcionario y testigo-perito, el término conceptual no debe llevar a confusión, ya que “al fin de cuentas es una prueba testimonial la que se está ofreciendo”. Concluye tajantemente el juez que le debe quedar claro a la parte actora y a la corporación municipal que, al margen de como quieran que se admita la declaración de los funcionarios, estos “no dejan de ser testigos”.

VI. Aproximación a la figura del testigo-perito en el Código Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de Costa Rica

Algunas de las aparentes inconsistencias a las que se ha hecho referencia, se han venido depurando en la práctica. Algunos jueces contenciosos han aclarado lo anterior y han señalado que lo que se está ofreciendo no es en realidad un testigo-perito, sino que es el testimonio de un funcionario. Finalmente se termina ofreciendo al funcionario como un testigo funcionario y no como un testigo-perito en los términos del CPCA.

En el Primer Seminario de “Litigación oral y contencioso administrativo”, realizado en el Colegio de Abogados de Costa Rica el 10 y 11 de octubre del 2013, el Dr. Claudio Pavlic, experto chileno en materia de oralidad, analizó el tema de la figura testigo-perito en la conferencia “Técnica de litigación oral”. Uno de los redactores del CPCA, el Dr. Aldo Milano Sánchez, indicó que efectivamente en la práctica se estaba mal entendiendo la figura del testigo-perito del CPCA y que en la discusión legislativa siempre se pensó en esta figura como una circunstancia muy específica y excepcional.

Para explicar lo que los redactores del CPCA analizaron respecto al testigo-perito en la tramitación del proyecto de ley, se tomó como ejemplo una concesión minera donde se encuentren un regente ambiental, un regente minero o un regente químico que, aunque hayan sido contratados por la concesionaria, siempre tienen una cláusula de responsabilidad objetiva.

Y si se diere un litigio como consecuencia de la ejecución de dicha concesión y hubiere que referirse a si hubo o no un daño ambiental, en el ejemplo del regente ambiental, este no solo pudo haber sido testigo del daño ambiental, sino que también, al ser técnico y científico, podría referirse a los hechos pero con apreciaciones técnicas.

Por otro lado, el Dr. Milano señaló que si en un proceso contencioso la parte aporta un experto financiero para acreditar la cuantificación monetaria de los daños que se le produjo a una empresa, esto se denominaría perito de parte y no un testigo-perito. En igual sentido hizo la observación de que muchas veces lo que se ofrece como testigo-perito por parte de la Administración en realidad es un testigo-funcionario, o, como lo han denominado algunos jueces, testigo funcional.

Don Claudio Pavlic precisó que al testigo normalmente el juez no le va a solicitar su opinión de alguna temática, mientras que sí lo haría con el testigo-perito. Recomienda que esta consulta sea muy puntual y específica. Aquí se finaliza la reseña del Seminario de Litigación Oral y Contencioso Administrativo.

La definición de testigo-técnico del tratadista Jauchen –al que se referenció en el acápite de conceptos doctrinales- se asemeja un poco más a lo indicado por los redactores del CPCA, cuando regularon la figura del testigo-perito. Esta idea se ve aún más reforzada con varias resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, que así lo indican expresamente:

IX. En cuanto a la figura del testigo-perito, el artículo 302.4 de la LGAP, establece que las partes podrán presentar testigos peritos cuyas declaraciones se regirán por las reglas de la prueba testimonial, pero *podrán ser interrogados en aspectos técnicos y de apreciación*. Los **testigos técnicos** exponen principalmente conceptos personales basados en deducciones sobre lo percibido que son el resultado de sus especiales conocimientos sobre la materia. (Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín. 1993. Pag.71). A diferencia del perito, el conocimiento que tiene de los hechos objeto del proceso, es preprocesal y no procesal, de modo que su declaración no responde al encargo de un juez, sino a una participación directa en los hechos, pudiendo por ello ser interrogados en aspectos técnicos y de apreciación y formular deducciones sobre lo percibido como resultado de sus especiales conocimientos sobre la materia” (el destacado no es del original). (Resolución del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Novena, n.º 16-2009)

De acuerdo con este enfoque de los institutos probatorios, donde se puede traducir la declaración de ciertos funcionarios de la Administración que poseen conocimientos técnicos y científicos, es oportuno traer a colación la figura del *funcionario de una auditoría interna* de la Administración Pública.

En caso de un hallazgo, es común que una relación de hechos de un informe preliminar o de algún otro producto ordinario relacionado al control interno o la fiscalización, se incoe un procedimiento administrativo o un proceso judicial. Ambos serían escenarios en que muy probablemente se involucren elementos integrantes de la Hacienda Pública o normas del citado ordenamiento de control y fiscalización superior de la República, donde se acostumbra llamar a declarar a algún miembro de la auditoría interna de la Administración Pública. Y es en ese supuesto donde interesa analizar la participación del auditor con respecto al tema este artículo.

En el oficio de la División Jurídica de la CGR n.º 11167 del 28 de octubre, 2009 (DJ-1800-2009), se indica que el Auditor General Corporativo del Banco de Costa Rica solicitó criterio a la CGR sobre esta participación. En lo que interesa, literalmente consultó: “sobre la procedencia de que la Auditoría participe en el procedimiento administrativo, en cuyo caso en qué condición puede participar [...]”. Como respuesta, en el mismo oficio se señala que el auditor también podría ser llamado como testigo técnico en aquellos casos donde conoce un hecho o situación en el ejercicio de su profesión, o bien, aun cuando no la esté desempeñando, corresponde a su especialidad técnica o científica, de modo que en ambos supuestos el testigo no solo puede señalar, sino también adicionarle sus conceptos personales sobre los extremos técnicos o científicos a él referidos. No obstante, es imperioso comentar que es poco común ver a un auditor en este rol, ya que en muchas ocasiones él no ha sido testigo de los hechos que, por ejemplo, originaron los hallazgos de una auditoría. Por ello se debe clarificar que el testigo técnico no es un perito, por lo que en caso de que se requiera una prueba de este tipo, la administración activa debería procurar su elaboración e incorporación al expediente administrativo. Sin perjuicio de que en el supuesto de que como parte del proceso de auditoría se haya elaborado un peritaje, y éste pueda ser incorporado como parte del haber probatorio dentro del procedimiento administrativo.

VII. Consideraciones conclusivas

Por imperativo legal, es clara e indiscutible la obligación que tiene todo funcionario de rendir declaración ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda.

Se percibe una tendencia a que la excepción sea que el funcionario cumpla los requerimientos para ser calificado como un testigo perito, mientras que, por el contrario, lo común es que si se estima necesaria su participación oral, declare como testigo-funcionario.

Y esta figura del testigo-funcionario no sería excluyente con la del testigo-perito; en otras palabras, ese funcionario, que no sería otra cosa más que prueba testimonial, podría tener la obligación de rendir declaración ya sea como testigo-funcionario, o bien, como testigo-perito. Pero no se puede olvidar que en uno u otro caso, la obligación de declarar siempre estará presente.

Es decir, ya sea que el funcionario declare en una u otra condición, no se debe perder de vista que al final del camino ambos no dejan de ser medios de prueba que se regulan por las normas de la declaración testimonial.

Así las cosas, se puede indicar que al margen de los nombres y calificaciones que le den los tratadistas y doctrinarios del derecho procesal a este instituto que el CPCA de Costa Rica denominó testigo-perito, lo más relevante siempre será el valor probatorio que le otorgue el resolutor –administrativo o judicial– a la declaración de la persona, para poder aproximarse a la ansiada verdad real (CPCA, artículos 82.1, 85.2, 93.3 y LGAP, artículos 214.2 y 297) con respecto a los hechos, el objeto y las pretensiones de cada causa en particular (CPCA, artículos 42 y 122). Todo lo anterior se basa en el principio de libertad probatoria, el análisis de la sana crítica racional (CPCA, artículos 82.4 y 220, Código Procesal Civil, artículo 330 y

LGAP, artículo 298.2) que regula nuestro ordenamiento jurídico y la abundante jurisprudencia costarricense con respecto a la valoración de la prueba en el derecho administrativo⁷.

Referencias

- Arias Espinoza, N., Jiménez Velásquez, K., Vargas Chacón, A. y Villalobos Jiménez, V. (s.f.). Discrecionalidad: Elementos, clases y límites. Universidad Cristiana del Sur. Recuperado de
https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjU-t7miPPMAhXDRyYKHUboDzkQFggIIMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.ucsderecho.cimsacr.com%2Farchivos%2FAdministrativo%2FDiscrecionalidad.doc&usg=AFQjCNHJkApKgIT_QP4EDwEih7U0eotDBg&sig2=xd3QypQOAwx8zzVdHyTow
- Asamblea Nacional Constituyente. 1949. Constitución Política de la República de Costa Rica. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Código Procesal Civil Alemán. (2006). Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado de
http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf
- Código Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (CPCA). Ley 8508 del 26 de abril del 2006, vigente a partir del 01 de enero del 2008. Alcance 38 A de La Gaceta 120 del 22 de junio del 2006.
- Colombo, C. J. 1969. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado. Títulos III y V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Contraloría General de la República (CGR). Reglamento del trámite de audiencias orales en materia de contratación administrativa. Oficio R-1-2012-DC-DCA, resolución R-DC-28-2012 del 07 de marzo del 2012, publicada en La Gaceta N° 61 del lunes 26 de marzo 2012.
- Decreto Ejecutivo 33411. Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Diario Oficial La Gaceta, 02 de noviembre del 2006.
- Falcón, E.M., 2003. Tratado de la prueba. Tomo 2. Buenos Aires: Astrea.
- Fraga, G. (2000). Derecho Administrativo. México: Porrúa. pp. 231-232

⁷ Por citar solo dos ejemplos, se puede revisar la resolución del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Novena, n.º 16-2009 de las 15:15 horas del 26 de febrero del 2009, que en lo que interesa indicó: "Conforme a las regulaciones establecidas en el artículo 330 del CPC, tanto la prueba rendida por el testigo-perito, como la prueba pericial rendida en sede judicial deben ser valoradas en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica..." y en sentido similar la n.º 296-2011- I de las 14:00 horas del 21 de junio de 2011 de la Sección Primera de ese mismo Tribunal.

- Konrad A.S. 2006. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Uruguay. p. 268.
- Jauchen, E.M. (1996). La prueba en materia penal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p 110.
- Ley de Enjuiciamiento Civil de España. 1/2000 del 07 de enero del 2000. Boletín Oficial del Estado n.º 7 del 08 de enero del 2000. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Ley 3667. Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Colección de Leyes y Decretos. Tomo 1, Semestre 1, Año 1966.
- Ley 7428. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR). Diario Oficial La Gaceta n.º 210 del 04 de noviembre de 1994.
- Ley 7494. Ley de Contratación Administrativa, el Diario Oficial La Gaceta del 08 de junio, 1995.
- Ley 8131. Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. Diario Oficial La Gaceta 198 del 16 de octubre del 2001.
- Ley 6227 de 1978. Ley General de la Administración Pública. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Muñoz Sabaté, L. (1967). Técnica probatoria, Barcelona: Praxis.
- Pavlich C. (2013). Técnica de litigación oral. Primer Seminario de "litigación oral y contencioso administrativo el 10 y 11 de octubre del 2013. Colegio de Abogados de Costa Rica. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=IrQPPLun5bE>
- PeriPreven (Peritaciones de accidentes laborales y enfermedades). 2016. La figura del testigo perito. España. Recuperado de <http://www.peripreven.com/7.html>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N° 03669-2006 de las 15:00 horas del 15 de marzo del 2006.
- Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de Costa Rica. Sección novena, sentencia N° 16-2009 de las 15:15 horas del 26 de febrero del 2009.
- Witthaus, R.E. 2003. Prueba pericial. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental

Sumario

Mario Peña Chacón¹

I. Introducción. II. Actos administrativos habilitadores. III. El nuevo orden público ambiental. IV. Actos administrativos habilitadores frente a la tutela del ambiente. V. Conclusiones

¹ Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Profesor de de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Correo: mariopenachacon@gmail.com

“El permiso concedido por las autoridades administrativas para establecer alguna industria u otra cosa que llegue a ser incómoda de modo que produzca daños reclamables, no impide la acción de los perjudicados, porque tales permisos se otorgan siempre, aunque no se diga de manera expresa, sin perjuicio de terceros”

Alberto Brenes Córdoba

I. Introducción

El replanteamiento de las dimensiones del concepto de interés público en su calidad de criterio orientador de los actos de la Administración Pública se posiciona como una de las demandas del nuevo orden público ambiental, particularmente, en materia de actos habilitadores de actividades económicas y de servicios.

El nuevo esquema de orden público ambiental aboga por la tutela efectiva del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado mediante el reconocimiento del carácter transversal, finalista y evolutivo del derecho ambiental, así como de su naturaleza de derecho humano y fundamental. Complementariamente, la consolidación de sus principios generales, entre los cuales destacan los principios de progresividad, no regresión, objetivación y precautorio, constituye un insumo indispensable para comprender cómo debe reorientarse el régimen de los actos habilitadores de actividades ante el nuevo esquema.

Pero además, la importancia de posicionar un nuevo enfoque en el régimen de dichos actos, se sustenta en la premisa de que debe privar un justo equilibrio entre todos los intereses involucrados; uno que pondere las opciones de un desarrollo sostenible para las generaciones presentes y futuras y la protección de la salud humana como parámetros condicionantes para la aprobación, revisión, modificación, prórroga, renovación o extinción de dichos actos. Al respecto, es posible identificar importantes avances a nivel de doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, enfocados por una parte, en reconocer el criterio del justo equilibrio que involucra la tutela del artículo 50 constitucional como un parámetro de aplicación para el régimen de los actos habilitadores de actividades económicas y de servicios que puedan ser potencialmente dañinas para la salud y el ambiente. Pero, además, se comienzan a trazar los alcances sobre cuáles son los nuevos criterios que deben sustentar el otorgamiento, monitoreo, modificación, renovación y extinción de algunos de los actos administrativo catalogados como habilitantes de actividades económicas y de servicios.

En tal sentido, este artículo pretende, primeramente, ilustrar la naturaleza jurídica de los siguientes actos administrativos habilitadores de actividades: la autorización, la licencia, el permiso y la concesión.

Posteriormente, se detallarán los alcances del nuevo orden público ambiental; contexto que permitirá abordar en un tercer apartado, cómo deben concebirse los actos administrativos habilitadores de actividades en función de los alcances del nuevo orden público ambiental.

II. Actos administrativos habilitadores

Los actos administrativos habilitadores de actividades pueden ser clasificados en: autorizaciones, licencias, permisos y concesiones.

Para JINESTA LOBO,² la autorización administrativa es un acto típico de habilitación, por medio del cual la Administración Pública concede al administrado la potestad de ejercer derechos preexistentes, luego de haber realizado una valoración discrecional sobre su oportunidad y utilidad con respecto al interés general.

Por su parte, JIMÉNEZ MEZA³ define al acto de autorización como una declaración de voluntad de la Administración habilitante, a favor de aquella persona pública o privada, que haya cumplido con todos y cada uno de los requisitos reglados, limitándose a ponderar la legalidad de lo solicitado en el ámbito del interés público que la misma Administración debe tutelar. De esta forma, por medio del acto de autorización, la Administración levanta las barreras frente a un derecho que ya se tiene, pero que debe ser necesariamente declarado a favor del sujeto previamente favorecido, siempre que se cumplan con las exigencias vinculantes del ordenamiento jurídico.

Si bien los actos administrativos de autorización y licencia encuentran como punto de coincidencia la declaración de un derecho preexistente, y por tanto, no constituyen ex novo un derecho, JINESTA LOBO⁴ los diferencia en razón de que el primero de ellos obedece a una petición expresa del administrado, pero que generalmente es discrecional en cuanto a motivo y contenido, mientras que en el acto de licencia, en sentido estricto, el contenido es necesariamente reglado.

En cuanto al acto de permiso, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de desarrollar ampliamente su naturaleza e implicaciones jurídicas, destacándose las siguientes características:

- a. El permiso crea una situación jurídica individual condicionada al cumplimiento de la ley, siendo que su incumplimiento implica su caducidad;
- b. Se da intuitu personae en consideración a sus motivos y al beneficiario; es decir, en principio se prohíbe su cesión y transferencia;
- c. Confiere un derecho debilitado o un interés legítimo. La precariedad del derecho del permisionario se fundamenta en que el permiso constituye una tolerancia de la Administración Pública respectiva que actúa discrecionalmente;
- d. Es precario, razón por la cual la Administración Pública puede revocarlo en cualquier momento, sin derecho a resarcimiento o indemnización;
- e. Su otorgamiento depende de la discrecionalidad administrativa, por lo que la Administración Pública pueda apreciar si el permiso solicitado se adecua o no al interés general.

² Jinesta Lobo, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica Continental, 2009.

³ Jiménez Meza, Manrique, Justicia Constitucional y Administrativa, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1999.

⁴ Ibid.

Para JINESTA LOBO,⁵ si bien tanto la figura de la autorización como la del permiso tienen como objeto común el levantamiento y la remoción de obstáculos para el ejercicio de una actividad determinada, la autorización se distingue en que solo es oponible a la propia administración y sus órganos, mientras que el permiso puede hacerse valer frente a los administrados. Además, en el caso de la autorización, la actividad no se encuentra prohibida; existiendo, en ocasiones, un derecho preexistente. Mientras que en el caso del permiso, siempre se otorga un derecho debilitado nuevo que supone una excepción a una prohibición de orden público.

Finalmente, el acto de concesión ha sido definido por JINESTA LOBO como aquel que la Administración otorga para transferir a otro sujeto, normalmente un sujeto de derecho privado sea persona física o jurídica, un poder o un derecho propio o impropio que el sujeto no tenía antes. En tal sentido, la Administración le confiere al sujeto un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, por lo que se trata de un acto creador y constitutivo de derechos *ex novo*. De esta forma y según el criterio de JIMÉNEZ MEZA, en la concesión el derecho subjetivo se constituye por un acto administrativo que así lo declara, tras haberse cumplido con el respectivo procedimiento.

En el voto número 1996-3451 del 9 de julio de 1996, la Sala Constitucional diferenció claramente entre las figuras de la concesión como acto administrativo creador de derechos subjetivos perfectos, de la figura del permiso como acto unilateral, precario y dador de derechos debilitados. Al efecto, dispuso:

"(...) La doctrina del Derecho público admite de manera casi unánime, que la trascendencia que tiene la concesión, por ser la forma ordinaria para la satisfacción de la necesidad del servicio, desaparece en el permiso, que al ser otorgado por la administración tiene aplicación en supuestos carentes de esa mayor importancia, de donde se deriva su naturaleza esencialmente temporal. Por ello el permiso tiene un contenido unilateral y precario. Su precariedad es consubstancial con la figura misma, de manera que el permisionario -salvo la prerrogativa de ejercitar su actividad- carece de derechos concretos que pueda exigir al Estado y que vayan más allá de lo que dispone el acto administrativo de autorización. La facultad emergente para conceder un permiso no constituye un derecho subjetivo completo y perfecto y su propia esencia admite que sea revocado sin responsabilidad para la administración, es decir, sin derecho a indemnización, cuando desaparecen las causas que le han dado origen, o cuando la Administración formaliza el contrato de concesión. La posibilidad que tiene la administración de revocar el permiso, sin necesidad de que exista una cláusula especial que así lo establezca es de principio general, pero de todas formas, cuando la revocación sea jurídicamente posible, ésta no puede ser intempestiva, ni arbitraria, conceptos jurídicos que han sido suficientemente desarrollados por la Sala. Se parte de que quien se vincula a la administración sobre bases tan precarias no puede luego quejarse de las consecuencias que de ello se derivan. Ahora bien, el otorgamiento de permisos depende de la discrecionalidad administrativa y la Administración puede apreciar si el permiso

⁵ Ibid.

que se pide está o no de acuerdo con el interés público y conforme a ello decidir si lo otorga o lo niega”.

Para finalizar este análisis general, también es posible distinguir entre los actos de concesión y autorización. Al respecto, JIMÉNEZ MEZA⁶ establece como criterio diferenciador el momento del nacimiento del derecho subjetivo y la técnica para su declaratoria. El autor explica que en la concesión, el derecho subjetivo se constituye por un acto administrativo firme y eficaz que lo declara como tal, luego de cumplirse con el procedimiento respectivo; mientras que en la autorización, el derecho subjetivo no se constituye por medio de un acto de igual naturaleza, sino que se consolida en virtud del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, por medio de un acto administrativo posterior, la Administración levanta obstáculos para que el derecho pre constituido sea objeto de disfrute mediante su declaratoria; esto previo al cumplimiento de los requisitos previamente definidos.

III. El nuevo orden público ambiental

El modelo de Estado social y ambiental de derecho, que surge a partir del reconocimiento constitucional del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en 1994,⁷ se postula como el medio idóneo para alcanzar el fin superior de conservación y uso racional, sostenible, equitativo y solidario de los bienes y servicios ambientales; asegurando, a la vez, la tutela del resto de los derechos humanos, con el objetivo máximo de satisfacer el interés público ambiental.

El criterio clásico del interés público,⁸ considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados y apreciable tomando en cuenta los valores de la seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, debe ser repensado a la luz del nuevo orden público ambiental. Así lo entendió el legislador costarricense, cuando al promulgar la Ley de Biodiversidad,⁹ plasmó en su artículo 11 el criterio especial del interés público ambiental, disponiendo lo siguiente:

“Son criterios para aplicar esta ley; (...) 3. Criterio de interés público ambiental: El uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de calidad de vida de los ciudadanos”.

El carácter transversal, finalista y evolutivo del derecho ambiental, su condición de derecho humano fundamental y la consolidación de sus principios generales, en especial los de progresividad, no regresión, objetivación y precautorio, demandan un nuevo enfoque interpretativo de muchos de los institutos clásicos del derecho.

⁶ Ibid.

⁷ Reforma al artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica mediante Ley número 7412 del 24 de mayo de 1994, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 111 del 10 de junio de 1994.

⁸ Artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública

⁹ Ley número 7788 del 30 de abril de 1998.

Los actos administrativos habilitadores de actividades económicas y de servicios no escapan de dicha circunstancia: Mediante el otorgamiento de autorizaciones, licencias, permisos y concesiones, la Administración Pública debe procurar garantizar el justo equilibrio entre la protección ambiental, el desarrollo económico y las actividades de los particulares, tomando en consideración la necesaria interrelación entre los elementos del desarrollo económico (turismo, inversión, empleo, infraestructura, finanzas sanas y sistema tributario), de la política social (educación, salud, seguridad) y de la protección ambiental (deber de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado).¹⁰

Por lo anteriormente expuesto, los actos administrativos habilitadores se constituyen como instrumentos esenciales e imprescindibles con los que cuenta el Estado socioambiental de derecho para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible.

IV. Actos administrativos habilitadores frente a la tutela del ambiente

Tomando como sustento el histórico fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina CXVIII, 278 y XXXI, 23, Podestá, Santiago y otros contra la Provincia de Buenos Aires sobre indemnización de daños y perjuicios, de fecha 14 de mayo de 1887, mejor conocido como el caso de los *"Saladeristas"*,¹¹ así como la sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires de Garovaglio y Zorraquín S.A contra la Provincia de Buenos Aires - Obras Sanitarias de la provincia de Buenos Aires - O.S.B.A., del 26 de setiembre de 2007, el jurista argentino FALBO,¹² de manera acertada y precisa, presenta un catálogo básico de los rasgos y perfiles específicos de los permisos o autorizaciones administrativas frente a la tutela del ambiente, caracterizado por los siguientes elementos:

- Inocuidad como fundamento: el permiso o autorización administrativa sólo puede sustentarse en que el establecimiento o actividad será inocuo.

¹⁰ Entre otros pueden consultarse los votos constitucionales 2009-17155 y 2014-10540.

¹¹ SUMARIO: Código Civil, art. 2611. Leyes de la Provincia de Buenos Aires del 31 de mayo de 1822 y de 6 de septiembre de 1881. Ley 13, Título 32, Partida 3°. DOCTRINA DEL FALLO: Antecedentes: Los saladeristas de Barracas demandaron a la Provincia de Buenos Aires por la indemnización de los daños y perjuicios que les ha causado la suspensión de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas ordenada por la ley de la Provincia de Buenos Aires del 6 de septiembre de 1881. Doctrina: "Que por ellas (N. del A: se refiere a las disposiciones administrativas sobre saladeros dictadas hasta la fecha de la ley que motiva el juicio), no se acuerda a los demandantes ningún derecho irrevocable para establecer sus saladeros en el Riachuelo de Barracas, pues se limitan a reglamentar esta industria, prescribiendo las condiciones higiénicas a que debe sujetarse y aún suspendiendo el ejercicio de ella en aquel punto, cuando la salud pública ha hecho necesaria esta medida". "Que la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al Gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida, por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza y no solamente puede imponer el establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si estas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos totalmente inocuos". "Que la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado correspondiente (arts. 2611 del Código Civil)".

¹² Falbo, Anibal J., La autorización administrativa es irrelevante para la responsabilidad civil ambiental. Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en Revista Derecho Ambiental, número 43, julio-setiembre 2015, Argentina.

- Inocuidad como primer objetivo: el objetivo del permiso o autorización administrativa es hacer inocuos a los establecimientos o actividades.
- No nocividad como segundo objetivo: la condición —implícita— que permite otorgar un permiso o autorización administrativa, es la de la no-nocividad.
- Provisionalidad de toda autorización administrativa.
- Obligación positiva del Estado de actuar en defensa de la salud pública.
- No obliga al Estado en ningún sentido a favor del autorizado, si la presunción de inocuidad no se comprueba en los hechos.
- Preeminencia —o prevalencia— de los derechos de la colectividad por encima de los derechos individuales y del derecho de propiedad. El permiso se otorga bajo la condición de no ser nocivo para la comunidad, tampoco se puede comprometer la salud pública, ni esparcir la muerte ni el duelo. Se descarta que el permiso o autorización administrativa genere derechos adquiridos.
- Rigor: el abordaje y análisis del permiso o autorización debe estar definido por una actitud de particular rigor en el decisor; rigorismo que impone todo lo que se relaciona con la afectación del ambiente.
- Dimensión intergeneracional: aparecen las generaciones futuras como una nueva dimensión de análisis y validación de la autorización administrativa.

Del catálogo de FALBO resaltan una serie de aspectos medulares que es preciso desarrollar con mayor detalle a través de la doctrina y la jurisprudencia comparada.

En un primer orden de ideas, desde principios del siglo anterior, el tratadista costarricense BRENES CÓRDOBA,¹³ afirmaba:

“El permiso concedido por las autoridades administrativas para establecer alguna industria u otra cosa que llegue a ser incómoda de modo que produzca daños reclamables, no impide la acción de los perjudicados, porque tales permisos se otorgan siempre, aunque no se diga de manera expresa, sin perjuicio de terceros”.

De lo expuesto por BRENES CÓRDOBA, es posible sustentar la tesis de que todo acto administrativo habilitador de actividades potencialmente dañinas para la salud y el ambiente lleva tácitamente inserta la máxima del *alterum non laedere*, teniendo como consecuencia que tales actos no funcionen como causa eximente de responsabilidad por daño ambiental.¹⁴

¹³ Brenes Córdoba, Alberto, Tratado de los Bienes, Editorial Juricentro, séptima edición, 2001, San José, Costa Rica.

¹⁴ La autorización administrativa de una actividad, obra o proyecto que genera inmisiones no implica per se su licitud desde el punto de vista civil, ni tampoco su carácter de tolerable. El hecho que las inmisiones estén por debajo de los límites administrativamente establecidos, no conlleva su tolerabilidad desde el derecho civil. Por ello, de existir autorización y no sobrepasarse los límites reglamentarios, le correspondería al perjudicado la carga de la prueba del carácter intolerable, mientras que la falta de autorización o al sobrepasarse los límites reglamentarios, la carga se invierte en el responsable generador de la inmisión.

Además, es importante destacar que a la luz del nuevo orden público ambiental y su dimensión inter e intra generacional, esos “terceros” se convierten actualmente en las generaciones presentes y futuras.

Por su parte, el ilustre jurista argentino VALLS,¹⁵ basado en el fallo de los “Saladeristas” antes citado, reconoce la facultad estatal de aplicar normas ambientales a situaciones creadas. Esto, inclusive a aquellas situaciones que cuentan con autorización administrativa, sin que ello transgreda el principio de retroactividad, tomando como fundamento el deber de proteger la salud pública y el ambiente; circunstancia contra la cual no existen derechos adquiridos.

Complementariamente, el profesor JORDANO FRAGA¹⁶ expone, de conformidad con la jurisprudencia española, que en materia de licencias de actividad no existen derechos adquiridos¹⁷. Asimismo, afirma que sin licencia no hay derecho adquirido¹⁸ y que las licencias ambientales como actos-condición no generan derechos adquiridos a contaminar, debiendo adaptarse a la legislación ambiental que se vaya dictando¹⁹. Señala, además, que las normas ambientales habitualmente miran al futuro (por ejemplo, se someten a Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) las futuras actividades que se implanten), pero cada vez es más usual que también contemplen el pasado desde la premisa que nadie tiene ganado el derecho adquirido a contaminar (si se amplían actividades existentes o se trasladan habrán de someterse a EIA). Por ello, expone que las autorizaciones ambientales son actos condiciones con *rebus sic stantibus* incorporado, que implican una cláusula de progreso autorizada por el poder transformador propio de un Estado Social, normalmente formulada en el derecho ambiental como *mejor tecnología posible*.²⁰

En esa misma línea, ESTEVE PARDO²¹ ratifica la provisionalidad propia de las autorizaciones administrativas relacionadas con lo ambiental, las cuales están siempre abiertas a nuevas exigencias, especialmente a raíz de los constantes avances de la ciencia y la técnica; nuevamente de conformidad con lo que se denomina la *mejor tecnología disponible*.

Para FALBO,²² todo nuevo avance, conocimiento, descubrimiento dato científico o técnico, impactará directamente y decisivamente en toda autorización o permiso. De manera tal que el sujeto autorizado deberá adecuar su actividad o proceso a los nuevos datos que vayan surgiendo, aportados básicamente por la ciencia y la tecnología (sin que pueda negarse la posibilidad de que provengan de otras áreas del conocimiento), o bien deberá cesar en su actividad.

¹⁵ Valls, Mario Francisco, *Derecho Ambiental*, primera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

¹⁶ Jordano Fraga, Jesús, “El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla*, número 09, julio 2003, España.

¹⁷ STS de 22 de julio de 1996, Ar. 1996/6203

¹⁸ STS de 23 de marzo de 1992. Ar. 1992/3229

¹⁹ STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 1999, RJCA 1999\371, Sala en Sevilla de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, y STSJ de Andalucía, de 1 de diciembre de 1999, RJCA 1999\4772, Sala en Málaga de lo Contencioso-Administrativo.

²⁰ Jordano Fraga, Jesús, “El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla*, número 09, julio 2003, España.

²¹ Esteve Pardo, José, *Derecho del Medio Ambiente*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014,

²² *Ibid*

Coincidiendo con el catálogo expuesto por FALBO, la jurisprudencia constitucional costarricense, basada en los principios ambientales de progresividad, objetivación y precautorio, ha sido la encargada de establecer los rasgos, perfiles, límites, restricciones y condiciones ambientales de los actos administrativos habilitadores de actividades con potencial impacto ambiental negativo.

Con relación a la provisionalidad de los actos administrativos habilitantes, su imposibilidad de generar derechos adquiridos y la prevalencia del derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado sobre el interés individual de desarrollar actividades, la Sala Constitucional costarricense, por medio de la sentencia 2004-14575, dispuso:

"Al respecto, estima la Sala que a pesar de que efectivamente se le está exigiendo al recurrente el cumplimiento de algunos requisitos que no fueron solicitados por la Administración años atrás, lo cierto del caso es que, por encontrarse de por medio el interés público de proteger la salud, la vida, la seguridad de las personas y el ambiente, no puede considerarse válido el argumento del recurrente en el sentido de que por tener veinte años de operar ahí puede continuar haciéndolo ya que precisamente la exigencia de esas nuevas condiciones y requisitos, tiende a preservar el ambiente y a garantizar el derecho a la salud, a la vida y a la seguridad de las personas que habitan en el lugar que es una zona residencial. En ese sentido y como en otras ocasiones se ha afirmado, estima la Sala que entratándose de materia ambiental y de la preservación de los derechos a la salud, a la vida o la seguridad de las personas, no solo no puede considerarse la existencia de derechos adquiridos sino que, además, el Estado siempre cuenta con la posibilidad de exigir el cumplimiento de nuevos requisitos a las diferentes actividades que desarrollen los individuos, aún cuando el inmueble o el tipo de labor que se realiza, sea anterior a la modificación de la ley que exige nuevas condiciones. Debe recordarse que esta Sala en cuanto al ambiente se refiere, ha manifestado que la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural es un derecho fundamental, de modo que frente al interés particular de un individuo a desarrollar una actividad, prevalecerá sin duda alguna, el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; derecho éste que también le concierne a aquél individuo. A partir de lo dicho entonces, estima la Sala que el recurrente no puede alegar que ha derivado derechos adquiridos por haber disfrutado del ejercicio de una actividad que ahora no se ajusta a derecho y por el hecho de que no le hubieran exigido en el pasado el cumplimiento de determinados requisitos, pues el interés público representado por el Estado en cuanto a su obligación de velar por el derecho que le asiste a toda persona de gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado así como también del derecho a la vida, a la salud o a la seguridad de las personas predomina sobre el interés privado de la explotación de la actividad de parqueo de cisternas que se ha estado desarrollando en una zona que en la actualidad no reúne las condiciones para ese tipo de labores, sobre todo si se toma en cuenta que, en todo caso, la actividad no cuenta con permiso sanitario de funcionamiento ni tampoco con patente municipal por lo que es evidente que el ejercicio de esa actividad ha estado al margen del ordenamiento jurídico. Ahora bien, como

consecuencia de lo anterior, en caso de que la actividad deba ser clausurada con fundamento en las anteriores consideraciones, el individuo siempre cuenta con la posibilidad de que se le indemnice cuando ello sea procedente, lo cual, en todo caso, deberá ser determinado por la autoridad competente por cuanto se refiere a un aspecto de legalidad. En consecuencia, este Tribunal considera que en la especie no se ha producido la violación alegada por la parte recurrente en concordancia con las consideraciones anteriormente señaladas”.

En sentido similar, , la misma Sala Constitucional dejó claro en el voto número 2006-4746 con relación a autorizaciones y licencias, que es válida la modificación de los requisitos o de las condiciones en que puede ser llevada a cabo una actividad por parte de los administrados. Inclusive, sería igualmente válida su aplicación retroactiva, a menos que ello provoque el desconocimiento de derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas. De esta sentencia es posible destacar el siguiente extracto:

“Precisamente, en materia de salud pública los permisos son otorgados por períodos cortos con la intención de que el control que ejerza el Estado (a través del Ministerio de Salud) de las actividades potencialmente lesivas de la salud pública, sea un control constante y efectivo. Al acudir la amparada a solicitar prórroga de su permiso, en el fondo lo que hizo fue requerir una nueva licencia, por lo que en ese momento la Administración no solo podía, sino que además debía, exigirle el cumplimiento de toda la normativa vigente a la fecha de su nueva solicitud. En razón de lo anterior, esta Sala estima que en la especie no ha ocurrido una aplicación de las normas referidas contraria a la regla contenida en el artículo 34 constitucional, sin perjuicio de la posibilidad que conserva la amparada de acudir a la vía administrativa o a la jurisdicción común a reclamar en caso de que considere encontrarse ante un supuesto de responsabilidad por actividad lícita de la Administración, prevista en los artículos 194 y 195 de la Ley General de la Administración Pública”.

Además, la jurisprudencia constitucional reconoce el poder-deber de la Administración de exigir el cumplimiento de nuevos requisitos para otorgar o renovar autorizaciones y permisos de actividades económicas y de servicios, en aras de preservar los derechos de incidencia colectiva, sin que sea relevante la fecha en que ha iniciado la actividad, obra o proyecto del que se trate. Este fue el criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia número 1993-2742:

“Del informe rendido -que se tiene dado bajo juramento- y de la documentación a él acompañada se desprende que la nueva orden de desalojo emitida por el codemandado Inspector Sanitario de Curridabat, de conformidad con lo ordenado en resolución N° DM 1544-92 -de lo que se reclama-, se basa no sólo en el incumplimiento de parte de la empresa recurrente de anteriores Ordenes Sanitarias para que evacuaran sanitariamente las aguas pluviales y desechos sólidos (aceites) de su propiedad para evitar filtraciones a las propiedades de sus vecinos -de lo que éstos se quejaban- y para proteger la Salud Pública, sino en el hecho de operar sin el debido Permiso Sanitario de Funcionamiento, que tenía que solicitar al Departamento de Ingeniería Sanitaria lo cual se negó a hacer

-pese a la advertencia en tal sentido se le hizo desde el ocho de agosto de mil novecientos ochenta y ocho por medio de la Orden Sanitaria N° 17343-A-, sin que pueda alegarse -como se pretende que la Ley General de Salud entró en vigencia con posterioridad a la construcción y operación de las instalaciones de la recurrente por lo que ésta tenía derechos adquiridos, pues no sólo dicha ley es de orden público y, por ende, oponible a los intereses particulares, sino que en detrimento de la salud pública no existen derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas, de manera tal que toda empresa debe adecuar sus instalaciones y funcionamiento a las disposiciones que en esta materia establezca el Estado, sin importar -como en este caso- que aquella haya estado operando antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, a la que en todo caso, deberá adecuarse dentro de un plazo razonable. De modo que lo actuado por los recurridos no resulta arbitrario, pues además de serlo dentro del ámbito de las facultades y competencias otorgadas por la Ley, lo fue para poner a derecho una situación irregular, situación que no remedió la recurrente a pesar de habersele otorgado al efecto un plazo más que suficiente (...)."

Por otra parte, mediante el voto número 2013-6615, la Sala Constitucional tuvo la oportunidad de dirimir una controversia relacionada con la potestad administrativa de control y regulación de actividades económicas frente al derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado, disponiendo al efecto lo siguiente:

"(...) toda actuación del Estado debe guardar un justo equilibrio entre todos los intereses involucrados, siendo que cuando existe un estado de certeza por un bajo impacto ambiental sobre ciertas actividades, podría ser procedente relevar ciertos estudios y evaluaciones técnicas-científicas de impacto ambiental, pero cuando ello no está presente, el Estado debe resguardar otros principios. Toma en cuenta la Sala que el interés por agilizar los trámites administrativos nunca puede ceder ante el principio precautorio, especialmente si se está frente a actividades peligrosas para el ambiente, y para el ser humano".

Consecuentemente, la potestad administrativa de modificación de permisos para simplificar o racionalizar trámites y requisitos o suprimir los no imprescindibles en el control y regulación de actividades económicas, se encuentra limitada por el principio precautorio, por las reglas unívocas de la ciencia y la técnica y especialmente, por el principio de progresividad, en la medida que los niveles de protección ambiental alcanzados deben ser respetados, no disminuidos, sino más bien incrementados con el fin de asegurar a las presentes y futuras generaciones mejores condiciones ambientales.

Cabe destacar que en múltiples ocasiones la Sala Constitucional ha anulado actos declarativos de derechos otorgados a particulares mediante autorizaciones, licencias, y permisos, por ser violatorios al derecho fundamental al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. A manera de ejemplo, es posible citar el voto constitucional 2008-18529 que anuló todos los permisos de construcción otorgados a propiedades ubicadas dentro de la zona de amortiguamiento (banda de 500 metros) del Parque Nacional Marino Las Baulas sin que tuvieran la viabilidades ambientales;. Asimismo, en materia de protección de acuíferos, la sentencia constitucional número 2004-1923 anuló los permisos municipales y demás autorizaciones mediante los que

particulares contaban con viabilidad ambiental expedida por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

Este mismo criterio también ha sido aplicado a situaciones patrimoniales consolidadas, incluso interlocutoriamente; tales como madera talada al amparo de actos anulados por violar el derecho al ambiente, donde la Sala Constitucional por medio del voto número 2002-6446, adicionado por el 2003-02862, no permitió siquiera la movilización ni el aprovechamiento por parte de los permisionarios de una explotación forestal.

V. Conclusiones

El régimen de los actos habilitadores de actividades económicas y de servicios, debe adecuarse en función de un criterio de interés público que visibilice el justo equilibrio entre la protección ambiental, el desarrollo económico y las actividades de los particulares.

Dichos actos constituyen instrumentos esenciales e imprescindibles para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible, razón por la que una tutela efectiva desde el momento de su otorgamiento, así como durante su monitoreo, se traduce en un abordaje oportuno en virtud de la naturaleza preventiva y precautoria que rige la tutela del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Asimismo, la implementación de los principios de progresividad, no regresión y objetivación de las normas ambientales en la toma de decisiones relativa al otorgamiento, revisión, modificación, prórroga, renovación o extinción, así como el control, fiscalización y monitoreo de estos actos, constituye el mecanismo más efectivo para garantizar, tanto al administrado como a terceros, que todas las actividades económicas y de servicios derivadas de un acto habilitante de la Administración, se fundamentan en el corto, mediano y largo plazo, en las premisas del desarrollo sostenible y de seguridad jurídica.

Tal es la orientación que ha sido abordada por medio de la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de que la ejecución de actividades económicas y de servicios derivados de dichos actos, no se encuentra exento de ser objeto del control de las normas ambientales anteriores o posteriores al otorgamiento del acto.

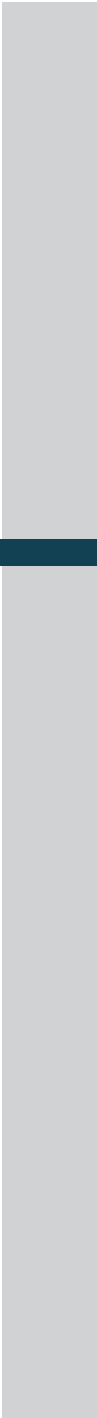
Asimismo, es preciso incorporar criterios como el de inocuidad, no nocividad, provisionalidad, prevalencia de los derechos de la colectividad, rigor; así como a las reglas unívocas de la ciencia y la técnicas y el principio de justicia intergeneracional, como componentes esenciales que caracterizan las nuevas dimensiones de la tutela del interés público frente a dichas actividades.

Por lo que más allá del replanteamiento de un esquema clásico, se trata de visibilizar una metodología en la toma de decisiones administrativas que se adecue en su totalidad a las demandas actuales de la sociedad, es decir, a un interés público que aboga por la implementación criterios capaces de canalizar, debida y oportunamente, el régimen del justo equilibrio que operativiza los alcances del desarrollo sostenible, en el marco de un Estado social y ambiental de derecho.

Bibliografía

- Brenes Córdoba, Alberto, Tratado de los Bienes, Editorial Juricentro, sétima edición, 2001.
- Cabrera Medaglia, Jorge, Manual de Legislación Ambiental, Editorial Jurídica Continental, 2006.
- Esteve Pardo, José, Derecho del Medio Ambiente, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014.
- Falbo, Anibal J., La autorización administrativa es irrelevante para la responsabilidad civil ambiental. Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Revista Derecho Ambiental, número 43, julio-setiembre 2015.
- González Ballar, Rafael, Apuntes de Derecho Administrativo, primera edición, San José, Editorial Isolma, 2009.
- Hines Céspedes, César, Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael
- González Ballar, primera edición, San José, Editorial Isolma, 2011.
- Jiménez Meza, Manrique, Justicia Constitucional y Administrativa, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1999.
- Jiménez Meza, Manrique, Derecho Público, Editorial Jurídica Continental, 2001.
- Jinesta Lobo, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, parte General, Editorial Jurídica Continental, 2009.
- Jordano Fraga, Jesús, "El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho", Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 09, julio 2003.
- Jordano Fraga, Jesús, "El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho", Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 09, julio 2003.
- Lorenzetti, Pablo, Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Revista Derecho Ambiental, número 43, julio-setiembre 2015.
- Peña Chacón, Mario, Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales, Revista Monfrague Desarrollo Resiliente, volumen II, número 1, enero 2014.
- Peña Chacón, Mario, Retroactividad de la normativa ambiental, Revista Innovare, número 1, volumen 3, agosto 2014.

- Peña Chacón, Mario, Responsabilidad ambiental derivada de las relaciones de vecindad, Revista Monfrague Desarrollo Resiliente, volumen II, número 2, abril 2014.
- Sagot Rodríguez, El desarrollo sostenible en la jurisprudencia constitucional, primera edición, Editorial Juricentro, 2014.
- Valls, Mario Francisco, Derecho Ambiental, primera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.



La Sala Primera y el Arbitraje en Costa Rica

Sumario

I. Potestades legales de la Sala Primera. II. Recurso de revisión. III. Requisición del expediente al tribunal arbitral. IV. La Sala Constitucional y el proceso arbitral. V. Conclusiones.

Dennia María
Fernández Morales
Abogada

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en materia de arbitraje tiene un rol preponderante, por cuanto por mandato legal, tiene competencia para conocer de asuntos del mismo. Las potestades que le da la Ley 7727 de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social no solo son claras sino delimitadas en los numerales 29, 38, 64, 65, 66 y 67 y lo establecido por el Código Procesal Contencioso Administrativo; que permiten acudir a esta Sala ante la posible impugnación del laudo arbitral, concretamente, por medio de los Recursos de Nulidad y Revisión, éste último de conformidad con los presupuestos establecidos por el Código supracitado.

En estos supuestos, la Sala Primera no actúa ni como órgano jurisdiccional por existir una renuncia a la jurisdicción ordinaria, ni como órgano administrativo pues no es tampoco parte de la organización administrativa propiamente dicha; por lo que ante las dos tesis excluyentes, no queda otra vía que repensar en la creación de una tercera tesis alterna, que es la denominada, la Sala Primera actuando como “*órgano especial*” y parte esencial del arbitraje en Costa Rica. En este sentido el Dr. Sergio Artavia parece paliar este dilema teórico y terminológico, desde un punto de vista más práctico, indicando que en realidad “...constituye la atribución de una competencia funcional limitada a la misma.”¹

“... desde hace años atrás la Sala primera definió la no posibilidad de intervención o injerencia de otras materias en materia arbitral, además aclaró que en caso de tener la Sala que referirse sobre la validez de un laudo, sería calificando únicamente aspectos de forma y no de fondo, posición que ha mantenido por varios años”.² El objetivo de esta aseveración es la de desjudicializar los procesos arbitrales y dotarlos de mayores herramientas y facultades autónomas de la jurisdicción ordinaria.

La misma Sala ha manifestado en este sentido, mediante el voto 4-T-00 de las quince horas del cinco de junio del año dos mil, el rol que tiene en su seno dentro de los procesos arbitrales y destacando tres aspectos fundamentales que deben ser debidamente citados:

- a. La desjudicialización del arbitraje como una alternativa a la justicia institucional.
- b. La prohibición de que órganos judiciales de ser designados árbitros de equidad o de derecho.
- c. La facultad de las partes de poder elegir libremente el procedimiento idóneo frente a la naturaleza de los conflictos suscitados con la única limitación de respetar los principios constitucionales de derecho de defensa y contradictorio.³

Aspectos como la globalización, la transformación, el avance tecnológico e industrial y la sensibilización en diferentes sectores de la sociedad, han hecho que el arbitraje cada día gane más adeptos que ven en la utilización de ese instituto jurídico, una alternativa a la jurisdicción ordinaria, especialmente en cuanto a los beneficios de costos, tiempo y un verdadero acceso a la justicia pronta y cumplida.

¹ ARTAVIA B. Sergio: Comentarios a la Ley de Arbitraje y Conciliación. Resolución Alternativa de Conflictos Editorial Jurídica Continental, San José, 2012 pag. 222

² AVENDAÑO Solano, Tatiana: Fortalezas y debilidades de Costa Rica para convertirse en país sede de arbitraje comercial internacional mediante la aplicación de la Ley 8937. Universidad de Costa Rica, San José, 2013

³ Sala Primera, Corte Suprema de Justicia: Voto 4-T-00 de las 15.00 horas del 5 de junio del 2000.

Esto se refleja en la proliferación de centros de arbitraje en el país, y la institucionalización de muchos de ellos. Concretamente la utilización de los medios de impugnación con que cuentan las partes en los procesos arbitrales, deja como resultado un estudio más preciso, con fundamentación lógico y documentado de los logros y los yerros que hemos alcanzado en la materia y proponer mejoras importantes. Estas mediciones las tenemos a la mano para estudio académico, desde el mismo Poder Judicial de la República, en manos específicas de la Sala Primera, como órgano especializado en arbitrajes.

Muchas de las razones de su participación en los arbitrajes de cualquier naturaleza, nos lo da la misma Sala, cuando indica lo siguiente:

*"Históricamente el arbitraje, en cualquiera de sus modalidades responde –en lo fundamental- a la necesidad del comercio de obtener una expedita equilibrada y jurídicamente aceptada resolución de sus controversias. La jurisdicción tradicional dejó de ser la opción más ventajosa, pues los procesos, ideados con una vocación instrumental a favor de la justicia, a manos de litigantes de mala fe, dificultan erróneamente la resolución dificultosa de los conflictos. Si a ello se aúna el componente de una alta litigiosidad de la sociedad contemporánea, el crecimiento demográfico y el volumen de las transacciones internas, es claro que la jurisdicción ordinaria cuenta con enormes dificultades para responder con la celeridad requerida por el intercambio global. Ante esa realidad incontestable, el arbitraje surgió como instrumento alterno de mayor celeridad y adaptabilidad para dirimir las controversias entre los agentes económicos del comercio mundial."*⁴

Se asiente, que la Sala Primera ha tenido un gran protagonismo en el arbitraje en Costa Rica, aparte de sus competencias específicas otorgadas por ley ha dictado aportes terminológicos importantes que permiten retratar el instituto del arbitraje en el siglo XXI, los avances y retrocesos que hemos tenido pero sobretodo desarrollar una doctrina especializada e imperante en el país.

Por un lado, "... la jurisprudencia de la Sala Primera se puede apreciar que la Sala ya ha adquirido una cierta especialización en este tema y, como regla general, respeta y reconoce los principios rectores del arbitraje, como el principio kompetenz-kompetenz y el principio de la autonomía de la cláusula arbitral. Tiene además, una versión más moderna de los conceptos de orden público y de respeto del contradictorio".⁵

Finalmente debemos mencionar que en cuanto al arbitraje internacional, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mantiene una intervención judicial mesurada dentro de los procesos arbitrales. A manera de ejemplo podemos mencionar la Ley de UNCITRAL, en el artículo sexto, en el cual se "...designó a la Sala como autora para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje." Este hecho merece ser destacado por cuanto una especialización judicial es lo ideal a los efectos de lograr un

⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 00280-14 de las 10:15 horas del 5 de marzo del 2015

⁵ MORALES Ramírez, Catalina: La aplicación de medidas cautelares en el proceso de arbitraje internacional en Costa Rica de acuerdo con la Ley 8937 : Universidad de Costa Rica, San José, 2014 pág. 119

*desarrollo uniforme del arbitraje comercial internacional y, sobre todo, aportar un respaldo jurídico eficaz en este ámbito”.*⁶

I. Potestades legales de la Sala Primera

Dentro de las potestades legales encomendadas a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, establecidas por el Código Procesal Civil y por la Ley 7727 de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, destacamos las siguientes que se detallan a continuación:

a. La ejecución de laudos extranjeros:

El Código Procesal Civil, establece en el artículo 707 la competencia específica de la Sala Primera en cuanto a la ejecución de los laudos extranjeros.

“La ejecución de sentencias, autos con carácter de sentencia y laudos, así como de mandamientos de embargo, citaciones, pruebas y otras actuaciones, pronunciados por tribunales extranjeros, se pedirá ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Tratándose de sentencias, autos con carácter de sentencia y laudos, previa traducción de la ejecutoria, si no estuviere en español, se dará audiencia a la parte contra la que se dirija, por un plazo de diez días, vencido el cual la Sala resolverá lo que corresponda.

Contra esta resolución no habrá ningún recurso”.

b. Potestad de nombramiento por un tercero:

La Sala Primera podrá nombrar un Árbitro, si transcurridos quince días siguientes al recibido de la notificación, una parte nombra un árbitro, podrá solicitar a la Secretaría de la Corte a que nombre, si dentro de los quince días siguientes al nombramiento del segundo arbitro, todavía no hay elección de arbitro Presidente, este será nombrado por la Sala Primera de la Corte, el Colegio de Abogados o una entidad autorizada para administrar arbitrajes.

c. En cuanto a la competencia del Tribunal Arbitral:

Como es necesario recordar y ha sido la constante de la jurisprudencia de la Sala Primera, *“el tribunal arbitral tiene competencia para conocer y declarar acerca de su propia competencia, bien sea de oficio o por gestión de parte”*. De manera que el Órgano Arbitral (unipersonal o colegiado), será quien decidirá sobre la admisibilidad de las excepciones de incompetencia y del recurso de apelación que pueden interponer las partes dentro del proceso arbitral por aspectos meramente de competencia.

Excepción de competencia: La excepción de incompetencia deberá ser opuesta a más tardar con la contestación de la demanda. Contra la resolución de competencia del Tribunal

⁶ MORALES: Op. Cit., pág 117

Arbitral cabe Recurso de Revocatoria ante el Tribunal Arbitral y de Apelación ante la Sala Primera.

“...la parte disconforme podrá interponer directamente ante el Tribunal dentro de los tres días siguientes a la notificación y en forma fundada, un Recurso de Apelación, que deberá ser resuelto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En este caso el Tribunal Arbitral, decidirá sobre la admisibilidad del Recurso y si fuera admisible de inmediato remitirá a la Sala copia de las piezas del expediente que considere necesaria para la correcta resolución del recurso, sin perjuicio de cualquiera de las partes o la propia Sala pueda solicitar piezas adicionales.

Recibidas las copias de le expediente o las piezas pertinentes, la Sala resolverá el recurso sin tramite adicional alguno.

Contra lo resuelto por la Sala respecto de cuestiones de competencia no cabrá recurso. Lo resuelto tampoco podrá ser motivo de nulidad en contra del laudo.”

Se desprende del desarrollo jurisprudencial en cuestión, que el hecho generador de la competencia del Tribunal Arbitral, deviene de la misma clausula arbitral suscrita por las partes, y que como obligación natural y jurídica debe cumplirse. Por dicha razón, esta cláusula debe cumplir de forma clara y precisa, ciertas formalidades y requerimientos legales y de admisibilidad y funcionalidad pues de lo contrario, podría ser incompatible con el Ordenamiento Jurídico interno y/o inaplicable por ambigua.

Ante todo, la cláusula suscrita en un contrato, debe garantizar el libre consentimiento de las partes contratantes. Ese convenio puede ser complementado, modificado o revocado en cualquier momento por acuerdo entre las partes intervinientes. Debe contener de manera expresa e inequívoca, la voluntad de someterse a un proceso arbitral. No debe quedar duda de la identidad de las partes y su voluntad de suscribir este convenio.

En este sentido, y en principio la cláusula arbitral no puede comprometer a terceras personas, sino únicamente a las partes que acordaron tal compromiso, deviene entonces que los Tribunales Arbitrales carecerían de competencia para conocer de los conflictos respecto de aquellos terceros que no suscribieron la cláusula arbitral. Resulta importante, mencionar sobre este aspecto de terceros que podrían ser sometidos a conocimiento de árbitros, que existen tesis que lo aceptan, como es el caso de los grupos de interés económico.

d. Recurso de Nulidad

El artículo 64 de la Ley 7727 (RAC) establece la facultad de las partes intervinientes en el proceso arbitral, de interponer los recursos de nulidad y recursos de revisión que son procedentes contra el laudo arbitral.

El derecho de interponer ambos recursos contra el laudo, es irrenunciable por indicación expresa de la ley y en el caso del recurso de nulidad es un mecanismo de impugnación

vertical, informal y extraordinario⁷. El Recurso de Nulidad constituye una garantía procesal para las partes de respetarse las formas, reglas y principios de cualquier proceso arbitral de conformidad con la normativa interna; la interposición por sí mismo del recurso no suspende la ejecución del laudo.

Interpuesto el recurso de nulidad a conocimiento de la Sala Primera, ésta requerirá el expediente al Presidente del Tribunal Arbitral (tribunal colegiado) o al árbitro (tribunal unipersonal) que dictó el laudo objeto de la impugnación ante el órgano de jurisdicción especializado en la materia. Todo lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 7727 (RAC).

Las *causales* por las cuales puede ser interpuesto el *recurso de nulidad* son las taxativamente establecidas en el artículo 67 de la Ley RAC que se circunscriben a las siguientes:

- Cuando el laudo haya sido dictado fuera del plazo, salvo si las partes los han ampliado.
- Se haya omitido pronunciamiento sobre asuntos sometidos al arbitraje, sin cuya resolución resulte imposible la eficacia y validez de lo resuelto.
- Se haya resuelto sobre asuntos no sometidos a arbitraje; la nulidad se decretará en cuanto a los puntos resueltos que no hayan sido sometidos al arbitraje y se preservará lo resuelto si fuera posible.
- La controversia resuelta no era susceptible de someterse a arbitraje.
- Se haya violado el principio del debido proceso.
- Se haya resuelto en contra de normas imperativas o de orden público.
- El Tribunal carecía de competencia para resolver la controversia.

e. Jurisprudencia de la Sala Primera en material de proceso arbitral

La utilidad que nos ofrece el desarrollo jurisprudencial de la Sala Primera, por su especialización en materia de arbitraje en general, es fundamental para aquellas personas que dedican al estudio academicista o ejercicio profesional del arbitraje. Su compilación sistemática permite establecer mediciones sobre el instituto jurídico.

Después de un análisis exhaustivo de la misma, nos percatamos que el Sistema de Despacho de Implementación del Poder Judicial, nació a partir del año 2007, y que la información

⁷ Pero el recurso de nulidad es de carácter extraordinario, no solo por ser taxativo sino además porque el tribunal que lo conoce en alzada solo puede examinar los motivos concretos de impugnación alegados por el recurrente recurso rogado o en relación-, no pudiendo la Sala revisar motivos no alegados, bajo pena de incurrir en exceso de poder. Podría pensarse que algunas de las causales, aun cuando no han sido alegadas, pueden ser estudiadas y aun estimadas de oficio por la Sala, especialmente las que se refieran a la inarbitrabilidad de la materia, la violación al debido proceso y la violación a normas imperativas o de orden público. Sin embargo, si la nulidad es un recurso extraordinario y rogado, potestativo para las partes, no es posible para la Sala entrar a analizar de oficio, causales no alegadas ni fundamentadas por las partes. ARTAVIA B. Sergio: Comentarios a la Ley de Arbitraje y Conciliación. Resolución Alternativa de Conflictos Editorial Jurídica Continental, San José, 2012 pp 221-222

recopilada además de especial ha sido de difícil recolección y catalogación. No obstante, la labor realizada ha sido encomiable en este Despacho, pues se ha ido recopilando en forma periódica todos los datos mensuales sobre cada materia (denominada descriptor), y dentro de ellas la que nos interesa: El Arbitraje.

Del análisis sistemático se pueden extraer conceptos fundamentales de los procesos arbitrales especialmente nacionales o domésticos, y que han nutrido el Ordenamiento Jurídico de conceptos claros y algunos de interpretación pragmáticos a la misma normativa y al arbitraje mismo; de manera que su estudio es esencial.

Algunos de los conceptos desarrollados vía jurisprudencial son los siguientes:

Sobre el acuerdo arbitral, se ha señalado que “la cláusula arbitral y el compromiso arbitral se unificaron en un concepto más general denominado “acuerdo arbitral”, el cual es un convenio entre dos o más personas quienes se obligan a dirimir sus controversias en un proceso arbitral, cuya decisión final -laudo- tiene carácter vinculante. Ese acuerdo puede estar incorporado en una cláusula del contrato o en documento separado. La ley no establece formalidad, pero la voluntad de acudir a esa vía debe ser expresa e inequívoca. El objeto debe ser disponible y de naturaleza patrimonial, presente o futura, pendiente o no ante los tribunales comunes”.

En reiteradas ocasiones la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido además, que *“la competencia asignada a un Tribunal Arbitral, para que pueda conocer de algún conflicto en particular, dependerá del convenio expreso que los sujetos de una relación jurídica determinen, a fin de someterle su solución, siempre que la materia sobre la cual verse sea patrimonial y disponible... cuando el órgano Arbitral resolvió la defensa, y se ubicó en el contexto adecuado para definir si tenía o no competencia y sobre el particular, argumentó que habiendo acuerdo expreso que estableciera el sometimiento del diferendo a resolución en la vía del arbitraje y siendo materia patrimonial disponible, no procedía el cuestionamiento competencial”.*⁸

Asimismo se ha procedido a determinar la potestad de la Sala Primera de conocer la competencia del Tribunal Arbitral cuando éste haya sido debidamente nombrado, así reza en su voto número 645-A-2003 de las 10 horas 45 minutos del 8 de octubre del 2003 que indica lo siguiente:

“Como se puede observar de la relación contenida en el considerando procedente, el problema que se plantea es esencialmente si el citado centro está en la facultad de someter a las partes al procedimiento arbitral que se intenta. Entendiendo así el tema en debate, viene de suyo que lo comunicado por el Centro no es recurrible por vía de apelación ante la Sala y menos sobre un supuesto conflicto de competencia que sería prematuro en tanto siquiera se ha integrado el Tribunal”.

⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 1395-A-S1-2010 del 15:45 horas del 11/11/2010.

Análisis concreto de los votos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: Para la presente investigación se analizaron 319 votos emitidos por la Sala Primera desde el año 2007 al año 2014, con 41 descriptores en materia diversas relacionadas con el arbitraje, que nos permiten observar y concluir los aspectos en que presentamos mayores debilidades y fortalezas al participar en un proceso arbitral a nivel nacional.

Los descriptores analizados fueron los siguientes, de los cuales podemos constatar que incidieron mayormente en los siguientes aspectos: Cláusula arbitral, cláusula penal, conflicto de competencias, falta de fundamentación, incongruencia, proceso arbitral y recurso de apelación.

Descriptor	Casos
1. Acuerdo Arbitral (concepto y alcance)	4 votos
2. Adición y aclaración	4 votos
3. Arbitraje	1 voto
4. Arrendamiento	1 voto
5. Capacidad jurídica	3 votos
6. Capacidad procesal	2 votos
7. Control arbitral	4 votos
8. Clausula arbitral	10 votos
9. Clausula penal	12 votos
10. Conciliación	2 votos
11. Conflicto de competencia	20 votos
12. Contrato	4 votos
13. Descentralización	5 votos
14. Desistimiento	1 voto
15. Falta de fundamentación	14 votos
16. Incompetencia	3 votos
17. Incongruencia	42 votos
18. Inconstitucionalidad	1 voto
19. Laudo Arbitral	9 votos
20. Mandato	3 votos
21. Mediación	6 votos
22. Notificación	2 votos
23. Nulidad	1 voto
24. Personalidad jurídica instrumental	5 votos
25. Principio de informalidad	2 votos
26. Principio de preclusión	2 votos
27. Proceso	3 votos
28. Proceso arbitral	46 votos
29. Prueba	12 votos

30. Prueba para mejor proveer	1 voto
31. Reajuste de precio	1 voto
32. Recurso de Apelación	27 votos
33. Recurso de Nulidad	1 voto
34. Recurso de Revisión	2 votos
35. Representación Legal	6 votos
36. Sentencia	6 votos
37. Sucesión procesal	3 votos
38. Timbre Fiscal	13 votos
39. Tribunal Arbitral	5 votos
40. Demanda	1 voto

Además de conformidad con la información suministrada por la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos (DINARAC) adscrito al Ministerio de Justicia y Paz, en la actualidad se cuenta con la existencia de diecisiete Casas de Justicia de Naturaleza Pública donde se tramitan conciliaciones y/o mediaciones.

Por otro lado se han aprobado los siguientes Centros de Conciliación y Arbitraje, algunos de los cuales están autorizados para administrar arbitrajes de Derecho y de Equidad, que le han permitido a la DINARAC como órgano competente en la materia, llevar un control más preciso de los arbitrajes institucionales que se llevan en el país:⁹

1. Cámara de Comercio de Costa Rica
2. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio AMCHAM
3. Centro de Justicia Alternativa del Colegio de Abogados y Abogadas CJA
4. Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos CFIA
5. Instituto de Conflictos Familiares INCOFAME.
6. Centro Latinoamericano Empresarial CLAE
7. Centro de Mediación y manejo de conflictos, enseñanza e investigación CEMEDCO.
8. Centro de Resolución de Conflictos en materia de la propiedad, Cámara de Corredores de Bienes Raíces CRCP
9. Centro de Mediación y Arbitraje CEMEDAR
10. Centro de Mediación Balanza y Nivel JURISIS
11. Centro Autónomo RAC Laboral
12. Centro Latinoamericano de Resolución de Conflictos CELARAC
13. Centro de Resolución de Conflictos Puntos de Encuentro
14. (Tribunal de Resolución Alternativa de conflictos TRAC

⁹ Dirección Nacional de Notariado del Ministerio de Justicia y Paz. En <http://mjp.go.cr/vicepaz/index.php/centros-rac>
11 de setiembre del 2015

Lo centros que administran conciliación y arbitraje, requieren de autorización expresa de funcionamiento del Ministerio de Justicia, de conformidad con el artículo 72 de la Ley RAC. Además del Decreto Ejecutivo 32152 MJ del 27 de octubre del 2004 Ministerio de Justicia y Gracia, señala que es el mismo, quien autoriza a los centros y los reglamenta en cuanto a su operación específica.

La autorización administrativa es una forma de tutela ante los centros para administrar determinados mecanismos de resolución alterna de conflictos, dentro de ellos el arbitraje. Sus regulaciones pretenden proteger el interés público y de los derechos fundamentales de las personas, la ley se ocupa de elementos procesales de tipo de la actividad, pero no regula aspectos decisivos propios del procedimiento arbitral.

La jurisprudencia analizada, en forma conexas contribuye a la regulación del arbitraje, pero evidencia el desconocimiento de los abogados y abogadas en cuanto aspectos básicos sobre la forma de abordar los procesos arbitrales y los recursos que pueden interponer ante la Sala Primera; en otras ocasiones se ha pretendido mal utilizar la misma por litigantes inescrupulosos, al querer convertirla en una Sala de Casación (que en el arbitraje no existe), o retrasar o evadir otros procesos; desconocen muchos (as) que la judicialización del arbitraje por medio de la Sala Primera, es como órgano máximo para resolver únicamente asuntos de competencia y aspectos de forma.

A manera de ilustración, del análisis realizado, se evidenciaron que en ese período de tiempo, se aceptaron pocos Recursos de Nulidad interpuestos contra laudos, (periodo comprendido del 2008-2013), los demás recursos fueron rechazados por la aplicabilidad de los mismos y porque hacían referencia a asuntos de fondo y no de forma, resultando por demás improcedentes.

No se puede impedir el derecho fundamental de toda persona de accionar en otra instancia y que se respeten las garantías sagradas del debido proceso, como el derecho de defensa y de contradictorio, especialmente por el principio de convencionalidad de la Constitución Política que es supra constitucional. Derechos Humanos que deben ser reconocidos por ser parte de Convenios y Tratados Internacionales que Costa Rica ha ratificado y se encuentra obligada a respetar de conformidad con el artículo 48 de la Carta Magna.

No obstante, de todas esas acciones se evidencian yerros importantes incurridos por los litigantes en el uso de estos mecanismos, muchos de ellos ineludiblemente por desconocimiento de la materia.

Por otro lado, no todas las posibles infracciones o errores en el proceso y en el laudo, acarrear la nulidad del fallo, sino solo aquellas que se encuentra expresamente señaladas por la ley como causales de nulidad y a las que me referí con anterioridad.

El Recurso de Nulidad, no está sujeto a formalidad alguna, sin embargo, requiere de la cosa juzgada material como requisito de admisibilidad ante la Sala Primera, y debe estar expresamente indicada la causal o razón de nulidad alegada, de acuerdo a los artículos 65 y 67 de la Ley 7727.

II. La diferencia entre el Recurso Casación clásica y el Recurso de Nulidad en el proceso arbitral, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

Como una de las debilidades que resultó de las acciones interpuestas en la Sala Primera, como instancia superior o revisora de los procesos arbitrales, está la confusión que existe entre el Recurso de Nulidad que se interpone en contra de los laudos y el Recurso de Casación que tienen otros procesos judiciales. Por ello, se ha creado este apartado para poder determinar las diferencias sustanciales que tienen ambos mecanismos de impugnación.

- a. Ambos recursos requieren como requisito de admisibilidad la existencia de la cosa juzgada material.
- b. En la Casación Clásica que establece el Código Procesal Civil, se hace referencia a la violación de las normas de fondo y de forma, mientras que en el Recurso de Nulidad del laudo, se hace referencia a asuntos únicamente de forma, a errores cometidos dentro del proceso arbitral. En ese sentido ver los artículos 615 y 616 del CPC.
- c. Mientras que el Recurso de Casación será una doble instancia en algunos procesos judiciales, la Sala Constitucional ha reiterado que no existe derecho fundamental a la doble instancia en el arbitraje, y la circunstancia de que la resolución final que se dicta en un proceso arbitral no tenga recurso de apelación no es violatorio del debido proceso.¹⁰

*"En cuanto al primer aspecto alegado, violación al derecho a una doble instancia, este Tribunal reiteradamente ha señalado que no existe un derecho fundamental a la doble instancia, salvo en materia penal o sancionatoria. El hecho de que el legislador haya dispuesto en algunos procesos que determinadas resoluciones dictadas tienen la posibilidad de ser revisadas por una instancia superior, no significa que se pueda extender el razonamiento a otros procesos o a otras resoluciones sin más. En relación con el tema de los recursos, este Tribunal ha indicado que la Constitución Política no contempla un derecho a la doble instancia; el derecho de apelación no es irrestricto, y sólo se constituye como tal, en los términos establecidos en el Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos Humanos) en sus artículos 8 y 25, que lo limitan a la materia penal, contra el fallo condenatorio, o en los demás casos, en cuanto a las resoluciones que ponen fin al proceso, con las salvedades que se indican. Así, la circunstancia de que la resolución final que se dicta en un proceso arbitral no tenga recurso de apelación no es violatorio del debido proceso."*¹¹

- d. Para efectos del presente análisis el Recurso de Casación por razones de fondo y procesales, en su sentido clásico, refiere a una lista más amplia de causales que inclusive puede causar la modificación de la sentencia. Mientras que el Recurso de Nulidad, tiene un espectro de causales más limitado y no permite la modificación del laudo, pero si su anulación cuando no cumple los requerimientos de ley.
- e. Se puede interponer el Recurso de Nulidad dentro de los 15 días siguientes de la notificación del laudo, lo que no ocurre en el Recurso de Casación, en cuyo caso el plazo es más amplio.

¹⁰ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Número 2009-12215 de 14:45 horas del 5 de agosto del 2013

¹¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 2005-2009

III. Recurso de revisión

La aplicación del Recurso de Revisión, tiene su fundamento jurídico en lo señalado en el artículo 64 de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y lo dispuesto por los artículos 619 y 620 del Código Procesal Civil. Se interpone contra el laudo como derecho fundamental de las partes a accionar.

El plazo para interponerle es el de tres meses después de haberse dictado el laudo.

IV. Requisición del expediente al tribunal arbitral

Cuando las partes interponen cualquiera de los recursos que proceden en contra del laudo, la Sala Primera, tiene la potestad de la requisición del expediente del Tribunal, en el caso de que sea unipersonal o colegiado, en este último caso a quien preside el mismo. Lo anterior, de conformidad con lo establecido por el artículo 66 de la Ley RAC.

V. La Sala Constitucional y el proceso arbitral

Nos merece la pena destinar un apartado para citar la jurisprudencia emitida la Sala Constitucional que se ha emitido a nivel nacional sobre el arbitraje.

Algunos de los aspectos más relevantes que ha mencionado son los que se citan en la sentencia 2005-2999, de los cuales se rescatan las siguientes consideraciones:

- a. Primeramente hace referencia al arbitraje como método de resolución alternativa de conflictos indicando lo siguiente: Las formas alternativas de solución de conflictos entre los particulares tienen en común la idea de facilitar la solución célere y eficiente de las controversias, sin necesidad de acudir al proceso judicial. La doctrina suele distinguir entre los métodos autocompositivos y los métodos heterocompositivos para la solución de conflictos de intereses. En los autocompositivos, las mismas partes solucionan el conflicto sin la ayuda de nadie autocomposición indirecta- o con la ayuda de otra autocomposición directa (v.g. mediación, conciliación). Los heterocompositivos se caracterizan por la presencia de un tercero que resuelve la controversia mediante la imposición de su criterio. Dentro de estos últimos instrumentos figura el arbitraje, que constituye un proceso de carácter no judicial mediante el cual las partes someten el conflicto a un tercero imparcial denominado árbitro con el objeto que éste lo conozca y resuelva con carácter vinculante.
- b. La elección de árbitros. Las partes eligen, en forma privada, a unos sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una controversia, y cuya decisión la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de cosa juzgada. La esencia que materializa la posibilidad del arbitraje radica en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos.
- c. El consentimiento de las partes intervinientes. Tiene sustento contractual porque depende del consentimiento de ambos contradictores, sin embargo, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público centrado en ciertas materias que devienen indisponibles para los interesados. En este sentido el artículo

2 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos No. 7727 del 14 de enero de 1998 indica que Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible .

Por otro lado, desarrolla, el fundamento constitucional del proceso arbitral, consagrado en nuestra Constitución Política, en el artículo 43 que establece el arbitraje como derecho fundamental y que reza lo siguiente: *"El contenido material de este derecho se manifiesta, en primer término, en su condición de derecho potestativo, puesto que nadie puede ser obligado a someterse a un arbitraje si, previamente, no lo ha consentido en el ejercicio de su libertad de contratación. Además el arbitraje debe realizarse conforme a un procedimiento que garantice a las partes al menos los siguientes derechos: a) un tribunal imparcial integrado por árbitros competentes; b) la posibilidad de las partes de impugnar las resoluciones; c) el derecho de solicitar la nulidad del laudo ante los tribunales comunes cuando no se respeta la garantía constitucional del debido proceso; d) la garantía de ejecución del laudo para la parte vencedora."*

Sobre el particular, la Sala Constitucional también señaló lo siguiente, en la sentencia No. 531-96 de las 15:15 hrs. del 30 de enero de 1996, indicó lo siguiente:

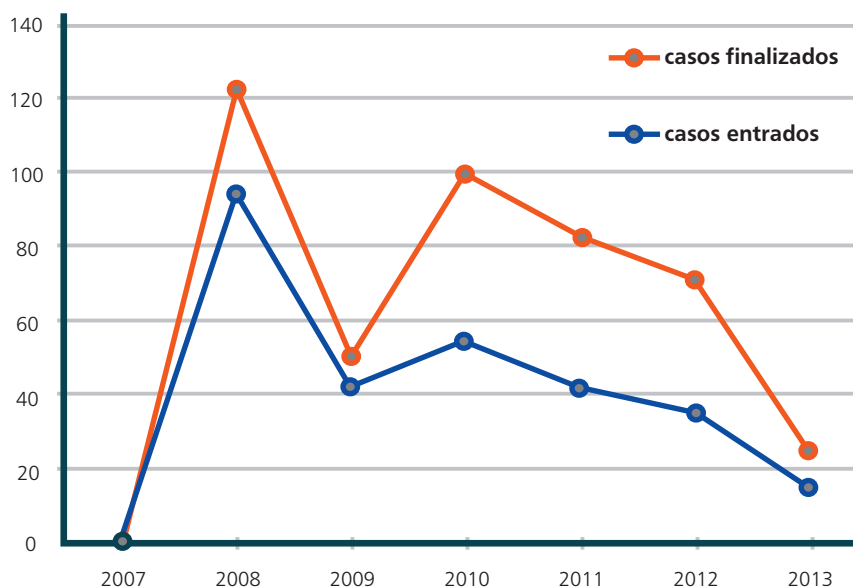
SOBRE LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL. *El laudo es el acto más importante del proceso arbitral, por cuanto es el único modo formal o adjetivo de finalizar el arbitraje. Por vía de principio, el laudo es irrecurrible, por cuanto las partes, en ejercicio de su libertad, han encomendado la resolución del conflicto a personas en quienes confían. Ahora bien, tampoco se trata de consagrar la instancia única y definitiva del proceso arbitral, sino que, basta con reservar para defectos graves y manifiestos la revisión por parte del órgano jurisdiccional fiscalizador.*

VI. Conclusiones

La relación de la Sala Primera con los Centros es prácticamente nula en relación con otros medios de resolución alternativa de conflictos como la conciliación y/o mediación, pero muy importante con otros mecanismos de ellos, como son los Tribunales Arbitrales, que son los que mantienen relación directa con ese órgano jurisdiccional especializado en arbitraje en Costa Rica.

No obstante y pese a todo lo expuesto, se puede concluir y demostrar que ha habido un incremento importante de los procesos arbitrales que ingresan a conocimiento de la Sala Primera a través de mecanismos de impugnación, lo cual demuestra un mayor uso del mecanismo, producto de la posible saturación del sistema judicial y de la sensibilización que se ha hecho en diversos sectores de la sociedad. Aunque los resultados no son los óptimos aún, si ha habido un repunte de la actividad que es medible en el entorno nacional. (Ver Anexo 1)

Anexo 1

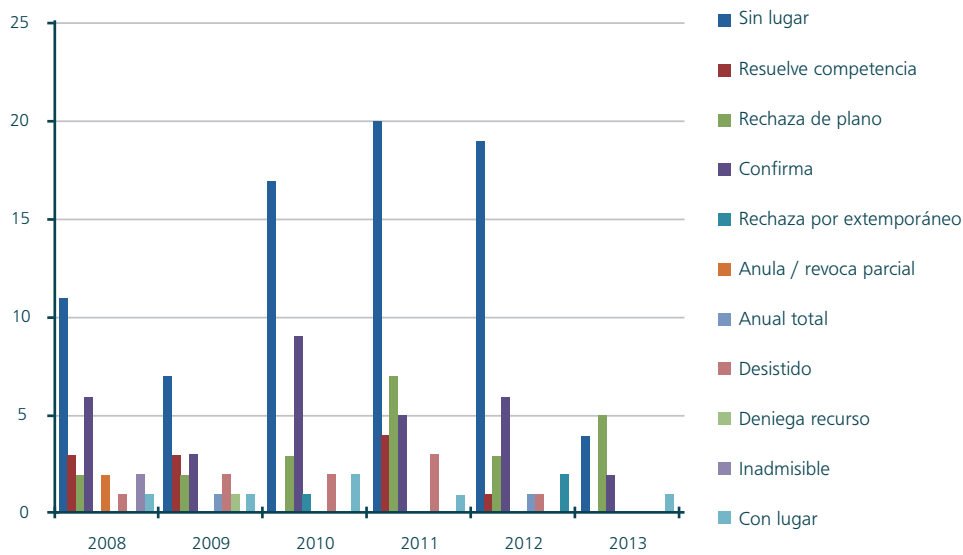


Otro factor que nos demuestra el presente estudio y nos permite concluir por medio de los indicadores analizados, todos ellos medibles; es el comportamiento que ha venido desarrollado vía jurisprudencial la Sala Primera, ante los casos que son sometidos a su conocimiento, que en el caso concreto, es de consideración de la suscrita, es *pro arbitraje*.

Estos indicadores y su estudio, a la vez son útiles para determinar el conocimiento o desconocimiento de los litigantes en estos procesos tan especiales; para poder determinar en qué áreas se debe fortalecer el arbitraje, especialmente con la cantidad de procesos que se declaran con lugar y los que son inadmisibles o rechazados *ad portas* o de plano. La utilización de recursos de casación disfrazados de recursos de nulidad.

Como se puede apreciar en el anexo 2, del análisis de los casos que fueron sometidos a conocimiento de la Sala Primera, entre el año 2007 al 2013, se puede observar un descenso en los procesos declarados sin lugar, teniendo un repunte en el año 2011 y 2012, y un descenso significativo para el año 2013. (Ver anexo 2)

Anexo 2



**Estudios de
Colaboradores
internacionales**

El perfil del jurista en la actualidad. Retos de abogados y abogadas del sector público, con especial énfasis en las funciones de la Contraloría General de la República

Sumario

I. Aspirar a ser mejores, clave de la legitimidad institucional. II. La necesidad de innovación en el sector público, incluyendo los órganos de control. III. El perfil de las abogadas y abogados de la Contraloría General de la República, ante los desafíos de la innovación y la sociedad del conocimiento. IV. La necesidad de replicar capacidades y valores del perfil en los procesos de selección.

Ricardo Rivero Ortega¹

Universidad de Salamanca

¹ Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Decano de la Facultad de Derecho.

I. Aspirar a ser mejores, clave de la legitimidad institucional

Los responsables de cualquier institución pública que se detienen a reflexionar en torno a su papel de servicio a la sociedad, ponderando el mejor modo de realizarlo, no sólo demuestran compromiso con el interés general, sino también afán de mejora continua para ofrecer excelentes resultados. Quienes no lo hacen, desde una suerte de estancamiento *satisfactorio*, poco a poco o súbitamente se desconectan de las demandas de la gente y pierden su propia razón de ser.

A todos nos cuesta abandonar nuestra zona de confort. Preferimos tantas veces simplificar nuestras tareas reduciéndolas a algún cometido esencial y de cómoda ejecución, porque la mayoría de los trabajos pueden automatizarse. Ahora bien, si hacemos nuestra labor sin meditar sobre sus implicaciones, sin pensar en su utilidad y sentido, no sólo deviene alienante, sino tantas veces inútil y vacía por haber perdido su verdadera raíz, aquello por lo que fue prevista.

Cuantos ejemplos podríamos encontrar en la historia e incluso en nuestro entorno de personas y empresas abandonadas con desidia a las inercias circunstanciales. Empleados públicos que no leen ni se interesan por las transformaciones de su tiempo. Comerciantes cuyos negocios no se orientan a las nuevas necesidades de sus clientes. Políticos que piensan que tienen garantizado el respaldo de sus votantes y no perciben el malestar ante el empeoramiento de las condiciones de vida.

Incluso las organizaciones más prestigiosas deben preocuparse de comprobar en tiempo real sus indicadores de rendimiento y percepción. En su devenir, han de tener muy presente la hipótesis de la reina roja, un principio evolutivo expresado en la siguiente forma paradójica, es preciso avanzar para no perder posiciones. La atención al cambio y sus múltiples consecuencias es imprescindible si se aspira a actuar debidamente, descartando actitudes indolentes o inmovilistas.

Sólo hay un modo de no empeorar en las propias capacidades o rendimiento. Aspirar a ser mejor. Abandonar la constante búsqueda del arquetipo produce indefectiblemente situaciones de deterioro de las personas y las instituciones. Si un Rey deja de esmerarse en ser el mejor Monarca se notará, será muy evidente. Cuando un funcionario se descuida o comienza a trivializar el ejercicio de sus tareas, todos a su alrededor lo perciben. Así como apreciamos la mejora, sentimos el abandono.

En esta observación apunto el primer principio del perfil del empleado público, incluyendo los juristas, y también por supuesto los servidores de la Contraloría General de la República. Lo más importante, clave de todo lo demás, es el afán de mejorar. El deseo y la determinación de cumplir las tareas aspirando a la excelencia, al mejor de los resultados posibles. Si se pierde esto, las cosas salen regular, o mal. Y si nunca se tuvo, aun peor será para las instituciones.

En las páginas siguientes intentaré responder a varias preguntas que se acercan en su planteamiento a la formulación más simple y recurrente de los grandes interrogantes humanos. En lugar de intentar explicar quienes somos, de donde venimos y hacia donde

vamos, me pronunciaré en una versión más práctica sobre el quienes y cómo deberíamos ser hoy los juristas del sector público y hacia donde debiéramos evolucionar en nuestros perfiles profesionales.

Contamos por supuesto con brillantes aproximaciones previas al ideal del funcionario público, en nuestra propia tradición hispanoamericana y en la de los países más desarrollados, con sus diversas tradiciones. En Alemania, en Francia, en Inglaterra y en España se ha debatido sobre el perfil del servidor del Estado, pero también este concepto debe sujetarse a constante revisión, salvando lo mejor de su definición clásica y aportando todo aquello que nos ofrezca el progreso del pensamiento humano.

Desde mi punto de vista, no existe un jurista de instituciones públicas paradigmático, de igual modo que no creo en el Juez Hércules, imaginado por Dworkin en su marco teórico de una Justicia ideal. Todas las personas somos falibles. Erramos por nuestros sesgos cognitivos, nuestros prejuicios, la formación que hemos recibido o nuestro estado anímico puntual. Mucho más de lo que pensamos, por lo que para mejorar primero debemos *conocernos a nosotros mismos*.

Esto ya nos lo advirtieron los clásicos, la mejor filosofía. Y otro pensador español, ORTEGA Y GASSET, señaló la importancia de las circunstancias de la persona en la comprensión de su realidad. Para poder ser mejores, debemos saber quienes somos, como somos y cuales son las circunstancias que nos rodean, sus implicaciones para el interés público y nuestra posición particular ante los asuntos que se nos encomienden. Ser conscientes en suma de la realidad.

Antes de proponer un perfil determinado del abogado del sector público, aplicable a los funcionarios de la Contraloría General de la República, ofreceré algunas reflexiones en torno a la necesidad de innovación en las organizaciones administrativas, mostrando qué es la innovación, cómo se innova y por qué es necesario innovar, pues este discurso justificará las variaciones sugeridas en el modo de seleccionar, formar, evaluar y promocionar a los abogados y funcionarios de la Contraloría General de la República.

II. La necesidad de innovación en el sector público, incluyendo los órganos de control

a. Qué es innovar. Diferencias con otros modos de cambio en las instituciones públicas

Innovar es encontrar soluciones mejores para dar respuesta a nuestras necesidades cotidianas. Aprender lecciones aplicables al tratamiento de los asuntos que nos ocupan, tomando en cuenta cómo lo hacen los otros, los que tienen más éxito. Reconociendo también en el error una posibilidad de acierto futuro. Asumiendo riesgos controlados en el afán de convertirlos en oportunidades. Para mejorar, hemos de innovar. Sin innovar, en el mejor de los casos, permaneceremos donde estamos.

Los innovadores y las innovadoras son personas que intentan hacer algo de manera distinta a como se viene haciendo, porque consideran que puede haber una solución mejor desde

algún punto de vista. Los innovadores no se mueven por prejuicios ideológicos o peticiones de principio, simplemente intentan dar una respuesta más adecuada a una necesidad aprovechando las circunstancias determinadas de lugar, tiempo, medios personales y materiales, conocimientos y tecnología.

No asociamos la innovación con revoluciones políticas violentas o accidentadas. Tampoco con radicales transformaciones en la ideología. Cuando pensamos en innovación pensamos en cambios no traumáticos, tranquilos, benéficos, originales y audaces incluso, pero no ejecutados contra nada ni nadie, sino por y para hacer las cosas mejor. La innovación es el resultado, o mejor el proceso, de la búsqueda de la excelencia, no un proyecto político visionario y al fin dañino.

Quizás por ello, así como durante el siglo pasado se sucedían las propuestas de modernización de la Administración pública, hoy las ideas de cambio se refuerzan en el tópico Innovación. Reforma, modernización e innovación administrativa no deben considerarse sinónimos, pues los matices terminológicos y enfoques diferenciales son relevantes, predominando en la reforma la solución de patologías funcionales, y en la modernización el empleo de nuevas tecnologías.

La innovación no comporta necesariamente el presupuesto de algo que se está haciendo mal, ni es correcto, aunque sí muy frecuente, identificarla con las TIC, tecnologías de la información y las comunicaciones. Cuando analizamos el marco teórico de la innovación, en sus descripciones por los pensadores de la economía y la gerencia, nos encontramos con procesos similares a los observables en la naturaleza, en los que las especies y sus individuos se adaptan con soluciones ingeniosas a sus nuevas necesidades.

Casi todo lo que podemos descubrir en las dinámicas evolutivas biológicas puede extrapolarse y aplicarse a los procesos innovadores institucionales. Ambas son muestras de adaptación de organismos a un entorno cambiante, de modo que las soluciones que desarrollen los seres y la forma de encontrarlas pueden servir también para las organizaciones, tanto las públicas como las privadas. Unas y otras necesitan adaptarse para seguir cumpliendo sus funciones.

En este sentido, podemos pensar en el hallazgo de la importancia de la colaboración como ventaja evolutiva, frente a la lucha por la supervivencia, o el reconocimiento del azar como una de las explicaciones más plausibles a un gran número de avances evolutivos, descritos como volutas o casualidades. Ya los primeros teóricos de la innovación en la economía se inspiraron en las ideas darwinianas, así que sólo seguimos esa pista.

Como sucede por cierto con tantos conceptos relevantes, se habla demasiado de innovación sin comprender su verdadero significado. Hay quien considera que es lo mismo que inventar o producir sofisticados descubrimientos científicos o ingenieriles. Olvidan estas explicaciones que se puede innovar con el uso del tiempo, en las relaciones personales o la ingestión de los alimentos, innovaciones estas por cierto potencialmente trascendentes y beneficiosas también para las instituciones públicas.

Pensemos por ejemplo en una posible innovación en el empleo del tiempo, la racionalización de horarios, cuyos efectos positivos sobre la productividad y el bienestar de los empleados

de una organización están suficientemente contrastados. O, combinando con nuevas tecnologías, el teletrabajo, cuyas consecuencias estimadas en términos de calidad de vida se discuten últimamente. Un gestor público innovador ha de reflexionar constantemente sobre el modo de consumir el tiempo.

Cabe también la innovación en las relaciones interpersonales, tan a menudo descuidadas en organizaciones burocratizadas en exceso. Para toda institución debería ser muy importante cuidar que sus empleados se sintieran reconocidos y apoyados en momentos difíciles. También celebrados cuando por razones personales es el momento de hacerlo, con detalles cuyo posterior efecto positivo sería fácilmente cuantificable. La humanización de las organizaciones es un rasgo innovador.

Decir por ejemplo que las instituciones públicas habrían de interesarse por los hábitos alimenticios de sus funcionarios puede resultar llamativo, pero a ninguna institución le interesa que la deshidratación o bajada de glucosa de sus empleados perjudique sus resultados productivos. De ahí que innovaciones de promoción de la salud en las oficinas públicas, favoreciendo la dieta sana o el ejercicio físico, pueden ser aportaciones relevantes al mejor desempeño profesional. Esto también es innovar.

Siempre ha habido innovación, aunque no se llamara con tal nombre. En la cocina, en las estrategias o tácticas organizativas. En la decoración de los edificios y los espacios de trabajo, con la importancia que puede tener sin ir más lejos los lugares en los que los abogados del sector público puedan reflexionar sobre los casos, preparar las defensas y hacer ejercicios de introspección sobre los argumentos a emplear y sus implicaciones. Entornos adecuados para la reflexión, con todos los medios necesarios.

De igual modo que es necesario protocolizar en espacios adecuados reuniones periódicas o sesiones clínicas en las que se pongan en común los casos para aprovechar la experiencia ajena y aproximar los criterios recurriendo al saber acumulado, evitando las meras tormentas de ideas. La organización de las reuniones y los grupos de trabajo deben ser diseñados de tal modo que se eviten los riesgos del sesgo cognitivo propio de estas dinámicas, asignando papeles diferenciados en la defensa de alternativas.

Innovar es hacer las cosas de un modo distinto y, finalmente, mejor. Innovar es ofrecer alternativas más exitosas para responder a las necesidades, incluso suprimiéndolas.

b. Por qué es tan importante innovar si se quieren superar los actuales desafíos

El elemento crucial de la innovación es la adaptación a las variaciones de circunstancias. Luego hay que comenzar señalando los factores que han variado, descaradamente tiempo y espacio. El ritmo de los procesos sociales y económicos es un dato decisivo, pudiendo señalarse nuestra época como la de la prisa total, cuando nadie tiene casi paciencia para esperar nada, y todos queremos respuestas casi inmediatas a nuestras demandas, como resultado de la capacidad de reacción de las nuevas tecnologías.

La información al alcance de los ciudadanos, la transparencia y el papel de los medios de comunicación, es otro de los factores circunstanciales que ha de tener presente el gestor o funcionario público innovador. Una decisión que la opinión pública considere contraria a sus intereses puede terminar con la carrera de un funcionario público, así que hoy todos los empleados públicos hemos de ser muy cuidadosos, dando por hecho que en Democracia cada uno de nuestros comportamientos puede ser conocido.

Más aún desde que el Internet 2.0 se ha convertido en un espacio de interacción crítica, donde la información no es plana y dada por sus diversos productores, sino que se contrasta, se debate, se rebate o complementa con fuentes más precisas, más próximas, cada una con su propia cuota de verdad y certeza. Durante el siglo XX, el Estado tenía más capacidad de presentar su propia versión de la realidad interna de sus instituciones. Hoy cualquiera puede llegar a denunciar lo que ocurre dentro de las organizaciones.

Todo ello afecta a los órganos de control, pues sus funciones son característicamente informativas. La presión sobre los mismos, traducida en mayor exigencia de efectividad, se ha multiplicado, de modo que se ven obligados a responder productivamente ante nuevas demandas sociales que pueden hacer más compleja y al tiempo mucho más útil socialmente su tarea. Ya no pueden limitarse a velar por el respeto de la legalidad formal. Deben esforzarse en velar por la coherencia en el respeto de los principios materiales.

c. Cómo innovar. Gradualmente, colaborando, incluyendo, con enfoques heurísticos, aprovechando el azar y desde un oportunismo inteligente

Hay diversos tipos de innovación posibles, dicotómicamente separados en innovación disruptiva o gradual, conceptos ambos aplicables a las reformas organizativas, procedimentales y de personal del sector público. La primera, tajante, parte de cambios bruscos y radicales, como podría ser por ejemplo la eliminación total de la estabilidad en el empleo, mientras la segunda permitiría modificaciones más paulatinas del estatuto funcionarial. Es menos drástica, y para algunos también menos eficaz.

Por mi parte, me muestro decidido partidario del segundo enfoque, el gradual, frente a las disruptivas opciones de innovación en el sector público. Sobre todo, aunque no sólo, por las resistencias y rechazos que estas formas de proceder tienden a activar, con resultados tantas veces contraproducentes. Para lograr cambios en las personas y en las organizaciones, es preferible conseguir su aquiescencia, lo que salvo en situaciones excepcionales es más fácil de obtener con procesos paulatinos que bruscamente.

Otra de las claves del correcto modo de proceder para el éxito en la innovación radica en lo que podríamos llamar aprendizaje de la experiencia ajena o, si fuera posible, colaborativo. Aunque también cabe la innovación desde la iniciativa puramente individual, los procesos innovadores casi siempre comportan la existencia de redes o colaboraciones entre agentes que comparten necesidades y buscan respuestas. Hoy estas sociedades pueden trabajar sin coincidencia física, en una suerte de *wikinnovación*.

Desde luego, la filosofía sector público propicia el trabajo conjunto y más desinteresado entre organizaciones, permitiendo sus estructuras y objetivos la colaboración entre innovadores de la misma institución o de instituciones similares, partiendo del contraste de experiencias para aprender lo positivo y negativo de cada una, tomando lo mejor de todas las existentes. Esto que en la metodología empresarial se denomina *Benchmarking*, y puede simplificarse en la idea de copiar a bajo coste.

Afirmando que la colaboración ayuda e incluso fortalece los procesos de innovación en el sector público, hemos de descartar su planteamiento como objetivo partidista excluyente de otras formas de pensar partidistas o ideológicos. Para su mejor éxito, las innovaciones han de intentar ser superincluyentes, no dejar fuera a ninguno de los actores beneficiados por sus decisiones. Los excluidos pueden activar resistencias desactivados de las potenciales ventajas del cambio.

Otra de las diferencias del cómo de la innovación frente a la reforma o la modernización administrativa radica en su comprensión heurística, no condicionada por peticiones de principios a priori o dogmas cuya realización sea inesquivable. La innovación pretende ser muy práctica y apegada a unas circunstancias muy concretas de tiempo y lugar, luego puede modificar su planteamiento en función de esos factores con absoluta libertad, sin el miedo de traicionar algunos valores intocables para ciertas posiciones políticas.

Tantas veces la solución de un problema no está en la aplicación de un prejuicio, sino es una solución aparecida al azar. Situaciones excepcionales inesperadas pueden ser una fuente considerable de innovación, al ofrecer la oportunidad al gestor público de aplicar repuestas tampoco ensayadas hasta el surgimiento de tal estado de cosas. Aprovechar el azar es uno de los rasgos del gestor público innovador, que ha de ser en cierto modo también un oportunista inteligente.

d. La innovación aplicada al trabajo del jurista, abogado del sector público, en instituciones de control

La teoría de la innovación puede aplicarse al trabajo de los abogados del sector público. Muchos de los problemas que afronta el jurista de una institución pública serían más fáciles de resolver con más innovación normativa y con normativa para la innovación. La innovación normativa debería servir para mejorar los resultados de los procesos de redacción de normas, al parecer diseñados para poner dificultades a la gestión del día a día, como muestran por ejemplo las normas contractuales.

Necesitamos normas favorecedoras de la innovación, algo que podemos conseguir porque tantas veces son las propias instituciones las que diseñan sus propias normas. La primera aplicación de la metodología innovadora ha de proyectarse sobre la elaboración de normas e instrucciones de funcionamiento interno, permitiendo que los funcionarios propongan soluciones alternativas a las clásicas para solucionar problemas estructurales, incentivándolo en lugar de penalizarlo.

Uno de los principales obstáculos jurídico administrativos a la innovación es el miedo a la discrecionalidad, considerada por algunos el Caballo de Troya en el Estado de Derecho.

Permitir a un gestor público elegir entre varias alternativas, todas ellas igualmente aceptables, se considera una fuente de riesgo de abusos, excesos y arbitrariedades. Pero en Democracia no debíamos temer al ejercicio responsable de las funciones públicas, siempre y cuando dispongamos de instituciones de control.

Los órganos de control son esenciales en Democracia, pero no debieran actuar tanto como frenos como en un carácter de complemento y contrapeso. También los órganos de control necesitan innovación, pues su diseño institucional obedece a un principio de desconfianza comprensible para proteger los recursos públicos. Hoy, sin embargo, resulta relativamente sencillo *seguir el dinero*, luego su contribución no puede agotarse en la garantía de que nadie se lo lleva a casa.

La innovación de los órganos de control pasa porque contribuyan a *administrar mejor*.

Para poder hacerlo, necesitan personas con el talento, las habilidades y el conocimiento suficiente. Deben intentar inocular en sus principales agentes el ánimo de la innovación. Desde comprensiones planas e inmovilistas de las funciones institucionales, no es posible prestar mejor servicio a la sociedad. Con servidores públicos apegados a una lista cerrada de competencias y obligaciones, no cabe ir más allá de lo que siempre se ha hecho. Por eso necesitamos un nuevo perfil profesional.

Comenzar por las abogadas y abogados no es en modo alguno una mala idea. La columna vertebral de toda institución pública es el principio de legalidad. Nada se puede hacer o dejar de hacer sin habilitación o previsión normativa. Sólo cabe aquello que los juristas consideren posible, so riesgo de exigencia de responsabilidades administrativas o penales. Así que para activar procesos de innovación en el sector público, se hace necesario replantear el rol de los juristas y sus insumos de saberes y aptitudes.

III. El perfil de las abogadas y abogados de la Contraloría General de la República, ante los desafíos de la innovación y la sociedad del conocimiento

a. La importancia de la formación previa. Colaboración con las facultades de Derecho

Antes de llegar a ser abogados o abogada de una institución pública, es preciso graduarse en Derecho. Así que los perfiles profesionales y humanos sobre los que nos pronunciamos se hallan previamente condicionados por una experiencia académica concreta que hemos de tener presente. Se les ha educado en los rudimentos jurídicos, en la dogmática y el conocimiento de las normas. Si se ha hecho bien, se les habrán inculcado principios y valores de respeto de la persona y la función social de las leyes.

Existen por supuesto diferencias en los contenidos curriculares y la calidad de la enseñanza en las facultades de Derecho, debiendo discernir la mejor formación jurídica de otras regulares o simplemente mediocres. Las mejores universidades se preocupan de que los

futuros abogados adquieran los conocimientos, competencias y capacidades necesarios para desarrollar su oficio, mientras otras fábricas de titulados sólo aspiran a cobrar las tasas correspondientes por expedir un diploma sin más.

La selección de los funcionarios públicos, y en particular de los abogados, ha de ser escrupulosa a la hora de discernir a los mejor de los peor formados. Debe valorar los conocimientos, capacidades y habilidades reales de los aspirantes a ingresar en cada institución. Debe hacerlo desde la constatación de la realidad, que no partiendo del prejuicio de que un nombre de una determinada Universidad comporta correlativamente y con toda seguridad buena formación. Debe estar alerta al fraude formativo.

Sería recomendable una mayor comunicación entre instituciones públicas e universidades para detectar las carencias y necesidades formativas de los futuros abogados del sector público. Es apreciable por ejemplo el problema que plantea la práctica ausencia de materias dedicadas al estudio de la contabilidad en la formación de los futuros abogados, o la ignorancia lamentable del análisis económico del Derecho entre los enfoques metodológicos a tener en cuenta. A menudo no se explica ni teoría de la litigación.

Bien es cierto que estas carencias pueden ser compensadas por la formación adicional que ofrezcan las propias instituciones a sus funcionarios, o proactivamente por los aspirantes o ya funcionarios al reconocer sus necesidades de complemento formativo. Queda expuesta no obstante la sugerencia de colaboración entre instituciones universitarias y organizaciones administrativas, que podría traducirse en visitas y conferencias en las que representantes institucionales explicaran los perfiles buscados.

b. Abogados jóvenes o experimentados. Lograr la plena identificación del abogado o abogada con la institución a la que sirve

Cuáles debieran ser estos, qué tipo de persona, abogado, deben buscar las instituciones públicas. Hay quien afirma que deberían buscar un abogado de experiencia y habilidad contrastada por su éxito profesional al servicio del sector privado. En este caso, quizás no podrían competir con los honorarios correspondientes, y se plantearían constantes riesgos de conflicto de intereses. Considero más apropiado buscar personas más jóvenes a las que formar en las necesidades jurídicas específicas de su organización.

Seguramente el funcionario no nace, sino que se hace. Aunque podrían señalarse algunos rasgos de personalidad que predisponen hacia el servicio público, frente a quienes por su carácter muestran talante empresarial, por ejemplo, son las organizaciones con sus culturas institucionales las que van moldeando a los profesionales a su servicio, de manera que una primera afirmación sobre el perfil del abogado u abogada del sector público es la conveniencia de ser un hombre o mujer de su organización.

La identificación con la institución es clave en la defensa comprometida con las propias funciones y cometidos finales.

c. Personas con principios y valores. La importancia de un perfil psicológico orientado a la resolución de problemas

El funcionario ejemplar, tal y como ha sido descrito por los autores alemanes, franceses, ingleses e iberoamericanos, debe mostrar una serie de actitudes, competencias y principios que se resumen en esa idea de servicio a los fines institucionales de servicio público. Ha de ser una persona comprometida, empática, consciente de las consecuencias de sus intervenciones y considerada con los afectados por las mismas.

Si bien consideramos imprescindible la cultura de la burocracia, con su reconocimiento de un supervalor a la legalidad, también hemos de prevenir frente a comprensiones simplonas, toscas, burdas y automáticas en la interpretación de las leyes. El funcionario arquetípico, más el abogado, no debería dejarse contaminar por un positivismo liberalista que sacrificara a la mera letra de la norma los principios del servicio público.

No todas las tradiciones parten de una comprensión idéntica del perfil del funcionario público. La anglosajona no ha concedido tanta importancia como la europea continental, española y latinoamericana, al legalismo. El monopolio de los juristas es característico en nuestras burocracias, mientras otras culturas más pragmáticas conceden mayor importancia al saber transversal, o en su caso especializado, y tendente a la resolución de problemas. De estas tradiciones también conviene aprender.

Las diferencias de perfiles en las diversas tradiciones se expresa en momentos e instituciones clave del estatuto funcionarial. Así en la selección, en la formación, en el tratamiento de la estabilidad en el empleo o la evaluación del desempeño. En estos momentos, no debe valorarse sólo la memorización de las normas, sino la capacidad de ofrecer soluciones alternativas a los problemas y las necesidades de la gestión pública, que es lo que la sociedad reclama.

d. Promover una cultura organizativa innovadora mediante el diseño de la carrera administrativa

Para lograr tal perfil, es necesario resaltar la importancia de la capacitación y formación interdisciplinar, y a lo largo de toda la carrera profesional. Subordinar la promoción a estos avances y esfuerzos de adquisición de nuevos conocimientos también resulta clave. Por ello, la evaluación del desempeño habría de hacer gran énfasis en los resultados de los esfuerzos formativos realizados por los empleados públicos, así como en las nuevas habilidades adquiridas para el provecho de la organización.

Enfatizar la ejemplaridad nos lleva a considerar debidamente el criterio de antigüedad en todos los procesos de promoción y asignación de responsabilidades, así como en otras manifestaciones significativas de la economía del reconocimiento. Retribuciones y posiciones de autoridad han de identificarse con quienes lleven un periodo de tiempo mayor sirviendo a la cosa pública de modo intachable, comunicando así el mensaje a los más jóvenes de que la lealtad a la organización se premia.

Por supuesto, también una persona más joven puede denotar un comportamiento ejemplar, y a menudo lo hacen. El aprecio de lo novedoso, la aspiración y búsqueda de nuevas soluciones suele asociarse a los jóvenes, de modo que no deben desincentivarse sus propuestas, y sí favorecerse con reconocimientos internos de la organización que premien a quienes afrontan el desafío de proponer mejoras en los procesos y en las dinámicas institucionales.

e. Ascender a los mejores sólo cuando se convierten en expertos, tras una década

Los ideales se suelen encontrar en las generaciones más próximas en el tiempo, mientras que a la experiencia puede unirse a menudo un cierto desencanto de ideales que puede llegar a contaminar conductas y actitudes de regeneración. Pero alguien más joven no ha tenido ocasión temporal suficiente de demostrar en un largo plazo, diez años o más, su condición ejemplar y por tanto más valiosa para la organización.

Es un lugar común ya hoy asociar la duración de una década como tiempo preciso para adquirir la condición de experto. Diez años al menos resultan imprescindibles para acaparar las pericias y conocimientos necesarios para actuar como virtuoso en cualquier habilidad, ciencia o técnica. Cabe adelantar tal resultado, pero no más de uno o dos años. También puede aplazarse, porque ese plazo debe estar marcado por el *ejercicio intenso* en las labores para las que se quiere el agente acreditar.

Por esta razón, atribuir una posición ejecutiva de responsabilidad a un empleado público con menos de diez años de experiencia profesional en las labores para las cuales se le conceden competencias directivas puede ser, simple y llanamente, un error organizativo grave, amén de trasladar un mensaje deletéreo sobre el valor de las competencias, la experiencia y la cualificación en la organización.

Tan equivocado como adelantar la promoción de personas aun no suficientemente experimentadas puede ser asociar a la antigüedad el ascenso en la organización administrativa. Si los funcionarios piensan que el escalafón se mueve sólo por la espera, tendrán muchos menos incentivos para realizar un perfil como el que proponemos en este trabajo. Bastaría con dejar pasar el tiempo para ir beneficiándose de una automática e inconveniente carrera administrativa.

f. Comprobar mediante la selección y la evaluación del desempeño que contamos con funcionarios inteligentes

Contra este riesgo, se plantea el instituto de la evaluación del desempeño, técnica dirigida a vincular la carrera a la superación de sucesivos controles, en el sentido informativo del término, dirigidos a comprobar que el funcionario desarrolla las capacidades que se le exigen con resultados satisfactorios. También útil para detectar situaciones de pérdida de tales capacidades, así como desconsideraciones de la misión encomendada o las percepciones de sus interlocutores naturales internos o externos.

Necesitamos ante todo y sobre todo funcionarios inteligentes, esto es, personas capaces de emplear adecuadamente la información masiva hoy al alcance de cualquiera para resolver los problemas que se plantean en la gestión pública, aportando soluciones, sin crear dificultades perniciosas para el interés general y señalando respuestas más proporcionadas, con menor consumo de recursos, menos afcción de derechos y mayor efecto multiplicador positivo para la realización de los objetivos de las políticas públicas.

En suma, nuestro ideal es el de funcionarios con más de diez años de experiencia, inteligentes, que estén al día de las nuevas tecnologías, con una conciencia de ética pública, empatía con el interés público y los derechos de las personas afectadas por sus decisiones. El antiarquetipo inidóneo sería el del funcionario no comprometido, ascendido por un nombramiento arbitrario, contra los valores de la organización y la credibilidad de sus principios.

g. Perfiles profesionales animados a resolver problemas, no a empeorar situaciones

A partir de esta reflexión, podemos deducir cuál debe ser el perfil del abogado en la Contraloría General de la República. En ningún caso debiera ser la de un funcionario empeñado a reprochar errores, sino el de un profesional decidido a ayudar en la gestión pública. Conocedor de los requerimientos de oportunidad, de los ritmos de la economía y la sociedad, no obsesionado con censurar defectos formales, tan fáciles de detectar, sino preocupado por dar soluciones.

También debe ser un excelente conocedor e intérprete del Ordenamiento. La complejidad de las normas y principios del Derecho público ha crecido exponencialmente, así que no sólo resulta complejo localizar la norma aplicable a un caso concreto, sino resolver aplicando alguno de los múltiples principios jurídico administrativos las posibles controversias entre leyes e incluso las antinomias principales. El mero positivismo, las interpretaciones simples de la legalidad, no sirven en este contexto.

Criterios interpretativos predominantes deben ser, en cambio, el teleológico y el contextualizado. La interpretación y aplicación de las normas conforma a las circunstancias de tiempo y lugar, en sintonía con los enfoques heurísticos innovadores antes explicados, y la atención a los fines, al por qué de las normas y los objetivos del servicio público, esquivando dogmas inaceptables socialmente como aquel que dice que se haga Justicia y perezca el mundo.

La importancia de las dotes interpretativas frente a las comprensiones simples, toscas y burdas del principio de legalidad se concreta en puntos clave, como la innecesariedad de una habilitación expresa para todo. Frente al literalismo positivista, es necesario tener presente el criterio teleológico. El Derecho de Costa Rica es favorable a los criterios hermenéuticos teleológicos y contextualizados, por su comprensión principialista, en la aportación de D. Eduardo ORTIZ a la Ley de la Administración pública.

Un buen abogado u abogada en la Contraloría General de la República debiera, en mi opinión, reconocer el valor de las advertencias, los informes, las recomendaciones y la comunicación fluida de los órganos de control con los controlados. Su labor no es la de un

verdugo de actuaciones administrativas contrarias formalmente a las normas, sino la de un servidor público que debe proteger la buena gestión pública y contribuir a su mejora mediante la labor de control.

h. El necesario reconocimiento y fortalecimiento de la Rectoría Jurídica como función transversal para la coherencia institucional de la Contraloría General de la República

La incorporación en 2012 de la Rectoría jurídica como garantía organizativa de la calidad y coherencia institucional, para unificar criterios y mejorar los procesos, puede servir para potenciar estos perfiles tendentes a la solución de problemas, así como para evitar las interpretaciones más dañinas por su simpleza y desconsideración de valores y principios de la legalidad. Nada peor que una persona no especializada en Derecho para interpretar normas complejas.

Cada funcionario profesional tiene su especialidad, y la propia de los abogados y abogadas de la Contraloría General de la República es la de pronunciarse jurídicamente en todos los procesos, lo que debiera incluir necesariamente también, por razones preventivas y de protección de las posibles responsabilidades de la institución, los informes de auditoría que pudieran tener consecuencias ulteriores relevantes. Sin el pronunciamiento del abogado, están incompletos.

En cuestiones de interpretación legal, la asesoría jurídica debe tener la última palabra. Quien debe tener la última palabra debe ser el profesional en condiciones de ofrecer mejores argumentos, el especialista, quien lleva más de diez años dedicado principalmente al estudio de las leyes.

IV. La necesidad de replicar capacidades y valores del perfil en los procesos de selección

Estas reflexiones en torno al perfil pueden servir para la selección y para la formación de los presentes y futuros abogados y abogadas de la Contraloría General de la República. Si decimos que estos deben cumplir una serie de condiciones, habría de intentarse reclutar a quienes los satisficieran de modo incontrovertible. Si consideramos que deben mantener ciertas actitudes, habrían de potenciarse en las capacitaciones y cursos formativos ofrecidos por la organización a sus empleados.

Más allá de las diferencias relevantes en la selección y formación de los funcionarios entre distintos países, encontramos en las grandes escuelas funcionariales, destacadamente la francesa, pero también la alemana, características comunes que parecen perseguir un resultado concreto en lo que se refiere al perfil de los nuevos servidores públicos. Toda institución que crea un perfil, debe igualmente potenciarlo con esfuerzos más intensos de selección y formación.

Para hacerlo con buenos resultados, me parece muy necesario involucrar en los procesos selectivos y en el diseño y ejecución de los planes formativos a aquellos funcionarios que mejor se adecuan al perfil considerado idóneo. Es la mejor garantía de la tendencia a incorporar a personas que correspondan con esos perfiles ideales. Señalar los arquetipos y que estos proyecten sus saberes y habilidades sobre quienes han de ayudarles y sucederles en la realización de las tareas asignadas.

También es muy importante diseñar pruebas y procesos selectivos en los cuales esos perfiles puedan comprobarse objetivamente, garantizando efectivamente que se reúnen las condiciones buscadas. Si de lo que se trata es de potenciar capacidades de ponderación y análisis coste beneficio de las distintas tácticas jurídicas, por ejemplo, habrían de diseñarse pruebas que exigieran de los aspirantes soluciones estimadas desde tal punto de vista, de análisis económico del Derecho.

Las pruebas competitivas en las que las capacidades y conocimientos reales de los candidatos se miden y comparan son la primera y fundamental clave de toda mejora de los perfiles funcionariales. Coinciden en todos los impulsos reformistas emblemáticos del servicio civil, desde Inglaterra hasta España. Así que para conseguir mejores abogados y abogadas de la Contraloría General de la República sería recomendable estimular la concurrencia de los mejores a exámenes duros y bien diseñados.

El método de las oposiciones españolas constituye una verdadera ordalía para los aspirantes, presentando la ventaja de la valoración del esfuerzo, el sacrificio, la perseverancia y el tesón en la preparación de las pruebas y la competencia para obtener mejores resultados que el resto de los candidatos. El tiempo dedicado a estudiar los temas o preparar los ejercicios marca una impronta en los futuros funcionarios muy característica, que otros sistemas selectivos no producen.

No es sin embargo este método garantía absoluta de que quienes superan las pruebas presentan el mejor perfil de personalidad. *Pueden ser necesarias, pero no suficientes*, porque los abogados y abogadas del sector público también deberían demostrar ser personas con capacidad de empatía y, como ya se ha defendido aquí, identificación con los intereses públicos a los que sirve la institución en la que prestan sus servicios. No basta con que tengan las mejores calificaciones en las pruebas.

Las complejidades psicológicas del trabajo en una oficina pública, tan jocosamente descritas en la novela costarricense *El Emperador Tertuliano y la Legión de los Superlimpios* nos muestran la necesidad de evitar personas tóxicas en las organizaciones. Para no llegar a esta distopía, en la antítesis de lo que debiera ser el buen funcionamiento de una oficina pública, donde los primeros responsables habrían de ser efectivamente reconocidos por los demás como los más capaces.

Y donde las abogadas y abogados fueran los más capaces a la hora de resolver problemas, respetando las normas y ofreciendo alternativas para permitir la buena gestión pública.

Auditoría ambiental en el modelo económico cubano. Premisas para su ordenamiento jurídico

Sumario

I. Ojeada histórica de la auditoría ambiental en el ordenamiento jurídico cubano. II. Formas de actividad administrativa de la auditoría pública con enfoque ambiental por las EFS dentro del derecho administrativo ambiental en las formas de gestión en Cuba. III. Conclusiones.

Alcides Francisco
Antúnez Sánchez¹

¹ Máster en Asesoría Jurídica. Profesor Auxiliar. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Doctorante en Ciencias Jurídicas. Universidad de Oriente. Email: aantunez@udg.co.cu, antunez63@nauta.cu

I. Ojeada histórica de la auditoría ambiental en el ordenamiento jurídico cubano

Desde los saberes contables e históricos, se marcan los albores del ejercicio de la auditoría como una función pública, la que en su generalidad no era conocida del todo a consecuencia de ser Cuba una colonia española. Es por ello que el período del siglo XVII hasta el XVIII, evidencia que el control por la Administración a las finanzas públicas estuvo constituido por los órganos de la Intendencia de Hacienda y el Tribunal de Cuentas.

Es así, que para el siglo XIX, con el Decreto No. 78, como Ley del Poder Ejecutivo, se regularon las funciones de fiscalización, ejercitadas en este momento por el Interventor General de la República. Acciones jurídicas que tuvieron su sustento en la Constitución de la República de esta época, la que reguló la función de fiscalización a los bienes públicos por el Ministerio de Hacienda, institución creada por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, fue corroborado la creación del Tribunal de Cuentas, el que fiscalizó el patrimonio, los ingresos, los gastos del Estado y a los organismos autónomos.

Es verdad, que con los cambios acontecidos a nivel mundial en los objetivos de la auditoría, la que solo se dedicaba en sus orígenes a la detección de fraudes, a la revisión de los sistemas y a la obtención de las evidencias se extendió al control de la naturaleza al tomarse conciencia mundial de la contaminación generada por la industria para proteger al medio ambiente. Factores estos, que propiciaron se reconocieran otros tipos de auditorías como las de gestión y las operativas, la de eficiencia y la de economía, las que respondieron a las necesidades sociales vinculadas a la tipología de control ambiental; como el instrumento protector del medio ambiente, integrada a la realización de las revisiones clásicas que se efectuaban en otras ramas y sectores de la industria, al ser la de mayor incidencia en la contaminación ambiental.

Como una realidad, al triunfar la Revolución el gobierno dota al país de un mecanismo más eficaz para salvaguardar los intereses públicos, es creado en 1959 el Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados para esta función pública, a raíz de los cambios y las modificaciones en la estructura económica del país que se ejecutaron con la sustitución del Tribunal de Cuentas en 1960 en el pasado siglo. Es por ello, que en 1961 se constituye el Ministerio de Hacienda, al que se le concedieron funciones para comprobar los gastos del Estado y el encargo de realizar la fiscalización.

Al culminar 1965, este órgano de control es disuelto, pasando estas funciones al Banco Nacional de Cuba con la misma Dirección de Comprobación y con la función rectora de ejercitar la auditoría estatal. Con posterioridad, se creó el Ministerio de Industrias y con ello la decisión de conformar las primeras Unidades de Auditoría Interna en los organismos que integraron la Administración Pública y extenderla en todo el territorio nacional.

Para 1976, con la institucionalización estatal sustentada en la Ley No. 1323 se crea el Comité Estatal de Finanzas, con ello se reanudó la Dirección de Comprobación y con esta la práctica de la auditoría estatal por parte del Estado. Sustentada a partir de lo establecido en el texto constitucional, en su artículo 10 y cito: *...“todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y*

tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad”...

Esta función pública, concebida por el Derecho Administrativo dentro de las formas de actividad administrativa como -actividad policía-, en el país la mayor representatividad de empresas están en la formas de gestión estatal, se aprecia regulada a partir del texto constitucional y en el ordenamiento jurídico sustantivo en los Decretos Leyes No. 67 de 1983 y el 147 de 1994, modificados al continuarse reformando los organismos de la Administración Pública.

A partir de 1980, acontecen sucesos internacionales y nacionales con repercusión en la auditoría estatal, vinculados al desplome del campo socialista y con la Unión Soviética como principal socio comercial, elementos que obligaron al Estado a buscar otros horizontes en la actividad económica y las relaciones comerciales, a través de asociaciones económicas cooperadas con la inversión extranjera, en los bloques económicos regionales que hoy aparecen en América Latina como son el MERCOSUR, UNASUR, la CELAC y el ALBA.

Para 1994, cesan las funciones del Comité Estatal de Finanzas y Precios, trasladadas al Ministerio de Finanzas y Precios y con ello la Oficina Nacional de Auditoría (ONA). Estas tuvieron su sustento legal en el Decreto Ley No. 159 de 1995, Ley de la Auditoría. Practicada a las formas de gestión estatal por la ONA y por las Sociedades Civiles, legitimadas a las formas de gestión no estatal a través del título habilitante y la autorización administrativa. Sustentadas en el Acuerdo No. 2819 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 1995 y en el Decreto No. 228 de 1997 para la ejecutar la potestad sancionadora como respuesta a la exigencia de la responsabilidad administrativa.

Este Ministerio de Finanzas y Precios, al tomar el control de la auditoría pública, dictó directivas para la confección del plan de auditorías de la Administración Pública y de los Órganos Locales del Poder Popular en la esfera del gobierno, sustentada en el Decreto Ley No. 159 de 1995, creándose para ello el Registro de Auditores de la República, el que permitió su habilitación pública en toda la nación a los profesionales que ejercitan esta función por el Estado y por las sociedades civiles y mercantiles que la practican.

No obstante, es a partir de 1985 hasta el 1993, ámbito de tiempo donde fueron realizados otros estudios vinculados con la forma más ventajosa de implementar y fortalecer los mecanismos de control, para crear con ello un órgano de fiscalización superior en Cuba. Es así, que entre 1999 al 2000, se continuaron otros estudios para consumir la propuesta de crear un órgano soberano, sobre la base de la experiencia alcanzada en la región de América Latina y de la Unión Europea, en correspondencia con las regulaciones de las Entidad Fiscalizadora Superior -INTOSAI- y que el mismo se adaptara a las características del país, a las nuevas concepciones mundiales y a los hechos internacionales.

Para ello, se creó el Ministerio de Auditoría y Control (MAC), como el organismo encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en las materias de la auditoría gubernamental, la fiscalización y el control público; como para regular, organizar, dirigir y controlar, a través de metodologías todo el Sistema Nacional de Auditoría, dentro del entramado de la Administración Pública a partir de lo preceptuado en el Decreto Ley No. 219 de 2001.

Donde la práctica de la auditoría pública, continuó dirigida en esencia a la revisión de los sistemas contables de las formas de gestión del sector estatal cubano, la del tipo ambiental, sus primeras manifestaciones como instrumento de gestión ambiental no se practicó, solo es posible corroborar que existen evidencias de su ejecución en las tipologías de las auditorías de gestión y la de cumplimiento, las que controlaron algunas temáticas vinculadas a la protección ambiental. Caracterizada en el ordenamiento jurídico por ser gratuita, obligatoria y ejecutada a través de un plan y metodologías aprobadas por la Entidad Fiscalizadora Superior.

Es consecuencia, dentro del proceso de institucionalización analizado up supra, es también apreciado que la auditoría estatal y en especial la protección al medio ambiente ha tenido un espacio superior a partir de su regulación normativa en el texto constitucional, refrendado en ulteriores leyes dictadas por el órgano con competencia en materia ambiental; es el caso del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) como parte del derecho sustantivo en la Ley No. 81 de 1997, quien además del Estado ha dictado acciones protectoras dirigidas hacia el medio ambiente, en correspondencia a los Tratados y Convenios ambientales.

Constatados a partir del Capítulo I del texto Constitucional: Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado, al distinguirse cuatro ámbitos de incidencia interrelacionados: la protección del medio ambiente como principio constitucional rector de la política económica y social, la función pública de protección ambiental como mandato de acción para el Estado; la protección ambiental como ámbito de atribuciones y competencias y la protección de los recursos naturales y de todo el rico potencial de la naturaleza como un deber ciudadano.

Para ello se justiprecia, que su aplicación se instituye como un principio constitucional de actuación de los órganos estatales, toda vez que se convierte en el soporte informador del ordenamiento jurídico. Donde el artículo 27 constitucional, consagra la protección ambiental como función pública, al habilitarse órganos competentes para intervenir en la protección del medio ambiente inspirados en el desarrollo sostenible, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de *“hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras”*.

No obstante, aún se considera que quedan vacíos legales en la Constitución por cambiarse, para reforzar las materias vinculadas a la protección del ambiente, el reparto de las atribuciones y competencias dentro del ordenamiento jurídico. A partir de los principios de organización y actividad de los órganos estatales establecidos en el artículo 68 y en virtud de estos se integran y desarrollan sus acciones sobre la base de la democracia socialista, en las tareas de su competencia, la obligatoriedad de las disposiciones de los órganos superiores para los inferiores, la subordinación y rendición de cuentas de estos últimos a los superiores lo que garantizará el respeto, la articulación y el control de la política ambiental, en atención a los derechos que se le han concedido al medio ambiente en las Constituciones de América Latina, teniendo como referente a la de Ecuador.

Para ello, la creación del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, dentro del entramado administrativo, materializó esta voluntad política ambiental, la que tuvo su sustento en un número de Leyes, Decretos Leyes, Normas y Resoluciones, para garantizar la adecuada obediencia de la *“Ecuación Para la Vida”* al ejecutar la potestad inspectora. La que

permitió conocer a la Administración Pública los índices de contaminación con la aplicación de los sistemas de gestión ambiental, el uso e implementación de las tecnologías limpias, como meta hacia la sostenibilidad ambiental por el país.²

Los que se valoran están vinculados al control ambiental a través de la inspección ambiental como potestad inspectora de la Administración, de la Evaluación de Impacto Ambiental, afines a las políticas del desarrollo económico-social por la trascendencia y la relación que tiene con la auditoría ambiental, la que debería ser practicada en la mayoría de las acciones vinculadas con el medio ambiente construido, que permitan dar respuestas adecuadas a los paradigmas ambientales.

Toda vez, que todas estas acciones pudieran colisionar con los momentos del control tecnológico que corresponden a las fases de la auditoría ambiental, no solo a la tecnología existente sino también a las previstas a introducirse por la Administración Pública, afín a la implementación y evaluación de la Responsabilidad Social Empresarial en la norma ISO 26000 y a los principios que desde el Derecho Ambiental la informan en su práctica como son -precautorio, prevención y responsabilidad-³

Es también una realidad, que en la actualización del modelo económico a partir del 2010, la creación de la Contraloría General de la República como órgano de control supremo, sustentada en la Ley No. 107 de 2009, ha permitido al país insertarse en las novedosas tendencias internacionales declaradas por las Entidades Fiscalizadoras Superiores -INTOSAI-, como el órgano supremo de control que auxiliará a la Asamblea Nacional y al Consejo de Estado en la ejecución de la más alta fiscalización sobre los órganos del Estado y del Gobierno. El país con ello, entró en una etapa superior en la actividad de control a los bienes públicos y en especial al bien público ambiental, a partir de que su sustento legal da una atención adecuada al hecho de que tanto los daños como la restauración medio ambiental acarrear costos reales a la organización implicada, al regularse la auditoría ambiental como una de las tipologías para la actividad de control en su Reglamento del 2010, la que debió a criterio de este autor ser regulada en la Ley y no en su Reglamento -Acuerdo Consejo de Estado-.

No obstante, este tipo de control ambiental en el país ahora es que se ha reconocido en el primer decenio del siglo XXI, sin un programa para realizar esta tipología de auditoría, donde se incluyan los elementos objetivos, subjetivos y formales en la normativa jurídica en atención a la transversalidad, multidisciplinariedad y multidimensionalidad. Lo que a consideración de este autor, entra en contradicción con las pautas de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de América Latina y el Caribe, las que en estos temas ya tienen avances y en otras regiones se actualizan, renuevan y evolucionan como es el caso de la Unión Europea, donde se distingue en evaluar a la empresa y a la industria con las EMAS, se exige la responsabilidad patrimonial y se aplica la norma ISO 26000.

² ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, Consideraciones teórico doctrinales sobre las herramientas de gestión ambiental, la auditoría ambiental, teoría, praxis y legislación en la segunda década del siglo XXI en Cuba en, Revista De Jure, número 19, Brasil, 2012.

³ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica en, Revista Dos Tribunais Thomsonreuters, número 951, Brasil, 2015, <http://www.thomsonreuters.com>

Por ello se considera, que esta acción de control podrá ser aplicada a futuro al 100% a todas las formas de gestión, este órgano de control deberá crear las condiciones de como se organizará y demandará la misma, requerirá de un diagnóstico de lo actual y lo puntual, que permita proyectar un plan de auditorías por su vínculo con otras herramientas de gestión en su ejecución; donde desde la arista económica aparece la tributación ambiental como novedad institucional, reconocida en la legislación tributaria, y este órgano cuantificará el daño ambiental en relación con el vertido.

Todo esto conllevará, a que habrá que replantearse un Derecho Ambiental que permita equilibrar los fundamentos doctrinales, la normativa ambiental y la praxis jurídico-administrativa por los actores de la Administración Pública por la multidimensionalidad que tiene la auditoría ambiental. Que permita, el cambio en la forma en que el ser humano percibe su relación con el ambiente y como interactuará con él, a partir del binomio deber-derecho, por la transversalidad e interdisciplinariedad que posee la práctica de esta actividad de control ambiental, para su desarrollo y evolución desde la arista económica hacia la jurídica cuando sea aplicada y con ello desarrollar la empresa amigable con el ambiente.

Esta auditoría ambiental en su regulación adolece de la certificación ambiental al concluir la evaluación, de aplicación en la doctrina de la región de Iberoamérica por los beneficios que su valor agregado trae para el comercio a los empresarios que la solicitan ante mercados exigentes. En el caso cubano, a consecuencia del sostenido bloqueo económico por más de 55 años, se depende de la fuerza y los recursos propios en la medida que el país sea capaz de integrar los procesos naturales, sociales y culturales con los del desarrollo económico aparejados al desarrollo del intelecto del capital humano en la actualización del modelo económico, para aplicar la fórmula I+D+C en las formas de gestión.

Para ello, de implementarse la auditoría ambiental, apreciamos estará desnivelada, al no estar implementada la contabilidad ambiental dentro del Sistema Contable, como lo señala el PNUMA y las Entidades Fiscalizadoras, que permita analizar la relación costo-volumen-utilidad, para controlar en que se utiliza el presupuesto financiero destinado a esta actividad y ser además otro de los valores agregados que tendrán estas empresas al ser certificada su contabilidad, factor que propiciará una imagen corporativa positiva al implementar la fórmula I+D+I en las formas de gestión.

En consecuencia se considera, la protección del bien jurídico ambiental en el país parte de la firma de Convenios y Acuerdos Internacionales con las Entidades Fiscalizadoras -INTOSAI- en las materias de contabilidad, auditoría y medio ambiente, integrados a partir de la norma constitucional y la legislación ambiental; la omisión del legislador de su no adecuada implementación puede haber sido una de las causales de la fragmentación de la normativa ambiental, necesitada de una apropiada construcción normativa a futuro, que permita evolucionar a tono con las políticas actuales en la región de Iberoamérica en la responsabilidad en las materias civil, administrativa y penal, la evaluación ambiental estratégica⁴, el seguro ambiental y las tecnologías limpias.⁵ Donde deberá analizarse la creación dentro de la Fiscalía de áreas especializadas en la materia ambiental, como la solución en sede judicial ambiental de los conflictos generados.

⁴ GOMEZ VILLARIÑO, Miguel, Tesis doctoral: Evaluación ambiental estratégica, Universidad Politécnica de Madrid, (2010).

⁵ VALLS, Manuel, Prevención y compensación frente al daño ambiental, seguro ambiental, Editorial Iustel, España, 2011.

En todo este contexto, se pondera que las causales que han conllevado a que el país tenga acumulado todas las situaciones ambientales adversas, han sido los patrones de producción utilizados, el consumo y el uso de los recursos aplicados no han sido los más adecuados con una alta incidencia en los problemas de contaminación; la degradación de los suelos; la pérdida de diversidad biológica; la carencia, disponibilidad y calidad del agua potable y la afectación de la cobertura forestal.

Por esto, las principales causas que inciden en la situación de la contaminación ambiental en el país además de las señaladas son la no aplicación de enfoques preventivos; la carencia de recursos y materiales para minimizarlos y dar tratamiento de manera adecuada a los residuos y emisiones generados por el sector estatal vinculados con el vertido ambiental al generarse contaminación; la no adecuada operación y mantenimiento de los sistemas de gestión; la educación ambiental insuficiente; la indisciplina social y la carencia de adecuados sistemas de monitoreo ambiental.

También aparecen identificados los principales problemas relacionados con la eficiencia en el uso de los recursos y la sostenibilidad de la producción y el consumo nacional son: el difícil acceso a las tecnologías de avanzadas; la insuficiente comprensión y aplicación del concepto de sostenibilidad; la atención dirigida a los procesos vinculados a la problemática ambiental de los productos y servicios; la poca aplicación de las herramientas de gestión por los empresarios y no ejecutar compras públicas sostenibles con un diseño sostenible y responsable extendido a todos los productores en las empresas en la forma de gestión estatal en su mayoría, sin tener en cuenta que lo verde vende.

Como colofón, el marco regulatorio complementario a la Ley No. 81 de 1997 por su vínculo con el control ambiental, consideramos que no garantiza la adopción de enfoques preventivos adecuados, aparejados a la indisciplina tecnológica que impera en la mayoría de las formas de gestión del sector estatal cubano. Donde a futuro, los costes en que incurrirá el Estado en la preservación del medio ambiente, tendrán importancia y una relevancia decisiva en los procesos futuros para la toma de las decisiones empresariales, de aquí que los procedimientos de la contabilidad de gestión ambiental sean de suma importancia para poder ejecutar la auditoría ambiental.⁶

Toda vez, que como evaluación ambiental y como valoración deberá poseer un patrón contra el cual se efectuará la comparación y poder concluir sobre los sistemas examinados, de ahí que sean revisadas las anteriores revisiones realizadas a las entidades archivadas en el expediente contentivo de las acciones de control practicadas. En todo este patrón de comparación, variará de acuerdo al área sujeta al examen por parte del equipo auditor para realizarle la evaluación ambiental, requerirá que el equipo auditor tenga conocimientos sobre la estructura y el funcionamiento de la unidad económica sujeta a análisis, no sólo en su parte interna sino en el medio ambiente en la cual ella se desarrolla así como el cumplimiento de la normativa legal a la cual estará sujeta, donde deberá estudiarse el expediente legal de la organización auditada donde se recoge toda la documentación del sujeto auditado.⁷

⁶ BIFARETTI, Maricela, Contabilidad de gestión: la importancia de los costos ambientales en el sistema de información contable, Editorial D&R Profesional y Empresarial, Argentina, 2008.

⁷ Op. cit. p.6

Lo que nos permitirá continuar el análisis de las formas de actividad administrativa que se regulan en el ordenamiento jurídico cubano para la auditoría pública y en especial la relacionada con el control al medio ambiente como bien público de uso colectivo.

II. Formas de actividad administrativa de la Auditoría Pública con enfoque ambiental por las EFS dentro del Derecho Administrativo Ambiental en las formas de gestión en Cuba

Las formas de actividad administrativa que se adoptan en la ejecución de esta tipología de auditoría se realiza por auditores de las sociedades civiles y mercantiles certificados por la EFS para ejercitar esta función pública en la nación cubana; al analizar de la Ley No. 107 de 2009 apreciamos que para ello se requiere de una concesión administrativa y de tener el título habilitante para ejercitar esta función pública, es solicitada de manera voluntaria por interés del empresario al órgano supremo de control. Para las formas de gestión del sector estatal, está concebida como acción de control, es ejecutada de forma obligatoria -actividad policía-, por ser el sector mayoritario en la economía. Ejecutada a través de un plan de auditorías, de forma gratuita, al ser el medio ambiente un bien de uso colectivo.

Relacionado con la aseveración anterior, se considera a la concepción de servicio público, un concepto controvertido, entendido de diversas formas y mutante en dependencia de las circunstancias políticas, económicas y sociales de los Estados, se ha construido sementado en los casos resueltos en un período en Francia desde el siglo XIX y XX. Actividad está que florece en el siglo XX con el desarrollo de la Revolución Industrial, como consecuencia de los adelantos científico-técnicos acontecidos en esta época. Trajo como resultado la complejización de las relaciones sociales, donde la actividad industrial o de gestión económica quedó limitada a aquellas actividades de relevancia empresarial cuya titularidad se asumió por el poder público.⁸

En la doctrina francesa, encontramos autores como Duguit y Hauriou, con sus diferencias la consideran como la piedra angular del Derecho Administrativo clásico y para ello son argumentados elementos imprescindibles a la hora de determinarlo. A partir de las manifestaciones del servicio público, se identifican como elementos necesarios para su configuración: la necesidad de la sociedad o generalidad, la titularidad estatal, el régimen jurídico que permite que la Administración Pública gestione de manera directa o indirecta tanto el servicio como el control, la continuidad, uniformidad e igualdad de trato para todos los ciudadanos.⁹

Es notoria que la intención del servicio público, es satisfacer las necesidades de la generalidad o colectividad, sin embargo, estas pueden ser en buena medida satisfechas a partir de servicios privados, es indispensable que el servicio que se realice tenga intrínseco la

⁸ GARRIDO FALLA, Fernando, El concepto de servicio público en el Derecho Español en, Revista de Administración Pública, número 135, España, 1994.

⁹ DUGUIT, León, Las transformaciones del Derecho Público, 3era edición, Editorial Colín, Francia, 1925.

satisfacción del interés general. Sin olvidar que la consecución del interés público representa para la Administración Pública el fin de toda su actividad.¹⁰

Es así, que sea señalado que no es necesario que el servicio público sea realizado por una entidad o agente público. En definitiva, no es el sujeto lo que califica la actividad sino el fin al que tanto se ha hecho alusión. Esta actividad puede ser realizada por sujetos que no son propios de la Administración Pública -pudieran ser incluso particulares- o entidades con las mismas características que estos sujetos anteriormente descritos; sin que se pierda la titularidad.¹¹

Como categoría jurídica, es concebida como forma de actividad estatal y de actividad técnica. Como categoría rectora del interés público, se percibe realizada y asegurada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública y gestionada de forma directa por esta o indirecta por sujetos autónomos autorizados, bajo un régimen jurídico especial, destinada a la satisfacción de un interés general. Se contempla además la forma de gestión mixta a través de sociedades mercantiles como ha sido ya citado, donde la Administración participa por sí o por medio de una entidad pública de conjunto con personas naturales o jurídicas.

Autores como Lancís y Sánchez, Parada y Matilla Correa reconocen que hay características propias en el servicio público que lo distinguen del carácter de privado, pero esta diferencia es ocasional, ya que cambia de época en época y de un país a otro y que sobre el criterio que rige la calificación definitiva de un servicio como público o privado, no se ha dicho aún la última palabra.¹²

Como actividad de control, es considerada como una de las actividades más importantes de la Administración Pública, sus destinatarios son las formas de gestión estatal y no estatal, sujetas a acciones de control por la norma legal que se establezca y están obligados a mantener sistemas de control interno, conforme a sus características, competencias y atribuciones institucionales, para fomentar empresas no contaminadoras al medio ambiente, denominadas a partir de la publicación de la ISO 26000, como empresas amigables con el ambiente en el siglo XXI.

Por lo que, su reconocimiento y regulación en los ordenamientos jurídicos contrastados, son corroborados como una prestación de servicio público, como actividad de control y de fomento al decir de Gordillo. Para su ejecución, media la suscripción de un contrato de servicios, acción que concluye con la entrega del informe de los resultados de la auditoría practicada y la certificación ambiental que se emite.

En materia de protección, desde el Derecho Ambiental este autor considera que esta tipología de control ha variado, a partir de la aplicación de otros mecanismos de control incorporados en el transcurso de los años, conocidos como técnicas de tutela ambiental a través del

¹⁰ POSADA, Adolfo, Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva, tomo I, Editorial Madrid, España, 1931.

¹¹ VILLAR PALASÍ, José, La actividad administrativa industrial del Estado en el Derecho Administrativo en, Revista de Administración Pública, número 3, España, 1950.

¹² LANCÍS y SÁNCHEZ, Antonio, Derecho Administrativo, 3ra edición, Editorial Cultural S.A., La Habana, 1952.

autocontrol, la fiscalización, la inspección, la auditoría, el ordenamiento ambiental, la información y la educación ambiental. Se aprecia además, que su aplicación tiene un carácter preventivo, relacionada con los principios del Derecho Ambiental al establecerse la aplicación de instrumentos de control como la autorización, la licencia y la concesión evaluados a través de la auditoría ambiental, la policía ambiental y la supervisión ambiental, con el fin de mejorar la conciencia ambiental e identificar los riesgos para concebir empresas amigables con el ambiente.¹³

Como actividad de control, es considerada como una de las actividades más importantes de la Administración Pública, sus destinatarios son las formas de gestión estatal sujetas a acciones de control que por la norma legal se establecen en sus ordenamientos jurídicos y que están obligadas a mantener sistemas de control interno conforme a sus características, competencias y atribuciones institucionales, como acción preventiva para proteger el medio ambiente como un bien público de uso colectivo.

La finalidad, es mantener, controlar y evaluar la efectividad del sistema en las instancias de dirección que le competen, considerado por autores entre los que se encuentran Gordillo, Dromi y Muñoz Machado. Su importancia se aprecia en la comprobación de las políticas del Estado en la preservación de las finanzas públicas y el control económico administrativo, donde se le ha incorporado la arista ambiental, que a criterio de este autor, evalúa la responsabilidad como otro de los principios del Derecho Ambiental vinculados a la práctica de la auditoría pública en materia ambiental, dentro de los llamados Paradigmas Ambientales.¹⁴

Como actividad de gestión económica, se analiza el uso de los instrumentos económicos, considerados por la doctrina administrativa en materia ambiental como una alternativa para atenuar los efectos de la problemática ambiental, estos modifican las conductas de producción y de consumo al concebirlas como empresas sostenibles. Aparece entonces en este escenario, la alternativa jurídico-económica con el uso e implementación del tributo ambiental, elemento utilizado para obtener un desarrollo limpio, en relación con el principio -de quien contamina paga-.¹⁵

Por su vinculación con esta actividad de control ambiental, practicada a las formas de gestión en relación a la actividad que realicen, es implementada y controlada por el Fisco en normativas tributarias, vinculada al vertido ambiental generado en la producción, las que abren el camino al utilizar nuevos instrumentos de protección con el impuesto ambiental, la promoción de I+D+I, y la certificación ambiental como evaluación final de todo este proceso. Otra de las aristas vinculadas con el control ambiental, es apreciada a través del fomento ambiental, estímulo este que promueve la Administración Pública para que las empresas sean menos contaminadoras, es regulado en las normativas jurídicas a través de Leyes de fomento en los ordenamientos jurídicos analizados por este autor.¹⁶

¹³ PÉREZ MORENO, Ángel, Instrumentos de tutela ambiental, Editorial Trivium, España, 1993.

¹⁴ GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 8va edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006.

¹⁵ CAFERRATA, Néstor Alfredo, Teoría de los principios del Derecho Ambiental en, Revista Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2009.

¹⁶ Op. cit. p.6

En los países de la región de Iberoamérica, se constata el reconocimiento de estos estímulos fiscales por la doctrina ambiental, a través de impuestos o reformas fiscales verdes, son utilizados como instrumentos de mercado, de aplicación al uso del transporte híbrido o eléctrico; en el reciclaje del plástico; en el control de la deforestación boscosa; en el tratamiento al agua potable y los desechos sólidos; en la conservación de la biodiversidad y en el uso de combustibles fósiles para modificar la matriz energética, se aprecia además su vinculación con la reingeniería de procesos en la industria a través de las tecnologías al final del tubo y con los encadenamientos productivos por su relación con la auditoría ambiental, señalado por Ríos Gual y Ospina Duque.¹⁷

La doctrina ambiental para la práctica de esta evaluación ambiental, reconoce dos variables, una a través de la competitividad empresarial y otra en la protección ambiental con la entrega de instrumentos de acreditación ambiental al decir de Mora Ruiz, Martín Mateo y Sanz Rubials, los mismos nos permiten distinguir el tránsito desde la actividad de limitación u ordenación -policía- hacia la de fomento en este siglo XXI, fortalecida con la aparición en todo este escenario con las normas EMAS¹⁸ y la ISO 26000.

Es por ello, que los conceptos, principios y elementos establecidos desde la doctrina ius administrativa relacionada con otras ramas del Derecho, en particular con el ius ambientalismo, este autor analiza la relación que tienen con esta tipología de auditoría. Los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica la reconocen indistintamente como una actividad de control y como servicio público, en sí conllevan acciones de control, permiten medir la eficacia y eficiencia de las actividades auditables ambientales en las formas de gestión no estatal al ser mayoritarias a las estatales, concebidas a través de la aplicación de las normas EMAS al aplicarse el autocontrol con una menor intervención pública en las industrias; toda vez que como gestión ambiental moderna, es transparente, participativa y concebida como un sistema de mercado para todos los países de la Unión Europea, al aportarles una gestión medio ambiental de calidad, de obediencia a la legislación ambiental, les permite la obtención de ayudas financieras, licencias y permisos ambientales, vinculadas a los principios del Derecho Ambiental que la informan, como el de responsabilidad, autocontrol, e información, para lograr la sostenibilidad ambiental.¹⁹

Es así, que se considera, que la actividad de control ambiental tiene también vínculo en el desarrollo urbano, compatible con las políticas no contaminadoras, vinculadas en su ejecución a otros instrumentos de gestión ambiental, como la evaluación de impacto ambiental, la licencia ambiental y la inspección, con una finalidad, lograr el equilibrio con empresas ambientales responsables con la introducción y generalización de la norma ISO 26000 en todo el desarrollo urbanístico.

En conjunto permiten el desarrollo adecuado del ordenamiento urbano sostenible, con estrategias para mejorar la calidad ambiental y convertir las ciudades en lugares de vida, de trabajo e inversión atractivos y sanos, donde el impacto ambiental negativo sea mínimo. Para

¹⁷ RÍOS GUAL, Josep, La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI en, Revista de Empresas, España, 2007.

¹⁸ HERAS, Iñaki, Evolución al reglamento de las EMAS en la Unión Europea y España en, Revista Ambianta, Universidad del país Vasco, 2008.

¹⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Editorial Abeledo Perrot S.A., 7ma edición, Buenos Aires, 1995.

ello, son integradas en las políticas urbanas con una gestión ambiental sostenible, mejor planificada, con un transporte urbano sostenible; permiten en conjunto minimizar los efectos adversos sobre los recursos naturales necesarios como el agua, el aire y la energía, pondera el control del recurso hídrico, el uso de la energía solar, y el fomento de espacios verdes.²⁰

Hay también un reenfoque en su visión, al integrarse las necesidades colectivas y el entorno social, ello permite promover la educación ambiental, orientada a incrementar la cultura popular de los problemas ambientales que hoy afectan al planeta, donde los ciudadanos y la Administración Pública tienen una carga en la responsabilidad de obedecer las políticas públicas a partir del binomio deber-derecho, como lo señalan Loperena Rota, Jordano Fraga y Franco del Pozo.²¹

Es así, que la contaminación ambiental y los modelos urbanistas integrados, buscan la armonía social con un reenfoque del pensamiento ambiental, al ser la ciudad parte del paradigma ambiental, al promoverse un urbanismo sostenible con nuevas estrategias ambientales urbanas por la Administración Pública, esta fomenta el transporte colectivo como nueva cultura, el respeto a los espacios peatonales, a las aceras y plazas como elementos integrales en la defensa ambiental, posiciones estas asumidas por Moreno Viqueira, Campesino Fernández y Rueda.²² Por la importancia que tiene la aplicación de estas políticas por parte de la Administración Pública para proteger el medio ambiente.

No obstante, en la nación cubana el órgano supremo de control en el segundo decenio del siglo XXI, ejecutó en el 2014 dos auditorías coordinadas con enfoque ambiental en las cuencas hidrográficas de Vento y Almendares en ciudad de La Habana, siendo ambas los albores de lo que podrá ser a futuro el control ambiental en la nación a las formas de gestión. Es también evaluado, que deberán ser actualizadas las normas jurídicas a partir del texto constitucional, donde sea reconocido el órgano supremo de control, en la futura ley ambiental deberá incluirse dentro de las herramientas de gestión a la auditoría ambiental, en la ley de auditoría pública se deberá incluir esta tipología de auditoría, donde además aparezca definido como se ejecutará a las formas de gestión no estatal, es preciso además que sea establecida en las formas de gestión el sistema de contabilidad ambiental y la emisión de una Ley de empresas.

III. Conclusiones

La auditoría ambiental emergió debido a la contaminación empresarial y su enfrentamiento por el Estado, su génesis fue la auditoría social. Se consolida posteriormente como acción de control practicada por las Entidades Fiscalizadores Superiores y las Sociedades Mercantiles, posee una construcción jurídica a partir de estar reconocida en Convenios y Acuerdos Internacionales, es introducida en los derechos internos mediante los textos constitucionales, las leyes ambientales y de contralorías, brindan solidez y sustento para el desarrollo de

²⁰ MILLÁN SANTANA, Juan, La auditoría como mecanismo de protección del derecho a una vivienda digna en, Revista de Auditoría Pública, número 46, España, 2008.

²¹ LOPERENA ROTA, Demetrio, La perplejidad del ius ambientalista. El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 2000.

²² CAMPESINO FERNÁNDEZ, Antonio, Eurociudades y medio ambiente en, Revista de Geografía, España, 2011.

políticas ambientales como la herramienta de gestión ambiental. Puede ser voluntaria u obligatoria y manifestarse como una actividad policía, un servicio público u actividad de fomento acorde a su ejecución y consecuencias.

La sistematización de la auditoría ambiental, como institución jurídica dirigida a proteger al bien jurídico ambiental, es reconocida desde la doctrina ius administrativa y la ius ambientalista. Los criterios teóricos y normativos valorados permitieron establecer que la realización de la auditoría entraña una relación jurídica ambiental y delimitar sus elementos: subjetivos (auditores y auditados), objetivos (contenido, instituciones y categorías a evaluar) y formales (documentos acreditativos de su validez).

La auditoría ambiental tiene un carácter multidimensional, integral y transdisciplinario, su finalidad es la evaluación de la gestión ambiental de la empresa y la certificación de producciones limpias, para realizarla las entidades auditadas deben implementar la contabilidad ambiental y el tratamiento de los residuales de la producción de la empresa. Constituye un proceso integrado por fases (preparación-ejecución-conclusión) cuyo procedimiento fundamental está regulado en las normas ISO y las EMAS.

La auditoría ambiental, en su ejecución se aprecia como una actividad de limitación u ordenación -policía-, practicada por las EFS con su encargo público, en atención al ordenamiento jurídico que la regule, es también ejecutada por Sociedades Mercantiles, reconocida con un -servicio público-, aporta luego de su conclusión valores agregados como la ética empresarial, la certificación contable, las producciones limpias, competitividad empresarial y la certificación ambiental a las empresas amigables con el ambiente, permitiéndole el acceso a mercados más exigentes.

La auditoría ambiental, en la actualización del modelo económico cubano, deberá tener un valor preponderante, que permita transitar a las formas de gestión estatal de la certificación de la calidad hacia la certificación ambiental, ello permitirá la competencia entre las empresas estatales y las no estatales en el mercado interno y en el foráneo como empresas amigables con el ambiente. Necesitada de su regulación en el ordenamiento jurídico del país para la forma de gestión no estatal.

En el ordenamiento jurídico nacional no existe una adecuada regulación en la auditoría pública con enfoque ambiental para el reconocimiento o no como un servicio público, ejecutado por las sociedades mercantiles para las formas de gestión no estatal por el órgano supremo de control en la actualización del modelo económico.

IV. Referencias

- AA. VV., "El desarrollo local sustentable en la esfera ciudadana y comunitaria. Implicaciones para la gobernanza de los recursos naturales" en, Revista Economía & Sociedad, volumen 18, número 44, Costa Rica, 2013.

- ÁLVAREZ HINCAPIÉ, Carlos, "Sistemas de certificación ambiental para la extensión tecnológica, la competitividad empresarial" en, Revista P+L, Colombia, 2008.
- ALVARADO RIQUELME, María, Teoría y práctica de la auditoría ambiental en el siglo XX, Editorial Pirámide, España, 2014.
- ASTRONG, Mario, "La responsabilidad social empresarial. Una prioridad en el mundo empresarial moderno" en, Revista del Centro Empresarial Moderno, Perú, 2012.
- ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides Francisco, "Consideraciones teórico doctrinales sobre las herramientas de gestión ambiental, la auditoría ambiental, teoría, praxis y legislación en la segunda década del siglo XXI en Cuba" en, Revista De Jure, número 19, Brasil, 2012.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, "Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica" en, Revista Dos Tribunais Thomsonreuters, número 951, Brasil, 2015, <http://www.thomsonreuters.com>
- ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides Francisco, "La auditoría pública, nexo con la empresa amigable con el ambiente. Desarrollo sostenible" en, Revista de Auditoría Pública, Universidad de Navarra, 2015.
- ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides Francisco, La auditoría ambiental, principios del Derecho Ambiental que la informan en, Revista Letras Jurídicas, número 20, México, 2015.
- ARIÑO ORTIZ Mario, Significado actual de la noción de servicio público. El nuevo servicio público, Editorial Marcial Pons, España, 1997.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis, Libre empresa y títulos habilitantes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- BASURTO GONZÁLEZ, Daniel, Responsabilidad social y ambiental en las empresas en, Revista Política y Gestión Empresarial, México, 2012.
- BERNAL PISFIL, Fernando, Auditoría ambiental o ecoauditoría en, Revista Actualidad Empresarial, número 201, Colombia. 2010.
- BERNAL PEDRAZA, Andrea, Responsabilidad ambiental de las empresas, un compromiso ético con el desarrollo sostenible, Universidad Externado, Colombia, 2009.
- BELMONTE MARTIN, Ismael, La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del medio ambiente en, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche, España, 2009.

- BELLORIO CLABOT, Dino, Tratado de Derecho Ambiental, tomo III, 1era edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014.
- BELLORIO CLABOT, Dino, Derecho del Cambio Climático. Régimen Jurídico de Bonos e Industrias Limpias, Editorial Ad Hoc, Argentina, 2007.
- BETANCORT RODRIGUEZ, Andrés, Instituciones del Derecho Ambiental, Editorial La Ley, España, 2001.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, La ecoauditoría empresarial en la Unión Europea, Editorial Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2008.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Editorial Abeledo Perrot S.A., 7ma edición, Buenos Aires, 1995.
- BIFARETTI, Maricela, Contabilidad de gestión: la importancia de los costos ambientales en el sistema de información contable, Editorial D&R Profesional y Empresarial, Argentina, 2008.
- CARMONA LARA, María, Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental, UNAM, México, 2005.
- CAFERRATA, Néstor Alfredo, Principios del Derecho Ambiental, Editorial Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2010.
- CABEZA ARES, Alberto, Los seguros de responsabilidad civil medio ambiental en la obligación de reponer y restaurar el medio ambiente alterado, Editorial Trivium, España, 2003.
- CAMPESINO FERNÁNDEZ, Antonio, Eurociudades y medio ambiente en, Revista de Geografía, España, 2011.
- CONESA FERNÁNDEZ, Vicente, Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa. 1era edición, Editorial Mundi - Prensa, España, 2003.
- DA CONCEIÇÃO DA COSTA MARQUES, María, La problemática de la auditoría ambiental, Universidad de Coímbra, Portugal, 2012.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pablo, El Régimen Jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental, 1era edición, Editorial Exlibris, España, 2001.
- DUGUIT, León, Las transformaciones del Derecho Público, 3era edición, Editorial Colín, Francia, 1925.
- DROMI, José, Tratado de Derecho Administrativo, 7ma edición, Editorial Ciudad Argentina, 1998.
- ESCALERA IZQUIERDO, Gustavo, Implantación de la reingeniería por procesos. Actividades, técnicas y herramientas en, Revista del Empresario, España, 1999.

- FERNÁNDEZ DE GATTA SANCHEZ, Dionisio, Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental en, Boletín Económico ICE, número 2824, España, 2004.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, Las auditorías ambientales, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2008.
- HERAS, Iñaki, Evolución al reglamento de las EMAS en la Unión Europea y España en, Revista Ambianta, Universidad del país Vasco, 2008.
- GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, volumen II, 7ma edición, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, España, 1986.
- GARRIDO FALLA, Fernando, El concepto de servicio público en el Derecho Español en, Revista de Administración Pública, número 135, España, 1994.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, Derecho Administrativo, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- GÓMEZ GARCÍA, Luis, La Auditoría ambiental ¿voluntaria u obligatoria? en, Revista Derecho Ambiental y Ecología, Universidad Anahuac-Universidad Soborna, Paris, 2011.
- GOMEZ OREA, Domingo, Auditoría ambiental: un instrumento de gestión en la empresa, Editorial Agrícola Española, España, 1994.
- GOMEZ VILLARIÑO, Miguel, Tesis doctoral: Evaluación ambiental estratégica, Universidad Politécnica de Madrid, (2010).
- GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 8va edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Consuelo, Empresas Socialmente Responsables y mercado verde internacional en, Revista Economía, número 366, México, 2011.
- JAQUENOD DE ZSOGON, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores. 3era edición, Editorial Dykinson, Estados Unidos de América. 1991.
- JORDANO FRAGA, Jesús, Viejos y nuevos retos de la evaluación de impacto ambiental en, Revista de Derecho Ambiental, España, 2010.
- LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, Derecho Administrativo, 3ra edición, Editorial Cultural S.A., La Habana, 1952.
- LORENZETTI, Ricardo, Teoría del Derecho Ambiental, 1era edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2008.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea en, Revista de Gestión Ambiental, número 7, España, 2001.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio, Normas profesionales de la INTOSAI: directrices de auditoría en, Revista Auditoría Pública, número 61, Granada, 2013.

- LOPERENA ROTA, Demetrio, La perplejidad del ius ambientalista. El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 2000.
- MARTÍN MATEO, Ramón, El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental, Editorial Trivium, España, 1994.
- MARTÍN MATEO, Ramón, Tratado de Derecho Ambiental, volumen I, Editorial Trivium, España, 1991.
- MARTÍN MATEO, Ramón, Derecho Administrativo Ambiental, 6ta edición, Editorial Trivium, España, 1997.
- MATILLA CORREA, Andry, Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica en, Revista Jurídica, México, 2014.
- MORA RUIZ, Manuela, Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general en, Revista Derecho y Conocimiento, España, 2012.
- MURAD ROBLES, Pedro, La Auditoría Ambiental voluntaria, Instituto Nacional de Ecología, Semarnat, México, 2009.
- MUÑOZ-MARTÍN, Juan, Ética empresarial, responsabilidad social corporativa y creación de valor compartido en, Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad, España, 2013.
- MILLÁN SANTANA, Juan, La auditoría como mecanismo de protección del derecho a una vivienda digna en, Revista de Auditoría Pública, número 46, España, 2008.
- NOGUERIA LÓPEZ, Alba, Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, Editorial Marcial Pons, España, 2000.
- NOGUEIRA LOPEZ, Alba, Hacia un EMAS de alcance internacional en competencia con la ISO 14001: notas a la revisión del Reglamento EMAS en, Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental, España, 2010, <http://www.actualidadjuridicaambiental.com>
- OBREGÓN SÁNCHEZ, Carolina, La responsabilidad ambiental de las empresas en, Revista Administración, Universidad Nacional de Colombia, 2012.
- OSPINA DUQUE, Ramón, La reingeniería de procesos: una herramienta gerencial para la innovación y mejora de la calidad en las organizaciones en, Revista de Psicología y Administración de Empresas, Madrid, 2011.
- PATÓN GARCÍA, Gemma, Una apuesta por el establecimiento de impuestos verdes en países emergentes y en desarrollo en, Revista Papeles de la Policía, número 22, Ecuador, 2012.
- PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, tomo I, 9na edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997.

- POSADA, Adolfo, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, 2da edición, Editorial Madrid, España, 1931.
- PESCE, Gabriela, Análisis teórico y empírico de los seguros ambientales en Argentina en, Revista de Economía, número 11, Argentina, 2012.
- PÉREZ MORENO, Ángel, Instrumentos de tutela ambiental, Editorial Trívium, España, 1993.
- RAMADORI, Demetrio, Auditoría Ambiental. Factor de éxito en la política ambiental, Fundación OIKOS, Argentina, 2013.
- RÍOS GUAL, Josep, La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI en, Revista de Empresas, España, 2007.
- RINALDI, Gustavo, La evaluación del impacto ambiental estratégica, nexo con la auditoría ambiental en, PNUMA-ONU, Argentina, 2013.
- SANZ RUBIALES, Iñigo, El mercado de los derechos a contaminar, Editorial Lex Nova, España, 2012.
- SANZ LARRUGA, Francisco, El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria en, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, número 1, España, 2002.
- SANCHEZ MORÓN, María, Derecho Administrativo, 6ta edición, Editorial Tecnos, España, 2010.
- SALES DE FREITAS, Joycemara, Auditoría Externa Ambiental como instrumento de defensa del medio ambiente en, Revista De Jure, número 20, Brasil, 2013.
- SALES, Rodrigo, Auditoría Ambiental, aspectos jurídicos, Editorial Malheiros, Brasil, 1999.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás, Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2014.
- VALLS, Manuel, Prevención y compensación frente al daño ambiental, seguro ambiental, Editorial Iustel, España, 2011.
- VILLAR PALASÍ, José, La actividad administrativa industrial del Estado en el Derecho Administrativo en, Revista de Administración Pública, número 3, España, 1950.

La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho

Sumario

I. La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho. II. Procedimiento administrativo sancionador: el equilibrio entre la garantía de derechos de las personas y el interés general. III. Conclusiones

Zulima Sánchez Sánchez¹
Universidad de Salamanca

¹ Doctora en Derecho Administrativo. Profesora en la Universidad de Salamanca.

I. La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho

En todos los países preocupan el alcance y la delimitación que la potestad sancionadora tiene en las distintas instituciones de la Administración Pública que ostenta dichas Potestades, en los órganos Constitucionales, entes institucionales o en la administración corporativa. Las resoluciones de los Tribunales Supremos y de los Tribunales Constitucionales han ido avanzando mucho en la definición de estas figuras, alcance y límites y sus avances han ido siendo introducidos por los textos legales, en muchos casos. Debe recordarse que el papel de los tribunales y del poder judicial es el de hacer evolucionar al Derecho, adaptarlo a la realidad del momento y suponen un factor clave cuando exige inseguridad jurídica.²

a. Potestad sancionadora: fortalecimiento del Estado de Derecho y del interés general.

La Constitución de 1812, primer texto constitucional en España y cuyo ámbito de aplicación se extendía a territorios de América, proclamó la concentración de la potestad sancionadora en el poder judicial, a través de la jurisdicción penal. Esa concepción unitaria y purista del principio de división de poderes duró tan poco como el efímero texto constitucional. El desarrollo del Poder Ejecutivo, mediante una prolija actividad reglamentaria que, cada vez, abarcaba más conductas y tipos sancionadores, hizo que los juzgados penales fueran incapaces de afrontar el control del cumplimiento de la legalidad en su totalidad. Para no reproducir la sobresaturación de los tribunales la potestad sancionadora o el *ius puniendi* del Estado se redistribuye entre los distintos órganos de la Administración pública, ampliando mucho su ámbito subjetivo de actuación entre distintos entes territoriales y organismos³.

Por tanto la potestad sancionadora es una forma de actividad de la administración que implica un ejercicio de autoridad. Y ello supone que el ejercicio de esta potestad corresponde forma exclusiva a órganos administrativos. Por tanto no se podrá ejercer por entidades de Derecho privado, mandatarios o agentes auxiliares externos a la Administración habida cuenta de que se trata de una actividad que implica ejercicio de autoridad.

En cuanto a su definición el Profesor Juan Carlos Cassagne incorpora la doctrina constitucionalista española de la mano de Garrido Falla: "La potestad estatal consiste, en *"un poder de actuación"* que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede generar situaciones que obliguen a otros sujetos"⁴. Muchas son las definiciones acertadas de este poder sancionador del que está investido la Administración en virtud de disposiciones legales previas que le facultan para su ejercicio. Para Sánchez Morón, se trata de: "la facultad otorgada a la Administración de imponer sanciones para quienes vulneren la legalidad administrativa"⁵.

² Cifr. RIVERO ORTEGA, R.: "Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en el Derecho público: reconsideración de las Sentencias como fuente del Derecho", RAP, Nº. 157, 2002, p. 89. Vid. Nieto, A.: Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 47 y ss. Vid. Caseres Marcos, A: Principio de Legalidad y Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2012, p. 23.

³ PARADA VÁZQUEZ, J.R.: El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, RAP, Nº69, 1972.

⁴ CASSAGNE, J.C: Derecho Administrativo, 3º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pág.120.

⁵ SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho Administrativo, 5ta. Ed., Tecnos, Madrid, 2009. Pág.669.

Esta concepción es la que hizo que la tradicional potestad de policía de la Administración terminara desdoblándose en una doble categoría, la que conserva ese nombre de potestad de policía y la sancionadora. Deriva esta interpretación de teorías como la ofrecida por Alejandro Nieto que entiende que “quien tiene la potestad de ordenar, de mandar y de prohibir, ha de tener también la potestad de sancionar, como potestad aneja e inseparable a la anterior, dado que sin la segunda parece que la primera ha de resultar inoperante”⁶.

Por ello el Estado tiene la potestad de imponer sanciones a las personas, funcionarios o empresas, cuando se incumplan las normas establecidas por el propio poder ejecutivo, como requisito esencial para garantizar el estado de Derecho y el sometimiento pleno a la Ley. Por tanto la Potestad Sancionadora también se concibe como mecanismo para controlar que las normas no nazcan muertas y que se cumplan por sus destinatarios, contribuyendo así al fortalecimiento del Estado de Derecho.

Vinculada con esta concepción Muñoz Machado también relaciona la potestad sancionadora y Estado de derecho: “muchas infracciones quedarían sin reprimir, lo que mermaría considerablemente la eficacia de la actuación administrativa y también del Estado de Derecho, pues una obligación legal cuyo incumplimiento carece de consecuencias jurídicas desfavorables para el infractor acaba por perder su valor.”⁷

Daniel Maljar, entiende la necesidad de proteger el interés general para alejarse de la idea del Estado Totalitario y se centra en el Estado de Derecho: “Toda organización estatal, por definición y esencia, reconoce a sus autoridades una potestad sancionadora orientada a la preservación de los valores medios de la sociedad entre los que sobresalen la paz y la solidaridad. La diferencia entre un Estado Totalitario y un Estado de derecho se hace patente en el diverso tratamiento y consideración que se asignan a estas cuestiones”⁸.

Todas estas teorías, que aparecen en distinto tiempo y coordinadas geográficas diferentes, abundan en la definición de la potestad sancionadora como la potestad de la Administración al servicio del interés general al que sirve la normativa administrativista. Pero además cumple con un papel diríamos incluso “educativo” para las personas puesto que la intención última es conseguir que las normas se cumplan para evitar la sanción. Evitándose así la máxima del obedéscase pero no se cumpla o que las normas nazcan o se conviertan en letra muerta, con efectos corrosivos para el Estado de Derecho. Por ese motivo es esencial que la potestad sancionadora se aplique. Dicha potestad es irrenunciable y, por tanto, la inactividad de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora, debe ser controlada y sancionada judicialmente.

b. La competencia ejecutiva de la potestad sancionadora: la paradoja de la deslegalización en aras del fortalecimiento del Estado de Derecho

Un aspecto que merece la pena destacar, es el de la atribución de la competencia al órgano encargado de sancionar y su delimitación normativa. La atribución de la competencia al

⁶ Cfr. NIETO, A.: Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid, 2005, p. 47.

⁷ SANCHEZ MORON, M.: Derecho... Óp. Cit., pág.670.

⁸ MALJAR, D.: El Derecho Administrativo Sancionador, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág.21

órgano ¿debe ser dada por una Ley o un Reglamento? En materia sancionadora operan las mismas reglas de competencia que en el resto de la actividad administrativa, por tanto este debe ser el punto de partida al tratar este tema.

En primer lugar, no cabe vincular la competencia administrativa en materia sancionadora con el derecho a un juez predeterminado por ley. Así lo defiende abundante doctrina como Alarcón Sotomayor cuando afirma, hablando de la competencia en materia sancionadora: "...que tiene el mismo contenido y el mismo significado y valor en el procedimiento sancionador que respecto a cualquier otra actuación administrativa"⁹.

También García Gómez de Mercado advierte que "...no existe una absoluta equiparación con el derecho al juez ordinario predeterminado por Ley"¹⁰. El más cercano a equiparar ambos términos es Uría Fernández para el que la regulación que hace la legislación administrativa "...traduce al ámbito del procedimiento administrativo sancionador el derecho al juez predeterminado por ley"¹¹. La separación con la figura la deja clara la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español que entiende que dicho derecho "es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo sancionador"¹².

Esta afirmación lleva aparejada una consecuencia: si bien es cierto que la potestad sancionadora debe estar reconocida por una norma con rango de Ley de forma expresa (art. 127.1 de la LRJPAC, art. 25.1 de la LRJSP), la competencia concreta de los órganos encargados de resolver el procedimiento sancionador puede atribuirse reglamentariamente (Art. 127.2 de la LRJPAC, art. 25.2 LRJSP). Por eso no cabe hablar del derecho a ser sancionado por el órgano administrativo predeterminado por ley sino sólo por el órgano competente¹³ y dichas competencias se pueden otorgar tanto por Ley como por reglamento.

Además, la Ley también permite la delegación de la competencia para sancionar, como sucede en el ejercicio de cualquier otra competencia administrativa. En la antigua Ley de procedimiento administrativo española se eliminó la prohibición inicial del art. 127 in fine con la reforma de la Ley por la Ley 4/1999, de 13 de enero y en la Ley aprobada en 2015 se mantiene la posibilidad de delegación en el artículo 9.2 que enumera los casos en que no se puede delegar la competencia y entre éstos no aparece la materia sancionadora. Por tanto la atribución de la competencia para sancionar tiene como base para operar las exigencias que establezca la normativa administrativa a cualquier órgano en esta materia de competencias, es decir, la de las normas que atribuyan las competencias a la institución y que las desarrolle, teniendo como marco la Ley de Régimen Jurídico general.

⁹ Cfr. ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 83

¹⁰ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: Sanciones administrativas. Garantías, derechos, recursos del presunto responsable. Ed. Comares, Granada, 2007, p. 78.

¹¹ Vid. URÍA FERNÁNDEZ, F.: "Principios de la potestad sancionadora", en Estudios y Comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. Ed. Ministerio de Justicia y BOE, 1993. p. 52 y 53.

¹² Vid. STC 22/1990, de 15 de febrero. Sobre el alcance sólo en sede judicial del requisito del Juez predeterminado por Ley: STC 47/1983, de 31 de mayo, 101/1984, de 8 de noviembre y 95/1988, de 26 de mayo.

¹³ Cfr. ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 84

Otra característica de la titularidad de la potestad es su disgregación. Nieto considera esta falta de unidad como algo inherente al propio Derecho Administrativo y también a la potestad sancionadora sobre la que prevé "...su cada vez más acelerada y seguramente imparable disgregación". Dicha disgregación se refleja en tres aspectos: el subjetivo activo, referente a los titulares de la potestad que aquí estamos analizando, pero también de los sujetos responsables y del propio procedimiento, muy fragmentado por materias y sectorialmente¹⁴. En el mismo sentido Casares Marcos define esta pluralidad de titulares como "el fraccionamiento de la titularidad de la potestad administrativa sancionadora"¹⁵.

La titularidad, por tanto, está atribuida legal o reglamentariamente a gran cantidad de órganos y no sólo a la Administración territorial, sino también a autoridades que forman parte de órganos Constitucionales (Parlamento, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial... en el ejercicio de sus funciones administrativas); A los entes institucionales (Organismos Autónomos, entidades públicas empresariales, agencias estatales, fundaciones; A las corporaciones de derecho público como los Colegios Profesionales o representantes de intereses económicos (Cámaras de Comercio, Industria y Navegación). Y en la Unión Europea se ha creado también un Derecho administrativo sancionador que atribuye potestades sancionadoras al Consejo de Ministros y a la Comisión y sus decisiones son revisadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que revisa la procedencia de las sanciones impuestas¹⁶. Sucede que este tipo de órganos son heterogéneos y no todos tienen atribuida la potestad sancionadora que les permite realizar ese ejercicio de autoridad implícito en el *ius puniendi* del Estado.

Resulta pues casi imposible reducir el Derecho Administrativo sancionador a unos mínimos comunes dada la gran cantidad de sujetos que tienen atribuida la competencia para sancionar¹⁷. Como afirma el Profesor González Pérez "no puede vincularse la actividad administrativa a unos determinados órganos que integran la Administración Pública, sino que pueden administrar órganos de distinta naturaleza"¹⁸. Por ello, en cada caso y para analizar la existencia o no de competencia de un órgano para sancionar, se deberá tener en cuenta la regulación legal y reglamentaria que atribuyen las competencias a los órganos. Además deberán interpretarse dichas competencias a la luz de los principios que informan la constitución de dichos órganos y sus funciones, en el marco de la legislación de régimen jurídico común a las administraciones públicas de ese determinado país. En cuanto a los problemas de la falta de competencia se aplicará el régimen común que sanciona con la nulidad la incompetencia territorial o material y con la anulabilidad la incompetencia cuando se infringe el principio de jerarquía.

Esta labor no es fácil ya que la atribución de la potestad sancionadora está en la normativa dispersa sectorial, modificada algunas veces con una técnica poco cuidada en la que persisten

¹⁴ Cfr. NIETO, A.: Derecho administrativo Sancionador, op. Cit. p. 187.

¹⁵ Vid. CASARES MARCOS, A.: Principio de Legalidad y Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, p. 161.

¹⁶ LÓPEZ BENITEZ, M. "Marco institucional de las sanciones comunitarias", Documentación Administrativa, num. 280-281, 2008, p. 359 y ss.

¹⁷ Vid. CASARES MARCOS, A.: Entes institucionales y corporativos, potestad sancionadora" Diccionario de Sanciones Administrativas, Lozano Cutanda, B., ed. Iustel, Madrid, 2010, p. 397.

¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: "Las Cortes Generales y el proceso Administrativo", en Las Cortes Generales, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, Vol II. P. 1322.

antiguas normas. En todo caso, en su interpretación se debe tener presente las reglas generales que en materia de potestad sancionadora se encuentran en las leyes de procedimiento administrativo y en sus reglamentos de desarrollo y que garantizan los principios constitucionales que deben integrarse en el procedimiento sancionador como garantías para las personas, el cumplimiento de la legalidad y el control de la arbitrariedad.

Por tanto, y precisamente derivada de esa dispersión normativa y de la pluralidad de entes con potestad sancionadora, se ha tenido que sacrificar el principio de reserva de ley o la vinculación positiva en la atribución de la potestad. Obligado también porque dicha potestad se atribuye a los Entes Locales y otros órganos que no tienen capacidad legislativa y que, precisamente por su proximidad a las personas, aprueban gran cantidad de normas que necesitan cumplirse bajo la tutela de esa potestad sancionadora absolutamente dispersa y disgregada. Esta situación ha obligado a incluir en las nuevas normas de procedimiento administrativo, los siguientes cambios.

El primero obliga a identificar las normas que atribuyen la potestad al órgano sancionador. Esta identificación debe hacerse en los primeros trámites del procedimiento sancionador e incluso en el propio boletín de denuncia o primera notificación al interesado.

También se obliga a identificar al instructor responsable del procedimiento, para que pueda ser recusado si no se abstuvo, en caso de que concurren las circunstancias legales (amistad, enemistad, relación profesional previa o actual...etc.).

A continuación se analizarán cuales son las exigencias procedimentales más importantes para garantizar el ejercicio de la potestad con garantías, sin vulneración de Derechos y con sometimiento a la legalidad para conseguir el control de la arbitrariedad. Recordemos que, en un sistema puro de división de poderes, la potestad debería haber sido atribuida al Poder Judicial, por ese motivo las exigencias procesales hunden sus raíces en el proceso penal y son garantía para las personas, empresas o funcionarios inmersos en el procedimiento sancionador.

II. La evolución del derecho sancionador y sus principios: la lucha por eliminar vestigios prebeccarianos

a. Evolución del derecho sancionador: la lucha por eliminar los vestigios de la potestad sancionadora prebeccariana

Durante tiempo la regulación del procedimiento sancionador se caracterizaba por la ausencia de normas que delimitaran la potestad sancionadora de forma específica y no existía procedimiento concreto común que rigiera en todas las Administraciones Públicas. Si existía alguna regulación sectorial que establecía los tipos y las sanciones de manera genérica, sin graduaciones y por supuesto tampoco se había desarrollado un cuerpo de principios propios para la potestad sancionadora de la Administración que garantizaran los derechos de los sancionados y protegieran a esa tercera parte siempre latente y presente en los procedimientos administrativos: el interés general.

Alemania e Italia fueron pioneros en esta regulación específica, la primera con el OWIG aprobado en 1952 y la segunda con la Ley 689 de 1981. Estas normas dan un primer paso despenalizando ciertos tipos e introduciendo las conductas como tipos administrativos de sectores diversos que en un principio se vinculaban más con la economía (control de precios, por ejemplo) y que en la actualidad atienden además a problemas relacionados con el fortalecimiento del Estado Social como la seguridad, el medio ambiente, el urbanismo o la salud pública en aspectos tan recientes como los medicamentos, la seguridad alimentaria o los cosméticos¹⁹.

Esta ausencia de normativa común en materia sancionadora que lleva a una regulación sectorial sin criterios generales claros que unifiquen principios, derechos y procedimiento, aún es habitual en el régimen sancionador de países que hasta hace poco no contaron con Leyes integrales de Procedimiento Administrativo o que carecen de ellas. Las consecuencias más visibles de estas prácticas producen un doble daño: por un lado la desprotección del sancionado en procedimientos sin las debidas garantías (falta de motivación de la graduación de las sanciones, ausencia de separación de la fase instructora y resolución e incluso la supresión del trámite de alegaciones del interesado en el procedimiento e imposición de sanciones de plano²⁰), y de otro el riesgo para el interés general ante la falta de controles periódicos y organizados del cumplimiento de las normas y de la aplicación de la potestad sancionadora cuyo uso es percibido como arbitrario, por la falta de rigor, de sujeción al precedente administrativo y lo esporádico de su aplicación.

Esta falta de límites en la potestad sancionadora que destilan aún algunos procedimientos administrativos siguen manteniendo viva la reflexión del Profesor García de Enterría en la primera edición del Curso de Derecho Administrativo: “frente al afinamiento de los criterios y de los métodos del Derecho Penal, el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo primario y arcaico, dónde seguían teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas [...] el desplazamiento al reo de la carga de probar su inocencia, de los procedimientos sancionatorios no contradictorios, de recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción o de los que puede resultar la sorpresa de una *reformatio in peius*”²¹.

Sin duda esta situación perturba el interés general y nos devuelve a la reflexión que ocupaba los primeros párrafos de este trabajo. La potestad sancionadora es un pilar del Estado de Derecho en cuanto vela por el cumplimiento de las normas y refuerza las competencias atribuidas a las instituciones del poder ejecutivo al incidir en la aplicación de las normas por parte de los ciudadanos. Existe una indisoluble condición, por tanto, entre la competencia y la potestad sancionadora. Entre la capacidad de ordenar, mandar y prohibir y la de sancionar para hacer operante la competencia.

¹⁹ Sobre esta evolución Vid. NIETO, A.: Derecho administrativo sancionador... óp. cit. p. 25 y ss. FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: Potestad Sancionadora de la Administración, ed. CGPJ, Madrid, 2010, p. 4 .

²⁰ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: Las sanciones de orden público en el Derecho Español, Vol.I, Tecnos 1973, Madrid. P. 279 y 370.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 157. Y terminaba refiriéndose al derecho sancionador de la época: “Sin hipérbole puede decirse que el Derecho administrativo sancionador es un derecho represivo prebeccariano”

Este sistema avanza en el control del sometimiento de los ciudadanos y empleados públicos a la ley (procedimientos disciplinarios), ayuda al conocimiento de las normas y su aplicación y permite controlar la arbitrariedad en la actuación de empleados públicos y funcionarios. Por tanto es un mecanismo de control de la corrupción puesto que tiene una utilización en relaciones ad intra, en el seno de la propia Administración mediante el procedimiento sancionador disciplinario.

Su aplicación permite reforzar la exigencia de que en las decisiones se tenga en cuenta el interés general y el Estado de Derecho. Para la consolidación del Estado de Derecho, debe dejarse atrás ese sistema sancionador descrito por García de Enterría y Fernández Rodríguez como “prebeccariano”²² y con semejanzas excesivas con regímenes poco democráticos y del antiguo régimen²³, para empezar a construir el derecho administrativo sancionador de las garantías de la persona, el respeto al interés general y el robustecimiento del Estado de Derecho.

Para conseguir tales fines resulta imprescindible unificar en una sola norma con carácter básico los principios informadores del procedimiento sancionador y las garantías mínimas que debe cumplir dicho proceso. En los casos en que aún no exista un procedimiento general establecido en una norma, o que su regulación no aporte las suficiente garantías y límites a la potestad, para apartarla de esa concepción pre-beccariana, los tribunales deberán asentar, jurisprudencialmente, los principios y límites que deben informar dicho procedimiento sin perder de vista no sólo el derecho de la persona inmersa en el procedimiento sino que debe tenerse en cuenta también el interés general protegido con la aplicación de la sanción: ya sea la tutela de un derecho social (salud, educación...etc.) o la protección del Estado de Derecho, en el sentido antes expuesto.

En cuanto al tipo de norma que debe establecer ese procedimiento sancionador común, sus principios y límites, ésta debería tener rango de Ley, dado que ha de ser aplicada en sus partes básicas sobre leyes sectoriales a las que, cuando se apruebe, derogará o de la que será supletoria. Por tanto, para evitar los problemas que supone la deslegalización de buena parte del procedimiento y la remisión a una norma reglamentaria se recomienda que el procedimiento sea desarrollado ampliamente en la Ley Básica de Procedimiento Administrativo²⁴. Este ha sido uno de los cambios aplaudidos por la Doctrina en la redacción de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (art.25.1 de la Ley 40/2015)²⁵.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 157.

²³ Vid. MARÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Introducción a un seminario sobre sanciones administrativas”, en El vía crucis de las libertades públicas y otros ensayos rescatados, Ed. Ciudad de Argentina, 1996, Buenos Aires, p. 64 y “Multas Administrativas”, RAP, Nº 79, 1976, p. 19 a 24.

²⁴ Sobre los problemas de la deslegalización del procedimiento Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La problemática puesta en aplicación de la LRJPC: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal”, REDA, 80, 1993, P. 657 y ss.

²⁵ Vid. GALLARDO CASTILLO, M.J.: “Especialidades del procedimiento sancionador”, en Instituciones de Procedimiento Administrativo Común, ed. Jurá, Lisboa, 2016, p. 221.

b. Principios del Derecho Administrativo sancionador: principios del Derecho Penal matizados.

Es patente la influencia de las reglas del derecho penal en ciertas partes del procedimiento administrativo sancionador y muchas en los principios rectores del mismo. Antes de analizar los segundos, se debe aclarar un concepto que Parada definió como el fenómeno de la despenalización: “consiste en la configuración de determinados ilícitos de carácter civil o administrativo cuya represión encuentra en la vía administrativa una primera respuesta sin perjuicio de la posterior intervención del juez civil o penal”²⁶.

Las garantías del Derecho Penal, han sido extendidas al Derecho Administrativo sancionador. Así sucede con la presunción de inocencia o el carácter contradictorio que tiene el procedimiento y la necesidad de audiencia y presentación de pruebas para alegar lo que al derecho de cada una de las partes convenga. García de Enterría ha definido esta situación como la “...extensión al sistema sancionador administrativo de las garantías del orden penal”. Aunque en situaciones de especial sujeción, como sucede en materia sancionadora disciplinaria, esas reglas pueden variar²⁷.

En un principio, la doctrina separó el ilícito penal del administrativo entendiendo que el primero hacía referencia a la lesión de un bien jurídico y que el segundo resultaba de la omisión del deber de obediencia u obediencia debida a la Administración. En estos supuestos todavía se comprendía que las sanciones eran una extensión de la potestad de policía y no una potestad independiente de la Administración. Desde esta perspectiva, como era lógico, existían unos principios específicos para la potestad sancionadora de la Administración que permitían obviar criterios tan importantes como la exigencia de tipicidad, que en ocasiones se justificaba de manera estimativa, la existencia de pruebas por presunciones, el incumplimiento del carácter contradictorio de los procedimientos, la posibilidad de reformatio in peius, la inaplicación de atenuantes o de causas de exclusión de responsabilidad. Todas estas peculiaridades apartaban la figura del control de la arbitrariedad, del Estado de Derecho y le valió el nombre de prebeccariano.

Poco a poco y con ayuda de la doctrina y jurisprudencia, a partir de los años setenta del siglo pasado se fragua la teoría del ilícito como un concepto general que se aplicará tanto al ámbito penal como al administrativo. Así se intentaba controlar la arbitrariedad de la potestad sancionadora sometiéndola a los principios del derecho penal, con matices, y a la exigencia de tipicidad. En 1972 el Tribunal Supremo español afirmó: “las contravenciones administrativas no pueden ser aplicables nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enumeración literal, ya que se integran en el supra-concepto del ilícito cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las que se integran tanto el ilícito administrativo como el penal. Ambos ilícitos exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre éste y la acción”²⁸.

²⁶ PARADA VÁZQUEZ, R.: Derecho Administrativo, Tomo I. Marcial Pons, Madrid, 2002, pág.465.

²⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración Pública. RAP, Nº126, p. 256.

²⁸ Vid. STS de 12 de marzo de 2003 que incorpora la STS de 9 de febrero de 1972.

Además la jurisprudencia y la doctrina aclararon que los principios del derecho penal debían aplicarse e informar la potestad sancionadora con matices²⁹, y que eran de especial importancia para llenar de sentido las normas poco claras ante las que la Administración no debía actuar como si se tratara de habilitaciones en blanco sino que quedaba constreñida por esa remisión a los principios³⁰.

Por tanto los principios que informan la potestad sancionadora, pese a tener su origen en el derecho penal, no se aplican del mismo modo. Sánchez Morón, recordando la jurisprudencia, puntualiza que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”³¹. En este marco es en el que operan los principios que se analizarán.

i. Principio de legalidad

Del principio de legalidad emanan dos exigencias: la necesidad de tipificación de las conductas de un lado, y la reserva legal de otro. Por tanto este principio hace necesario que las conductas ilícitas que serán objeto de sanción deben determinarse en una norma. También deberá establecerse cual será la sanción que se aplicará y que corresponde a cada conducta ilícita.

Además este principio está directamente relacionado con el de vinculación positiva de la Administración. La potestad sancionadora, como los demás poderes de la Administración, no se pueden desarrollar si no han sido atribuidas previamente por el ordenamiento jurídico. Toda actuación de la Administración, en atención al mismo, se somete a la existencia de una norma previa, ya sea legal o reglamentaria. Pero debemos decir que en materia sancionadora, restrictiva de derechos, esa atribución de competencias no puede darse por el propio ejecutivo mediante reglamento. Debe haber una atribución expresa por una norma con rango de ley, como principio general³².

No obstante esta exigencia de legalidad previa se aplica de forma matizada, menos estricta, en el ámbito de las sanciones administrativas, lo que constituye un matiz importante en cuanto a la operatividad del principio en materia penal. En el caso de la potestad sancionadora administrativa se permite la colaboración reglamentaria para concretar y desarrollar ciertos aspectos de la Ley y adaptarlos a la realidad del momento. Esta colaboración no debe tipificar y definir las infracciones y sanciones a aplicar, y los matices deben analizarse en cada caso concreto, especialmente en el ámbito de la Administración Local, que supone la gran excepción al principio de legalidad. En este caso la colaboración reglamentaria se flexibiliza dado que los reglamentos en los Ayuntamientos se aprueban por órganos de carácter representativo. En este caso y en el de los Colegios Profesionales se exige que la Ley fije unos criterios mínimos de antijuridicidad para que luego los entes Locales puedan establecer tipos.³³

²⁹ Vid. STS de 4 de mayo de 1978.

³⁰ Vid. STS de 2 de marzo de 1972 y STS de 25 de marzo de 1972.

³¹ SANCHEZ MORON. Op. Cit., pág. 673.

³² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: Curso.... Óp. Cit. p. 416 y ss. PARDO, E.: “Sanciones administrativas y potestad reglamentaria”, REDA, N°49, p. 99 y ss.

³³ Sobre la colaboración normativa de las normas municipales en materia sancionadora puede consultarse la STC 132/2001, de 8 de junio.

El principio de legalidad no plantea problema en los casos en que hay una legislación especial que tipifica las sanciones pero es más problemático cuando no existe esa ley sectorial y los reglamentos tipifican las conductas. Es el caso de la Administración Local y también el de los Colegios Profesionales. En estos casos la doctrina no es unánime. Se puede entender que esos reglamentos son inválidos por la infracción del principio de legalidad. Pero también se ha entendido que los reglamentos en el ámbito de la Administración Local o en los Colegios Profesionales no vulneran el principio de legalidad por la singularidad de su aprobación, por órganos de representación elegidos por los ciudadanos, en los que el principio se atenúa o relaja. En el caso de los municipios por el principio de autonomía local y el democrático que inspira su funcionamiento a través del Pleno. En estos casos bastaría con que no se contravinieran las leyes para cumplir con el principio de legalidad.

Debe indicarse que esta segunda tesis encuentra cada vez más dificultades prácticas debido a las resoluciones contrarias a la misma por parte de los tribunales. El Tribunal Constitucional Español en la sentencia de 18 de noviembre de 1993 ya establece la doctrina contraria al respecto y ésta pasa al Tribunal Supremo en sus sentencias³⁴. Debe concluirse haciendo referencia al derecho internacional. En los países en que se haya firmado la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL 15 de octubre de 1985). Dado que los tratados internacionales son de aplicación al ordenamiento si han sido válidamente celebrados, debe recordarse que en el artículo 3.1 se dice “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.” Este precepto puede causar tensiones entre el principio de reserva de ley y el de autonomía, porque parece que existe, para el caso de los entes Locales, una capacidad que les permitirá en la práctica hacer efectiva su autonomía siempre que no vulneren la ley, lo que les permitiría por tanto, ordenar también su potestad sancionadora.

Esta redacción por tanto, en el caso de encontrar similitudes en otros ordenamientos jurídicos, permite un margen más amplio en la interpretación del principio de legalidad en materia sancionadora en el ámbito Local, endureciéndose en el resto de los supuestos y planteando también excepciones de sanciones en situaciones de sujeción especial. En estos supuestos es suficiente que en una norma con rango de ley se habilite de forma genérica la posibilidad de que, a través de un reglamento, se establezcan infracciones y sanciones y sin necesidad de que la ley las tipifique³⁵. Estarían en esta situación los funcionarios³⁶, los internos de establecimientos penitenciarios³⁷, hospitales, estudiantes de universidad y los colegios profesionales.

ii. Principio de tipicidad

Conectado con el principio de seguridad jurídica, el Prof. Enterría definía la tipicidad como: “la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción

³⁴ Vid. SsTS de 6, 9 y 10 de junio de 2003 en materia de sanciones impuestas a taxistas que buscaban viajeros fuera de las zonas habilitadas y cuyo tipo se preveía en una Ordenanza Reguladora de servicio de vehículos de alquiler con taxímetro.

³⁵ Vid. VVAA. Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Abogacía del Estado, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 149.

³⁶ Vid. STS de 26 de abril de 2004.

³⁷ Vid. STS de 27 de septiembre de 2000.

administrativa”³⁸. Por tanto la exigencia de tipicidad abarca a las conductas objeto de sanción pero también a las propias sanciones que deben imponerse ante las infracciones de la norma.

Sobre esta cuestión, ya tratada en parte en el apartado anterior, cabe destacar el aspecto de recurrir a cláusulas generales para tipificar infracciones. Es el caso de aquellas normas que tras establecer la regulación de una materia introducen un artículo que afirma: “el incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley será sancionado con la suspensión o revocación de (licencia)”. La jurisprudencia suele comprender que así no “se cumple con la exigencia de predeterminación de comportamientos, ni se conectan éstos con las sanciones que se enumeran [...] así se permitiría al Órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitirá una debida especificación normativa”³⁹. Por tanto no se pueden regular de forma genérica, y se impone ese límite a la discrecionalidad sancionadora. Las últimas reformas normativas de procedimiento también eliminan la triple categoría de infracción: leves, graves y muy graves y se permite que cada norma sectorial indique el modelo de clasificación con dos, tres o cuatro categorías.

En cuanto al tipo de las sanciones cabe recordar que está superada la imposición de sanciones de privación de libertad. En cuanto a la colaboración de los reglamentos en la definición del tipo se pide que sea para introducir especificaciones o graduaciones concretas al modelo general que debe estar regulado por Ley. Los problemas que se han detectado estriban en la imposición de sanciones de cuantía ilimitada (multas de una cantidad “en adelante”) que no están admitidas⁴⁰. Las correlaciones entre infracciones y sanciones deben estar claras, no es posible la duplicidad de listados sin la relación correspondiente. Por último cabe recordar que el tipo no debe contener conceptos jurídicos indeterminados, pero si los contiene su definición debe permitir una delimitación en su apreciación. Conceptos como “paz pública”, “convivencia social” no serían aceptables, pero si “superior jerárquico” o “en ejercicio del cargo”, toda vez que los segundos permiten “la concreción del citado concepto de forma razonablemente factible en virtud a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de infracción tipificada.”⁴¹

El profesor Martín Retortillo advertía del peligro de utilizar los conceptos que no fueran determinables, alegando que otorgaban un arbitrio absoluto a las autoridades administrativas, de tal modo que con ese tipo de conceptos todo podría ser considerado como una infracción del orden público⁴². En cuanto a la interpretación de los tipos por la administración, no se puede recurrir a interpretaciones extensivas o a la analogía, que está también prohibida en esta materia.⁴³

³⁸ Op. Cit. Vol. 2. p. 177.

³⁹ Vid. STC Español 61/1990 de 29 de marzo, Ponente Vega Venayas. (sobre vigilantes de seguridad privada)

⁴⁰ Vid. STC 29/1989, 6 de febrero, Ponente Leguina Villa.

⁴¹ STC 305/1993, de 25 de octubre, Ponente López Guerra.

⁴² Vid. Martín Retortillo, L.: La cláusula de orden público como límite impreciso y creciente del ejercicio de los derechos, ed. Civitas, Madrid, 1975, p. 56 y ss.

⁴³ STC52/2003, de 17 de marzo, Ponente Casas Baamonde, que impide la analogía in peius pero nada dice de la analogía a favor del administrado... por lo que sería más cuestionable si en este caso sería posible utilizarla, siempre que no perjudique al interés general.

iii. Principios de irretroactividad, responsabilidad y proporcionalidad

Avanzamos en estos principios que han planteado menos debate doctrinal. Se asume la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, pero se permite la retroactividad si ésta favorece al infractor. En cuanto a la determinación del momento en que debe entenderse cometida la infracción se debe acudir a la doctrina penal y que atiende al último acto constitutivo de la infracción, lo cual arroja luz en el caso de la comisión de infracciones de carácter continuado⁴⁴.

Sobre el principio de responsabilidad (habitualmente conocido como culpabilidad), cabe decir que se utiliza para señalar la última consecuencia de la culpabilidad o el deber abstracto de sufrir las consecuencias de una infracción. Este debate suele cerrarse con la interpretación de que, en el ámbito administrativo, la mera inobservancia de la norma desencadena la responsabilidad de sufrir la sanción. Pero existen corrientes jurisprudenciales que exigen la necesidad de dolo o culpa y no la mera inobservancia de la norma, para imponer las sanciones. Sobre la responsabilidad se exige en las normas cumplir unos requisitos de edad y que incluye a menores en ciertos casos y se les excluye en otros. También se ha criticado la responsabilidad solidaria establecida en algunas normas. Sobre las causas de exclusión de la responsabilidad se permiten el caso fortuito y fuerza mayor, los supuestos en los que hay conflicto de normas y también en situaciones en las que se pueda demostrar las alteraciones en la percepción. Por último la jurisprudencia también ha admitido la exclusión de responsabilidad en caso de error, estado de necesidad o miedo insuperable... pero en circunstancias sumamente excepcionales.

Con respecto a la proporcionalidad, se trata de que la sanción responda a criterios de necesidad y de adecuación al fin perseguido. Se debe adecuar la sanción a la gravedad del hecho. En cuanto a la adecuación al fin perseguido debe recordarse el caso de la desviación de poder, que en ocasiones, para evitar determinadas conductas o con fin recaudatorio, se imponen sanciones que no cumplen con el criterio de la necesidad o no se imponen para perseguir el fin que la habilitación legal le atribuyó.⁴⁵

III. Procedimiento administrativo sancionador: el equilibrio entre la garantía de derechos de las personas y el interés general

a. Procedimiento Administrativo Sancionador: reformas incorporadas en las últimas normas de procedimiento administrativo

Las últimas reformas normativas en materia de procedimiento administrativo en Latinoamérica y España introducen en su articulado menciones especiales a los procedimientos sancionadores. Existen dos modelos: el que opta por ir haciendo especificaciones al

⁴⁴ Vid. STS de 9 de mayo de 2002, que aplica la norma posterior más favorable que entró en vigor tras imponerse la sanción. En materia de publicidad por parte de un despacho de abogados.

⁴⁵ Vid. Barnés, J.: "El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar", Cuadernos de Derecho Público, N. 5, 1998, p. 123 y ss. Y STC 136/1999, de 20 de julio. Sobre el test que debe realizarse para analizar si se cumplen las exigencias de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, se puede ver la STC 136/1999.

procedimiento sancionador en la descripción del procedimiento administrativo general (modelo de la última reforma operada por Ley 39/2015 en España) o, el más habitual, incorporarlo como procedimiento adicional en un apartado que suele llevar el nombre de “Procedimientos Especiales” y que suele incluir también el procedimiento para elaboración de reglamentos y el de responsabilidad patrimonial (es el caso de las últimas reformas en República Dominicana en la ley 107-13 o en Ecuador, aún en trámite parlamentario).

Sea cual fuere el modelo elegido, parece que en la actualidad las reformas han incorporado una serie de principios que operan en el procedimiento administrativo sancionador dejando claro cómo debe operar en este ámbito el derecho al debido proceso reconocido constitucionalmente: necesidad de existencia de un procedimiento que garantice el carácter contradictorio de proceso y evite la imposición de sanciones de plano. Que dicho proceso cuente con dos fases diferenciadas: una instructora y otra de resolución del expediente. El derecho a ser informado de la calificación jurídica de los hechos y la infracción antes de realizar las alegaciones. La necesidad de motivar, en todo caso, la sanción que se impone, la adopción de medidas de carácter provisional, así como la denegación de pruebas.

Además de estas cuestiones suelen incorporarse otras –aunque no en todas las leyes de procedimiento- como apreciaciones sobre los procedimientos iniciados por denuncia, la fase de averiguación o información previa al inicio del procedimiento y la posibilidad de realizar un procedimiento abreviado sancionador.

Algo que debe criticarse es que se sigue manteniendo la posibilidad de regulación específica como es el caso de la potestad sancionadora disciplinaria o la tributaria –lo cual es más comprensible-. No debería desaprovecharse la posibilidad que brinda la aprobación de las leyes de procedimiento para unificar derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y más aún en el procedimiento que restringe derechos, como es el sancionador.

Huelga hacer mención a la labor jurisprudencial en el reconocimiento de los derechos que aquí se mencionan en los casos en que la legislación ha quedado obsoleta. La función de los tribunales permite adaptar las normas a la realidad del momento y dotar a las personas de los derechos que aseguran un procedimiento con las debidas garantías. De ahí que la labor del juez contencioso haya pasado del control de la legalidad al de la aplicación de los principios⁴⁶.

b. Actuaciones previas e iniciación del procedimiento

Sobre esta cuestión es importante destacar que la competencia marca la posibilidad de iniciación de los procedimientos y, con ello, ya sea de oficio, o por que un órgano superior así lo estime oportuno, o por denuncia de un particular, el órgano competente para resolver será el que decida sobre la iniciación o no del expediente⁴⁷. En este marco cobra sentido la idea de la actuación previa o de investigaciones previas. Se trata de una serie de actuaciones

⁴⁶ Cassagne, J.C.: El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

⁴⁷ Vid. González Pérez, J. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo español, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 523 y 524. González Navarro, F. Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativo, Ed. Eunsa, Pamplona, 1997, p. 668

facultativas que realiza el órgano que tenga atribuida la potestad sancionadora, con anterioridad a la iniciación del procedimiento, con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento sancionador⁴⁸.

Una característica importante de estas actuaciones es que no forman parte del expediente sancionador, y el tiempo de tramitación de las mismas no es computable para acordar la caducidad en la tramitación del expediente, lo que juega a favor de la Administración, ya que con ellas posee una herramienta que le permite contar con mas margen de facto en la tramitación. Además este trámite puede hacerse sin que el interesado lo conozca, y con ello no se vulnera el derecho a la defensa⁴⁹. En el caso de que se produzca una sanción aquellos aspectos que vayan a ser cruciales para la motivación de la resolución pasarán al expediente y allí tendrá acceso a ellos el sancionado. Cabría preguntarse si, pese a no ser parte del expediente, esas actuaciones pueden ser accesibles para los ciudadanos. La respuesta estará en la regulación sobre transparencia de cada país y si esta permite el acceso a expedientes o si es más genérica.

c. Separación de fases y motivación: derechos esenciales

El objetivo es garantizar la imparcialidad separando la fase en la que se realiza la prueba y se reciben las alegaciones, se determinan los hechos y la responsabilidad de la fase de resolución. Los textos constitucionales suelen contener la existencia de imparcialidad como principio básico de la administración en su actuación. Por ese motivo este derecho es consustancial al proceso sancionador, si bien en la normativa europea no se consagra como un derecho fundamental, como pueda serlo en el proceso penal.

La motivación como forma de control de la arbitrariedad de la Administración se erige como herramienta fundamental en varias fases del proceso: en la calificación de los hechos y la normativa infringida así como las sanciones que pudieran corresponder que debe incluirse en el pliego de cargos con el fin de que el interesado pueda hacer sus alegaciones y articular así su defensa desde el inicio del procedimiento. Pero las alegaciones no sólo son posibles tras esa calificación sino que también se admiten tras la notificación de la propuesta de resolución y una vez que el órgano instructor ha terminado el procedimiento. Esa propuesta de resolución debe contener: la fijación motivada de hechos probados, su calificación jurídica, la infracción cometida, la persona responsable, la sanción que se propone y la valoración de la prueba. Estos son los requisitos que, por ejemplo, exige la nueva ley española en su artículo 89.

La motivación también es necesaria para la denegación de pruebas (se admiten todas las permitidas en derecho) y también para probar las alegaciones de la administración. Debe recordarse que incluso la presunción de veracidad que tienen determinados documentos como las actas de inspección de los agentes de la autoridad necesitan de un soporte probatorio adicional que sustente las aseveraciones⁵⁰.

⁴⁸ Vid. Montoya Marín, E.: "Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento sancionador y en las garantías del administrado" Documentación Administrativa, Nº. 280-281, Madrid, 2008.

⁴⁹ Vid. STC 272/2006, en su fundamento jurídico sexto.

⁵⁰ Vid. Cano Campos, T. Presunciones y valoración legal de la prueba en el derecho administrativo sancionador, Navarra, 2008. Gallardo Castillo, M.J.: "Especialidades del Procedimiento Sancionador", en Instituciones de ... óp. Cit. p. 233. STC 169/1998, de 21 de julio.

IV. Conclusiones

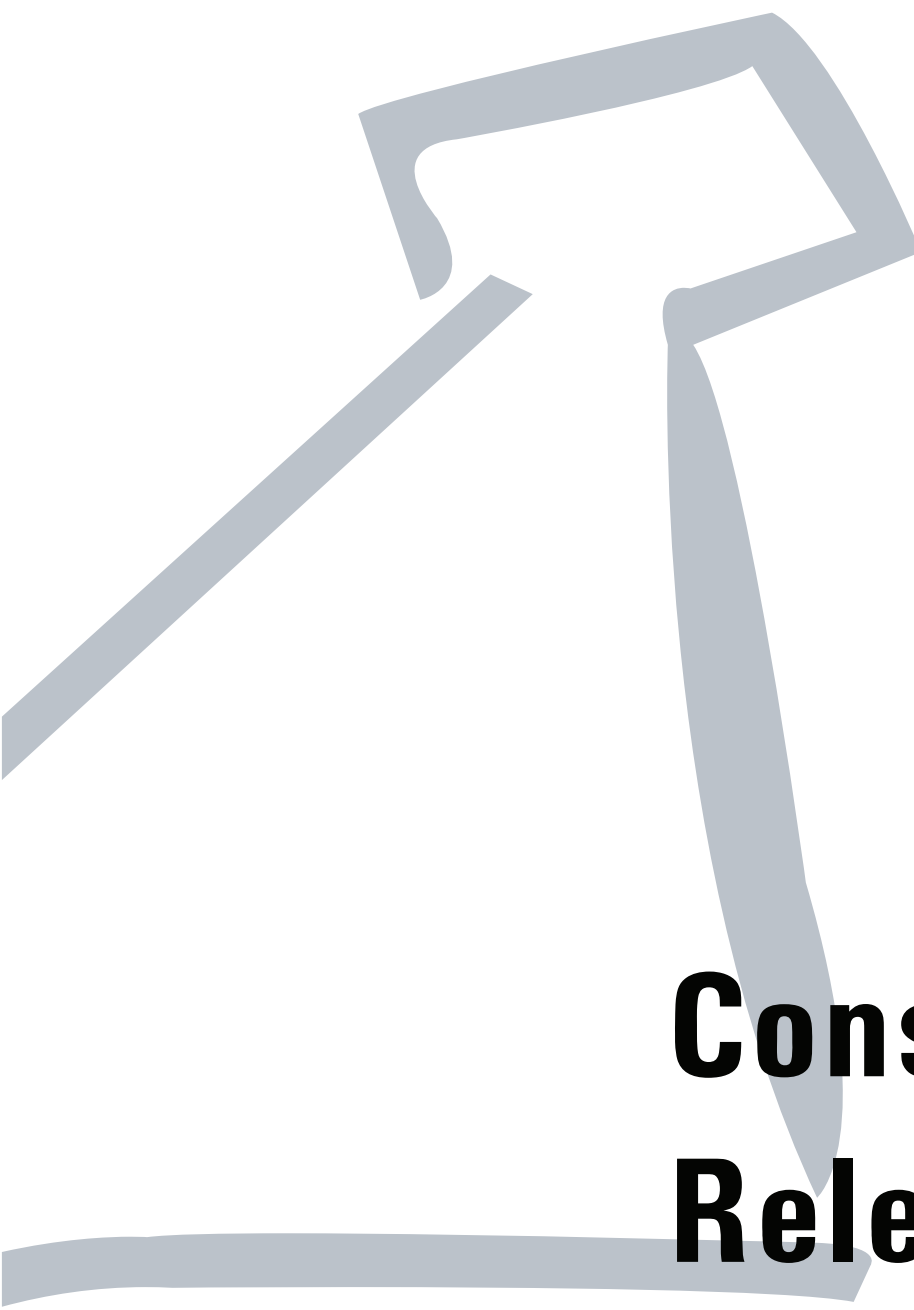
La potestad sancionadora es una potestad de la Administración al servicio del interés general al que sirve la normativa administrativista. Cumple con un papel "educativo" para las personas puesto que la intención última es conseguir que las normas se cumplan para evitar la sanción. Por tanto es un mecanismo idóneo para el control de la corrupción.

Si bien es cierto que la potestad sancionadora debe estar reconocida por una norma con rango de Ley de forma expresa (art. 127.1 de la LRJPAC, art. 25.1 de la LRJSP), la competencia concreta de los órganos encargados de resolver el procedimiento sancionador puede atribuirse reglamentariamente (Art. 127.2 de la LRJPAC, art. 25.2 LRJSP). Por tanto hay principios que resultan matizados en esta materia. Dicha matización no puede pretender olvidar las características que deben cumplir los procedimientos sancionadores: doble fase en el mismo con un órgano que instruya que sea distinto al que resuelva, para garantizar la imparcialidad. La necesidad de que el procedimiento sirva para esclarecer los hechos, primando el carácter contradictorio del mismo. El derecho de prueba que tienen los afectados por el procedimiento sancionador.

Para la consolidación del Estado de Derecho, debe dejarse atrás ese sistema sancionador descrito por García de Enterría y Fernández Rodríguez como "prebeccariano"⁵¹ y con semejanzas excesivas con regímenes poco democráticos y del antiguo régimen⁵², para empezar a construir el derecho administrativo sancionador de las garantías de la persona, el respeto al interés general y el robustecimiento del Estado de Derecho. De la eficacia de dicha potestad depende, en buena medida, un eficiente control de la corrupción.

⁵¹ García de Enterría, E. Y Fernández Rodríguez, T.R.: Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 157.

⁵² Vid. Marín-Retortillo Baquer, L.: "Introducción a un seminario sobre sanciones administrativas", en El vía crucis de las libertades públicas y otros ensayos rescatados, Ed. Ciudad de Argentina, 1996, Buenos Aires, p. 64 y "Multas Administrativas", RAP, N° 79, 1976, p. 19 a 24.



Consultas Relevantes

El contralor de servicios en una Municipalidad no debe percibir el pago de prohibición.

Una Municipalidad consulta a la CGR si procede el reconocimiento de prohibición al contralor de servicios, al respecto se concluye que la prohibición al ejercicio liberal de la profesión constituye una restricción impuesta legalmente a quienes ocupan determinados cargos públicos y que, la nomenclatura de “contralor y subcontralor internos” refiere específicamente a quienes ocupen los cargos de auditor y subauditor internos (en algunas instituciones públicas, como el caso de la UCR); por lo que el cargo de contralor de servicios no se encuentra incorporado en el listado de cargos públicos alcanzado por la prohibición establecida en el artículo 14 de la Ley 8422 y su reglamento. Ver Oficio No. 01858 (DJ-0167-2016) del 9 de febrero de 2016.

Corresponde a la Municipalidad analizar las condiciones en que otorga el pago de las anualidades a sus funcionarios.

Se consulta si es posible aplicar lo dispuesto en el voto de la Sala Constitucional número 15460-2008 respecto del reconocimiento de anualidades para los funcionarios de una Municipalidad, siendo que tienen su propio reglamento autónomo de servicios. El voto en mención declara inconstitucional el límite temporal de 30 años para el reconocimiento de anualidades de los funcionarios del sector público establecido en el artículo 5 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, No. 2166 de 9 de octubre de 1957. Las consideraciones de dicha declaratoria atienden al quebranto del principio de intangibilidad patrimonial de los funcionarios públicos, la falta de proporcionalidad del límite impuesto respecto del tiempo de retiro de los trabajadores, por lo que se modifica el contenido de dicho artículo. Así entonces al analizar el ámbito de aplicación del artículo en cuestión se estima que comprende el sector municipal, ya que su regulación se dirige a los funcionarios del sector público. Tanto la Contraloría General como la Procuraduría General han reconocido lo anterior considerando que la norma es amplia y las municipalidades forman parte de la Administración Pública. Así entonces bajo la premisa legal vigente, corresponde a la Municipalidad consultante analizar las condiciones jurídicas en las que otorga el sobresueldo de anualidades de sus funcionarios ordinarios. Ver Oficio No. 00744 de 18 de enero de 2016. (CGR/DJ-0065-2016).

La Contraloría General de la República puede abrir procedimientos disciplinarios a funcionarios municipales de elección popular.

Se tramitó consulta de una Municipalidad, sobre la procedencia jurídica para que el órgano contralor pueda instruir un procedimiento disciplinario en contra de funcionarios municipales de elección popular. Al respecto, se indicó que la Contraloría General cuenta con la competencia necesaria para tramitar un procedimiento administrativo en contra de funcionarios municipales (incluidos los de elección popular) que incurran en una conducta activa u omisiva que infrinja el Ordenamiento de Control y Fiscalización Superior de la Hacienda Pública. Ver Oficio No. 19 (CGR/DJ-0008) del 4 de enero de 2016.

El uso de los recursos de las redes de cuidado y desarrollo infantil son responsabilidad de los gobiernos locales y están sujetos a la fiscalización de las auditorías internas municipales.

La CGR indicó que las unidades ejecutoras de los recursos provenientes del FODESAF para el financiamiento de la Red de Cuido y Desarrollo Infantil y las municipalidades que cuenten con CECUDIs deben suscribir convenios de colaboración interinstitucional, con el fin de definir sus deberes y responsabilidades en cuanto a la ejecución de esos recursos públicos, cuyo uso correcto es también responsabilidad de los gobiernos locales, por lo que éstos deben establecer controles que garanticen un registro de asistencia de la población infantil, que servirá, entre otras cosas, para efectuar el pago correspondiente por la operación del Centro. De igual forma, las municipalidades deben fiscalizar los recursos que les sean transferidos por parte del IMAS para la prestación de los servicios brindados. Así, los recursos del FODESAF y del IMAS se consideran como ingresos propios del gobierno local y por lo tanto, están sujetos a la fiscalización de la auditoría interna municipal, a partir de las prerrogativas que concede la Ley General de Control Interno. Ver oficio N.º4817-2016 (DFOE-DL-0374) del 18 de abril del 2016. En este documento se emite un nuevo criterio.

Regulaciones administrativas aplicables al Auditor y Subauditor Interno.

Las regulaciones de tipo administrativo que les serán aplicables a los puestos de Auditor y Subauditor interno deben ser establecidas por cada jerarca, respetando los principios de razonabilidad, proporcionalidad y el bloque de legalidad. Sin embargo, esas regulaciones no pueden afectar la actividad ni la independencia funcional y de criterio de la Auditoría Interna, ni tampoco ser diferenciadas de las del resto de funcionarios al punto de crear criterios de desigualdad. Además, no les corresponde la aplicación del régimen del servicio civil ni la regulación interna que aplica para los demás funcionarios, pues éstos gozan de un régimen diferente y especial en virtud de su función particular. Ver oficio N.º3789-2016 (DFOE-IFR-0129) del 17 de marzo del 2016.

Proceso de legalización de libros electrónicos.

Corresponde a la Administración determinar el soporte que asegure confiabilidad, oportunidad y oficialidad de la información que deba registrarse en los libros contables, de actas y cualquier otro, pudiendo ser un medio físico o uno electrónico según mejor se adapte a las necesidades, siempre y cuando le permita cumplir con la regulación vigente. La normativa pretende que mediante la legalización de libros se brinde garantía razonable de la autenticidad de la información y del soporte en que ésta se encuentre, es decir, que la información documentada sea la correcta y que el medio en el que encuentra sea el oficial. Cuando la información se encuentre en un formato electrónico se requiere además que se asegure la inalterabilidad, el acceso o consulta posterior y la preservación de los datos relativos al origen de la información. La Administración y la Auditoría Interna de cada institución deben definir los procesos y verificar que se cumpla con esos requisitos mediante la ejecución de acciones de control con las cuales se pueda ejercer una función preventiva. Ver oficio N.º4640-2016 (DFOE-ST-0015) del 13 de abril del 2016.

**Resoluciones
judiciales
relevantes**

CCSS puede ajustar el cálculo de cesantía a lo que dispone el Código de Trabajo.

La Sala Primera declaró sin lugar el recurso de casación. Este proceso versa sobre la legalidad de la modificación del artículo 41 del Reglamento de Relaciones Laborales de la CCSS, que pretende ajustar el cálculo de la cesantía a lo que dispone el numeral 29 del Código de Trabajo. En resumen, la Sala Primera se pronuncia sobre la legalidad de dicha modificación e indica que lo actuado por la CGR en la aprobación presupuestaria del período 2012 se ajusta a derecho. De igual manera, se señala que sí es posible efectuar ese tipo de modificaciones, en virtud de la autonomía que ostenta la CCSS; sostiene que esta potestad ha sido tutelada por la Sala Constitucional. Aclara que, si bien puede ampliar dichos beneficios laborales, también tiene potestades para disminuirlos, sin afectar mínimos estipulados legalmente. De tal forma, en el caso concreto no se encontró vicio alguno en la modificación del artículo 41 del Reglamento de Relaciones Laborales, por lo que no encuentra motivo para anular dicha modificación. Ver Resolución No. 1283-F-51-2015 de las 13:30 horas del 5 de noviembre de 2015.

Recepción de notificación vía correo electrónico es responsabilidad del notificado.

A partir de una gestión de nulidad de notificación y reposición de plazos, el Tribunal Contencioso determinó que independientemente de la fecha de emisión del reporte de notificación vía correo electrónico, éste es un medio fidedigno que contiene la información generada desde el servidor Microsoft Outlook y confirma la entrega de correo. De este modo, no es responsable el funcionario que realizó la notificación cuando no se de una recepción material o entrega final del documento. Esto, ya que según lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley de Notificaciones Judiciales, la seguridad y seriedad de la cuenta seleccionada son responsabilidad del interesado y cualquier imposibilidad con la entrega final corre a su cargo. En resumen, es responsabilidad del Tribunal tener por entregado el documento enviado, pero corresponde a la parte contar con las óptimas condiciones en el equipo receptor. Resolución de las 14:00 del 7 de abril de 2016, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera.

Sanciones emitidas por la CGR no pueden impugnarse repetidamente ante los tribunales.

El Tribunal Contencioso Administrativo declaró inadmisble el proceso por el cual se solicitó la anulación de actos finales sancionatorios emitidos por la CGR, que habían sido previamente impugnados en la misma sede y respecto de los que ese mismo Tribunal había declarado sin lugar una demanda. En ese sentido, una vez verificado que se trataba del mismo objeto, sujetos y causa de la primera demanda, procedió a declarar el asunto juzgado y por ende, la inadmisibilidad del proceso ordenando su archivo. Ver Resolución N.º 387-2016 de las 10:25 horas del 22 de febrero de 2016, Tribunal Contencioso Administrativo.

Alcaldes municipales deben autoaplicarse las sanciones de suspensión que recomiende la CGR.

El Tribunal Contencioso Administrativo interpretó que al ser el alcalde el destinatario de las sanciones de suspensión recomendadas por la CGR, éstas son autoaplicativas, por lo que no se requiere de ninguna instancia para ejecutarlas. De este modo, una vez firme y notificada la resolución que las impone el jefe municipal debe atender lo dispuesto por el Órgano Contralor. Asimismo, dispuso que la CGR debe informar sobre la firmeza de la sanción al Concejo Municipal, Vicealcaldes y al encargado de gestionar las remuneraciones en el Municipio, con el fin de que se coordinen las decisiones secundarias o colaterales que involucra la ejecución de la sanción, a efectos de la suplencia del Alcalde y lo relacionado a la no remuneración durante el plazo de la suspensión. Ver Resolución N° 65-2016-VI de las 9:30 horas del 20 de abril de 2016.



Contraloría General de la República
