

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública



ISSN: 2215-3624



Estudios —

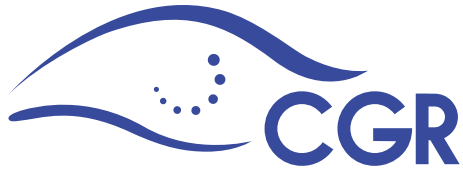
Consultas Relevantes —

Resoluciones judiciales relevantes —

Actualidad jurídica —



Vol VII. 2016



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

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. 7. (2016)–. San José Costa Rica

Semestral
ISSN-2215-3624

Índice

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

Estudios de Colaboradores Nacionales

Algunas ideas para mejorar la gestión en la Administración Pública. Ramón Alcides Gómez Figueroa.....	3
--	---

El derecho de acceso a información relacionada con las remuneraciones de los funcionarios públicos. Jaínse Marín Jiménez	14
---	----

Potestad anulatoria de la Contraloría General de la República sobre actos o contratos viciados con nulidad absoluta, evidente y manifiesta. Alex Rojas Ortega	46
--	----

Estudios de Colaboradores Internacionales

Las sociedades público-privadas en Brasil. José Roberto Anselmo	57
---	----

Notas sobre la función pública costarricense: aporte para su fortalecimiento y mejora. Juan José Rastrollo.	67
---	----

Consultas relevantes

Potestad del Concejo Municipal para encargar un estudio a un funcionario de auditoría distinto al Auditor Interno. Oficio Nro. 09623-2016 (DFOE-DL-0780) del 20 de julio, 2016.....	92
---	----

Uso de tiempo laboral para actividades festivas de la municipalidad y pago de esas festividades con recursos públicos. Oficio Nro. 09932 – 2016 (DFOE-DL-0802) del 27 de julio, 2016	92
--	----

Alcances del voto de Sala Constitucional (2015-1784) en materia de investigaciones preliminares. Oficio N.º 10190 (DFOE-DJ-1374) del 03 de agosto del 2016	92
---	----

CONAPAM y DESAF deben definir conjuntamente los gastos que pueden cubrirse con recursos de FODESAF. Oficio Nro. 11116-2016 (DFOE-SOC-0868) del 25 de agosto, 2016.....	92
--	----

CONAC no puede delegar sus funciones esenciales en materia presupuestaria y de contratación. Oficio N.º 11216 (DFOE-AE-0354) del 29 de agosto del 2016.....	93
--	----

Índice

Resoluciones judiciales relevantes

Tribunal Primero Civil da trámite a cobro de responsabilidad civil establecido por la CGR. Resolución N° 759-3C de las 14:50 horas del 22 de junio de 2016, Tribunal Primero Civil. Sección Extraordinaria.96

Se declara prescripción y falta de interés actual. Resolución N° 66-2016-IV de las 16:05 horas del 15 de julio de 2016-VII, Sección Cuarta, Tribunal Contencioso Administrativo96

Tribunal valoró el interés público para resolver caso de contratación de notarios en entidad bancaria. Resolución oral N° 319-2016 de las 11:27 horas del 09 de agosto de 2016, Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera96

Se declara la validez de las conductas formales emitidas por la CGR. Resolución N° 86-2016-VII de las 13:45 horas del 29 de agosto de 2016, Tribunal Contencioso Administrativo97

Actualidad jurídica

Improcedente pago de anualidades a los Alcaldes Municipales. Intervención de la CGR. Reseña. Licda. Francella Navarro 100

Editorial

El presente número de la Revista de Derecho de la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República contiene cinco artículos; tres de ellos son de autores costarricenses, uno de autor brasileño y otro de autor español. Ello permitirá reflexionar sobre estudios presentados por académicos e investigadores de nuestro país, Brasil y España, que abordan temas relevantes del derecho público, en especial, en la materia de la Hacienda Pública, el cual se va asentando progresivamente en nuestro país.

Abrimos este ejemplar, en la sección de ESTUDIOS, con el artículo denominado “Algunas ideas para mejorar la gestión en la Administración Pública”, elaborado por el Lic. Ramón Gómez Figueroa. En un segundo artículo, escrito por el Lic. Jaínse Marín Jiménez, encontramos el tema sobre “El derecho de acceso a información relacionada con las remuneraciones de los funcionarios públicos”. Siguiendo el orden, el Lic. Alex Rojas Ortega, presenta la “Potestad anulatoria de la Contraloría General de la República sobre actos o contratos viciados con nulidad absoluta, evidente y manifiesta”. El cuarto artículo, es del Lic. José Roberto Anselmo, quien presenta un estudio en el campo de la contratación administrativa, titulado: Las sociedades público- privadas en Brasil. Por último, el quinto artículo, escrito por el destacado profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca, Juan José Rastrollo Suárez, dedicado a “Notas sobre la función pública costarricense: Aportes para su fortalecimiento y mejora”.

Este número se completa con una reseña sobre la acciones legales realizadas por este órgano Contralor en contra del pago improcedente de anualidades a los Alcaldes Municipales, lo que ha tenido un impacto muy positivo para la hacienda pública.

Como siempre, esperamos que el presente número aporte elementos que contribuyan a la reflexión académica, insumos para el gestor público e información valiosa para el ciudadano. De esta manera, cumplimos con uno de los objetivos claves de nuestra publicación, como es el de servir de medio de difusión de investigaciones de vanguardia en materia de Hacienda Pública.



Luis Diego Ramírez González

Gerente División Jurídica



**Estudios de
Colaboradores
Nacionales**

Algunas ideas para mejorar la gestión en la Administración Pública

Sumario

I. Introducción. II. Situación del servidor público. III. Nuevos perfiles de los funcionarios públicos y de los niveles gerenciales. IV. Necesidad y concepto de innovación. V. Alternativa para implementar la innovación. 1. Preparación del ambiente. 2. Procedimiento para innovar. 3. Criterios para seleccionar posibles proyectos. 4. Objeto de innovación. 5. Otros aspectos fundamentales a ser tomados en consideración en el ejercicio de la innovación. VI. Análisis de la calidad de los productos y servicios. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

Ramón Alcides
Gómez Figueroa ¹

¹ Licenciado en Derecho, Especialidad en Derecho Notarial y Registral, Ingeniero Civil y Master of Business Administration (MBA). Tiene más de 25 años de laborar para la Contraloría General de la República de Costa Rica, en las Divisiones de Fiscalización Operativa y Evaluativa, de Contratación Administrativa y en la División Jurídica, ramón.gomez@cgr.go.cr

I. Introducción

La administración pública no puede permanecer estática o indiferente ante el nuevo orden internacional en el que rige la llamada economía global y la globalización económica. Una vez superada la sociedad de la información, le toca hacerle frente a la sociedad del conocimiento conformada por una ciudadanía más exigente y amparada en las nuevas tecnologías y la interconectividad. Entonces, se trata de buscar respuestas por parte de la Administración Pública de frente a una ciudadanía más minuciosa, mejor cualificada, más informada y dispuesta a asumir derechos y obligaciones como miembros activos del sistema político y administrativo.

Además, existe un reto para la administración en cuanto al producto o servicio que presta, su calidad, las oportunidades de mejora y la obligación de participar a los usuarios en la implementación de estas, por lo que el referido producto o servicio debe ser evaluado por quienes lo prestan, quienes potencialmente tienen derecho a utilizarlo o quienes efectivamente lo utilizan.

De esta forma, es necesario considerar el esfuerzo en algunos países por incorporar pilares como el de buen gobierno, la transparencia pública y la participación ciudadana. El primero se refiere al que cumple con el ordenamiento jurídico e incorpora referentes morales y éticos a sus funcionarios. La segunda se refiere a que la información de la actividad del sector público sea accesible -administración de cristal- lo que favorece la rendición de cuentas, la legitimidad y la participación ciudadana en los asuntos públicos. El tercero integra a la ciudadanía en los procesos decisorios, lo que genera otra gran fuente de legitimidad en la toma de decisiones públicas.

En el mismo sentido, actualmente el gran reto que tienen las administraciones públicas y específicamente sus jerarcas es buscar medios alternativos para alcanzar las expectativas de los ciudadanos con los productos o servicios que prestan y con la calidad adecuada, además de la incorporación de políticas de buen gobierno, de transparencia y de participación ciudadana, sobre todo ante la carencia y estrechez de los recursos públicos. Pareciera que uno de los posibles medios, ante las restricciones impuestas, es la disposición del activo más importante con que se cuenta, es decir, las personas que laboran en las instituciones públicas, siempre que se pueda disponer de sus habilidades y competencias para cumplir los retos propuestos.

II. Situación del servidor público

En principio es conveniente distinguir entre los niveles gerenciales y los subordinados. Se tiene como premisa que al que más se le da, más se le exigirá; así las cosas, resulta necesario que el nuevo líder posea una visión particular, nítida y precisa de su misión dentro de la entidad, la que se resume en el servicio al bien común (interés común, bien de la colectividad). Con la convicción de poner en práctica ese interés común, el nuevo líder lo transformará en un instrumento al servicio de su equipo, de la organización y del país, lo que permitirá que este modelo de liderazgo público se asiente sobre el principio de la vocación al servicio

público, que le permitirá anteponer la colectividad a la que representa antes de su individualidad.

Por ello resulta imprescindible que los funcionarios de las instituciones públicas y los poderes públicos vuelvan a recuperar el sentido de “servicio público” en su acepción más amplia. De esta forma, como parte inherente de la misión colectiva, los niveles gerenciales deben ser transmitir esta vocación de servicio a cada uno de los integrantes de la institución. Esta transmisión tiene que ser predicada con el ejemplo y tener entre sus objetivos retomar y dotar de sentido la labor de servicio público que cada uno de los funcionarios de la entidad presta a la sociedad.

De esta forma, también es de esperar que los principales problemas que señalan los funcionarios públicos al analizar y realizar su labor, como la desmotivación, la ausencia de alicientes o incentivos para realizar su trabajo, empiecen a ceder con esta invocación de las implicaciones del servicio público. Sin embargo, es un aspecto que se trata más adelante en este artículo.

III. Nuevos perfiles de los funcionarios públicos y de los niveles gerenciales

Ante los nuevos retos que se le presentan al servidor público, es necesario que cuente con un cúmulo de atribuciones y talentos diferentes a los que habitualmente se esperaban de él. Su nuevo perfil conlleva aspectos como el ser emprendedor, creativo e innovador, lo cual le permite enfrentar las nuevas coyunturas.

El espíritu emprendedor conlleva cualidades tan necesarias e importantes como la proactividad, el compromiso, la asunción de responsabilidades y la tolerancia al fracaso, la autonomía, la capacidad de superar retos y caídas. Sin embargo, una cualidad especial es el ser emprendedor, que se convierte en una vocación vital que debería hallarse en todos aquellos que acceden a la función pública. Derivado de lo anterior, es que para aquellos que pretenden acceder, o que ya forman parte de la Administración Pública, igualmente importantes deberían ser los conocimientos de las materias y competencias requeridas para el ejercicio de su labor, como las actitudes que se consideran necesarias para asegurar un buen desempeño y en especial, una vocación orientada hacia el servicio público.

Recordemos que para que las especies animales puedan sobrevivir en el entorno tienen que adaptarse, lo cual no implica que necesariamente deban ser las más ágiles o rápidas, pero sí más que la más lenta. Así podrán sobrevivir al depredador por lo menos por esta vez. De esta forma, las especies llegan a desarrollar capacidad genética para cambiar y poder sobrevivir. De igual forma en las personas, los que no logran cambiar e innovar terminan perdiendo oportunidades de mejora y crecimiento, hasta podrían finalizar desapareciendo de la administración (Rivero 2015)².

² Conferencia magistral impartida por el Dr. Ricardo Rivero Ortega sobre “El perfil del jurista en la actualidad: retos de los abogados y abogadas en el sector público con énfasis en el abogado de la CGR”, Contraloría General de la República, 22 de setiembre de 2015.

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. (Rivero 2016, p. 66)

Los investigadores sociales como la psicóloga social Teresa Amabile (1996), profesora de la Universidad de Harvard, citada por Romero y Bernardette (2014), han podido constatar que la creatividad de las personas está relacionada linealmente con su motivación y el entorno en que realizan su labor. Los funcionarios se muestran más creativos cuando se encuentran motivados por el entusiasmo, la pasión, la alegría y el desafío que encierra la labor que deben desplegar.

Los estudios como el realizado por el Instituto Gallup, citado por Romero y Bernardette (2014, p. 3). también muestran que la compenetración de los servidores con su puesto de trabajo impacta de forma directamente proporcional en el talento innovador de las instituciones. Los datos revelan que los empleados que afectivamente están vinculados con su institución aportan un 40% más de proyectos de modernización para el mejoramiento de procesos.

Como bien lo apuntan los investigadores, el propio responsable de la motivación es la misma persona; sin embargo, sus superiores pueden realizar una significativa y provechosa tarea que coadyuve a acrecentar tal motivación. Por ello deben esforzarse por instaurar los requisitos necesarios para fomentar el desarrollo permanente de propuestas y generar impactos positivos en sus equipos de trabajo con el empleo de destrezas gerenciales como el liderazgo, la empatía y la comunicación. Así, la gestión de la innovación trae aparejado un efecto multiplicador en la motivación de los funcionarios.

Esta renovación debe ser liderada por la función directiva, con el fin de que este desempeño extraordinario se realice dentro de parámetros de ética, eficiencia, pertinencia y sostenibilidad, en un ambiente crítico que permita reflexionar sobre la forma cómo se hacen las cosas y cómo se podrían mejorar.

También se ha demostrado en el campo de los negocios que promover la intervención proactiva en los procesos innovadores engendra compromiso y sentido de pertenencia en sus trabajadores, pues cuando advierten que sus propuestas han cooperado a enriquecer la gestión de la institución, se sienten corresponsables del logro alcanzado. En este sentido, los funcionarios más motivados no son necesariamente las que más dinero reciben (motivación extrínseca), sino los que mantienen un sólido vínculo con su ocupación (motivación intrínseca).

A pesar de que el capital y la tecnología son elementos relevantes y obligatorios para alcanzar los objetivos de la institución, el recurso humano, sin embargo, es el que controla la eficiencia de cualquier institución y su competitividad en el mercado. De esta forma, se pueden realizar asesorías y consultorías, que impacten de forma directa la estructura y funciones de la institución, destinar cuantiosos recursos a la planificación de estrategias y diseño de

procedimientos, pero, si no se cuenta con un equipo de personas que estén identificados y respalden los objetivos que se persiguen, no será posible su implementación.

Así las cosas, los funcionarios además de ser los mejores agentes de transformación en las organizaciones, son también los que poseen mayor conocimiento sobre la forma de resolver los problemas de la institución ante los retos diarios. La función de los niveles superiores consiste en ayudar a encontrar la forma de formular, organizar y presentar las propuestas necesarias con el soporte requerido para transformarlas en soluciones realizables y sostenibles.

IV. Necesidad y concepto de innovación

La vinculación de los ciudadanos con lo público se ha ido modificando gracias a su creciente educación y al derecho de acceso a la información de las administraciones públicas, además de que poseen mayor conciencia sobre el financiamiento los productos o servicios de los que son usuarios (el pago de sus impuestos). Por ello hacen valer su derecho a exigir estándares altos de efectividad en el empleo de tales recursos, lo cual obliga a las administraciones a tener la una adecuada capacidad de respuesta ante las exigencias de los ciudadanos para así cumplir con su labor.

Innovar significa realizar mejoras significativas en la manera tradicional de resolver los problemas o de hacer cosas, con el fin de obtener resultados superiores. De esta forma surge, la innovación como una herramienta que facilita la toma de decisiones, mediante el diseño de formas más eficientes de trabajar, construyendo sistemas más amigables para obtener la información de forma ágil, económica y oportuna. Esto permite optimizar los procesos internos de gestión de la organización para aumentar la productividad, reducir la cantidad de recursos necesarios para proporcionar un producto o servicio, mejorar la calidad de atención a los usuarios y los productos o servicios. Así se habilitan diferentes medios para fortalecer la relación con la ciudadanía y mejorar la imagen de la institución.

V. Alternativa para implementar la innovación

a. Preparación del ambiente

Es conveniente que se logre interiorizar en las mentes de los funcionarios que, sin importar la institución que integren o la función que ejecuten, todas las personas que laboran en esta tienen que participar de forma activa en el proceso creativo para generar innovaciones y así producir resultados positivos en el clima organizacional de la institución.

En este sentido, con el eslogan “todos podemos y debemos innovar”, se impulsa un perfil de emprendedores, motivadores e innovadores en los funcionarios.

b. Procedimiento para innovar

El proceso es simple y se compone de cinco etapas: asumir el reto, formular y compartir la propuesta, buscar y formar un equipo, obtener el apoyo y empezar a trabajar.

Se puede convocar a los empleados a que participen en la resolución de uno o varios problemas o en el logro de un desafío institucional, los cuales pueden ser sugeridos por los niveles gerenciales o por los mismos funcionarios. Una vez que acepten el reto, se define un plazo que puede ser de forma inmediata para que los funcionarios formulen y compartan sus propuestas, ya sea individualmente o de manera colegiada.

Las propuestas formuladas deben ser revisadas por los demás compañeros, quienes también pueden realizar valoraciones y hacer sugerencias para mejorarlas. Finalmente, las que tengan más simpatizantes, tendrán que pasar por un Comité para su evaluación, discusión, corrección y, si es factible, su ejecución.

c. Criterios para seleccionar posibles proyectos

A continuación se presentan algunos de los criterios propuestos por Chavarría (2014, p. 3) que podría utilizar el nivel gerencial para la toma de decisiones en el tema de la selección de los proyectos de innovación, según el orden, el establecimiento de prioridades y el peso que dicho nivel defina con respecto a tales criterios:

- a. **Impacto ciudadano:** criterio que tendría amplia relación con la innovación social, pues hace referencia directamente al impacto que la iniciativa tendría en los ciudadanos conforme se vaya diseñando el proyecto. Así por ejemplo, se podrían valorar aspectos como la reducción del tiempo de trámites, audiencias, consultas, resoluciones, recursos, estudios de fiscalización, atención de denuncias, entre otros.
- b. **Originalidad:** criterio que hace referencia a la creación de procesos, procedimientos, proyectos dentro de la administración pública que sean totalmente nuevos y por ende innovadores (nuevo producto o solución innovadora).
- c. **Replicabilidad:** criterio que valora la posibilidad de repetir el proyecto en otros procesos de la misma institución o de otras. Por ejemplo, se aplica en procedimientos, pero se observa que puede aplicarse en los procesos judiciales (contenciosos, cobratorios, penal, etc.), consultas, en denuncias, en estudios de fiscalización y otros.
- d. **Eficacia y eficiencia:** el primero hace referencia a la posibilidad de obtener los resultados esperados en la etapa de implementación del proyecto y el segundo a optimización de los recursos (financieros, humanos, logísticos, entre otros) que puedan enriquecer los resultados.
- e. **Complejidad del problema:** criterio que puede tomar en cuenta aspectos como cantidad de usuarios involucrados o beneficiados, cobertura a los objetivos del plan estratégico institucional, cobertura a las instituciones que manejan los mayores recursos presupuestarios.
- f. **Sostenibilidad del proyecto:** capacidad del proyecto de mantenerse por sí solo en el mediano y largo plazo, es decir, que sea adaptable, a pesar de los cambios políticos, restricción de recursos financieros y humanos.
- g. **Valor público:** el proyecto debe generar valor mediante la creación de externalidades positivas o mejores condiciones que, luego de su implementación, permitan observar un avance, crecimiento o impacto en las personas beneficiarias o usuarios del producto o servicio.

d. Objeto de innovación

En primer lugar, la institución adquiere conocimiento del recurso humano del que dispone y a la vez descubre soluciones competitivas entre trabajadores. En segundo lugar, se promueve un espíritu de ayuda y trabajo en equipo en un entorno abierto, ético y transparente. Como tercero, se genera un incremento de autoconfianza, satisfacción y motivación en la entidad, al constatar que las ideas de los funcionarios se concretan e impactan de manera positiva en su organización.

Otro aspecto importante es el reconocimiento y satisfacción por parte de los ciudadanos sobre el trabajo realizado por la institución, lo que debería despertar un sentimiento de orgullo en sus empleados y a la vez la iniciativa por buscar y encontrar oportunidades de mejora en su labor diaria para aumentar el grado de satisfacción en las expectativas de los ciudadanos.

e. Otros aspectos fundamentales de consideración en el ejercicio de la innovación

Los trabajadores de las empresas privadas que han sido exitosas en los procesos de innovación -3M, Google o Apple- normalmente pueden destinar hasta el 20 % de su tiempo de trabajo a la ejecución de sus proyectos personales.

Como se mencionó, los niveles de innovación van a estar definidos por la calidad del recurso humano, por lo que este debe poseer los conocimientos suficientes para generar procesos de innovación. Además, resulta imperativo implementar políticas que fomenten la cultura del emprendimiento, de la creatividad y la innovación que deben estar apoyadas por una estrategia de inversión en los funcionarios, por medio de cursos de preparación y formación, pues la educación ayuda al desarrollo de la creatividad y la información es un recurso estratégico.

De igual forma, es conveniente trabajar en la formulación de políticas de captación, de gestión y apropiación del capital humano, que estimulen y retribuyan, de forma efectiva la creatividad, la innovación y el emprendimiento. Se piensa en estímulos de naturaleza monetaria, profesional, social y sentimental que coadyuven a que los empleados sigan ayudando y liderando este tipo de procesos. Asimismo, se deben generar los procedimientos para autorizar los funcionarios a involucrarse la implementación de sus ideas.

f. Análisis de la calidad de los productos y servicios

Los productos y servicios son resultado de las actividades que ejecutan quienes los suministran y quienes los reciben. Así la problemática sobre la calidad se podría evidenciar mediante una adecuada evaluación para luego definir las oportunidades de mejora. De esta forma, los productos y servicios podrían ser evaluados por quienes los prestan, quienes potencialmente tienen el derecho a utilizarlos (los grupos de interés) y por quienes efectivamente los utilizan. De acuerdo con Cuellar Martín et al. (2009), citado por Bañón (2014), con esta división se puede hacer referencia, respectivamente a:

- Una calidad programada, elaborada por la organización.
- Una calidad esperada, aquella que el ciudadano espera recibir del producto o servicio.
- Una calidad percibida, aquella que el usuario aprecia una vez que el producto o servicio se presta y se compara lo recibido con lo que esperaba recibir.

Así, este triángulo de calidad de servicios públicos contiene y diferencia tres enfoques de calidad: interna, externa e interactiva, asociadas a una calidad programada, esperada o percibida. Se distinguen los agentes participantes: administración pública (servidores públicos, como ejecutores del producto o servicio) y ciudadanos (como receptores del producto o servicio) de forma dinámica e interrelacionada, según el tipo de calidad de que se trate. Además, se debe contemplar la tecnología como un elemento facilitador de cada uno de los enfoques de calidad referenciados con sus respectivos agentes.

A partir de este breve análisis se puede examinar, desde las administraciones públicas, cómo y de qué forma se está enfocando la calidad: énfasis que se le brinda y actores que participan. El triángulo de calidad de servicios públicos permite realizar un análisis crítico para identificar el enfoque, el alcance y el equilibrio de las políticas de calidad de las administraciones públicas. También permite determinar las brechas existentes entre lo que se programa, lo que se espera y lo que en realidad se recibe (Bañon, 2014).

VI. Conclusiones

La transparencia en la gestión pública constituye un requisito imprescindible para la democratización del sistema institucional, ya que favorece la rendición de cuentas ante la ciudadanía, la legitimidad de los poderes públicos y la participación ciudadana en los asuntos públicos. Obligatoria, de la mano de la transparencia se halla la publicidad activa, que conlleva la obligación de proporcionar aquella información de mayor relevancia sin necesidad de que los ciudadanos la soliciten. Aunado a lo anterior, la integración de la ciudadanía en la toma de decisiones de la administración, además de que constituye uno de los grandes pilares, genera otra fuente de legitimidad.

La evaluación de la gestión pública no solo debe comprender los parámetros de economía y eficiencia, sino que también debe considerar su respuesta oportuna a las necesidades y demandas de los ciudadanos. Este ajuste se puede realizar mediante la participación de los usuarios en los procesos, proyectos y en la toma de decisiones públicas. Una administración abierta a la participación y que considera la opinión del ciudadano antes de decidir es, sin duda, una administración más democrática y normalmente más eficaz.

Tanto el nivel directivo como los funcionarios públicos deben apoyar con su autoridad y legitimidad la misión a que están llamados. Esta debe circunscribirse al servicio del interés común, del bien de la colectividad, lo que debe predisponerlos a la vocación de servicio público, cediendo de este modo a sus propios intereses particulares. Asimismo, la "visión" del interés común y la asunción de la misión del servicio público, como objetivo y fin prioritarios de su labor, se constituyen en dos de los requerimientos sine qua non para poder legitimar y gestionar el nuevo paradigma de liderazgo.

Una vez claras la visión y la misión del servidor público, también se hace necesario definir y capacitar a los funcionarios en sus nuevos perfiles, los cuales deben incluir también las actitudes y destrezas personales necesarias para acometer con éxito la tarea del servicio público, dentro de las que no pueden faltar el emprendedurismo, la creatividad y la innovación. Estas cualidades serán vitales para poder sacar adelante a la administración pública.

Por otra parte, es importante recordar que la administración desarrolla una alta resistencia al cambio, especialmente en sus procedimientos, en la forma como los superiores actúan y en cómo se ejerce la autoridad. La nueva visión o el nuevo paradigma que se pretende implementar persigue modificar la cultura a una que venza esas barreras al cambio, modificando hábitos de comportamiento y fortaleciendo las cualidades mencionadas. Para ello, es necesario ensayar nuevos instrumentos, nuevas formas de trabajar con nuevas respuestas para nuevos problemas. Se trata de enfrentar el miedo o temor al cambio, el error y hasta el fracaso.

Por lo general, la sociedad muchas veces percibe la gestión pública como una herramienta ineficaz, tardía, inepta, rígida y que no se ajusta a las necesidades reales del ciudadano, con escasa o nula capacidad de adecuar sus herramientas o productos o servicios a los problemas reales para los que se solicita su concurso. Además, los ciudadanos están demandando que las políticas públicas de las entidades sean acordes a la realidad del ciudadano y que respondan a los problemas y necesidades reales.

Pues bien, deberemos, en respuesta a esta demanda, definir un proceso de mejora continua en la calidad del servicio público, mediante la evaluación de esta con el triángulo de calidad, la participación de los ciudadanos de acuerdo con la calidad recibida y percibida por ellos y tomando las medidas correctivas de forma oportuna. Además, se debe buscar ser cada vez más flexibles, más eficaces y útiles a la hora de dar respuesta a las necesidades que atiende la Administración.

Surge la duda sobre la forma de estimular el espíritu emprendedor, creativo e innovador, las actitudes proactivas y propositivas en pro de una mejora continua, cuando apenas se dispone de instrumentos y herramientas para apoyar y premiar este tipo de comportamientos deseables, con lo cual puede resultar difícil recompensar a los buenos. La entidad debe encontrar los mecanismos que, además de propiciar y potenciar estas actitudes en el desempeño de los funcionarios, pueda también recompensar los nuevos comportamientos que se persiguen. La evaluación del desempeño, por adecuación al perfil del puesto y la consecución de objetivos, debería incluir elementos para fortalecer el desarrollo de una nueva cultura pública, así como herramientas de potenciación de un espíritu emprendedor, creativo e innovador dentro de la organización.

Las sobrevenidas medidas de control del gasto público y de austeridad que se han ido implementando en todos los niveles de la Administración Pública, aunado a los mecanismos de fiscalización y control de la gestión, podrían estar impactando la capacidad de respuesta pública y limitando su flexibilidad en la toma de decisiones. Esto podría provocar que se cercene más la posibilidad de instrumentar nuevas formas de dar respuesta a situaciones complejas impuestas por un contexto de crisis, a pesar de que la situación pudiera justificarlo.

Si bien es cierto los casos de corrupción, cohecho o prevaricato, tan habituales en nuestro medio en los últimos años, han provocado la judicialización de la Administración, también la estigmatización del error administrativo podría estar produciendo un efecto negativo, reflejado en algún grado de reticencia para la asunción de responsabilidades y la toma de decisiones. Esto podría verse como un riesgo, a no ser que la autonomía en la toma de decisiones y el riesgo a equivocarse sean evitados. Por ello se requiere, de forma imperativa, buscar tanto el equilibrio como las medidas adecuadas, para ganar control, limitar los errores, los excesos y los comportamientos inadecuados, aunque se podría perder flexibilidad y adecuación al medio.

Por supuesto, la equivocación debe ser evitada, pero no por ello se debe estigmatizar el error, ni al que se equivoca; más bien, se deben alentar actitudes que promuevan responsabilidades, como se ha afirmado, la apropiación de responsabilidades y riesgo. Si se evita la equivocación, nunca se tomarán decisiones, ni se arriesgará en pro de soluciones apropiadas. Potenciar este cambio de perspectiva en la cultura de la función pública es hoy, si cabe, más importante que nunca. Recordemos el adagio que "el que nunca arriesga nunca pierde, pero tampoco gana".

En razón de lo expuesto, se deben realizar los estudios necesarios con las respectivas justificaciones, que atenúen hasta cierto grado la incertidumbre y el riesgo en la ejecución de los proyectos, de forma tal que solo los que han sido analizados y pasados por los tamices en cuanto a su contribución, pertinencia, confiabilidad, continuidad, adaptabilidad y que puedan minimizar tales riesgos, sean ejecutados con las consiguientes garantías de su adecuado funcionamiento e implementación para la administración, en aras del uso adecuado de los escasos recursos públicos.

En este momento pareciera existir una dicotomía: la necesidad de flexibilizar los procedimientos y mejorar la capacidad de respuesta de la Administración, que requiere dar respuestas en un tiempo de extrema dificultad y la obligación de cumplir con sistemas de control existentes cada vez más exhaustivos que podrían estar limitando, precisamente, estas capacidades de respuesta y flexibilidad.

Se reitera que el bien más valioso con que cuenta toda administración son los funcionarios y que luego de analizar su labor, los principales problemas que presentan son la desmotivación, la pérdida de estímulo o incentivos para el ejercicio de su trabajo. Sin embargo, se debe valorar el servicio público que prestan, la importancia del equipo e institución para la que laboran. Esto debería justificar su esfuerzo y sacrificio por dar 100% en su labor, los valores y la ética del funcionario lo deberían llevar a la necesidad no solo de realizar su labor con 100% de su entrega y disposición, sino con la calidad adecuada en pro del servicio público que prestan. Sin embargo, también se justifica revisar y valorar los incentivos que reciben y recibirán, acorde con las funciones y responsabilidades de la labor que desempeñan y con las condiciones del mercado. También se hace alusión al valor de "justicia distributiva" que debe permear la gestión de los niveles superiores.

VII. Referencias

- Baddouh, L. M. (2014). Dirección de relaciones Institucionales e Internacionales: hacia un abordaje integral de la defensa. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Quito, Ecuador.
- Bañón, A. J. (2014). La incidencia del compromiso organizativo en el aumento de los niveles de calidad en la función pública. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Quito, Ecuador.
- Canales, J. M. y Aldeguer, B. (2014). Políticas públicas e innovación institucional: algunas consideraciones generales. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Quito, Ecuador.
- Castel, S. (2014). Estrategias institucionales para la apertura de las políticas públicas: el liderazgo innovador en un contexto de complejidad. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Quito, Ecuador.
- Chavarría, F. (2014). Experiencias de innovación social en las administraciones públicas de América: el Premio Interamericano a la Innovación para la Gestión Pública Efectiva. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Quito, Ecuador.
- García, R. (2014). Innovación social en las ciudades: el caso de la ciudad de Madrid. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador.
- Querol, F. (2014). La vocación de servicio público como base para un nuevo liderazgo institucional. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador.
- Rivero, R. (2016). El perfil del jurista en la actualidad. Retos de los abogados y abogadas del sector público, con especial énfasis en las funciones de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho de la Hacienda Pública, (6), San José, Costa Rica: Contraloría General de la República.
- Romero, C. (2014). Gestión de la innovación para la motivación de las personas. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Quito, Ecuador.
- Tamboleo, R. (2014). Construir reputación y compromiso a través del liderazgo transversal: de la comunicación institucional a la gestión comunitaria. XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador.

El derecho de acceso a información relacionada con las remuneraciones de los funcionarios públicos¹

Lic. Jaínse Marín Jiménez²

Sumario

Sumario: I. Introducción. II. Aspectos generales del derecho de acceso a la información de interés público. III. El carácter instrumental del derecho de acceso a la información. IV. La información de interés público: El acceso a información relacionada con el uso de fondos públicos. V. Acceso a información relacionada con las remuneraciones de los funcionarios públicos. VI. Conclusiones.

¹ Pese a que normas y sentencias de diversos países y autores en general utilizan distintos conceptos, dentro de los cuales destacan el derecho a la información, el derecho de información, libertad de información, derecho a la información administrativa, etc., en lo que aquí interesa se ha seleccionado adrede el concepto de derecho de acceso a la información de interés público, el cual –a mi juicio– reconoce la evolución del concepto clásico del derecho a buscar y publicar información surgido bajo el alero del derecho a la libertad de expresión y la libertad de imprenta. Además, se destaca la existencia de un derecho autónomo, de configuración propia e independiente. Por lo demás, cuestiones terminológicas y de nomenclatura no deben obviar que estamos frente a un derecho humano fundamental y de carácter universal.

² Licenciado en Derecho y egresado de Maestría en Derecho Público. Gerente Asociado de la División Jurídica de la Contraloría General de la República de Costa Rica, jainse.marin@cgr.go.cr

I. Introducción

Una de las funciones más importantes del Estado moderno es gestionar correctamente la información que genera y recibe de los administrados, de lo cual surgen responsabilidades importantes aplicadas al manejo y custodia de una información que en realidad le pertenece –no a aquel ni a sus agentes– sino a los ciudadanos. Luego, las obligaciones en el manejo de la información se ven considerablemente extendidas en atención a los principios de publicidad, transparencia y rendición de cuentas.

Ahora bien, el planteamiento de solicitudes de información ante las entidades públicas suscita, muchas veces, inquietudes en torno a cuáles son los alcances y límites en el ejercicio del derecho de acceso a la información. Así, surge la duda de si se está frente a una información que es de acceso público que puede ser entregada sin ningún reparo o si la petición refiere a datos que –aunque están en poder de una institución del Estado– quedan cobijados por el derecho de intimidad de terceros.

Frente a esta dicotomía, tanto el derecho positivo como la jurisprudencia se han ido encargando de perfilar los alcances del derecho de acceso a la información de interés público, así como identificar ciertos temas como asuntos también de interés público, uno de los cuales se refiere al uso y disposición de los fondos públicos. Luego y vinculado íntimamente con la administración de los fondos públicos, surge la interrogante de si la información relacionada con las remuneraciones que perciben los servidores públicos está cubierta por esa regla de publicidad o, por el contrario, si la respuesta debe ser más bien la confidencialidad al estar en juego la protección de la intimidad o datos sensibles de terceros.

Cabe mencionar que el abordaje del tema exige como punto de partida un enfoque equilibrado entre el ejercicio del derecho de acceso a la información y la protección de la esfera privada de los funcionarios públicos, los cuales antes que servidores del Estado y de los administrados en general, son también personas con una esfera jurídica tutelable por el abrigo del ordenamiento jurídico.

La radicalización del derecho de acceso puede conllevar al atropello de los derechos de los funcionarios públicos y, a la inversa, una protección excesiva de tales libertades puede terminar vaciando de contenido el derecho humano de acceso a información de interés público. Así, con respecto a la información de interés público, el acceso universal y la protección de derechos de terceros son dos realidades que coexisten y están llamadas a convivir en armonía y nunca enfrentadas como excluyentes.

El abordaje del tema y los distintos extremos asociados a cada uno de los apartados por desarrollar se plantean desde una perspectiva normativa y jurisprudencial amplia, reparando en regulaciones positivas y resoluciones judiciales tanto del contexto europeo como del ámbito interamericano, y se dota así de una visión internacional que trasciende a un ordenamiento jurídico individualmente considerado.

II. Aspectos generales del derecho de acceso a la información de interés público

a. Origen y regulación positiva europea e interamericana

Al hurgar en los orígenes del denominado derecho de acceso a la información de interés público y sin repasar en antecedentes remotos que marcaron por supuesto un punto de partida en el tema que nos ocupa³, la conformación como derecho, su positivización y el reconocimiento como fundamental se ubican en un contexto histórico relativamente reciente, evolución en la que –entre otros factores– el avance de las tecnologías de la información y la comunicación han desempeñado un papel importante.

En ese sentido, el origen del derecho de acceso a la información de interés público en su concepción moderna debe ser ubicado en la Ley de Acceso a la Información de Estados Unidos (The Freedom of Information –FOIA por sus siglas en inglés–) dictada en 1966. En ella se establece el derecho de acceder a información del gobierno federal, así como la obligación de facilitar y publicar las informaciones solicitadas por los ciudadanos, salvo que se trate de datos protegidos contra la divulgación pública.

En el ámbito europeo –y sin perjuicio de normas legales específicas dictadas con anterioridad en algunos países como Francia, Noruega, Dinamarca, etc.– vale destacar la declaración 17 del Tratado de Maastricht de 1992 relativa al derecho de acceso a la información y, por supuesto, el Tratado de Amsterdam (1997) que incorporó el derecho de acceso en el artículo 255 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según el cual “Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión...” (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Art. 255).

En igual sentido, no puede pasarse por alto la incorporación del derecho de acceso a la información en el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007), en la cual y bajo el título derecho de acceso a los documentos se establece que “... todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte...”.

De igual manera, una referencia obligatoria es el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos (aprobado en Noruega en 2009), en cuyo artículo 2.1 se indica que “Cada parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas...”.

³ Una referencia a todas luces obligatoria es la Ley para la Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas dictada en Suecia en 1766, sobre la cual se ha señalado que: “La aún vigente Ley de Libertad de Prensa sueca de 1766 fue pionera al regular, entre sus leyes fundamentales, la libertad de información a través de la prensa y el derecho de acceso a los documentos de las autoridades públicas conjuntamente.” La propia Ley (artículo 1, capítulo II) subraya la conexión entre ambos derechos, al establecer que la finalidad del libre acceso a los documentos oficiales es “promover el libre intercambio de opiniones y la disponibilidad de información completa...” (Gutiérrez, 2014, p.189).

Por otra parte, en el ámbito interamericano destaca la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969):

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...".
(Art. 13)

b. Concepción clásica y moderna del derecho de acceso

La Convención Americana sobre los derechos humanos y, en igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁴, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) consagran, lo que puede denominarse una concepción clásica –si se nos permite el término– del derecho de acceso a la información. Lo abordan no como un derecho autónomo con una configuración propia, sino subsumido y –por qué no decirlo– de alguna manera invisibilizado en la libertad de expresión⁵.

A diferencia del caso europeo según lo expuesto líneas atrás, en el ámbito interamericano –y sin perjuicio de sendas normas legales nacionales que en las que sí se establece– no se cuenta con una norma de carácter supranacional en la que, más allá de reconocer el derecho a buscar, recibir y difundir información, se establezca con meridiana claridad el acceso a la información como un derecho humano fundamental.

Ahora bien, si en el plano normativo interamericano se puede señalar esta falencia, desde el punto de vista jurisprudencial, la realidad es bastante distinta. En concreto, importa referenciar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 19 de setiembre de 2006, mediante la cual se resolvió el conocido caso *Claude Reyes y otros vs Chile*⁶. En dicha sentencia, la Corte advirtió que la Convención Americana sobre los Derechos Humanos protege el derecho de toda persona de solicitar acceso a la información bajo control del

⁴ El artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: "(...) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (...)".

⁵ No se pasa por alto que la doctrina da cuenta de teorías dualistas y monistas, en punto a si determinada normativa aborda la libertad de información como parte o fuera de la libertad de expresión, debate que se deja simplemente referenciado habida cuenta que (sin perjuicio de la existencia de normas nacionales e internacionales que los asimilan o abordan al derecho de acceso como una mera manifestación o simple derivación de la libertad de expresión), la concepción moderna del derecho de acceso a la información lo identifica y caracteriza como un derecho autónomo e independiente (aunque no por ello totalmente desvinculado o desligado de la libertad de expresión). Por supuesto, no se trata de renegar o desconocer el hecho de que en su origen el derecho de acceso se identifica con la libertad de expresión, máxime que esta última y la libertad de imprenta contribuyeron significativamente a su desarrollo y evolución, no obstante y en lo que refiere a esta investigación el derecho de acceso se aborda como un derecho autónomo y de configuración propia, así reconocido en gran cantidad de normativa y resoluciones judiciales en el concierto de las naciones.

⁶ Como antecedente previo de esta sentencia puede mencionarse la Opinión Consultiva de la misma Corte Interamericana N° OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, mediante la cual se analizó el tema de la colegiatura obligatoria –o no de los periodistas a un colegio profesional y en la que ese Tribunal se refirió a la posibilidad de buscar y recibir información, aunque no llegó a reconocer el derecho de acceder a información en poder de las instituciones públicas como si haría luego en el año 2006.

Estado, esto en una doble vía, cubriendo no solamente el derecho de pedir sino también la consecuente obligación de la autoridad o persona a quien se dirige el requerimiento de remitir la información solicitada. Veamos: ... la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, **protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado**, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada, cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a esta para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Se agregó el destacado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 19 de setiembre del 2006, Apart. 77).

Así las cosas, en esta sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, amén de reconocer que el derecho a la información es un *derecho humano fundamental*, cuyo titular es cualquier persona en los términos de la Convención Americana, también pone en relieve una doble vertiente del derecho de acceso, cuyo aseguramiento se garantiza no solo reconociendo el derecho a pedir información, sino también como obligación de la autoridad respectiva de remitir la información requerida.

Siempre en relación con esta concepción moderna del acceso a la información como un derecho humano fundamental, puede citarse el principio número 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000) adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se establece –en lo que interesa– que: “El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos...”⁷. En igual sentido, en los denominados Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información, emitidos en el seno del Comité Jurídico Interamericano en el 2008, se indica –en lo medular– que: “El acceso a la información es un derecho humano fundamental...”⁸. Finalmente, en los Principios de Lima (2000) adoptados en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y bajo el título de “El acceso a la información como derecho humano”, se dispone –en lo pertinente– que “El acceso a la información es un derecho de las personas...”.

Vale destacar el caso de Costa Rica, cuya Constitución Política (1949) consagra de manera expresa dentro del capítulo de derechos y libertades individuales (artículo 30) y en lo que interesa, el derecho de acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, lo cual no deja dudas sobre su carácter como derecho fundamental, esto sin obviar el hecho de que la tutela de dicho derecho está reforzada por la garantía procesal del recurso de amparo (artículo 48 de la Carta Magna) en caso de alguna restricción o amenaza de violación en perjuicio de dicho derecho.

⁷ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones, celebrado del 2 al 20 octubre de 2000.

⁸ Principios sobre el derecho de acceso a la información. Comité Jurídico Interamericano, adoptados durante el 73° período ordinario de sesiones en Brasil, 2008.

Menos claro parece el caso de España, pues si bien es cierto en el artículo 105 de la Constitución Política (1978) se consagra el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, lo cierto es que la norma fundamental dispone que el régimen de configuración y aplicación de dicho acceso será de carácter legal, lo cual ha dado pie a un debate en la doctrina (todavía abierto) sobre si en España el acceso a la información de interés público es o no un derecho fundamental, como sí lo son otros derechos relacionados de alguna manera, como por ejemplo el derecho de petición, al que sí se le reconoce el rango de derecho fundamental.

Resta acotar que en Costa Rica, a diferencia de lo que ocurre en España (y sin detrimento claro está del reconocimiento del derecho de acceso en nuestra Constitución Política), no existe una norma legal específica en la materia, tal y como sucede con esa nación europea gracias a la emisión de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (Ley 19/2013).

Esta falencia ha provocado, en el caso costarricense, que el contenido, los alcances y límites del derecho de acceso a la información de interés público hayan sido tratados—no legalmente sino— mediante la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual a través de la resolución de recursos de amparo en los que se ha alegado la vulneración al derecho fundamental de interés, ha emitido una generosa y prolija cantidad de resoluciones (Jinesta, 2003, p. 7)⁹, algunas de las cuales serán destacadas más adelante en función de los temas por desarrollar.

c. Elementos del derecho de acceso a la información

Se ha indicado ya, que el derecho de acceso a la información de interés público es un derecho humano fundamental y, merced a su evolución, dueño de un carácter autónomo, independiente (lo que no significa totalmente desvinculado o desligado) frente a la libertad de expresión y con un contenido propio, dispuesto en algunos casos constitucionalmente y en otros regulado a través de normas legales específicas, todo esto sin perjuicio claro está —según se indicó— de disposiciones contenidas en normas internacionales y resoluciones de tribunales supranacionales y órganos comunitarios internacionales.

Así y a partir de su reconocimiento como derecho humano fundamental, es importante identificar por lo menos algunos principios rectores aplicables, el contenido y el titular tanto activo como pasivo del derecho de acceso a la información de interés público. Más adelante se desarrollará el tema de la definición (o indefinición si se prefiere) de lo que puede ser considerada una información de interés público. Luego esto se proyecta a datos vinculados con el uso de los fondos públicos y, finalmente, a información asociada con las remuneraciones de los servidores públicos.

⁹ En relación con este vacío normativo legislativo, se ha mencionado que: “Tal omisión legislativa resulta inaudita, aunque ha sido parcialmente compensada por la actuación práctica que le ha dado la Sala Constitucional a los principios de eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales, su vinculación más fuerte y a la supremacía de la Constitución Política...” (Jinesta, 2003, p. 7).

d. Principios y contenido

En relación con los principios, es imperativo mencionar el de máxima divulgación (a veces también denominado máxima publicidad), el cual se basa en la idea de que por regla general toda la información en poder del Estado resulta pública, regla que únicamente podrá encontrar excepciones en supuestos calificados, legalmente expresos y estrictamente necesarios para proteger otros derechos también tutelados. De forma paralela a esta presunción –relativa claro está– se exige además que la información pública puesta a disposición debe ser completa, confiable y accesible de manera oportuna.

A modo de ilustración, en el artículo 4 de la Ley de Transparencia y acceso a la información de Honduras (2006) se dispone que: "...toda persona natural o jurídica, tiene derecho a solicitar y a recibir de las Instituciones Obligadas, información completa, veraz, adecuada y oportuna en los límites y condiciones establecidos en esta Ley..."

De igual forma, a veces de manera independiente o ligada con el principio de máxima divulgación, también se mencionan la importancia de la celeridad en la atención de las solicitudes de información, la imperiosa obligación de motivar con amplitud las negativas de acceso, la necesaria existencia de un régimen de impugnación administrativo y judicial que garantice la efectividad del derecho, el dictado de políticas complementarias al reconocimiento formal del derecho de acceso que aseguren su observancia material y, finalmente, el principio de buena fe bajo la necesidad de que todos los sujetos obligados atiendan y resuelvan las solicitudes y requerimientos con el fin de maximizar (y no restringir) el derecho de acceso a la información de interés público¹⁰.

En cuanto al contenido del derecho de acceso propiamente dicho y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, es importante advertir que el mismo refiere –por una parte– al planteamiento y –por otra– a la correlativa obligación de obtener una respuesta al requerimiento de información que formule una persona referido a un tema que resulte de interés público, para lo cual es importante recalcar la doble vertiente del derecho de acceso a la que se ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos según se reseñó líneas atrás.

Otro aspecto en torno al cual interesa llamar la atención, es el concepto de la *publicidad activa* (también denominada divulgación proactiva), el cual marca una línea de avance importante en la evolución del concepto tradicional del derecho de acceso, limitado, algo anquilosado y prácticamente circunscrito a responder simplemente los requerimientos de información que se dirigen a uno de los sujetos pasivos del derecho de acceso.

En su lugar, la publicidad activa (potenciada de manera evidente por el avance de las tecnologías de la información y la comunicación) inyecta vitalidad al derecho de acceso y maximiza las obligaciones de los sujetos obligados, no limitados entonces a entregar lo que se les pide (acción por demanda) sino también a publicar y hacer accesible, informaciones y datos de naturaleza pública sin necesidad de que nadie los haya solicitado.

¹⁰ Un desarrollo amplio de los principios asociados con el derecho de acceso a la información de interés público puede encontrarse, en el documento "El derecho al acceso a la información pública en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales", emitido por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 2012.

Siempre en relación con concepto de publicidad activa se ha indicado que:

En la publicidad activa, el gobierno pone los datos a disposición de la ciudadanía, en portales y páginas web, sin esperar a que los ciudadanos los demanden, proactivamente. En el derecho de acceso, el gobierno responde a las demandas de documentos que le hace la ciudadanía, reactivamente. Ambos forman parte de lo que se denomina políticas de datos abiertos (open data) y están interrelacionados: cuanta más publicidad activa, menos necesidad de solicitar documentos, y cuanta menos publicidad activa, más demanda y más litigiosidad. La publicidad activa, con datos reutilizables y fuerte interoperatividad, es la vía más adecuada para generar transparencia en estos comienzos del siglo XXI... (Villoria, 2014, p. 10)

Este principio de publicidad activa está recogido en diversas normas que regulan el derecho de acceso a la información. A modo de ejemplo y, entre muchas otras, la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional de Colombia (2014), se le define en los siguientes términos:

Principio de la divulgación proactiva de la información. El derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino también en el deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo a límites razonables del talento humano y recursos físicos y financieros. (Art. 3)

e. Titular activo

En cuanto al titular activo del derecho se reconoce, un acceso de carácter universal exigible por parte de cualquier persona, lo cual resulta una consecuencia natural de estar en presencia de un derecho humano que se tiene por el simple hecho de ser persona, como una condición necesaria y por demás relevante en resguardo de la dignidad humana.

A modo de ilustración, en el artículo 12 de la Ley de España de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (2013) se establece que: "Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley...". En igual sentido, el artículo 6 de la Ley general de transparencia y acceso a la información de México (2015) dispone que: "El Estado garantizará el efectivo acceso de toda persona...".

Debe apuntarse además, que el acceso a la información en favor de cualquier persona, se encuentra acompañado de una condición adicional impuesta al ente u órgano al que se dirige el requerimiento, cual es la prohibición de establecer algún tipo de discriminación en virtud de las condiciones particulares que pueda tener el solicitante, lo cual es una constante en las distintas normas que regulan el derecho de acceso y muestra de ello es el artículo 2.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos (2009), en el cual se indica que: "Cada parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de

ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas...”.

Otro elemento relevante por advertir como manifestación del principio de máxima divulgación, es que el solicitante no se encuentra obligado a justificar por qué plantea su requerimiento ni cuál es la finalidad o el interés que persigue, exigencias que pueden convertirse en un obstáculo al ejercicio del derecho de acceso, aunado a que son los sujetos pasivos (y no el titular del derecho) a quienes corresponde discernir si la información solicitada es –o no– de interés público y, en caso negativo, motivar de manera amplia y suficiente las razones que provocan un eventual rechazo de lo pedido.

En ese sentido y descartada la obligada acreditación de algún interés legítimo por parte del solicitante, el artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos (2009) indica que el solicitante de acceso a un documento oficial “...no podrá ser obligado a dar sus razones...”. Por su parte, el artículo 4 de la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (también denominada Convención Aarhus) (1998) –adoptada en el seno de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas en 1998– tampoco demanda “...que el público tenga que invocar un interés particular...” para acceder a información relacionada con el medioambiente.

En el ámbito interamericano, a tono con las regulaciones recién citadas y entre otras muchas normas, destaca el ordinal 28 de la Ley de Acceso a la Información Pública de Nicaragua (2007), en el cual se indica que: “En ningún caso la entrega de información estará condicionada a que se motive o justifique su utilización, ni se requerirá demostrar interés alguno...”.

f. Sujetos pasivos

En relación con el titular pasivo del derecho de mérito, una revisión normativa comparada da cuenta de que mayoritariamente se establece una cobertura que incluye tanto a entidades públicas como a sujetos particulares que tengan en su poder informaciones o datos de interés público, con la particularidad que por regla general esa determinación se hace de manera amplia y detallada.

Ahora bien, pese a que la regla general es hacer una definición disgregada y puntual de los sujetos públicos y privados obligados, llama la atención la propuesta de la Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública (2010) adoptada en el seno de la OEA, aunque se aparta de la tendencia recién apuntada, establece una categorización de un corte más genérico, pues incluye entes públicos y sujetos particulares en general. Así, en relación con el alcance y la finalidad de la norma, se dispone lo siguiente:

3. La presente ley se aplica a toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del Gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central o federal, regional, provincial o municipal); se aplica también a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y se

aplica asimismo a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales (directa o indirectamente) o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados. Todos estos órganos deberán tener su información disponible de acuerdo con lo previsto en la presente Ley. (Organización de los Estados Americanos, 2010, Art. 3)

Una definición en extremo detallada de los entes y sujetos pasivos del derecho de acceso, si bien tiene la virtud de clarificar el ámbito de aplicación subjetivo, corre el riesgo de dejar por fuera alguno, lo cual puede generar una discusión ulterior de si determinado ente o sujeto está comprendido (o no) dentro de los sujetos obligados.

Pese a lo anterior, en el derecho comparado existen normas en las que se establece que las solicitudes de información deben ser atendidas –en todo caso– con base en el principio de máxima publicidad y de manera conteste con la normativa, la jurisprudencia y los pronunciamientos de organismos nacionales e internacionales en materia de transparencia. Tal inteligencia favorece la protección del derecho de la manera más amplia posible, criterios que deberán ser aplicados en el momento de resolver si determinado ente o persona es sujeto pasivo del derecho de acceso.

Precisamente, en esa línea el artículo 7 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información de México (2015) dispone –en lo que interesa– lo siguiente:

En la aplicación e interpretación de la presente Ley deberá prevalecer el principio de máxima publicidad, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como en las resoluciones y sentencias vinculantes que emitan los órganos nacionales e internacionales especializados, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Para el caso de la interpretación, se podrá tomar en cuenta los criterios, determinaciones y opiniones de los organismos nacionales e internacionales, en materia de transparencia. (Se agregó el destacado) (Ley General de Transparencia y Acceso a la Información de México, Art. 7).

III. El carácter instrumental del derecho de acceso a la información

a. Vinculación con los principios de transparencia, rendición de cuentas, participación ciudadana y el fortalecimiento democrático

Un abordaje sesgado del derecho de acceso a informaciones que pueden ser calificadas de interés público puede llevar a pensar que este se reduce o se agota en la simple existencia de un interés por solicitar cierta información. Se complementa con la consecuente obligación de las autoridades públicas de remitirla al solicitante, todo esto sin ninguna funcionalidad ni repercusión en el ejercicio de la función administrativa.

En realidad y gracias a un abordaje más integral, al derecho de acceso a la información se le debe reconocer un carácter instrumental. Esto implica considerarlo no como un fin en sí mismo, sino como un medio con una polifuncionalidad vinculada al aseguramiento –cuando menos– de los principios de transparencia y rendición de cuentas y con capacidad suficiente para incidir de manera positiva en la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, la verificación de la buena marcha y funcionamiento de las instituciones públicas, el combate contra la corrupción y, finalmente, en el fortalecimiento de la democracia misma (Stalker, 2010).¹¹

En ese sentido, se ha señalado que:

El derecho a la información está en el corazón de la democracia. Solo una ciudadanía que está bien informada sobre las intenciones y acciones de sus líderes electos, puede contribuir de forma efectiva al proceso de toma de decisiones que afecta su futuro. En el sentido más básico, la participación democrática depende de la habilidad de los ciudadanos de acceder a la información que necesitan para tomar el control dentro de la sociedad. El derecho a la información, si se implementa correctamente, permite un diálogo entre el público y sus gobernantes, cultiva la buena gobernanza y promueve la rendición de cuentas al empoderar a los ciudadanos, los periodistas y la sociedad civil en general con la información que requieren para luchar contra la corrupción y actuar como vigilantes contra abusos por parte de las autoridades. De manera más general, democratizar el acceso a la información, en particular la información en manos de entidades públicas, fomenta un clima político de apertura, transparencia y participación, que es la base de una democracia legítima (Mendel, 2009).

Cabe mencionar que un cambio de paradigma en el sector público, en procura de una gestión administrativa por resultados (o si se prefiere consecución de objetivos), afincado en los principios de eficacia, eficiencia y las exigencias de calidad en la prestación de los servicios públicos de un entorno cada vez más demandante, ha puesto de relieve la importancia de contar con una ciudadanía informada, en que el acceso a la información constituye un medio que facilita el escrutinio y la fiscalización del quehacer de las instituciones públicas, brinda también insumos para efectivizar la rendición de cuentas, estimula la participación social en la vida democrática y, en definitiva, legitima la toma de decisiones.

En concreto y amén de ser un instrumento que potencia el control ciudadano en relación con las decisiones de las entidades estatales, el acceso a la información que está en poder del Estado es una herramienta para evaluar acciones y programas de gobierno y demandar, en consecuencia, mejores políticas públicas.

Desde luego y más allá del reconocimiento positivo (elemento formal) del derecho de acceso a la información, su disfrute material pasa por la configuración de una cultura institucional asentada en la apertura y la publicidad como elementos antagónicos de una cultura del

¹¹ En ese sentido, se ha señalado que “el derecho de acceso a la información se configura como una herramienta que además de tener un valor en sí mismo, es un prerrequisito para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos políticos, sociales y económicos. Simultáneamente, promueve la rendición de cuentas y la transparencia en el Estado...” (Stalker, 2010).

secreto, en la cual el hermetismo, la opacidad y la confidencialidad sin motivo son la regla y no la excepción¹². Sobre el particular, la Sala Constitucional de Costa Rica (2003) ha indicado que:

Todos los entes públicos están sujetos a los principios de transparencia y publicidad que deben ser la regla de toda la actuación administrativa. Están llamados a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan fiscalizar a plena luz del día todos los administrados; deben propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva, en aras de incentivar una mayor participación directa en la gestión pública y actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas (...) El secreto o la reserva son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando se tutelan valores relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa, sin embargo, una de las herramientas más preciosas lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa. (Corte Suprema de Justicia, 2003, Resolución n° 2120) (Se agregó el destacado)

Ahora bien, en cuanto a la relación entre el derecho de acceso a la información de interés público y el aseguramiento de los principios de transparencia, la rendición de cuentas y la fiscalización del quehacer de las entidades públicas, interesa traer a colación la forma como esa misma Sala Constitucional (2003) ha planteado dicha vinculación en los siguientes términos:

El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a estos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de esta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes (Corte Suprema de Justicia, 2003, Resolución n° 2120)

Así, se reconoce un encadenamiento –en los términos de dicho Tribunal Constitucional– con arreglo al cual, el acceso a la información opera como una suerte de llave que facilita el camino al escrutinio ciudadano con respecto a lo que las instituciones públicas hacen (y dejan de hacer), lo cual contribuye a una gestión administrativa más transparente potenciada por un flujo libre y natural de información que reviste un interés público y provoca por añadidura un ensanchamiento en la comunicación entre gobernantes y gobernados.

¹² En ese sentido, la Sala Constitucional de Costa Rica ha manifestado que: "...se reconoce el derecho de toda persona de acceder a las dependencias públicas, como una forma de garantizar la transparencia de la función pública y la correcta fiscalización de la actividad estatal. Este Tribunal ha analizado el tema del derecho de acceso a la información a la luz de los principios de transparencia y publicidad, en relación con el derecho a la privacidad y demás situaciones de excepción que limitan el acceso a cierto tipo de información, concluyendo que la reserva administrativa (de la información) es una excepción que se justifica únicamente para tutelar valores relevantes...". (Resolución n° 7938, 6 de junio de 2014).

En ese sentido, se ha advertido que el principio de transparencia hace referencia a la obligación de las administraciones públicas de abrir canales permanentes y fluidos de información y comunicación con los administrados y al derecho correlativo de estos de saber, conocer, entender y fiscalizar los pormenores de la organización y función administrativas (Jinesta, 2003, p. 3).

Está claro, entonces, que el derecho a estar informado permite conocer, opinar y formarse un criterio en relación con la gestión de las instituciones públicas. Es la regulación jurídica del acceso por parte de los ciudadanos a información de interés público. Estar informado es una condición necesaria para poder ejercer –luego– un control ciudadano óptimo y asegurar los principios a los que se viene haciendo referencia.

Con esta idea, los Principios de Lima (2000) son especialmente claros. De manera concreta, en el principio número 2 que lleva por título el acceso a la información en una sociedad democrática se establece lo siguiente:

Todas las personas tienen derecho a fiscalizar de manera efectiva la labor de la administración estatal, de los poderes del Estado en general y de las empresas que prestan servicios públicos. Para hacerlo, necesitan conocer la información que obra en su poder. Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de las personas la información que requieran en forma oportuna y completa. Es responsabilidad gubernamental crear y mantener registros públicos de manera seria y profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. Ningún registro podrá ser destruido arbitrariamente. Se requiere de una política pública que preserve y desarrolle una memoria corporativa en las instituciones gubernamentales. (OEA, 2000, principio 2)

Debe tomarse en cuenta, además, que el acceso a la información también tiene una vinculación importante con la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones (lo cual adquiere una especial relevancia en un contexto creciente de apatía hacia los temas políticos), en la medida en que el acceso efectivo a la información se convierte en un medio de carácter incluyente de personas y grupos en la vida pública de los países.

En relación con este extremo, en la Declaración de Nuevo León México (2004) suscrita por los jefes de Estado de las Américas en el marco de la Cumbre Especial de las Américas se señala lo siguiente:

El acceso a la información en poder del Estado, con el debido respeto a las normas constitucionales y legales, incluidas las de privacidad y confidencialidad, es condición indispensable para la participación ciudadana y promueve el respeto efectivo de los derechos humanos. Nos comprometemos a contar con los marcos jurídicos y normativos, así como con las estructuras y condiciones necesarias para garantizar a nuestros ciudadanos el derecho al acceso a la información. (Declaración de Nuevo León México, 2004)

Además de lo indicado, en el principio número 3 de los Principios de Lima (2000) antes reseñados y bajo el título transparencia y desarrollo, se refuerza este ligamen entre el acceso a la información y la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones de la siguiente manera:

El acceso a la información es indispensable para el escrutinio y el debate adecuado sobre las acciones de gobierno, condiciones estas no solo esenciales para la transparencia en la gestión de las entidades públicas, sino también para evitar la corrupción y otros abusos del poder. Este derecho permite que las personas participen en los asuntos públicos, en la toma de decisiones, y en general, permite identificar las responsabilidades de los servidores públicos, valorar objetivamente los hechos, y formarse una opinión alcanzando mayores niveles de participación en la vida política, económica, social y cultural en un país. (OEA, 2000, principio 3)

De esta manera, un régimen de acceso efectivo a la información facilita a la ciudadanía asumir un papel activo en el proceso de toma de decisiones; es decir, el acceso se convierte en un acicate para incrementar la participación ciudadana. En mejores palabras, la Sala Constitucional (2003) ha indicado que: "... la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos..." (Corte Suprema de Justicia, 2003, Resolución n° 2120)

Siempre en torno a esa vinculación del acceso a la información con principios socialmente relevantes en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho y, de manera puntual sobre el tema de la corrupción, interesa destacar que en el artículo 10 de la Convención Contra la Corrupción de la Organización de Naciones Unidas (2003) se dispone, como una obligación de los Estados partes para combatir el flagelo de la corrupción, incrementar los niveles de transparencia. Para ello, entre otras medidas, se propone la instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público.

Cabe acotar que el acceso a la información constituye uno de los presupuestos elementales para el fortalecimiento democrático, en la medida en que el libre intercambio de información entre los ciudadanos genera confianza hacia el andamiaje institucional (entes, órganos y empresas públicas), lo cual fue subrayado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva (1985) en los siguientes términos:

El mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el

de la sociedad en su conjunto de recibir información. (Opinión consultiva n° OC-5/85 apartado 69)

Así, el empoderamiento de una ciudadanía suficiente y necesariamente informada, junto a la erradicación del secretismo como disfunción administrativa y la eliminación de prácticas de confidencialidad instauradas, por instituciones y funcionarios que se creen autoridades en sí mismos y no simples depositarios de una autoridad que les ha sido conferida, son factores claves para lograr el fortalecimiento democrático.

En concreto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007) señala:

...el acceso a la información constituye una herramienta esencial para combatir la corrupción, hacer realidad el principio de transparencia en la gestión pública y mejorar la calidad de nuestras democracias, caracterizadas por una cultura de secretismo y por organismos públicos cuyas políticas y prácticas de manejo de la información no necesariamente están orientadas a facilitar su acceso a las personas... (p. 6)

En el mismo sentido se ha indicado que:

El acceso a la información es una herramienta que se ajusta perfectamente a lo que se espera de los miembros de una sociedad democrática. (...) Una ciudadanía activa que exige información debe verse respaldada por una estructura estatal democrática. Costumbres propias del autoritarismo, tales como hacer regla general el secreto de la información del Estado y la publicidad de la información sobre los individuos, repelen el ideal del sistema interamericano de la promoción y fortalecimiento de sociedades y Estados democráticos, en donde la regla general es precisamente la inversa: publicidad de los actos estatales y privacidad de la información de los individuos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 1)

IV. La información de interés público: el acceso a información relacionada con el uso de fondos públicos

a. Función de custodia

En relación con la información de interés público, los sujetos pasivos cumplen una función de custodia de la información que en realidad no les pertenece ni les es propia, ya que los verdaderos dueños de esta son los ciudadanos.

Esta función de custodia ha sido positivizada en una gran cantidad de normas que regulan el tema del acceso a la información. A modo de ilustración, puede mencionarse la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África, adoptada por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en octubre del 2002, donde se indica que: "Las entidades públicas no detentan la información para sí mismas sino como custodios del interés público,

y toda persona tiene derecho de acceder a esta información, con sujeción tan solo a las reglas claramente definidas por la ley...”.

Ahora bien, esto que puede parecer una mera precisión conceptual. En realidad tiene una implicación de fondo, ya que, si el dueño de la información de interés público es el sujeto al que se dirige la solicitud, estaría dentro del marco de su decisión o libre arbitrio compartirla y divulgarla y, por ende, la atención de requerimientos de información sería un favor o una liberalidad.

Por otra parte, la función de custodia permite advertir que las entidades públicas y su cuerpo de servidores son depositarios de una autoridad que les ha sido otorgada y que ejercen en representación del soberano. Así lo establecen con claridad los principios de Lima (2000), al señalar como parte de las obligaciones de las autoridades que: “La información pertenece a los ciudadanos. La información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno; este tiene la información solo en cuanto representante de los ciudadanos...”.

En su función de custodia, los entes públicos y sujetos particulares cuando así corresponda, se ven alcanzados por una serie de obligaciones y responsabilidades, las cuales no se reducen simplemente a entregar la información de interés público que les sea requerida, toda vez que el disfrute material del derecho humano que nos ocupa únicamente se logra satisfacer cuando la información, además de accesible oportunamente, es clara, ordenada, actualizada, confiable y se asocia con el principio de máxima divulgación¹³.

b. Crítica al mero acto de posesión como criterio definitorio de lo que es (o no) una información de interés público

Ya que hasta ahora se ha predicado que el derecho de acceso se configura en relación con una información de interés público, se impone examinar este concepto con el objeto de arribar (si es que esto es posible) a una definición que perfile con mayor claridad (o por lo menos con menor indefinición) su contenido y alcances, para lo cual habrá que descender a examinar las regulaciones puntuales contenidas en las normas citadas hasta ahora y otras de las muchas que existen en el ámbito internacional, labor que –desde ya– se anuncia especialmente compleja, en razón de que la constante en esta materia son disposiciones que utilizan un concepto demasiado general, abierto y ciertamente indeterminado.

En ese sentido y según la indeterminación normativa recién apuntada, la Sala Constitucional de Costa Rica (1998) –se recuerda que nuestro país carece de una norma legal en materia de acceso a la información– ha establecido en su amplia jurisprudencia en la materia, que la información de interés público es aquella que resulta de interés de la comunidad (concepto

¹³ En ese sentido, se ha indicado que “...sin perjuicio de los límites que afectan al derecho de acceso a la información pública, ya analizados en diferentes ocasiones por esta Sala, y haciendo hincapié en el carácter progresivo de su desarrollo, la Sala reconoce que tal derecho conlleva en la sociedad de la información una ampliación de las obligaciones estatales, las que ahora van más allá de la simple respuesta a una solicitud de información (...) En este desarrollo ideal del derecho al cual el Estado debe aspirar a que la información que sea puesta de oficio al alcance de los administrados por vías informáticas, debe ser completa, actual, ordenada, accesible. (...) El cumplimiento de estos lineamientos permite que se potencie el carácter instrumental del derecho de acceso a la información pública (...)” (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Resolución n.º 4037).

por demás abstracto, vago e indeterminado)¹⁴. Tampoco, ese Tribunal brinda una claridad más allá de lo que resulta obvio, al señalar que: “El fin del derecho es la “información sobre asuntos de interés público”, de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder...” (Corte Suprema de Justicia, 2003, Resolución n.º 2120).

De acuerdo con las limitaciones conceptuales recién indicadas, es importante apuntar que en el concierto normativo parece una constante definir a la información de interés público como aquella que está en poder (en control o dominio) del Estado, lo cual lleva a vender la idea de que el acto de posesión estatal de una información es lo que define –entonces– su naturaleza pública¹⁵.

En línea con este criterio de definición sustentado en la posesión estatal de la información, destaca por ejemplo el artículo 1º del Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos (2009), en el cual se define como documento público “... toda la información registrada de cualquier forma, elaborada o recibida y en posesión de las autoridades públicas (...)”. Asimismo, la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno de España (2013) indica que la información de interés público consiste en “... los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título...” (Art. 13).

En el ámbito interamericano, sobre la utilización del criterio de la posesión, pueden mencionarse, entre otras, la Ley de Acceso a la Información de Panamá (2002), la que define a la información de interés público como: “Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que no tenga restricción...”. De igual forma, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública (2010) tampoco escapa a esta tendencia, al definirla como “...información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública...”.

Debe reconocerse –claro está–, que esta técnica tiene la ventaja de brindarle al operador jurídico, un concepto flexible con la resiliencia suficiente como para poder adaptarse a un número indeterminado de casos concretos que se pueden presentar en la práctica. Así, la definición pone de relieve, además, la imposibilidad de dar un listado (menos aun de naturaleza taxativa) de informaciones que pueden ser consideradas de interés público.

Ahora bien, sin dejar de lado esta consideración de índole práctica que permite la interpretación y resolución casuística de los asuntos, también es cierto que esta forma de definir la información de interés público encierra una imprecisión importante, ya que no toda la información en poder del Estado es necesariamente de interés público. También puede estarse –por ejemplo– frente a datos suministrados por una persona a una entidad pública,

¹⁴ Sobre el particular pueden verse la Resolución n.º 9165 de las 19:18 horas del 22 de diciembre de 1998.

¹⁵ Ante la imprecisión que tiene la simple posesión como criterio para definir una información de interés público, llama la atención que en el artículo 5 de la Ley de Libertad de Prensa de Suecia de 1766 se garantice el derecho de acceso de los ciudadanos suecos a los documentos oficiales en poder de todas las autoridades públicas “con poder de decisión”, lo cual genera adicionalmente la necesidad de saber qué es poder de decisión y qué tipo de funcionarios tienen –o no– dicho poder, respuestas que dicha norma no brinda potenciando así una diversidad de posibles interpretaciones y evidentes problemas prácticos.

con el objeto de cumplir con un trámite o una gestión determinada y nunca con el afán de que la información sea divulgada a terceros.

En ese sentido, la Sala Constitucional de Costa Rica ha advertido que: "...puede existir información que solo interesa al ciudadano que ha contratado con el Estado o en una de sus dependencias, y que fue suministrada únicamente con un fin determinado, más no para ser difundida a terceros..." (Corte Suprema de Justicia, 2006, Resolución n.º 11254).

Importa resaltar –sin embargo– que sí existen normas legales de algunos países (lamentablemente no son la mayoría), en las cuales se distingue entre varios tipos de información pública con reglas de accesibilidad diferenciadas. A modo de ejemplo, en la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional de Colombia (2014), se definen las categorías de información pública, información pública clasificada y, finalmente, información pública reservada¹⁶.

Podría argumentarse que en cada caso concreto será necesario hacer una distinción entre el acceso a información *ad-extra* y *ad-intra* de un procedimiento administrativo (tal y como lo ha hecho la Sala Constitucional de Costa Rica de manera reiterada)¹⁷, lo cierto del caso es que al acotar la definición del concepto al mero acto de posesión, se incrementan las posibilidades de que algún operador, al invocar dicha posesión, haga del conocimiento público una información que, incluso de manera evidente, no sea de interés público y cuya publicidad puede lesionar derechos de terceros.

Con apoyo en lo indicado, y esto se subraya con especial énfasis, lo que determina si una información es –o no– de interés público no necesariamente es quién la posee. En realidad, el criterio definidor es su contenido. Así, en la medida en que la información refiera a un asunto de interés general –o público si se prefiere– la información tendrá esa naturaleza y, en consecuencia, habrá de garantizarse su accesibilidad en favor de cualquier persona.

De inmediato podría indicarse que esto no resuelve el problema y que seguirá estando pendiente determinar entonces qué tipo de asuntos corresponden –o no– al interés público, lo cual no se niega ni se trata de esconder, sin embargo –y así se recalca– la opción de examinar la información solicitada en cada caso concreto para determinar si es de interés

¹⁶ Las definiciones son las siguientes:

- Información pública: Es toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal.
- Información pública clasificada: Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semi-privado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley.
- Información pública reservada: Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo de esta ley.

Con una redacción muy similar puede verse la Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala.

¹⁷ A modo de ilustración, en la Resolución n.º 2120 de las de las 13:30 horas del 14 de marzo de 2003, el Tribunal Constitucional se refirió a dichos conceptos en los siguientes términos: "Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) *ad extra* –fuera– y (b) *ad intra* –dentro– de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada –*uti universi*– y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico –*uti singuli*– ..."

público –o no– parece una opción más confiable y adecuada que el simple criterio de la posesión.

Este criterio alternativo no reducido al mero acto de la posesión, contribuye también al examen casuístico que el operador debe hacer si lo requerido corresponde –o no– a información de interés público, si forma parte de un procedimiento administrativo en trámite y, finalmente, si refiere a datos de terceros que pueden ser sensibles y cuya divulgación pueden afectarlos gravemente, supuestos –estos últimos dos– en los que la negativa de acceso resultará válida y justificada.

c. Propuesta de criterio: la definición casuística

Si el objetivo antes anunciado es arribar a una definición de lo que puede ser considerada una información de interés público más clara (o menos imprecisa), además de superar el acto de posesión como criterio definidor, y si también se descarta la inclusión normativa de un eventual listado de informaciones de interés público que venga a restarle flexibilidad al análisis y resolución de los casos que se presenten o que alimenten el debate posterior de si tal listado es taxativo o no, la opción que aquí se plantea es optar por una definición casuística.

En ese sentido, lejos de una definición genérica o el establecimiento de un listado de asuntos calificables como de interés público, la opción aquí planteada es realizar dicha determinación de manera casuística frente a cada caso concreto. Se utiliza para ello del principio de máxima divulgación y demás principios asociados con el derecho de acceso a la información de interés público, la consideración del bloque de legalidad globalmente considerado y, claro está, la presencia –o no– de alguna de las causales legalmente previstas que puedan justificar una confidencialidad.

Esta opción tiene como elemento positivo que el receptor de la solicitud estará compelido a realizar un análisis a la luz del caso concreto y fundamentar bien su decisión –sea para garantizar el acceso o una eventual negativa–, toda vez que el examen ya no se reducirá simplemente a constatar si la información está en poder –o no– del Estado, esto sin pasar por alto que la carga de la prueba en esta materia la tiene –en todo caso– el sujeto pasivo y no el titular activo del derecho, el cual según se dijo líneas atrás no está obligado a justificar su solicitud.

Las que las resoluciones administrativas de las distintas entidades públicas, así como la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia en la materia constituyen –desde luego– una fuente de consulta (obligatoria o al menos necesaria) por parte del sujeto al que se ha dirigido la solicitud de información, siempre que en vía administrativa o en la sede judicial se puedan conocer casos con características similares. Para ellos se habrán de generar criterios generales de orientación en el momento de analizar requerimientos de información que pueden involucrar asuntos de interés público.

d. Carácter público de la información relacionada con el manejo de los fondos públicos

En relación con el carácter público que reviste la información asociada con el uso de los fondos públicos, existe una diversidad de normas en las que se establece dicha vinculación. A modo de ilustración, en el artículo 8 de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen Gobierno de España (2013) y bajo el título de información económica, presupuestaria y estadística, se establece que los sujetos pasivos de dicha norma legal deberán hacer pública aquella información relacionada, con actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria, dentro de los cuales se incluye –entre otras– la actividad de contratación de bienes y servicios, las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios, así como la relación de los bienes inmuebles que sean de su propiedad.

Por su parte, en la Ley de libre acceso a la información pública y transparencia gubernamental de Paraguay (2014), se establece como una obligación del Poder Ejecutivo publicar, actualizar y poner a disposición del público de manera informatizada, el presupuesto general de la nación vigente y actualizado diariamente, además de los datos referentes al destino de los recursos provenientes de la deuda pública, con mención específica de los programas, inversiones y obras efectuadas, empresas y consultoras contratadas para la ejecución de los mismos, procedimientos de contratación de dichas entidades y el estado de ejecución.

En el caso costarricense, existe una norma que aunque no forma parte de una ley de acceso a la información (inexistente hasta la fecha según se ha indicado ya), establece de manera expresa que la información referida al uso y disposición de fondos públicos es de interés público. Así, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Asamblea Legislativa, 2004) dispone –en lo que interesa– lo siguiente:

Libre acceso a la información. Es de interés público la información relacionada con el ingreso, la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos, así como la información necesaria para asegurar la efectividad de la presente Ley, en relación con hechos y conductas de los funcionarios públicos. (Art. 7)

Además de lo establecido en las normas antes relacionadas y conforme a los principios de legalidad, transparencia y rendición de cuentas, parece bastante difícil afirmar que la información relacionada con el uso de los fondos públicos no sea un asunto de interés público, máxime cuando estos se nutren en buena parte de los tributos que pagan los ciudadanos, a los cuales será difícil limitar la posibilidad de conocer el uso y destino que se da a tales recursos. Luego, esto es especialmente relevante en un contexto de recursos escasos y de una sociedad cada vez más demandante de conocer no solo los resultados de la gestión administrativa, sino también los medios empleados para tal efecto, todo lo cual impone una mayor apertura, diligencia y proactividad en la divulgación de información, datos y estadísticas vinculados con el manejo de los fondos públicos, aun cuando no hayan sido solicitados por algún interesado.

En ese sentido, se ha apuntado que:

El concepto de transparencia ha ido ampliando su radio de acción: del derecho a saber cómo se administran los bienes públicos, lo que implica conocer cómo se ejecuta un presupuesto, cómo se contraen deudas, cuánto se paga a los representantes públicos, que organismos reciben subvenciones públicas, etcétera, se ha pasado a considerar que el acceso a la información es un derecho básico (...) y que la política de transparencia debe ir mucho más lejos que la mera publicación pasiva, parcial y a petición, de datos en poder de las administraciones. (Martínez, 2015, 14-16 pp.)

Ahora bien, en el plano jurisprudencial interesa destacar que la Sala Constitucional de Costa Rica, ha emitido una profusa cantidad de resoluciones relacionadas con el manejo de fondos públicos, en las cuales ha advertido el carácter público que reviste la información asociada con dicha temática. De seguido, se procede a reseñar algunas de los pronunciamientos más relevantes, como preámbulo a lo que se planteará en el apartado siguiente sobre el acceso a información vinculada con las remuneraciones de los agentes públicos.

Todos estos casos tienen como común denominador el planteamiento de un requerimiento de información relacionado con un tema ligado al manejo de fondos públicos en todos los cuales la solicitud fue denegada. La constante ha sido la invocación a una supuesta confidencialidad de la información como “razón” (o excusa si se prefiere) en la que se intentó amparar la negativa de acceso.

Así, en todos estos casos y con el afán de obtener la información respectiva, los interesados acudieron ante la Sala Constitucional a través de la interposición de un recurso de amparo. Esta fue la garantía prevista en el ordenamiento jurídico costarricense, para solicitar la tutela de los derechos fundamentales (incluido el derecho que aquí interesa) frente a violaciones o amenazas de parte de sujetos públicos o incluso particulares.

En primer lugar y en atención a una solicitud de información relacionada con el uso de vehículos oficiales, la Sala Constitucional indicó que el dato requerido:

...atañe a bienes públicos y a dineros públicos. (...) En síntesis, la información tiene relación directa con cosas y personas –las que se indicaron–, que desde cualquier posición en que se les observe, corresponden al interés colectivo o público. ¿Por qué? La razón es simple y consiste en que es de interés público conocer lo concerniente a los bienes públicos, el uso que se les da, quiénes los usan, su destino y cuánto le cuesta a los contribuyentes ese uso. (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1995, Resolución n.º 6894)

En igual sentido, ante un recurso de amparo interpuesto en contra de una entidad pública que denegó información relacionada con el monto destinado a publicidad, el Tribunal Constitucional (2001) señaló que no se trata de una información confidencial que obre en poder de la administración, sino de una información de carácter público que deber ser suministrada a quien así lo requiera, como son los gastos en publicidad y publicaciones de diversa índole que realiza la Caja, los cuales evidentemente se financian con fondos públicos,

de modo tal que cualquier administrado tiene el derecho de saber qué monto invierte la institución en ese campo (Resolución n.º 2182).

Frente a la negativa de acceso a lo solicitado, el Tribunal destacó –en esa misma resolución– la vinculación existente entre el acceso a la información de interés público y la fiscalización ciudadana respecto al quehacer de los servidores públicos en los siguientes términos:

Todo habitante de la República tiene el derecho de conocer los destinos que se le dan a los fondos públicos, a fin de ejercer una función fiscalizadora de las actuaciones de los funcionarios públicos, quienes son simples depositarios de la autoridad... (Corte Suprema de Justicia, 2001, Resolución n.º 2182).

Otro caso analizado se refiere a un tema que sigue teniendo una gran actualidad en nuestro país, como es el destino que se da a los recursos obtenidos a través de los impuestos asociados con la compra de combustibles. La particularidad del caso es que, si bien la solicitud no se denegó totalmente, la autoridad municipal recurrida no facilitó ciertos datos que –a su juicio– referían a la esfera de intimidad de funcionarios municipales. En este caso, el Tribunal indicó que la totalidad de la información era de interés público por cuanto se trata de conocer el uso y disposición de fondos públicos, motivo por el cual obligó a las autoridades municipales a entregar la información requerida.

En esos términos, la Sala Constitucional (2008) advirtió que: "... la información solicitada por el recurrente, reviste un marcado interés público, ya que, está inherentemente vinculada con el manejo de fondos de esa naturaleza, ya que el recurrente solicita el monto de los salarios pagados con los ingresos provenientes de la recaudación del impuesto único sobre los combustibles. (...)" (Resolución n.º 18151).

Otro caso que interesa reseñar, por estar en juego el acceso a información relacionada con el uso y disposición de fondos públicos, corresponde a una solicitud de información referente a procedimientos de contratación administrativa realizados por una entidad pública. En torno a este asunto, se vuelve a recalcar esa vinculación existente entre el tema del manejo de recursos públicos y la obligación de garantizar un acceso universal a información atinente a dicha temática.

Adicionalmente, la Sala Constitucional reprochó el hecho de que se exigió al solicitante que "demostrara un interés legítimo", condicionamiento que lamentablemente es bastante extendido en la práctica y que, al amparo de la normativa y las consideraciones formuladas líneas atrás, resulta abiertamente improcedente. Así lo dispuso: "...todo ciudadano tiene el derecho de acceder a la información de interés público como lo son las licitaciones adjudicadas durante un período determinado, sin que requiera demostrar ningún interés..." (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 2009, Resolución n.º 1669).

Por lo demás, interesa destacar que tanto la negativa como el condicionamiento para la entrega de una información de interés público, supeditando la remisión a una acción o manifestación concreta por parte del solicitante, deviene en una transgresión al derecho fundamental de interés. En ambos supuestos se termina restringiendo un acceso que está llamado a ser natural y fluido, ajeno a limitaciones que vayan más allá de las constitucionales.

o legalmente previstas y, mucho menos, a la propagación de una cultura del secreto que envuelve a la gestión administrativa en la oscuridad y la opacidad.

Ahora bien, uno de los casos más llamativos que la Sala Constitucional ha resuelto en la materia es un recurso de amparo interpuesto no por un tercero que solicitó y le fue denegada alguna información, sino por los funcionarios de una entidad pública al considerar que, la publicación de un cartel licitatorio que contenga sus nombres y los montos de indemnización que les pagaría por desarraigarse de la convención colectiva, lesionaba –presuntamente– su derecho a la intimidad.

La protección de lo que se acusa como “*intimidad personal*”, es un argumento formulado de manera recurrente para denegar información, por más de que lo pedido revista un evidente interés público como sucede con el tema del manejo de fondos públicos, casos en los cuales el Tribunal Constitucional ha hecho un esfuerzo importante por poner en su correcta perspectiva los correctos alcances del derecho –también fundamental– de protección a la intimidad tutelado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna.

En concreto, en el caso recién mencionado la Sala Constitucional señaló –en lo que interesa– que: en este caso no se produce ninguna violación a los derechos tutelados por el artículo 24 constitucional. En primer lugar, los recurrentes, en el sentido amplio que enmarca el concepto de servidor público, conforme al artículo 191 constitucional, son funcionarios públicos. Por otra parte, los fondos con los que se cancelará el monto correspondiente a dicha indemnización, provienen del erario público y, por ende, se reputan como fondos públicos, cuyo destino no solo puede publicarse, sino que debe publicarse, para que todos los ciudadanos conozcan en qué invierte el Estado el dinero aportado por ellos. Ambas circunstancias citadas no implican otra cosa más que la conclusión de que se está en presencia de información pública (Corte Suprema de Justicia, 2010, Resolución n° 13589)

Finalmente, llama la atención un caso elevado a conocimiento del Tribunal Constitucional, en el cual se presentó una petición de información relacionada con la planilla de un banco público, particularizada con el detalle de las plazas en propiedad, vacantes e ingresos nuevos. En la especie, las autoridades rechazaron la solicitud con el argumento de una supuesta “confidencialidad”, en razón de que lo pedido era información –supuestamente– sensible para los trabajadores del banco, la cual en consecuencia debía ser protegida y no divulgada. La justificación brindada por las autoridades del banco, por estar en presencia de información presuntamente “sensible” y frente a la cual debe garantizarse la protección de datos personales, destaca por ser (junto a la protección de la intimidad según se indicó) los dos principales argumentos que con frecuencia se esgrimen, en un intento por justificar el rechazo a la entrega de información vinculada con los fondos públicos y, particularmente, con las remuneraciones de los servidores públicos, extremo que será abordado en el apartado siguiente.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional (2008) declaró con lugar el recurso de amparo incoado y advirtió que:

... no lleva tampoco razón el recurrido al interpretar que la información de planilla sea confidencial debido a que contiene datos personales de los empleados

por cuanto la información acerca el número de plazas en propiedad, vacantes interinas, ingresos nuevos no constituyen datos personales, ni contienen información sensible de los trabajadores del Banco. Precisamente, al ser empleados que ejercen la función pública y son pagados con fondos públicos, por la materia de que se trata, es obligación del Gerente recurrido, el dar a conocerlas al Sindicato recurrente y a la ciudadanía en general. (...) En consecuencia, esos datos son públicos, y el acceso a ellos puede servir para estudiar el funcionamiento de las instituciones, como parte de la obligación, deber o deseo de toda persona de fiscalizar el funcionamiento del Estado. (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2010, Resolución n° 13334)

En todo caso y sin perjuicio de lo indicado, interesa apuntar que una disección entre la información de interés público sobre la base de existir fondos públicos involucrados, la intimidad de los servidores del Estado y la protección de sus datos personales no siempre es una tarea sencilla ni ajena de dificultades, máxime cuando una misma solicitud de información puede comprender datos de acceso público junto a otros cobijados por la intimidad del funcionario o incluso de carácter sensible.

V. Acceso a información relacionada con las remuneraciones de los funcionarios públicos

a. Tratamiento normativo y jurisprudencial

En virtud de que los salarios de los servidores públicos se pagan con fondos públicos y que dicha remuneración constituye, una contraprestación por el ejercicio de una función – igualmente– pública, puede existir la tentación de señalar de manera un tanto apresurada y absoluta que, en consecuencia, la información relacionada con las remuneraciones que perciben los funcionarios estatales debe ser –lógicamente– de acceso público.

No obstante, dado que el ejercicio de los derechos fundamentales no es absoluto e ilimitado y aunque esta investigación no persigue hacer un desarrollo de los límites (constitucional o legalmente previstos) a los que está sujeto el derecho a acceso a la información pública, es necesario reparar en uno de esos límites como es el derecho –también fundamental– de intimidad, además de analizar si las remuneraciones de los servidores públicos constituyen un dato que puede ser calificado –o no– como sensible para los funcionarios estatales, en cuyo caso el acceso público no estaría permitido.

Antes de determinar si las remuneraciones de los servidores del Estado forman parte de la intimidad de sus destinatarios y si estamos –o no– en presencia de datos sensibles, es importante hacer un breve repaso por el tratamiento que las normas antes mencionadas y la jurisprudencia hacen de esta temática.

Desde el plano normativo, la mayoría de normas legales que regulan el derecho de acceso a la información a las que se ha venido haciendo referencia toman partido por considerar que la información vinculada con las remuneraciones de los servidores públicos es de acceso público.

Así, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información de México (2015) establece, que será obligatorio para todos los sujetos pasivos de dicha norma publicar no solamente datos generales de todos los funcionarios públicos (nombre, cargo, número telefónico, dirección de correo electrónico oficial, etc.), sino particularmente y en lo que interesa “La remuneración bruta y neta de todos los servidores públicos de base o de confianza, de todas las percepciones, incluyendo sueldos, prestaciones, gratificaciones, primas, comisiones, dietas, bonos, estímulos, ingresos y sistemas de compensación, señalando la periodicidad de dicha remuneración...” (Art. 70).

De igual forma, en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno de España (2013) se dispone la obligación de hacer públicas las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades sujetas a dicha normativa. En igual sentido, la Ley del Derecho de Acceso a la Información de Uruguay (2008) define como obligatorio, difundir de manera permanente la estructura de remuneraciones de los puestos públicos por categoría, las funciones y el sistema de compensación. Finalmente, en la Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala (2008) se prescribe como obligatorio publicar el nombre de todos los funcionarios públicos y los salarios que corresponden a cada cargo, honorarios, dietas, bonos, viáticos o cualquier otra remuneración que perciban.

Vale señalar que este tratamiento normativo coincide con el abordaje que la jurisprudencia ha venido haciendo del tema en el ámbito interamericano. Así por ejemplo, mediante la sentencia n° TC/0042/12 del 21 de septiembre de 2012, el Tribunal Constitucional de República Dominicana se pronunció sobre un caso concreto, en el que se denegó el acceso a información vinculada con los salarios de ciertos funcionarios públicos bajo el argumento de una presunta violación al derecho de intimidad.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Dominicano dejó en claro que el salario de los funcionarios públicos que se pagan con fondos públicos no es tema cobijado por el derecho de intimidad y recalca que en caso de limitar indebidamente el derecho de acceso a la información pública, se despojaría a la ciudadanía de un mecanismo esencial para el control de la corrupción en la Administración Pública.

En idéntico sentido, la Corte Constitucional de Guatemala en sentencia del 30 de noviembre de 2013 emitió criterio sobre una norma que fue cuestionada por obligar a divulgar información asociada con las remuneraciones de los funcionarios públicos. En dicha sentencia, la Corte estimó que la información relativa al uso de los fondos que componen el erario (y que financia los salarios de los funcionarios estatales) es un tema de interés público. Así, señaló que por ser la población la detentadora de la soberanía delegada en el poder público, cuenta con la prerrogativa de acceder a la información administrada por este para el ejercicio de sus funciones, con el fin de verificar su eficaz cumplimiento y la manera como se invierten los recursos estatales (Sentencia 30 de noviembre de 2013).

Esa Corte Constitucional (2013) también advirtió que las remuneraciones de los funcionarios públicos no son un “...dato comprendido dentro del núcleo de intimidad personal protegido constitucionalmente...”.

En el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica, dicho Tribunal cuenta con una amplia y sólida jurisprudencia en este tema¹⁸, en el sentido que estamos frente a una información que refiere a un tema de interés público (bajo la precisión que el salario bruto es de acceso público pero el neto es de carácter privado) al mediar la disposición de recursos públicos, en relación con el derecho de toda persona a conocer en qué se utilizan dichos recursos. En la misma línea, ese órgano jurisdiccional descarta que este tipo de información quede cobijada por el derecho de intimidad y también rechaza estar en presencia de información sensible de los agentes estatales.

Por último, importa señalar que si bien en lo que se refiere a esta investigación se toma partido, por la tesis de garantizar el acceso público con respecto a información relacionada con las remuneraciones de los servidores públicos en general –esto sin hacer distinción del cargo que se desempeñe por el hecho de que la fuente de financiamiento de tales emolumentos es pública–, hay quienes plantean la necesidad de hacer una distinción en función de la naturaleza, rango y responsabilidad que ostente el funcionario.

En ese sentido, en un dictamen de fecha 23 de marzo del 2015 emitido en conjunto por la Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, se indicó que se considera que en la información referente a los puestos de trabajo de mayor nivel de responsabilidad y mayor autonomía en la toma de decisiones o a aquellos cuya provisión se realice con un cierto grado de discrecionalidad o se justifique en la existencia de una especial relación de confianza prevalecerá, como regla general el interés público sobre la protección de datos y la intimidad. Se agrega que así, pueden establecerse distintas categorías de empleados públicos, respecto de las cuales la relevancia de la información relativa a las retribuciones obtenidas se encontrará, en orden decreciente.

Este criterio parece supeditar y ciertamente condicionar el acceso a información pública – como es la relativa a las remuneraciones de los servidores públicos– al cargo o nivel de responsabilidad que tenga el funcionario respectivo, postura que pasa por alto el hecho de que es la fuente pública que financia tales remuneraciones, lo que convierte en pública ese tipo de información.

No se trata de negar el hecho de que el rango, la sensibilidad de las atribuciones y el nivel de responsabilidad de los servidores de una institución pública son aspectos relevantes para establecer –por ejemplo– un juicio de mayor o menor reprochabilidad de sus conductas, con el argumento de que a mayor jerarquía y complejidad de las funciones, mayor será la obligación de apreciar la legalidad y conveniencia de los actos que se realizan, si se sabe que el análisis obedece a determinar si las remuneraciones que perciben en general los agentes estatales constituyen–o no–información de acceso público.

¹⁸ Entre muchas otras, pueden consultarse las resoluciones n°6100 de las 17:04 horas del 8 de mayo de 2007; n°12852 de las 12:46 horas del 22 de agosto de 2008; n°13951 de las 9:20 horas del 19 de setiembre de 2008; n°6023 de las 15:05 horas del 30 de abril de 2013; n°8279 de las 9:10 horas del 21 de junio de 2013 y n°4037 de las 11:02 horas del 21 de marzo de 2014.

b. No afectación a la intimidad de los servidores públicos y la inexistencia de un dato de carácter sensible

Se tiene claro que la divulgación de las remuneraciones que perciben los funcionarios públicos no es un tema comprendido dentro de la esfera íntima de dichos servidores asociada a su dignidad como persona, toda vez que este tipo de información trasciende al interesado e incluso a las propias administraciones públicas, ya que existe un interés general superior de conocer el uso y destino de los fondos públicos.¹⁹

No se está frente a una invasión a su ámbito de intimidad personal, ya que además de la fuente pública que financia sus remuneraciones, el acceso público viene dado en virtud del rol que desempeñan como servidores de todos los administrados²⁰ y no de su identidad como persona.

Lo indicado no pasa por alto que no todo lo relacionado con los funcionarios públicos es un asunto de interés público, ya que el agente estatal –sin perjuicio de su condición funcional– también es persona como cualquier otra y en esa medida titular de una esfera de intimidad que debe ser tutelada, la cual es capaz de repeler intromisiones ilegítimas incluso con el argumento de invocar la presencia de fondos públicos.

A modo de ilustración y como ejemplos de supuestos en los que podría estarse ante una invasión a la esfera de intimidad de un servidor público, puede mencionarse la intención de revisar el expediente médico de un funcionario estatal y los tratamientos de atención que haya recibido. En igual sentido, los montos que un servidor pague por concepto de pensión alimentaria a favor de terceros o de sus deudas en general, con el argumento que dichas obligaciones las cubre con su salario y que este último se financia con fondos públicos, analogía que resulta improcedente al estar frente a datos cobijados por la intimidad del agente estatal.

En consecuencia, debe existir un equilibrio, ya que la radicalización del derecho de acceso a la información en relación con los funcionarios públicos puede conllevar a excesos, abusos y la violación de su dignidad como persona, máxime cuando algunos pretenden penetrar –de manera ilegítima– en cualquier ámbito de su vida. En ese sentido, se ha indicado que: “Los gobernantes y demás altos cargos ocupan una especial posición institucional. De ellos importa algo más que aquello que sucede en sus despachos. Interesan su imagen, su

¹⁹ La Sala Constitucional de Costa Rica ha señalado de manera reiterada, que conocer el uso que se da a los fondos públicos es un derecho que asiste no solamente a individuos particularmente considerados sino también a grupos de personas aunque no estén formalmente organizadas, esto por cuanto estamos en presencia de un interés difuso, criterio que ha aplicado en el estudio de admisibilidad de acciones de inconstitucionalidad. Así por ejemplo, en la Resolución n° 5915 de las 15:27 horas de 3 de julio de 2001 indicó en lo que interesa lo siguiente: “Esta Sala ha enumerado diversos derechos a los que les ha dado el calificativo de “difusos”, tales como el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros...”. (Se agregó el destacado).

²⁰ En ese sentido, el artículo 114.1 de la Ley General de la Administración Pública (Ley n°6227 del 2 de mayo de 1978) establece lo siguiente: “El servidor público será un servidor de los administrados, en general, y en particular de cada individuo o administrado que con él se relacione en virtud de la función que desempeña; cada administrado deberá ser considerado en el caso individual como representante de la colectividad de que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar”.

ejemplo, su comportamiento ético, sus cualidades personales, sus negocios e intereses...” (González, 2011, p. 11).

Precisamente en esa línea de moderación, la Sala Constitucional de Costa Rica ha advertido que es posible el acceso a información relacionada con los servidores públicos “... siempre y cuando tal información no implique invadir la esfera privada del funcionario...” (Corte Suprema de Justicia, 1996, Resolución n.º 1679).

Por otra parte, la información referida a las remuneraciones de los servidores públicos tampoco puede ser considerada de carácter sensible, al estar de por medio el derecho a conocer en qué se gastan los recursos del erario y el hecho de que la remuneración se asocia al papel que cumple el funcionario como servidor del Estado y de todos los administrados. La normativa que regula la protección de datos personales sensibles no incorpora dentro de la información de esa naturaleza a las remuneraciones financiadas con recursos de la Hacienda Pública. En ese sentido, el artículo 9 de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales de Costa Rica (2011) define como datos sensibles, aquellos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación sexual, entre otros.

A modo de cierre, importa recalcar que, si bien la información relacionada con las remuneraciones de los servidores del Estado es de acceso público, frente a lo cual no será válido invocar entonces reparos de supuesta intimidación o datos presuntamente sensibles como argumentos para limitar la publicidad de dichos datos–, lo cierto del caso es que la presencia de fondos públicos no puede convertirse en una herramienta para querer legitimar el acceso público irrestricto a información del servidor que desborde su condición funcional, supuesto en el que se estaría frente a una intromisión invasiva –y en esa medida reprochable– a su esfera jurídica vital de derechos e intereses.

Así, la búsqueda de efectividad del derecho de acceso a información de interés público no puede pasar por alto la existencia de derechos que también deben ser tutelados. De nuevo, la medida y la correcta identificación de la naturaleza pública o no de determinada información se convierten en elementos claves para asegurar que el análisis y la respuesta que vaya a darse al requerimiento de acceso sea conteste con el bloque de legalidad, examen –casuístico según se indicó– en el que sin duda el buen juicio y la capacidad de discernir –entre lo que es público o no– del sujeto pasivo al que se dirige la solicitud son especialmente importantes.

VI. Conclusiones

- a. En su concepción moderna, al derecho de acceso a la información de interés público se le reconoce como un derecho humano fundamental, con un carácter autónomo e independiente (aunque no por ello totalmente desvinculado o desligado) frente a la libertad de expresión y con un contenido propio, dispuesto en normas constitucionales y legales y perfilado a través de regulaciones normativas supranacionales, así como resoluciones de tribunales y órganos comunitarios internacionales.
- b. A diferencia del caso europeo, en el ámbito interamericano no se cuenta con una norma de carácter supranacional en la que, más allá de reconocer el derecho a buscar, recibir y difundir información, se establezca con meridiana claridad el acceso a la información como un derecho humano fundamental, falencia que ha venido a ser compensada por resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y un vasto número de normas legales de carácter nacional que así lo consagran.
- c. El derecho de acceso a la información tiene un carácter instrumental en la medida en que no es un fin en sí mismo. Es dueño de una polifuncionalidad vinculada al aseguramiento de los principios de transparencia y rendición de cuentas y capaz de incidir de manera positiva en la participación ciudadana, la verificación de la buena marcha de las instituciones públicas, el combate contra la corrupción y el fortalecimiento democrático.
- d. Se acepta que la información relacionada con el uso de los fondos públicos es de carácter público y de ahí surge la obligación de los sujetos pasivos de garantizar un acceso universal a dicha información, no solo a través de la atención de solicitudes de información, sino también de la publicidad y divulgación proactiva de datos, aunque estos no hayan sido requeridos por algún interesado.
- e. La información vinculada con las remuneraciones de los funcionarios públicos es de acceso público, en razón de la fuente pública que las financia y el rol que tienen los agentes del Estado frente a la ciudadanía, la cual no resulta comprendida dentro del derecho de intimidad de los servidores públicos ni es un dato sensible para estos últimos.
- f. No todo lo relacionado con los servidores públicos es un asunto de interés público, ya que el agente estatal, sin perjuicio de su condición funcional, también es persona y en esa medida titular de una esfera jurídica tutelable capaz de repeler intromisiones ilegítimas en su intimidad o que atenten en contra de su dignidad personal.
- g. El ejercicio del derecho de acceso a la información y la protección de la esfera privada de los funcionarios públicos son dos realidades que coexisten y están llamadas a convivir de manera armónica, ya que la radicalización del derecho de acceso puede conllevar al atropello de los derechos de los funcionarios públicos y, a la inversa, una protección excesiva de tales libertades puede terminar vaciando de contenido el derecho humano de acceso a información de interés público.

VII. Referencias

- Bel Mallén I., Corredoira L. y Alfonso (dirs). (2015). Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Blanes, M. (2015). ¿No querían transparencia? Tomen 11 leyes. Revista Española de la Transparencia, (1).
- Asamblea Legislativa. (2004). Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función Pública, n° 8422 del 6 de octubre de 2004.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000). Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Adoptada en 108° período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre de 2000.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). Estudio especial sobre el Derecho a la información. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). El derecho al acceso a la información pública en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. (2002). Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África.
- Comité Jurídico Interamericano (2008). Principios sobre el derecho de acceso a la información. Adoptada en su 73° período ordinario de sesiones en Brasil.
- Constitución Política de Costa Rica (1949).
- Constitución Política de España (1978).
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos. (1969).
- Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Convención Aarhus) (1998).
- Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos. (2009).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985). Opinión consultiva N° OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Claude Reyes y otros vs Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Sentencia del 19 de setiembre del 2006, apartado 77.

- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución n° 6894 de las 11:39 horas del 15 de diciembre de 1995.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución n° 2182 de las 14:34 horas del 21 de marzo de 2001.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Resolución n° 2120 de las 13:30 horas del 14 de marzo de 2003.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución n° 11254 de las 9:20 horas del 1 de agosto de 2006.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución n° 13334 de las 13:37 horas del 29 de agosto de 2008.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución n° 18151 de las 17:19 horas del 10 de diciembre de 2008.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución n° 1669 de las 12:00 horas del 6 de febrero de 2009.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución n° 13589 de las 15:09 horas 17 de agosto de 2010
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución n° 7938, 6 de junio de 2014.
- Declaración de Nuevo León México (13 de enero de 2004). Suscrita por los Jefes de Estado y Gobierno de las Américas durante la Cumbre Especial de las Américas.
- Ley de Acceso a la Información de Estados Unidos (The Freedom of Information, FOIA). (1966).
- Ley de Acceso a la Información Pública de Nicaragua. (2007).
- Ley de España de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, n.º 19. (2013).
- Ley de Transparencia y acceso a la información de Honduras. (2006).
- Ley del Derecho de Acceso a la Información de Uruguay. (2008).
- Ley General de Transparencia y Acceso a la Información de México. (2015).
- Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional de Colombia. (2014).
- Fernández, S. y Pérez, J. (2014). Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. Thompson Reuters Aranzadi, Navarra.
- González, C. (2011). El derecho a la intimidad de los cargos públicos. Limitaciones y control patrimonial (Tesis Doctoral).

- Gutiérrez, E. (2014). Derecho de acceso a la información pública. Revista en Cultura de la Legalidad, (6), 186-196.
- Honorato, A. (2015). La transparencia como derecho democrático. Una cuestión de mayoría de edad. Revista Española de la Transparencia, (1).
- Jinesta, E. (2003). Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa. Revista IVSTITIA, 201-202.
- Martínez, C. (2015). La transparencia, una condición indispensable de la democracia avanzada. Revista Española de la Transparencia, (1).
- Mendel, T. (2009). El Derecho a la Información en América Latina. Quito, Ecuador: UNESCO.
- Organización de los Estados Americanos. (16 noviembre del 2000). Principios de Lima.
- Organización de Estados Americanos . (2010). Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública.
- Rojas, P. (2013). Tratamiento jurídico penal de los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública. (Tesis doctoral).
- Stalker, G. (2010). El acceso a la información pública como un derecho humano. Principio general y excepciones en el fallo de la CIDH "Claude Reyes c/Gobierno de Chile. Revista Argentina del Régimen de Administración Pública, 33(386).
- Sumelzo, S. (2015). Transparencia, asignatura pendiente. Revista Española de la Transparencia, (1).
- Valero, J. y Fernández, M. (coords.). (2014). Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información: Thomson Reuters Aranzadi. Navarra.
- Villoria, M. (2014). La publicidad activa en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias. Generalitat de Catalunya.
- Wences, I., Kolling, M. y Ragone, S. (coords.). (2014). La Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. Una perspectiva académica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Potestad anulatoria de la Contraloría General de la República sobre actos o contratos viciados con nulidad absoluta, evidente y manifiesta

Sumario

Alex Rojas Ortega¹

I. Introducción. II. La anulación de actos viciados con nulidad absoluta, evidente y manifiesta. III. La potestad anulatoria de la Contraloría General de la República sobre actos o contratos viciados con nulidad absoluta, evidente y manifiesta. IV. Conclusiones. V. Referencias.

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el premio de investigación Fernando Soto Harrison para el 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con un diploma en Técnica Legislativa por el Congreso de los Diputados de España. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo, alex.rojas.09@hotmail.com

I. Introducción

La potestad anulatoria a cargo de la Contraloría General de la República funge como un mecanismo ideado por el legislador para mantener la juridicidad de la conducta administrativa adoptada por los órganos y entes sujetos a la fiscalización del órgano contralor. Sin embargo, es principalmente un mecanismo objetivo que permite llevar a cabo una vigilancia eficaz sobre la Hacienda Pública, garantiza la libertad y el control ciudadanos y tiende a dar proyección a varios principios democráticos, tales como la participación del pueblo soberano en la gestión pública, la transparencia de la administración pública y la rendición de cuentas por parte de sus funcionarios.

Puntualmente, el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, posibilita que dicho órgano contralor declare la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de actos y contratos administrativos de las personas u órganos sujetos a su fiscalización, con arreglo a los parámetros formales y materiales previstos en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. A través del presente estudio, muy brevemente, se analizará la patología de invalidez que da lugar a la indicada potestad anulatoria, las formas en que puede instarse a la Contraloría General para conocer de ese vicio y los efectos que una eventual declaratoria de nulidad surtiría en relación con la conducta administrativa, los terceros y los propios funcionarios públicos.

II. La anulación de actos viciados con nulidad absoluta, evidente y manifiesta

La intangibilidad de los actos emanados de la administración pública constituye un aspecto de primordial importancia en el ejercicio de la función administrativa e implica que a la administración le está vedado suprimir por mano propia los actos que haya emitido y que confieran derechos subjetivos a los administrados, puesto que en tales casos existe un límite de base constitucional, amparado en el principio de seguridad jurídica (artículo 34 de la Carta Fundamental), que impide anular, revocar o modificar los actos favorables emanados de ella misma.

Lo anterior significa que el desconocimiento de las propias conductas administrativas favorables a los administrados solo es posible acudiendo a los mecanismos de supresión de actuaciones establecidos en el ordenamiento jurídico; así tenemos:

- a. La declaración oficiosa de invalidez de actos que padezcan de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, con arreglo al procedimiento y exigencias que fija el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública.
- b. El proceso contencioso administrativo de lesividad que regula los numerales 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública, y 10.5, 34 y 39 del Código Procesal Contencioso Administrativo.
- c. Acudir al procedimiento de revocación (que no supone la nulidad sino la oportunidad o conveniencia, simplemente) precisado a partir del artículo 153 de la Ley General de la Administración Pública, en aquellos casos de evidente inconveniencia o inoportunidad originaria o sobrevenida del acto administrativo.

Como puede verse, el principio de intangibilidad de los actos propios, derivado a su vez del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 34 de la Constitución Política), le otorga solidez a las situaciones jurídicas favorables de todas las personas, con base en alguna conducta emanada de la propia administración pública activa. Esto se deriva, se insiste, del principio de seguridad jurídica y de la doctrina de los actos propios, que exigen a la administración a no contradecir sus propios actos, a través de una conducta incompatible con aquellos, la cual podría ser inclusive contraria al principio de buena fe, cuando un tercero ha confiado en la conducta adoptada por la administración pública.

Particularmente de relevancia para el objeto del presente estudio, una de las excepciones a ese principio de intangibilidad de los actos propios lo constituye el supuesto líneas arriba mencionado, relativo a la declaración oficiosa de invalidez absoluta, evidente y manifiesta, regulado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, que faculta a la administración para declarar la nulidad de un acto en la propia sede administrativa, a través de un procedimiento administrativo ordinario, cuando esa patología de invalidez sea en grado absoluto y además posea los caracteres de evidente y manifiesta.

Así, para determinar ese grado de invalidez, de acuerdo con el Tribunal Supremo Español, citado por Fernando Garrido Falla, la ilegalidad manifiesta es aquella que es "...declarada y patente, de suerte que se descubra por la mera confrontación del acto administrativo con la norma legal, sin necesidad de acudir a la interpretación o exégesis" (Garrido, 1982, p. 602). De esa forma, no es cualquier tipo de invalidez la que permite a la administración suprimir sus propios actos declaratorios de un derecho subjetivo, pues para ello, precisamente el grado de invalidez tendrá que ser notorio para el operador jurídico; en tal sentido, sobre los caracteres de la nulidad evidente y manifiesta, la Sala Constitucional (2003) señaló que "Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o lógico de verificación para descubrirlo, precisamente por su índole grosera y grave" (Voto n.º 4369-2003).

Consecuentemente, solo en la hipótesis de una nulidad absoluta, que además sea evidente y manifiesta, a través de la sustanciación de un procedimiento administrativo ordinario y previo dictamen de la Procuraduría o Contraloría Generales de la República, según corresponda por la materia, podría declararse en la propia vía administrativa la nulidad de un acto administrativo que reconozca un derecho subjetivo al administrado.

III. La potestad anulatoria de la Contraloría General de la República sobre actos o contratos viciados con nulidad absoluta, evidente y manifiesta

La Contraloría General de la República tiene a su cargo el poder-deber de fiscalización de la Hacienda Pública, cuya relevancia va más allá de la importante verificación técnica, jurídica y contable de la conducta de las entidades sujetas a su control, puesto que, es precisamente a través de esa fiscalización, que se llevan a su aplicación última algunos principios democráticos, tales como la transparencia, la participación, la rendición de cuentas y el control ciudadano sobre las entidades y funcionarios públicos. Así, es preciso hacer referencia

a dos aspectos complementarios que tienden a garantizar el control y el sometimiento de la conducta de la administración al ordenamiento jurídico.

a. La potestad constitucional de la Contraloría General de la República en la vigilancia y fiscalización de la Hacienda Pública

La Contraloría General de la República es un órgano constitucional del Estado, que tiene entre sus principales funciones, la fiscalización de la Hacienda Pública, según lo dispone la Constitución Política (1949) cuando expresa que "La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores". (Art. 183)

Tal como lo indica la norma constitucional citada, la Contraloría General de la República goza de completa independencia funcional y administrativa. Debe enfatizarse en que la naturaleza de la Contraloría General no debe confundirse con la de la administración activa, puesto que la calificación constitucional de organismo auxiliar de la Asamblea Legislativa apareja el reconocimiento de una legitimación democrática muy particular, que le encomienda la vigilancia y defensa de la Hacienda Pública en nombre del pueblo.

Asimismo, el artículo 12 de su Ley Orgánica, Ley nº. 7428, le asigna a la Contraloría General de la República la rectoría del ordenamiento de control y fiscalización superiores, contemplado en la Constitución Política y en dicha ley. A partir de la normativa constitucional y legal señalada, la Contraloría General de la República tiene a su cargo competencias en el ámbito del control y fiscalización superiores de la Hacienda Pública, las que exigen ser ejercitadas en forma oportuna, con independencia, probidad, transparencia, capacidad técnica y firmeza.

b. La potestad anulatoria de actos y contratos viciados con nulidad absoluta, evidente y manifiesta

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República le otorga a dicho órgano contralor una potestad anulatoria sobre los actos o contratos administrativos emanados de los entes y órganos sujetos a su fiscalización, cuando aquellos estén viciados de nulidad absoluta, evidente y manifiesta. Concretamente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (1994), expresa lo siguiente:

Declaración de nulidad. Dentro del ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República, de oficio o por reclamo del titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, podrá declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, que advierta en los actos o contratos administrativos de los sujetos pasivos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley general de la Administración Pública (1978), y sin perjuicio de las potestades anulatorias de la administración activa. Cuando alguien que no sea titular de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo presente una denuncia, la intervención de la Contraloría será facultativa. La anulación o desaprobación de un acto o de un contrato administrativo por vía de recurso, en ejercicio de tutela administrativa, se regirá por sus propias reglas. De acuerdo con los procedimientos propios del respectivo

recurso, la Contraloría podrá declarar de oficio la nulidad de un acto o de un contrato administrativo recurrido, por motivos no invocados por el recurrente, solo cuando la nulidad sea absoluta. (Art. 28)

Esta potestad anulatoria, plasmada en la norma citada, es una manifestación de la competencia que posee todo jerarca administrativo, con base en los artículos 102.d) y 182.1 de la Ley General de la Administración Pública (Asamblea Legislativa, 1978), para declarar, de oficio o en virtud de recurso, la invalidez de los actos administrativos que presenten infracciones sustanciales en relación con sus elementos constitutivos. O bien, en el supuesto de que se trata de una imperfección de aquellos elementos, esta sea de tal magnitud que impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad sería absoluta.

De tal forma, cabe diferenciar los tres supuestos en que puede instarse la potestad anulatoria de actos y contratos administrativos a cargo de la Contraloría General de la República, con base en lo previsto en el numeral 28 de su ley orgánica (Ley 7428); veamos:

- i. **De oficio.** El procedimiento administrativo a cargo del órgano contralor, tendiente a verificar y declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta en un acto o contrato administrativo, puede ser incoado de oficio, en cuyo caso, la decisión de instaurar el procedimiento se da a partir de una valoración técnico-jurídica adoptada por la propia Contraloría General, con base en un elemento de hecho o de derecho (motivo) que hace posible o necesario el inicio del indicado procedimiento.

Bajo este supuesto se incluyen los procedimientos iniciados de oficio y facultativamente por la Contraloría General, luego de que una persona, que no es titular de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo, ha presentado una denuncia ante el órgano contralor.

- ii. **Por reclamo de una persona que goce de legitimación.** El artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone que la declaración de nulidad absoluta, evidente y manifiesta puede tener lugar a partir del reclamo efectuado por quien resulte ser titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo; es decir, de una persona que posea legitimación en el procedimiento administrativo, según lo previsto en el artículo 275 de la Ley General de la Administración Pública, para requerir la declaratoria de nulidad.

Al respecto, don Manrique Jiménez Meza, ha definido a la legitimación como:

... la aptitud o la capacidad calificada de un algún sujeto, sea persona física o jurídica, para ser parte en un determinado procedimiento (administrativo) o proceso. Tal capacidad se deriva de la relación que existe entre la esfera de intereses y derechos del sujeto y la conducta con la que otro sujeto u órgano invadió ilegítimamente dicha esfera. (Jiménez, 2013, p. 27)

Así, la legitimación de los particulares interesados en la declaratoria de nulidad se constata con la indicada pertenencia en su esfera jurídica, de una situación jurídica sustancial, que guarde relación con el acto o contrato administrativo al que se le atribuye la invalidez. Incluso, la propia Contraloría General de la

República, en su resolución n.º R-DJ-151-2010 de las 08:00 horas del 21 de abril del 2010, ha reconocido la facultad que poseen los particulares poseedores de un derecho subjetivo o interés legítimo, para reclamar la nulidad absoluta de un acto o contrato administrativo.

De tal forma, con base en la titularidad de un derecho subjetivo, que faculta a exigir de otro sujeto una conducta específica, obligatoria y en propio beneficio, o bien, de un interés legítimo, cuyo fundamento primigenio se encuentra en la expectativa de obtener un beneficio o evitar un perjuicio, la persona que ostente legitimación –bajo tales términos– puede requerir a la Contraloría General que se declare la nulidad absoluta, evidente y manifiesta que se advierta en un acto o contrato administrativo de los órganos y entes sujetos a la fiscalización de aquella.

- iii. **En virtud del recurso administrativo interpuesto en la fase de impugnación de un acto o contrato administrativo.** La declaración de nulidad absoluta, evidente y manifiesta puede ser acordada de oficio por el órgano contralor, cuando este conoce algún recurso interpuesto por una parte interesada, en la fase o procedimiento de impugnación de un acto o contrato administrativo.

Dicha posibilidad de anulación oficiosa toma sustento en el ejercicio de la tutela administrativa a cargo de la Contraloría General y, según lo previsto en el numeral 28 de la su Ley Orgánica, puede tener lugar a partir de motivos incluso no invocados por el recurrente, únicamente cuando la nulidad sea de grado absoluto.

Esta competencia de la Contraloría General se verifica como parte de los procedimientos propios de conocimiento del respectivo recurso y es inherente a ella, como resultado de los mecanismos que posee para verificar la conformidad de la respectiva conducta administrativa con el ordenamiento jurídico. Sobre el particular, la Contraloría General de la República, en su resolución n.º R-DCA-291-2012 de las 15:00 horas del 12 de junio del 2012, señaló que su competencia para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, a través del conocimiento de los respectivos recursos, es de carácter facultativo; así, en la indicada resolución, el órgano contralor manifestó:

Siendo la declaratoria de nulidad de oficio de un acto administrativo, que se conoce con ocasión del conocimiento de un recurso de apelación, es decir, en ejercicio de sus competencias, **una potestad de carácter facultativa;** vistos los alegatos expuestos por las partes durante el trámite del recurso que nos ocupa, este despacho de manera oficiosa procede a pronunciarse sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta inmersa en la discusión mantenida a lo largo del trámite de apelación. (Lo resaltado no pertenece al original). (Contraloría General de la República, resolución n.º R-DCA-291-2012 de las 15:00 horas del 12 de junio del 2012)

Así, al conocer los respectivos recursos y con base en el artículo 168 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006), cuando oficiosamente la Contraloría General considere que se está en presencia de un vicio en grado de nulidad absoluta no alegado por las partes, lo pondrá en conocimiento de ellas para que se manifiesten al respecto. De esa forma, acreditada en el expediente una nulidad en grado absoluto, evidente y manifiesta, la Contraloría

General de la República declarará la nulidad del respectivo acto o contrato administrativo que presente ese vicio, como un mecanismo para purificar la conducta administrativa y, al mismo tiempo, velar por la corrección y la legitimidad de la Hacienda Pública.

c. Efectos de la declaratoria de nulidad absoluta, evidente y manifiesta

La declaratoria de nulidad absoluta, evidente y manifiesta en un acto o contrato administrativo, por parte del Órgano contralor, tiene un efecto declarativo (no constitutivo) y retroactivo a la fecha de adopción del acto o contrato, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe, como un mecanismo para resguardar la seguridad y certeza jurídicas, tal y como lo dispone el numeral 171 de la Ley General de la Administración Pública.

En consecuencia, una vez declarada la nulidad, la retroactividad de dicha declaratoria, apareja que los efectos que produjo la conducta administrativa ilegítima en grado absoluto, evidente y manifiesto carezcan de sustento o de causa. Esta es razón suficiente para revertir la situación jurídica, tal cual, en forma ideal, nunca hubiese existido. En tal orden de ideas, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia expresó:

Se colige, entonces, a partir de la retroactividad establecida en la norma [art. 171 de la Ley General de la Administración Pública], que los efectos jurídicos derivados de la conducta administrativa carecen de causa, lo que justifica, su reversión (...) no se trata de procurar una reparación, sino una consecuencia lógica y normal de la nulidad declarada, restableciendo la relación jurídico administrativa al estado en que se encontraba previo al dictado del acto. (Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, 2012, voto n.º 1692-F-S1)

Así, esa retroacción de los efectos derivados de la declaratoria de nulidad posee gran importancia en materia de Hacienda Pública, pues es esperable que el acto o contrato administrativo declarado nulo hubiere hecho disposición de fondos o recursos públicos, en cuyo caso el efecto retroactivo de la declaratoria de invalidez provocaría revertir esa disposición de los fondos públicos o bien, su recuperación por parte de la administración. Asimismo, como efecto de la declaratoria de invalidez absoluta, evidente y manifiesta, la administración activa debe instaurar los procedimientos administrativos internos para determinar la responsabilidad administrativa y, si fuere el caso, civil, a través de la respectiva acción de regreso, de los funcionarios públicos que hayan tenido participación en la conducta administrativa declarada nula. Así lo ha reconocido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2013), al expresar:

...una vez declarada la ilegalidad manifiesta, el establecimiento de las responsabilidades internas de los funcionarios a quienes se les pueda imputar el funcionamiento anormal o ilegal de la administración se convierte en una obligación ineludible para el órgano competente para iniciar este tipo de procedimientos. (...) la declaratoria de ilegalidad manifiesta trae como consecuencia o efecto necesario, por imperativo de ley, la determinación de la responsabilidad de los funcionarios que corresponda. (Voto n.º 1131-A)

Se puede agregar la potestad que posee la Contraloría General de la República, de acuerdo con el artículo 68 de su ley orgánica, que le permite efectuar recomendaciones, con carácter vinculante, cuyo fin es sancionar a los servidores de los sujetos pasivos de su fiscalización, cuando determine que alguno de ellos ha cometido una infracción a las normas que integran el ordenamiento de control, o cuando ha provocado una lesión a la Hacienda Pública. Esto se efectuará previa formación del respectivo expediente contra el eventual infractor, siempre que se garantice el derecho fundamental al debido proceso y se brinde la oportunidad suficiente de audiencia y defensa.

IV. Conclusiones

La Contraloría General de la República es un órgano fundamental del Estado y, desde la Constitución Política de 1949, fue previsto como un auxiliar de la Asamblea Legislativa en la fiscalización de la Hacienda Pública. Ello a su vez ratifica su legitimidad democrática y hace efectivos algunos de los principios básicos de un Estado Social y Democrático de Derecho, tales como el sometimiento de la administración al derecho, la transparencia administrativa, el control y participación ciudadanos y la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos.

Estimo que una de las vías que posee la Contraloría General para verificar la corrección en la conducta de los órganos y entes sujetos a su fiscalización, así como la eficacia, eficiencia y legitimidad en el manejo de la Hacienda Pública, lo constituye su potestad anulatoria de actos y contratos administrativos, cuando estos presenten nulidad absoluta en grado evidente y manifiesto. En tales supuestos, el ordenamiento jurídico otorga el poder-deber al Órgano contralor, para declarar esa patología de invalidez y a través de ello, dar efectividad al mandato constitucional a su cargo, previsto en el numeral 183 de la Constitución Política, como vigilante y garante de la Hacienda Pública.

V. Referencias

- Asamblea Legislativa. (1949). Constitución Política de Costa Rica.
- Asamblea Legislativa. (1978) Ley General de la Administración Pública, Ley n.º 6227. Costa Rica.
- Asamblea Legislativa. (1994). Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428. Costa Rica.
- Contraloría General de la República. (2010). Resolución n.º. R-DJ-151-2010 de las 08:00 horas del 21 de abril. Costa Rica.
- Contraloría General de la República. (2012). Resolución n.º. R-DCA-291-2012 de las 15:00 horas del 12 de junio. Costa Rica.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. (2003). Sentencia n.º 4369-2003 de las 08:30 horas del 23 de mayo. Costa Rica.

- Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. (2012). Sentencia n.º 1692-F-S1-2012 de las 10:10 horas del 13 de diciembre. Costa Rica.
- Garrido Falla, F. (1982). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Jiménez Meza, M. (2013). *La legitimación administrativa (procedimiento administrativo, tributario y contencioso administrativo)*. (4a ed.). San José. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Poder Ejecutivo. *Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa*. (2006). Decreto n.º 33411-H. Costa Rica.



**Estudios de
Colaboradores
internacionales**

Las sociedades público-privadas en Brasil

José Roberto Anselmo¹
(Traducción libre)²

Sumario

I. Introducción. II. Institución de las PPP en Brasil. III. Modalidades de sociedades. IV. Procedimiento para la implementación de las PPP. V. ¿Cómo están las sociedades público-privadas en Brasil? VI. Conclusión. VII. Referencias.

Palabras clave: sociedades público-privadas, concesiones, servicios públicos.

¹ Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Pontificia de São Paulo - PUC SP (2006) y Máster de la Institución Toledo de Enseñanza de Bauru (2001) ITE BAURU. En la actualidad es profesor titular del Centro Universitario de Bauru de la Institución Toledo de Enseñanza de cursos de Derecho (Derecho Constitucional), Administración (Derecho Tributario), Contabilidad (Derecho Tributario), Comercio Exterior (Política de Comercio Exterior) y Economía (Derecho Tributario) y del Programa de Posgrado Stricto Sensu en Derecho – Maestría y Doctorado. Profesor del Curso de Maestría Minter-institucional ITE - CIESA (Manaus). Es procurador del Municipio de Bauru y abogado, jranelmo@uol.com.br

² Artículo original en idioma portugués. Traducción libre. Rodolfo Murillo Chanto. Máster en traducción, español - inglés. Bachillerato Economía, Universidad de Costa Rica.

I. Introducción

La figura de las sociedades público-privadas no es originaria del derecho brasileño y mucho menos se trata de un régimen reciente. En realidad, el régimen actual se deriva de las llamadas *Public Private Partnership* (PPP) utilizadas por diversos países como una forma de permitir inversión privada en el sector público. Las sociedades surgieron por la necesidad de atender la demanda pública ante la falta de recursos técnicos, humanos y financieros del sector público.

Según el Banco Mundial “la sociedad público-privada (PPP por sus siglas en inglés) es un contrato a largo plazo entre un gobierno entidad estatal y la empresa privada, en el que la empresa privada participa en la provisión de un servicio de infraestructura pública a través de alguna combinación de financiamiento, concepción, construcción, operación y mantenimiento de un activo de infraestructura. La empresa privada es entonces remunerada, sea a través de ingresos cobrados a partir de tasas de utilización, de pagos por parte del gobierno que dependan de la disponibilidad del servicio, o ambos” (Banco Mundial, 2012, p. 24).

La garantía de rendimiento económico para la inversión realizada, sea por medio del cobro directo al usuario o por medio de recursos públicos, es el principal atractivo de esta forma de contrato.

Este artículo trata esta forma de concesión de servicios públicos que, a pesar de los buenos ejemplos en otros países, en Brasil ha sido relegada a un segundo plano. La experiencia brasileña puede ayudar a que otros países no cometan los mismos equívocos que aquí.

Así, buscaremos demostrar cómo la legislación nacional estableció el proceso de contratación y desarrollo de las sociedades público-privadas, con base en el análisis legislativo, el levantamiento de datos y el método inductivo.

II. Institución de las PPP en Brasil

La Constitución Federal Brasileña de 1988 consagró la adopción del sistema capitalista y previó el orden económico fundado en la valorización del trabajo y la libertad de empresa, con la finalidad de asegurar a todos una existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social (Art. 170). La libertad de empresa implica la limitación de la intervención del Estado en el dominio económico.

La actuación del Estado se puede dar, por tanto, bajo las siguientes formas: a) de forma indirecta al regular la actividad privada; b) de forma directa, por excepción, al ejercer la actividad económica cuando fuere necesaria para los imperativos de la seguridad nacional o cuando hubiere un interés colectivo relevante (art. 173); y c) directamente o bajo el régimen de concesión o permiso, siempre a través de licitación, de prestación de servicios públicos (Art. 175).

Para regular la actuación del Estado, el sistema federal brasileño adoptó el modelo de distribución de competencias divididas en *materiales y legislativas*. Las competencias

materiales se refieren a las políticas administrativas que debe realizar el ente federado, mientras que las legislativas posibilitan la creación de normas abstractas y genéricas imperantes en el ámbito de mismo ente.

Además de esas especies de competencias, es importante observar que, en aras de conferir autonomía financiera a los entes federales, la Constitución Federal autorizó a la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios la creación de tributos especificados de forma genérica en el artículo 145 de la Constitución Federal.

El principal criterio utilizado para la distribución de competencias fue la observancia del "principio de predominancia del interés". Así, intereses generales quedaron a cargo de la Unión; regionales, a cargo de los estados y del Distrito Federal; y locales, a cargo de los municipios y al Distrito Federal.

El modelo federal brasileño dejó delegó en la Unión la competencia para legislar sobre normas generales de licitación y contratación, en todas las modalidades, para las administraciones públicas directas, autárquicas y fundacionales de la Unión, estados, Distrito Federal y municipios, según lo dispuesto en el art. 37, XXI³, de la Constitución Federal, y para las empresas públicas y sociedades de economía mixta, en los términos del art. 173, § 1º, III⁴, de la Constitución Federal.

Como parte de su competencia, la Unión, por medio de la Ley 11.079 del 30 de diciembre del 2004, reglamentó las normas generales para licitación y contratación de sociedades público-privadas (PPP) en el ámbito de la administración pública. Al tratarse de normas generales, es posible para los Estados, el Distrito Federal y los Municipios legislar con respecto al tema.

La institución de ese régimen de contratación de sociedad público privada tiene como principal fundamento la inclusión del sector privado, de forma más efectiva, en obras que el sector público no reúne las condiciones para hacerlo. Sin embargo, a pesar de la creación de normas relacionadas con el este tema, es posible comprobar una serie de circunstancias que limitan la utilización de esta forma de concesión de servicios públicos, de acuerdo con los modelos adoptados por Brasil.

Las PPP pueden ser instituidas no solo por la administración directa, sino también por los entes de administración indirecta, o sea, autónomas, fundaciones públicas, sociedades de

³ Art. 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los poderes de la unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los siguientes principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, transparencia y eficiencia, y también, a lo siguiente: (...) XXI salvos los casos especificados en la ley, las obras, servicios, compras y enajenaciones serán contratados mediante procesos de licitación pública que aseguren igualdad de condiciones a todos los licitantes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, mantenidas las condiciones efectivas de la propuesta, en los términos de la ley, lo cual solamente permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

⁴ Art. 173. Salvo los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de actividades económicas por parte del Estado solo será permitida cuando sea necesaria para los imperativos de seguridad nacional o al interés colectivo relevante, conforme definidos en la ley. § 1º La ley establecerá el estatuto jurídico de la empresa pública, de la sociedad de economía mixta y de sus subsidiarias que exploten actividades económicas de producción o comercialización de bienes o prestación de servicios, disponiendo sobre: (...)III licitación y contratación de obras, servicios, compras y enajenación, observando los principios de la administración pública...

economía mixta, las empresas públicas y demás entidades controladas directa o indirectamente por la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios.

III. Modalidades de sociedades

Las sociedades público-privadas son una especie de concesiones (Ley Federal 8.987 del 13 de febrero de 1995). La concesión consiste en delegar la prestación de un servicio público, efectuada por el poder concedente, mediante licitación, en la modalidad de competencia, a una persona jurídica o consorcio de empresas que demuestre capacidad para su desempeño, por cuenta y riesgo propios y por un plazo determinado (art. 2º, inciso II). El régimen de concesión permite también que esta sea precedida de la ejecución de obra pública, de forma total o parcial, de la conservación, reforma, ampliación o mejoramiento de cualquier obra de interés público, de forma que la inversión de la concesionaria sea remunerada y saldada por medio de la explotación del servicio o de la obra por un plazo determinado (art. 2º, inciso III). Las referidas formas de concesión son llamadas concesiones comunes, con el fin de distinguir las de las establecidas por las sociedades público-privadas.

Así, en aras de establecer un régimen diferenciado de concesión, la Ley Federal 11.079/2004, en su artículo 2º, definió el concepto legal de sociedades público-privadas como el “contrato administrativo de concesión, en la modalidad patrocinada o administrativa”. Como se comprueba, la ley tuvo el cuidado de establecer, en el mismo artículo, dos modalidades de concesión: *la patrocinada y la administrativa*.

La sociedad público-privada patrocinada es la concesión que posibilita la realización de contraprestación pecuniaria por el poder concedente, sumada a la tarifa que remunera el servicio, pagada por los usuarios de los servicios prestados. En realidad, el traspaso realizado por el ente público funciona como una forma de complementar el valor del servicio, a fin de que el costo no sea traspasado integralmente a los usuarios.

Silveira y Xavier (2008, p. 2) proponen distinguir, en las relaciones conjuntas entre el Estado y el sector privado, las sociedades público-privadas de las *Project Finance Initiative* (PFI por sus siglas en inglés) Así, “cuando el Estado transfiere una actividad propia o no (no necesariamente a través de concesión – voluntariado, p.ej.) al sector privado, sin retorno económico o con retorno insuficiente, garantizándole recursos públicos para interesar a posibles socios, sería una relación tipo PPP, restrictiva por definición, que se ha debatido a nivel público e institucional en Brasil”; sin embargo, “cuando esa actividad transferida tiene rendimiento económico, puede ser hecha a través de un *project finance* (a pesar de que no todo *project finance* se derive de una actividad de origen estatal)”.

En Brasil, no obstante, el régimen de sociedades público-privadas englobó el régimen PFI.

Según Zanella (2010, p. 307) la concesión patrocinada puede ser definida como el contrato administrativo por el cual la Administración Pública (socio público) delega a otro (concesionario o socio público) la ejecución de un servicio público, precedida o no de obra pública, para que lo ejecute, en su propio nombre, mediante la tarifa pagada por el usuario, sumada a la contraprestación pecuniaria pagada por el socio público al socio privado.

Este procedimiento tiene como ventaja aumentar el interés por concesiones que no siempre son rentables para el concesionario. Sería posible la utilización de este sistema, por ejemplo, en la concesión de carreteras con poca circulación de vehículos o donde los costos operacionales e inversiones exigen sumas elevadas. En los estados miembros de la federación, sería posible, por ejemplo, la utilización de este tipo de sociedad en la concesión de servicios locales de gas encanado (Art. 25, §2º de la Constitución Federal de 1988⁵).

La otra forma de sociedad público-privada prevista en la Ley 11.079/04 es la denominada administrativa. En los términos del art. 2º, §2º de dicha ley, la "concesión administrativa es el contrato de prestación de servicios de los que la Administración Pública sea la usuaria directa o indirecta, inclusive si involucrare la ejecución de obra o el suministro e instalación de bienes".

En esta hipótesis de concesión, el objeto del contrato son los servicios prestados a la Administración Pública de forma directa o indirecta. En el caso en cuestión, es posible que la prestación de servicios implique la ejecución de obras o el suministro e instalación de bienes, sin que esa sea la única actividad ejercida; o sea, sería posible la realización de un servicio, siempre y cuando esté vinculada a la prestación de un servicio. Esto se debe a que la simple realización de una construcción se encaja en la modalidad de contrato por subcontratación, definida en la Ley 8.666/93.

Evidentemente, la institución de las sociedades público-privadas no eliminó la concesión regida por la Ley 8.987/95. En entes distintos del federal, a pesar de la entrada en vigencia de las PPP en el 2004, hasta la fecha no se ha utilizado este régimen. Esto se debe a que muchos estados y municipios no redactaron normas específicas al respecto, lo que hace imposible la implementación de las PPP.

Además, la Ley 8.987/95 tiene disposiciones que se aplican como normatividad general a las sociedades público-privadas.

La Ley de las PPP, con el fin de distinguir esta especie de concesión de aquellas estipuladas en la Ley 8.987/95, concesiones comunes de servicios públicos y obras, trazó como diferencial la contraprestación pecuniaria del socio público al privado. Por lo tanto, obligatoriamente la contratación por medio de PPP abarcará la contraprestación.

Otro punto que distingue el régimen de PPP de los demás tipos contractuales se refiere al monto mínimo del contrato R\$ 20 000 000,00 (veinte millones de reales)⁶, con una duración no inferior a cinco años, ni superior a 35 años, y que no tenga por objeto exclusivo la provisión de mano de obra, de equipos para la ejecución de obra pública.⁷

⁵ Art. 25. Los Estados se organizan y se rigen por las Constituciones y leyes que adoptaren, observando los principios de esta Constitución. (...)§ 2º Cabe a los Estados explotar directamente, o mediante concesión, los servicios locales de gas canalizado, en la forma de la ley, vedada la creación de medida provisoria para su regulación.

⁶ Valor equivalente a cinco millones de dólares, al tipo de cambio R\$ 3,993, día 26/02/2016.

⁷ Art. 2º Sociedad público-privada es el contrato administrativo de concesión, en la modalidad patrocinada o administrativa. (...)§ 3º No constituye sociedad público-privada la concesión común, así entendida la concesión de servicios públicos o de obras públicas de las que trata la Ley nº8.987/95, del 13 de febrero de 1995, cuando no implique contraprestación pecuniaria del socio público al socio privado. § 4º Se prohíbe la celebración de contrato de sociedad público privada: I cuyo valor de contrato sea inferior a R\$ 20 000 000,00 (veinte millones de reales); II cuyo

IV. Procedimiento para la implementación de las PPP

La Unión Federal creó, por medio del Decreto 5.385 de 04 de marzo de 2005, el Comité Gestor de las sociedades público-privadas federales. Dicho órgano es responsable por definir los servicios prioritarios para la ejecución en el régimen de sociedad público-privada, vigilar los procedimientos de celebración de los contratos, autorizar la apertura de licitaciones y aprobar su convocatoria. En el ámbito de los Estados y de los Municipios, teniendo a la vista la previsión de la Ley 11.079/04, también será necesaria la creación de los respectivos órganos de gestión.

En este sentido, los contratos de concesión por el régimen de sociedades público-privadas, precedidos del aval del Comité Gestor, estarán sujetos al proceso licitatorio en la modalidad de "concurso público". Esa modalidad de licitación se realiza por medio de convocatoria genérica a un número indeterminado de personas, cuya idoneidad se verifica durante el procedimiento, lo que exige amplia transparencia (Dalari, 2014, p. 93)

La apertura del procedimiento de licitación, de acuerdo con el art. 10 de la Ley 11.079/04, está condicionada a las siguientes exigencias: a) la realización de estudio técnico que demuestre la conveniencia y oportunidad de contratación, además de la autorización de la autoridad competente; b) la elaboración de una estimación presupuestaria-financiera en los ejercicios vigentes en el contrato; c) la estimación del flujo de recursos públicos suficientes para el cumplimiento de las obligaciones del socio público; d) la previsión de su objeto en el plano plurianual; e) y el eventual permiso ambiental, cuando el objeto lo requiera. Esas exigencias son básicas para la apertura de un procedimiento licitatorio. No obstante, podrían existir otras exigencias según el objeto contractual de la sociedad público-privada.

Los requisitos de este proceso permiten a los participantes formular una propuesta más adecuada al objeto licitado. Antes de determinar la mejor propuesta, podrá ocurrir una etapa de calificación de propuestas técnicas. En este caso, será exigida una puntuación mínima para que los participantes puedan continuar hacia las etapas siguientes. Los criterios de selección para definir la mejor propuesta serán: a) el menor valor de la tarifa del servicio público a ser prestado; b) mejor propuesta a razón de la combinación de los criterios del menor valor tarifario del servicio con el de mejor técnica; c) menor valor de la contraprestación que será pagada por la Administración Pública; d) mejor propuesta a razón de la combinación del menor valor de la contraprestación con el de mejor técnica.

Una vez definida la propuesta ganadora, habrá necesidad de constituir una sociedad para la ejecución del contrato: la sociedad de propósitos específicos. La obligatoriedad de la constitución de esa forma de sociedad tiene como finalidad la organización y la separación de las actividades de los socios relacionadas con la PPP de sus otras actividades. De esta forma se proporciona mayor transparencia en su gestión mediante la publicación de estados específicos y una mayor facilidad de fiscalización de la concesionaria (Sarfet, 2008).

período de prestación de servicios sea inferior a 5 (cinco) años; o III que tenga como objeto único la provisión de mano de obra pública e instalación de equipos o la ejecución de obra pública.

La ejecución del contrato deberá ser acompañada por el comité gestor de sociedades, que tiene por responsabilidad enviar reportes al tribunal de cuentas de la unión y al congreso nacional.

Con el fin de ofrecer garantía de pago de las obligaciones asumidas por los socios públicos federales, distritales, estatales o municipales, se creó el fondo fiador de sociedades público-privadas. Ese fondo reúne, por consiguiente, la Unión, los estados, el Distrito Federal, municipios y sus autarquías, sus fundaciones públicas y sus empresas estatales que serán partícipes, por medio de aportes financieros o en bienes y derechos transferidos al fondo. Así las contrapartidas le quedan aseguradas al socio privado.

V. ¿Cómo están las sociedades público-privadas en Brasil?

Lo anunciado como una forma moderna entre el sector público y el privado no ha cumplido las expectativas.

En Brasil la desconfianza por parte de sectores de la sociedad hacia la relación entre dirigentes gubernamentales y empresas privadas ganó en los últimos años un ingrediente más para complicar la ya golpeada realización de sociedades público-privadas. Esto ocurrió porque, aquello que ya se sospechaba desde hace algunos años, fue revelado por la operación de la policía federal denominada “Operação Lava-jato” (Operación lavado a presión). Miembros del Partido de los Trabajadores, dirigentes de la estatal Petrobras, servidores públicos, entre otros, fueron acusados de sobrefacturación en cientos de contratos –varios de ellos ficticios– con el objetivo de patrocinar y enriquecer a políticos, empresas privadas y el propio partido del gobierno, en lo que constituye el mayor escándalo de corrupción en la historia del país⁸.

⁸ Odebrecht, la mayor contratista del país, fue blanco este viernes 14 de una operación más de la Policía Federal por sospecha de fraude a licitación y sobrefacturación de R\$ 42,8 millones en la construcción de la Arena Pernambuco, uno de los estadios del Mundial del 2014 actualizado, el valor llega a R\$ 70 millones. Se sospecha que agentes públicos fueron corrompidos para favorecer a la constructora en la licitación internacional para las obras y viabilizar el financiamiento del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) para el emprendimiento. En la acción bautizada como Fair-Play, los policías cumplieron con diez órdenes de búsqueda y arresto en las oficinas de Odebrecht y en direcciones de sus ejecutivos en Pernambuco, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Minas Gerais e Distrito Federal. La empresa ya era investigada en la Operación Lava Jato, relacionada con prácticas cartelistas y corrupción de Petrobrás. Desde junio, su presidente, Marcelo Odebrecht, y otros dirigentes están presos, acusados de participación en los desvíos. Este viernes, la PF aprehendió documentos y material audiovisual sobre la obra de la Copa en los alrededores de Recife para las investigaciones. Tenemos indicios de que hubo frustración del carácter competitivo (de la licitación) y sospechas de sobrefacturación, confirmó al Estado el delegado Marcello Diniz Cordeiro. Los agentes también buscaron planillas de costo y contratos relacionados con la construcción de otros tres estadios construidos o reformados por la contratista: Itaquerao (SP), Maracanã (RJ) y Fonte Nova (BA). La PF pretende comparar los costos de las demás obras con los de la Arena Pernambuco, que es el foco de la operación. Si se identificaren irregularidades también en los otros estadios, las investigaciones deberán ser ampliadas. En Recife, la PF fue incluso a las oficinas de sociedades público-privada de gobierno de Pernambuco. El contrato con Odebrecht fue firmado en la gestión del gobernador Eduardo Campos (PSB), muerto en un accidente aéreo en agosto del 2014. La obra, presupuestada en R\$ 532 millones, habría costado cerca de R\$ 700 millones. El Comité Gestor responsable por la construcción del estado tenía como principales dirigentes al actual gobernador de Pernambuco, Paulo Câmara (PSB), como vice-presidente; y al prefeito de Recife, Geraldo Julio (PSB), como presidente. Los dos eran, en aquel entonces, secretarios de Campos. El gobernador y el alcalde, no obstante, no fueron blanco de las acciones de la PF. **Arena multiuso.** La obra fue erigida en el municipio de São Lourenço da Mata, localizado a 19 kilómetros del centro de Recife. Hoy, la mayor parte de la área donde el resto de la obra debería existir está vacía. Para garantizar la viabilidad financiera de la misma, el gobierno estatal firmó un contrato de PPP con Odebrecht en la que se comprometió a resarcir, a lo largo de 30 años, eventuales desequilibrios de receitas. Según el Tribunal de Cuentas de Pernambuco, eso representaría el pago de R\$ 1,89 bi, durante la vigencia del contrato.

En el ámbito de la Unión, la realización de sociedades público-privadas ocupa apenas el campo de la retórica y de proyectos que no parecen salir del plano de los sueños de sus idealizadores.

En el ámbito de los estados y municipios, las experiencias, a pesar de ser pocas, están en la fase inicial si consideramos que la ley que instituye las PPP es del 2004.

Las situaciones que no permiten el desarrollo de sociedades público-privadas son diversas. Según Mendes (2012) los factores son los siguientes: a) la forma de contratación de las PPP requiere contratos complejos, pues además de toda la distribución de riesgo entre las partes, es preciso que se estime cual será el subsidio público pagado al socio privado; b) el tesoro nacional y los tesoros estatales han sido bastante cautelosos en relación con el riesgo fiscal de asumir compromisos a largo plazo, pues es cierto que las concesiones comunes en vez de crear obligaciones financieras, muchas veces generan recetas inmediatas, como sería el caso del pago de valor que se otorga a la empresa vencedora⁹; c) baja capacidad del sector público brasileño para proyectar y formular proyectos de infraestructura; d) la Ley 11.079, del 2004, en su art. 7º, al contrario de lo que ocurre en otros países, no admite el pago de subsidios a los socios privados durante la fase de construcción (reforma/ampliación) de la infraestructura; e) el bajo grado de autonomía política y financiera de las agencias reguladoras, que reducen el grado de seguridad del inversionista privado (que teme ser presionado por cuestiones políticas) y de la población (que ve la posibilidad de corrupción en las relaciones con los socios privados), como por el sistema judicial brasileño, que tiene una capacidad reducida de imponer el cumplimiento de contratos con rapidez y con procedimientos claros y previsibles.

A pesar de que esas observaciones son relativas a la situación retratada en el 2012, período en que muchas obras del Mundial eran construidas y en que la economía brasileña iniciaba un proceso lento de caída, aún no sentido por la sociedad, la situación actual no es diferente de aquella. Los mismos problemas señalados no han sido solucionados aún y es cierto que la crisis económica brasileña se agravó, lo que ha imposibilitado la realización de inversiones por los gobiernos federales, estatales y municipales. Así, sin recursos para garantizar la realización de las PPP, la tendencia es que los proyectos sean dejados de lado hasta que se dé la recuperación de la capacidad de inversión.

Las concesiones comunes no vieron reducida su utilización y sino que consideradas más atractivas que las sociedades públicas, justamente en el momento en el que el país más necesitaba la inversión para crecer de nuevo.

Uno de los principales motivos detrás de la baja demanda para la realización de eventos es la falta de infraestructura y movilidad. Noticia divulgada por el periódico Jornal Estado de São Paulo el 14 de agosto del 2015 (<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,odebrecht-e-alvo-de-acao-da-pf-contrasuperfaturamento-em-obras-de-estadios-da-copa,1744000>).

⁹ Se recuerda como ejemplo la concesión de aeropuertos federales (Guarulhos, Brasilia e Campinas), realizada en el 2012 y que rindió subvenciones por R\$ 24,5 mil millones para las arcas federales.

VI. Conclusión

Las sociedades público-privadas constituyen una excelente manera de realización de prestación de servicios de manera compartida entre el Estado y la iniciativa privada.

La forma adoptada en Brasil contempló la posibilidad de sociedades público-privadas patrocinadas y administrativas. Es cierto que la legislación nacional definió todo el procedimiento de contratación de las empresas asociadas, creó órganos para el acompañamiento de la ejecución de los contratos y el fondo especial para el ofrecimiento de garantías.

Toda la estructura sistemática legal trazada no fue suficiente para optimizar la realización de sociedades público-privadas, debido a las dificultades por superar todas las fases burocráticas de la legislación federal.

Los escándalos recientes que involucran integrantes del gobierno y grandes contratistas contribuyeron a aumentar la desconfianza de la sociedad sobre la relación establecida entre las partes que deben funcionar como socias en este tipo de contratación. Esa situación sucede justamente en el momento en que el país no tiene la capacidad de realizar inversiones públicas necesarias para volver a crecer.

VII. Referencias

- Alexandrino, M. y Paulo, V. (2014). *Direito administrativo descomplicado* (18a ed.). São Paulo: Ed. Forense.
- Banco Mundial. (2012). *Best practices in public-private partnerships financing in Latin-America: the role of subsidy mechanisms*. Washington, DC.
- Constitución Federal Brasileña (1988).
- Dalari, A. A. (2014). *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Editora Saraiva.
- Di pietro, M. S. (2010). *Direito Administrativo* (23a ed.). São Paulo: Editora Atlas S.A.
- Fabrini, F., Fernandes, T y Matias, A. (2015). *Odebrecht é alvo de ação da PF que apura superfaturamento em estádio da Copa*. Estadão Digital. São Paulo. Recuperado de <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,odebrecht-e-alvo-de-acao-da-pf-contra-superfaturamento-em-obras-de-estadios-da-copa,1744000>
- Justen, M. (2003). *Teoria geral das concessões de serviços*. São Paulo: Dialética.
- Ley Federal 8.666 (1993).
- Ley Federal 8.987 (1995).
- Ley Federal 11.079 (2004).

- Mendes, M. (2012). O que são parcerias público-privadas (PPP)? Recuperado de <http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2012/04/o-que-sao-parcerias-publico-privadas.pdf>
- Mukai, T. (2008). Direito Administrativo sistematizado (2a ed.). São Paulo: Quartier Latin.
- Sarfet, T. M. (2008). A legislação brasileira e internacional da parcerias Público-Privadas. George Augusto Niaradi (coordinador). In Contratos Internacionais Aspectos Gerais e com o Poder Público. São Paulo: Lex Editora.
- Silveira, A. M. y Xavier, L. F. (2008). A definição de PPP Parceria Público Privada no Brasil. Revista de Negócios, 8(3). FURB - Universidad de Blumenau.
- Zanella di Pietro, M.S. (2010). Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A.

Notas sobre la función pública costarricense: aporte para su fortalecimiento y mejora

Sumario

I. Evolución reciente de la administración y su incidencia en el empleo público. II. Régimen jurídico de la función pública. 1. Fundamento constitucional de la relación estatutaria. 2. Régimen jurídico de la relación estatutaria en un contexto de dispersión normativa. III. Reflexiones sobre su necesidad de fortalecimiento y mejora. 1. La confusa y poco homogénea regulación sobre el acceso a la función pública. 2. Derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas como prueba de la inseguridad jurídica en el empleo público. 3. Una regulación de la convención colectiva a espaldas de la realidad. 4. La teoría del “patrono único” y su difícil encaje con el interés general. 5. La insuficiente regulación de la carrera administrativa. 6. La evaluación del desempeño como fundamento constitucional para repensar la función pública: ventajas y excesos. IV. Conclusiones. V. Referencias.

Juan José Rastrollo Suárez

Universidad de Salamanca¹

¹ Dr. Juan José Rastrollo Suárez, Profesor Ayudante-Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca.

Resumen

En el presente artículo se analiza la situación de la función pública en Costa Rica en el marco de un contexto de crisis económica internacional. Para ello se parte del análisis de su régimen jurídico, caracterizado por unas bases constitucionales que inciden en la necesidad de profesionalización y por un elevado grado de dispersión normativa, que ha incidido en la falta de uniformidad en la legislación aplicable. Con base en lo anterior, se indican las fortalezas y debilidades de dicho régimen y se señalan posibles reformas que podrían darse en atención a su mejora.

Abstract

In this paper we examine the situation of the civil service in Costa Rica, taking into consideration the context of an international economic crisis. We begin with a study of the legal foundations of the civil service. The constitution requires the professionalization of the civil service, but at the same time we find a high degree of regulatory diversity, that is to say, a lack of uniformity in the applicable legislation. The paper discusses further strengths and weaknesses of Costa Rica's civil service, and identifies some possible reforms that could contribute to its continuous improvement.

I. Evolución reciente de la administración y su incidencia en el empleo público

Costa Rica se ha caracterizado durante largo tiempo por una tasa de desarrollo económico muy superior a la de la mayoría de los países de su entorno. Pese a la inevitable repercusión de la crisis económica internacional en su economía, solo ha crecido a un ritmo similar o inferior al de la media de los países de Latinoamérica durante los peores años de la crisis económica internacional y su crecimiento estimado hasta 2018 es aproximadamente dos décimas mayor a la media de los países de su entorno según los datos del Banco Mundial. El incremento sostenido del peso del sector turístico, combinado con una política legislativa respetuosa con el elevado grado de biodiversidad o la baja tasa de criminalidad en relación con otras sociedades de su entorno, son claros indicadores del éxito institucional del país a lo largo de las últimas décadas.

Resulta difícil concebir una administración fuerte sin un servicio público profesionalizado y seleccionado con base en los principios de mérito y capacidad. Por ello, se destaca que una parte fundamental de ese éxito institucional se debe, sin lugar a dudas, a su función pública. Como se puede observar en la primera parte del segundo de los apartados de este trabajo, esta se concibe desde las primeras constituciones del país como un cuerpo de servidores públicos incuestionablemente profesionalizados.

La función pública de Costa Rica cuenta con un alto grado de profesionalización dentro del entorno iberoamericano: solamente Uruguay, con una menor cantidad de población, contaría

con un nivel de desarrollo institucional equiparable al costarricense². Con un porcentaje de fuerza laboral asociada al empleo público situado en la media de los países iberoamericanos (alrededor de un 5%), el índice de desarrollo de su servicio civil era de 47 en 2004, uno de los más altos de Latinoamérica. Se destaca, además, en relación con la gestión del rendimiento de su función pública, organización de la función de recursos humanos, eficiencia, índice de mérito o capacidad integradora. En relación con dichos indicadores, se puede consultar a Cortázar, Lafuente y Sanginés (2004).

Esta realidad resulta especialmente destacable en un entorno como el latinoamericano, caracterizado por una debilidad institucional que se ha vinculado tradicionalmente con altos niveles de corrupción y bajos niveles de desarrollo económico y cohesión social³. La traducción de esta realidad administrativa al ámbito de la función pública de muchos países de Latinoamérica se ha traducido en el denominado spoils system o sistema del botín –o lo que es lo mismo, a la selección y mantenimiento en sus cargos de los empleados políticos con base en criterios políticos y no vinculados a la profesionalidad y la meritocracia– realidad a la que en muchos casos se presta la estructura organizativa de aquellas administraciones que cuentan con regímenes fuertemente presidencialistas. Para ampliar el tema, se sugiere consultar, entre otros, a Castillo y Quesada (2006), Echeverría, K. en Longo y Ramió (2008), Montero (2012), Martínez (2008) y Oszlak (2009).

Sin embargo, algunas circunstancias indican que las cosas han ido empeorando de forma sostenida en Costa Rica durante las últimas décadas, circunstancias que tienen una incidencia directa en la sociedad y que se proyectan, en última instancia, sobre las instituciones en forma de exigencias sociales de cambio y mejora. Mientras en 1980 Costa Rica ocupaba el puesto 50 de los países del mundo en relación con su índice de desarrollo humano (IDH) (que mide cuestiones como la esperanza de vida, la tasa de mortalidad o la renta per cápita), ya en el 2014 ocupaba el puesto 69. Había perdido casi veinte posiciones en dos décadas y media pese a seguir considerándose alto conforme al Programa de Desarrollo de Naciones Unidas. De forma paralela, debe indicarse que la deuda pública creció en el 2015 hasta situarse en el 42,38 % del producto interior bruto nacional, que en ese momento era la tercera más alta de Centroamérica.

Luego de revisada la evolución de la administración costarricense durante el siglo XX, se puede señalarse como rasgo característico la enorme proliferación de instituciones públicas durante las últimas ocho décadas, proliferación que coincide con tres períodos de expansión bien diferenciados: de 1940 a 1950, de 1971 a 1977 y, por último, el que abarca desde 1994 hasta el 2002. En el primero de los períodos señalados se crean instituciones de gran prestigio

² Podemos encontrar una perspectiva general sobre la configuración jurídica del empleo público en Costa Rica en Romero (1998).

³ Esta realidad ha sido indicada en documentos como la Carta Iberoamericana de la Función Pública resultante de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en el 2003, que destacó la necesidad de impulsar la modernización de la función pública latinoamericana a partir de la proyección en su régimen jurídico de principios como los de profesionalidad y estabilidad. Los vincula con la garantía de calidad en la prestación del servicio y la prescripción de la privación arbitraria, que garantiza tanto la independencia del poder político como la posibilidad de desarrollar políticas públicas a medio y largo plazo con la participación activa de profesionales del servicio público suficientemente formados y cualificados o la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano, en relación con la administración pública firmada en Panamá en el 2013. Esta incidió en la necesidad de reconocimiento expreso del derecho fundamental de la persona a la buena administración pública, que en ningún caso podría materializarse ni desplegarse plenamente en administraciones sin la suficiente fortaleza institucional o que no contaran con servidores públicos suficientemente profesionales.

social aún hoy en el país, como la Caja Costarricense del Seguro Social, la Universidad de Costa Rica, el Tribunal Supremo de Elecciones o el Instituto Costarricense de Electricidad. En el segundo período surgirían hasta 44 instituciones y en el tercero, el más intenso de todos, se llegaron a crear hasta 90 instituciones que, según indica el Programa del Estado de la Nación, suponen alrededor del 32% del tamaño total del Estado.

Dichas instituciones tienen como rasgo característico el elevado grado de autonomía con el que cuentan. Traducido al ámbito de empleo público, ello supone dos problemas fundamentales:

- a. En primer término, una extraordinaria diversidad de regímenes salariales, acertadamente señalada por la Contraloría General de la República (CGR) en su Informe sobre la Gestión del Estado en materia de empleo público en procura de la eficiencia administrativa del 2009. Ello ha facilitado que un porcentaje excesivamente alto del salario que cobran los empleados públicos esté vinculado a anualidades y otros pluses (que en algunos casos llegan a duplicar el porcentaje del sueldo total vinculado al salario base), lo que ha dado lugar a una significativa inflación salarial en algunos ámbitos del sector público. Lo insólito en el país es que el salario mensual promedio en el sector privado es inferior a la mitad del salario mensual promedio en el sector público (Loría y Umaña 2014, 12-14 pp.).
- b. En segundo término, la significativa falta de capacidad institucional a la hora de impulsar reformas homogéneas, ante la ausencia de una autoridad común para todas ellas que dificulta una visión de conjunto del sector público, imprescindible para impulsar reformas que garanticen la efectiva realización de los mandatos constitucionales relativos a la función pública, como ya indicó la Memoria Anual de la CGR del año 2007.

II. Régimen jurídico de la función pública

a. Fundamento constitucional de la relación estatutaria

La profesionalización de la función pública no ha sido ajena, desde sus inicios, al constitucionalismo costarricense. Se ha ligado desde la primera mitad del siglo XIX a la exigencia de responsabilidad. Durante los cerca de dos siglos de construcción institucional de la República, la configuración de una función pública profesional e independiente ha sido una constante en las Normas Fundamentales del país, por lo que no podemos entender su configuración actual ni prever su evolución futura sin hacer referencia a los distintos textos que desde el Pacto de la Concordia han vertebrado el ordenamiento jurídico costarricense.

El artículo 35 de la Constitución de 1821 ya exigió que, con el objeto de poder combinar y determinar sobre datos exactos y aproximados las mejoras y reformas que en el sistema de hacienda reclama el interés público de la provincia y la justa libertad de los pueblos, la Junta exigiría a los empleados estados y presupuestos de entradas y salidas, que debían circularse entre los pueblos para que fiscalizar la actuación pública, mediante reclamos al Gobierno⁴. Algunos años después, la Constitución de la República Federal de Centroamérica exige la

⁴ Puede encontrarse una perspectiva general en relación con el ordenamiento jurídico costarricense en Aldo (2005).

separación de la actividad profesional al servicio de la administración y la actividad política, al establecer la imposibilidad de que representantes y senadores actuaran como funcionarios públicos durante sus funciones o se prevaleceran de su condición para obtener ascensos (artículos 60 y 71).

Un prístino concepto de la especial sujeción al empleador que comporta la relación estatutaria se dibuja ya en los textos constitucionales a partir de lo establecido por el artículo 135. 7 de la Constitución de 1844, que reconoció en el Presidente de la República la función de trasladar de destino a los empleados públicos –siempre con acuerdo del Senado y a conveniencia del servicio–, suspenderlos hasta dos meses y prohibirles expresamente la posibilidad de deponerlos. Por su parte, el artículo 2 de la Constitución de 1847 garantizará la independencia del funcionario público costarricense, conjurando toda suerte de “patrimonialización” o politización de su puesto de trabajo en virtud de la relación estatutaria que le une con su empleador en términos similares a los que recoge la Carta Magna de 1949⁵. Según dicho artículo “los funcionarios no son dueños sino depositarios de la autoridad que ejercen en virtud de las leyes legítimamente establecidas”. Complementariamente y según lo establecido por el artículo 140 de la Constitución de Nueva Granada de 1843, el artículo 102 de la Constitución de 1847 estableció que “todos los empleados públicos son responsables ante las autoridades designadas en la Constitución o en la ley, por cualquier abuso de las atribuciones que les corresponden, o por la falta de cumplimiento en los deberes de su destino”. Por su parte, la sumisión al principio de legalidad de los empleados públicos se recogería expresamente por los artículos 77. 4 y 118.

De la Constitución de 1859 se destaca su artículo 29 que después se trasladaría, con ligeras alteraciones, al 26 de la Constitución de 1949. Según la redacción original, se indica:

Todos los habitantes de la República tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, ya sea con el objeto de ocuparse de negocios privados, o ya con el de discutir asuntos políticos y examinar la conducta pública de los funcionarios.
(Artículo 26)

La Constitución de 1869 resulta también fundamental a la hora de reconstruir el proceso de configuración constitucional de la función pública costarricense, al atribuir al Procurador General de la República en su artículo 139 las competencias, tanto de controlar el cumplimiento de los deberes de los empleados públicos, como de acusarlos ante la autoridad correspondiente con independencia de su categoría si incumpliesen dichos deberes.

La Norma Fundamental de 1917 se destaca por reforzar la independencia de los funcionarios, así es el caso de artículos como el 75.1, que prohibió al Congreso y al Senado dirigir excitativas a funcionarios o, el 77. 14 que atribuyó a la Cámara de Diputados el conocimiento de atribuciones contra funcionarios con responsabilidad política, que sería enjuiciada por el Senado⁶. En relación con los empleados públicos, el Senado asumiría únicamente la función

⁵ El término “patrimonialización” se refiere a la superposición de los intereses del empleado público sobre el interés general en el desarrollo de la función pública y el desempeño de su puesto de trabajo, que por su naturaleza y régimen jurídico debe estar vinculado a la consecución del interés general (Fuentetaja, 2013). Sobre “politización y patrimonialización en la función pública”, puede consultarse a Rodríguez-Campos (2014, pp. 39-72).

⁶ Puede consultarse De La Cruz Lemos (1983, p. 91).

de establecer la responsabilidad administrativa con respecto a cuestiones como la destitución de empleo, privación temporal de derechos e incapacitación para cargos públicos. La competencia de los tribunales comunes sería la determinación de la responsabilidad civil o penal (artículo 78. 1).

La Constitución Política de Costa Rica de 1949 (en adelante CPR) es la primera que hace referencia de forma expresa al servicio civil. Incorpora con matizaciones algunas de las previsiones que venimos mencionando desde el principio de este acápite⁷.

En un recorrido ordenado por el texto constitucional, la atención se fija en primer término en el artículo 11 CPR, tras reconocer –como ya hizo la Constitución de 1847– la función de simples depositarios de la autoridad de los funcionarios. Menciona expresamente que la acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública, así como que “la administración en sentido amplio estará sometida a un proceso de evaluación de resultados y rendición de cuentas con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes”. A renglón seguido, la CPR establece una obligación de desarrollo legal en relación con el carácter integral que deben tener los medios para cumplir con la finalidad señalada en el ámbito de la administración costarricense.

Además de comprender la función pública en Costa Rica desde la perspectiva constitucional (que dibuja, por el momento del que data el texto, una relación estatutaria fuertemente escorada hacia la especial relación de sujeción que une a empleador y empleado), se observa la referencia constitucional que se hace a la necesidad de introducir la evaluación del desempeño como elemento estructural de la administración. La afirmación del artículo 11 resulta de una extraordinaria trascendencia, ya que al exigir un proceso continuo de evaluación de la función pública exige, a su vez, una continua mejora de esta según los resultados obtenidos.

Más allá de lo establecido en el artículo 11 de la Constitución Política de Costa Rica, los preceptos constitucionales costarricenses más relevantes a la hora de determinar el régimen jurídico de la función pública en el país son los artículos 191 y 192 de la CPR. Estos se refieren al servicio civil (cuyos funcionarios representan un porcentaje de alrededor del 40% de los empleados públicos costarricenses)⁸ y son aplicables al conjunto de la función pública del país centroamericano (artículo 191, CPR)⁹.

En virtud de lo establecido por la Constitución, la relación del servidor público con la administración en Costa Rica tiene un carácter estatutario y está fundada en el principio de eficiencia (Artículo 191 de la CPR). Según las sentencias de la Sala Constitucional (2011-2012), “La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros” (sentencias 13524-11, 0005-12). En relación con este concepto, el propio Estatuto de Servicio Civil

⁷ Sobre los orígenes históricos y las bases constitucionales del servicio civil en Costa Rica, puede consultarse a Jiménez y Pérez (2012, p. 6).

⁸ Según Loría y Martínez (2016), en el país existían alrededor de 332 entidades en el año 2015 (41 más de las que existían 25 años antes), con la singularidad de que la mayoría de estas contaban con un régimen funcional particular, que habría que articular con base en las determinaciones constitucionales.

⁹ Sobre la configuración jurídica de la relación estatutaria en Costa Rica, consúltese a Bertolini (2007, pp. 18-23) y Brenes (2012).

establece en el primero de sus artículos, que la norma y sus Reglamentos regulan las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizarla en el seno de la administración pública. La Ley General de la Administración Pública en sus artículos 4, 8, 225 o 269 reconoce, además, el de eficiencia como uno de los principios básicos del funcionamiento de la administración.

Para condensar el sentido y alcance de los artículos 191 y 192 CPR, la Sala Constitucional en la Sentencia 1696-92 (en adelante SSC) estableció:

...fundamentan la existencia, de principio, de un régimen de empleo regido por el Derecho Público, dentro del sector público, como ha quedado claro del debate en la Asamblea Nacional Constituyente y recoge incipientemente la Ley General de la Administración Pública (LGAP). Este régimen de empleo público implica, necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios, ya no solamente distintos a los del derecho laboral (privado), sino muchas veces contrapuestos a estos. (Brenes, 2012)¹⁰.

En virtud de lo establecido por el artículo 192 de la CPR y el supremo intérprete de la Constitución, las columnas sobre las que se asentará la relación estatutaria que une a los funcionarios públicos con la administración en Costa Rica serán, tanto el criterio de “idoneidad comprobada en la selección”, como la remoción exclusiva por causas de despido justificado expresamente previstas por la legislación del trabajo. Se cita expresamente en la Constitución como causa admisible la reducción forzosa de servicios por falta de fondos o como consecuencia de una mejor organización de estos (CPCR, Artículo 192)¹¹.

La Sala Constitucional ha establecido en su SSC 8223-12 que la idoneidad comprobada se proyecta en la “verificación objetiva” de las cualidades del aspirante a ocupar una plaza.

Esto quiere decir, que el servidor público debe reunir determinadas características y cualidades, las cuales pueden ser válidamente establecidas y reguladas por ley, siempre que resulten objetivas y razonables. Según reza la sentencia, la idoneidad debe comprobarse “no solo a través de aspectos meramente académicos, se requiere más bien del análisis y calificación de varios elementos, factores o condiciones de diversa índole, como por ejemplo aspectos psicológicos, de estabilidad, experiencia laboral y profesional, y demás atestados, que valorados en conjunto determinen que una persona es la más idónea para desempeñar el puesto. De esta forma, el análisis no debe centrarse, únicamente, en aspectos académicos, sino en un conjunto de cualidades... (SSC 8223-12).

¹⁰ En la sentencia queda manifiesto que “la declaración contenida en esta sentencia abarca la relación de empleo que se da entre la administración y sus servidores, más en aquellos sectores en que hay una regulación que remita a un régimen privado de empleo, la solución debe ser diferente. En esos casos, se daría un sometimiento a los procedimientos de arbitraje, pero con ciertas limitaciones, tales como que en ellos no pueden dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, por lo que incluso en estos casos no procederían decisiones (laudos) en conciencia, ni tribunales formados por sujetos no abogados...” (Murillo 2012, pp. 37 a 42).

¹¹ Puede consultarse a Sánchez (2012, p. 47) sobre el concepto de relación estatutaria.

Por su parte, en relación con la terminación de la relación estatutaria y como reconoció expresamente la SSC 13504-06 “La doctrina jurisprudencial de la Sala afirma que los funcionarios regulares o en propiedad tienen una estabilidad absoluta”. Ello supone que solamente por los motivos expresamente previstos en la ley pueden ser separados de la función pública, con el objeto de garantizar su independencia del poder político y preservar la profesionalidad de estos empleados públicos en el ejercicio de su actividad laboral.

Más allá de estos dos artículos, que sin lugar a dudas son los de mayor trascendencia en el ámbito del empleo público, el servicio civil costarricense es objeto de un amplio y disperso tratamiento constitucional. Las obligaciones de los funcionarios, su intervención en relación con los derechos de los ciudadanos y las posibles sanciones que puede derivar su incumplimiento, se señalan expresamente a lo largo del texto. Baste citar en este sentido el contenido de los artículos 24 (secreto de las comunicaciones), 27 (derecho de petición y principio de celeridad en el procedimiento administrativo) o 102. 5 (limitación en la libertad del ejercicio de funciones políticas por parte de determinados servidores del Estado)¹². Además, el artículo 184 CPR reconoce como deberes y atribuciones de la CGR, como ya lo hiciera tímidamente la Constitución de 1859, examinar, glosar y fenecer las cuentas de los funcionarios públicos.

b. Régimen jurídico de la relación estatutaria en un contexto de dispersión normativa

En el ámbito de la legislación costarricense, se entiende por servidor público, funcionario público, empleado público o encargado del servicio público “quien presta servicios a la administración o a nombre y por cuenta de esta, como parte de su organización y en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva” (LGAP, Art. 111)¹³. La caracterización legal y jurisprudencial de la relación estatutaria del funcionario se deja también de manifiesto en la Ley General de la Administración Pública en sus artículos 112 y 113.

El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la administración y sus servidores públicos”, según el segundo “El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados (Art. 112).

Esta norma, caracterizada por la excelente técnica jurídica utilizada en su configuración y redacción y que, entre otras virtudes, tiene la de ser una de las primeras que en Latinoamérica reguló el procedimiento administrativo con base en principios constitucionales, no es la única

¹² Sobre la evolución histórica de la configuración jurídica del empleo público en Costa Rica con base en distintos movimientos y teorías económicas a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, véase Ramírez Granados (2010, pp. 87 – 96).

¹³ Véase en relación con el concepto de empleado público en Costa Rica a Ortiz (2002, pp. 139-191).

que habrá que tomar en cuenta para analizar el régimen jurídico de la relación estatutaria, dado el elevado grado de dispersión normativa existente en materia de función pública¹⁴.

Para completar el régimen jurídico perfilado por la Constitución y la LGAP, se debe considerar el contenido de otras normas, como la normativa específica de muchas de las instituciones que, aunque cuentan con autonomía legalmente garantizada, son parte del sector público o el Estatuto del Servicio Civil (Ley n.º 4565, del 4 de mayo de 1970, ESC). Esta norma se aplica en principio de forma directa solo a los ministerios y sus organismos adscritos (más de 45) y subsidiariamente al resto del sector público costarricense– y en la práctica a la totalidad de las leyes orgánicas del resto de poderes de la República, entidades autónomas, empresas propiedad del Estado, bancos estatales, municipalidades y resto de entidades del sector público.

En ella se hace referencia tanto a la exigencia legal de la idoneidad comprobada como requisito para el acceso al servicio civil (artículos 20. d) y 22 Estatuto Servicio Civil, como a la aseveración de que los servidores públicos costarricenses solo podrán ser despedidos en aquellos supuestos expresamente previstos en el artículo 81 del Código de Trabajo y 41. d) de la norma o en actos que impliquen infracción grave del Estatuto, de sus reglamentos o de los reglamentos interiores de trabajo respectivos (Estatuto Servicio Civil, artículo 43).

Con respecto a la consideración de la estabilidad como requisito característico de la relación estatutaria del servidor público, la Sala Constitucional ha llegado a perfilar el concepto de “estabilidad impropia o relativa”, aplicable a los funcionarios interinos que desempeñan un puesto de trabajo característico de un “funcionario nombrado en propiedad” sin haber superado las pruebas pertinentes con base en el principio de idoneidad comprobada. Estos no gozan, por su singular condición, del derecho a la inamovilidad absoluta del que disfrutarían los primeros.

En virtud del concepto de “estabilidad impropia o relativa” se entiende que tales funcionarios, pese a estar sujetos a “razones objetivas de necesidad del servicio público” y por no disponer de un ningún derecho adquirido a su favor que obligue a la administración a nombrarlos en propiedad o a prorrogar su nombramiento en esa plaza (Sala Constitucional, 1995), Sentencia 3282-95), sí disfrutan de un derecho jurisprudencialmente reconocido por la Sala a “no ser cesados de su puesto a menos que se nombre en él a otro funcionario en propiedad” (Sala Constitucional 2004 y 2012, sentencias 8613-04, 4982-12). Es decir y como pone de manifiesto la Sala Constitucional (2010), en la Sentencia 17950-10, el derecho implica fundamentalmente la prohibición de que este tipo de funcionarios sean “arbitrariamente cesados o separados del cargo”. En consecuencia, necesariamente la terminación de su relación laboral debe obedecer a criterios legal y constitucionalmente válidos.

Este derecho a la estabilidad impropia o relativa ha desplegado además toda su potencialidad en aras de los pronunciamientos realizados por la Sala Constitucional sobre aquellos funcionarios interinos que por alguna circunstancia deben disponer, conforme a la Norma Fundamental costarricense, de una especial protección legal. Así la Sala Constitucional (2010) dejó de manifiesto lo siguiente:

¹⁴ Se puede consultar sobre este tema a Blanquer, en Rodríguez-Arana, Rodríguez y Rodríguez-Martín (2016, pp. 203-294), así como a Jínesta, en Aberastury y Blanke (2011, p. 455).

La administración tiene la obligación de proteger con máximo recelo a quienes se encuentren en una situación de mayor vulnerabilidad como es el caso de las mujeres embarazadas, a quienes además de los derechos estipulados en el artículo 66 constitucional, se les da una especie de fuero de protección, por lo que les asiste una protección especial derivada de la propia Constitución, que conlleva la obligación para los patronos de velar de manera preferente por la estabilidad y seguridad a su favor. Así las cosas, la actuación de la autoridad recurrida de dejar sin efecto el nombramiento interino de la recurrente (...) va en detrimento de su derecho constitucional al trabajo, así como a la protección especial que como madre goza en atención a lo dispuesto por el artículo 51 constitucional, motivo por el cual, lo procedente es acoger el recurso planteado, anulando el cese del nombramiento de la tutelada y restituyéndola en el pleno goce de sus derechos fundamentales. (Sentencia 12453-10)

El perfil de la relación estatutaria establecida por el ordenamiento costarricense se caracteriza, entonces, por atesorar sus rasgos clásicos, entre los que destacan su sumisión a un régimen jurídico-administrativo y al interés general, una inamovilidad garantizadora de la independencia del empleado público del poder político –solo limitada con base en las causas legalmente tasadas– y una selección según los criterios objetivos que pretenden garantizar la plena vigencia del principio de efectividad. Al mismo tiempo, se destaca que los elementos conformadores de esta relación estatutaria no se hayan suficientemente clarificados en la legislación dispersa e insuficientemente clara¹⁵.

III. Reflexiones sobre su necesidad de fortalecimiento y mejora

a. La confusa y poco homogénea regulación sobre el acceso a la función pública

El acceso al empleo público en condiciones de igualdad se reconoce expresamente en tratados internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (artículo 21. 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25. c) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (23. 1. C)¹⁶. Su reconocimiento por la Carta Magna debe entenderse implícitamente a partir de la lectura conjunta de los artículos 7 de la Constitución Política de Costa Rica (relativo al reconocimiento de autoridad superior a las leyes de los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa desde su promulgación o desde el día que ellos designen) y el artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica, que menciona expresamente el principio de igualdad, y de la lectura de sentencias como la Sentencia 15254-12 de la Sala Constitucional.

¹⁵ Sobre el reconocimiento expreso, legal y jurisdiccional, de un régimen jurídico particular aplicable a los empleados públicos en Costa Rica, consúltese a Gutiérrez (2016, pp. 81 a 97).

¹⁶ En relación con el derecho de acceso a la función pública, véase a Escuin (1986), Parada (2007) y Pulido (1992) y Sánchez (2012, p. 119). En relación con la evolución histórica del derecho de acceso a la función pública en Costa Rica y el reconocimiento del derecho en la Norma Fundamental, puede consultarse a Bolaños (2000, pp. 63-85).

Al analizar jurisprudencialmente el principio de igualdad en el acceso al empleo público, la Sala ha elaborado una interesante doctrina, fundamentalmente en atención a la cláusula de estado democrático y social, explícita e implícitamente incorporada a partir de los artículos 1 o 50 y siguientes de Constitución Política de Costa Rica. Según la jurisprudencia de la Sala Constitucional (2006) se señala:

No toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, en el tanto concurra una justificación objetiva y razonable, que la misma sea proporcional entre los medios y fines que pretende regular. Ahora bien, la Sala Constitucional ha establecido en sus sentencias que la Constitución Política exige la aplicación de políticas de empleo no discriminatorias a la hora de contratar, formar, ascender o conservar a una persona en su empleo, pues todo trabajador tiene el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. (Sentencia 13504-06)

En un sentido similar, la Sala Constitucional (2006) afirmó lo siguiente:

El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, implica que en todos los casos, se deba dar un trato igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica, que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación (...) Uno de los rasgos característicos de la democracia moderna es la "representatividad", cuyo concepto está ligado estrechamente a la noción de pluralismo, según el cual la democracia es un sistema de grupos en competencia que se disputan, con base en una recíproca tolerancia, la influencia sobre las definiciones de lo que es el bien común. (Sentencia 6733-06)

Esta desigualdad explícitamente reconocida se ha manifestado por ejemplo en el artículo 15 del Estatuto del Servicio Civil, en el que se establece la reserva de un cupo del cinco por ciento de las vacantes en las ofertas de empleo público del Poder Ejecutivo para ser cubiertas con personas con discapacidad, hasta alcanzar el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración Central del Estado.

Más llamativo y quizá contrario a una interpretación ajustada del principio resulta el artículo 23 del Estatuto del Servicio Civil *in fine*, al establecer que una vez calificados los aspirantes a miembros del servicio civil se concederá preferencia a jefes de familia, servidores y ex-servidores públicos. En un sentido similar, la Ley 7600, Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, de 1996 garantiza el derecho de un empleo adecuado a las condiciones y necesidades personales de este colectivo tanto en zonas rurales como urbanas (artículo 23) y establece la obligación que tiene el Estado de asesorar técnicamente a los empleadores para adoptar el empleo y su entorno a las condiciones y necesidades de estas personas. La norma, además, prevé explícitamente sanciones por irregularidades en el reclutamiento y selección de empleados públicos por la violación a lo dispuesto en la norma, a lo que los funcionarios responderán personalmente con su propio patrimonio.

Además del principio de igualdad, habrá que tener en cuenta los principios de eficiencia (artículo 191 de la Constitución Política de Costa Rica y artículo 1° del Estatuto del Servicio

Civil) e idoneidad comprobada (artículo 192 de la Constitución Política de Costa Rica y Estatuto de Servicio Civil). Como indica expresamente el artículo 192 de la Constitución Política de Costa Rica, la idoneidad es el criterio a partir del cual se selecciona al empleado público en Costa Rica, la cual implica verificar objetivamente sus cualidades, es decir, el cumplimiento por su parte de determinadas características y cualidades, objetivas, razonables, establecidas por ley y que pueden consistir, no solamente en la valoración de aspectos académicos, sino también en la valoración de aspectos psicológicos, de estabilidad o experiencia valorados, además, de forma conjunta (Sala Constitucional, Sentencia 8223-12, entre otras).

Según lo establecido en los artículos 20 y 22 del Estatuto del Servicio Civil, la selección de empleados públicos se hará por medio de pruebas de idoneidad. Para determinar el contenido de las pruebas, se debe atender lo establecido en el artículo 16 del Estatuto del Servicio Civil sobre el Manual Descriptivo de Puestos del Servicio Civil, elaborado por la Dirección General del Servicio Civil (o el órgano, debemos entender, el que se dedique a realizar funciones equivalentes en otras instituciones del sector público). Debe ser, además, similar para la selección de todos los empleados públicos de una misma clase (Estatuto del Servicio Civil, Art. 18).

Se pueden destacar dos aspectos sobre lo indicado anteriormente: La concepción de idoneidad comprobada proyectada al ámbito de las pruebas de acceso a la función pública que ha realizado la Sala Constitucional es excesivamente abstracta, genérica y subjetiva e incluso contradictoria. Podrían también ser contradictorias las características exigidas a los funcionarios, al indicar que sean objetivas, razonables y legalmente tasadas. De igual manera cuando se menciona, sobre este mismo tema, la posibilidad de llevar a cabo la valoración de aspectos como la estabilidad, difícil de definir y de medir.

A juicio del autor, el concepto de idoneidad comprobada debería asimilarse progresivamente, con el fin de objetivarse, al concepto jurídico de capacidad, identificado por el Tribunal Constitucional Español, como la demostración efectiva de la habilidad manifiesta para la superación de la prueba de acceso (la oposición en el caso español), según establecen entre otras las Sentencia del Tribunal Supremo (SSTS) del 3 de noviembre de 1986 o de 14 de marzo de 1989 (Gervacio, 1996 y Erkoreka 1996). Esta idea ya ha sido desarrollada por la propia Sala Constitucional (2010) costarricense al establecer que: "El derecho de acceder a los cargos públicos o a la función pública es entonces, un derecho de configuración legal. Por ello, es válido que el legislador establezca determinados requisitos en tanto estos respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente previstos..." (Sentencias 1909-10 y 1941-10).

Se puede identificar, en definitiva, la idoneidad comprobada como la manifestación material del principio de igualdad en el acceso a la función pública en el ámbito del ordenamiento costarricense. Que el proceso de selección se rija con base en tal principio, se manifiesta en algunas de las determinaciones legales anteriormente apuntadas (igualdad de pruebas para la misma clase de funcionarios o adecuación de estas al puesto de trabajo por desempeñar). La utilización de términos vagos o genéricos en el momento de interpretar el contenido de los conceptos constitucionales y la falta de concreción y detalle legislativo a la hora de regular el procedimiento selectivo en general para todos los aspirantes a empleado público

pueden dar pie a un elevado margen de discrecionalidad durante el proceso selectivo (Rastrollo, 2016).

Este, inevitable en un proceso de esta naturaleza, necesita de una regulación pormenorizada y de un régimen jurídico aplicable especialmente cuidadoso en la concreción de los distintos conceptos jurídicos en juego, que sirvan para acotar las fases del proceso y facilite su fiscalización posterior por parte de un tribunal competente. La no aplicación del principio de reserva de ley al desarrollo de este “derecho fundamental de acceso al empleo público” puede señalarse como una carencia del ordenamiento jurídico costarricense que facilita una posible arbitrariedad y favorezca la dispersión.

En este sentido, resulta llamativa la entrevista como fase necesaria del proceso de selección con un valor ponderado excesivamente elevado –que llega a rondar en algunos casos el 50% de la valoración final– dentro del proceso de selección previsto por la normativa específica de muchas entidades autónomas costarricenses. Esta es realizada por el posible superior jerárquico y en algunos casos no se observan las suficientes garantías de transparencia, al no establecerse la necesidad de que sea pública o de que existan mecanismos suficientes para dejar constancia de su contenido y desarrollo.

La inobservancia de estos requisitos de objetivación del proceso de selección de personal al servicio de la administración se opone al derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos. Según el alto tribunal constitucional costarricense (2008) al referirse a este principio, indicó:

...se infiere claramente de la relación de los numerales, interpretados, a contrario sensu, 140, inciso 8°, 139, inciso 4° y 191 de la ley fundamental en cuanto recogen, respectivamente, los parámetros deontológicos de la función administrativa tales como el “buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, “buena marcha del Gobierno” y “eficiencia de la administración”. Este derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos le (sic) impone a los entes públicos actuar en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos de forma eficiente y eficaz. (Sentencia 07689-08).

La CGR (2007) ha tenido la oportunidad de pronunciarse con respecto a esta carencia de la legislación sobre función pública, como sigue:

En cuanto al subproceso de gestión del empleo, interesan los procesos de reclutamiento y selección, que son diversos debido a la gama de regímenes existentes, adicionales al Servicio Civil; donde existe la oportunidad de potenciar el mérito como principio que oriente las desviaciones atribuibles a la selección del método de concursos internos y a prácticas organizacionales, como bien se apunta aquellas que distingan e incentiven la buena gestión de los buenos empleados y se tomen medidas por conductas fuera de la norma. (CGR, Memoria Anual, 2007, p. 50).

b. Derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas como prueba de la inseguridad jurídica en el empleo público

Los derechos de los empleados públicos se encuentran dispersos por diversas normas. Además, existen derechos de los encargados del servicio público de gran relevancia para su relación laboral, sustanciados en buena parte a través de diversos fallos jurisprudenciales¹⁷. Ello es criticable en la medida en que deja de relevancia el alto grado de inseguridad jurídica que envuelve al servicio público.

Sobre derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, el artículo 5 de la Ley General de la Administración Pública que –en conexión con el principio de irretroactividad de las normas que puedan lesionar expresamente derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas del artículo 34 de la Constitución Política de Costa Rica– establece que la aplicación de los principios fundamentales del servicio público a la actividad de los entes públicos no puede violar los derechos adquiridos salvo razones de urgente necesidad. En este último supuesto, debe responsabilizarse por los daños y perjuicios causados el ente público determinante del cambio o alteración¹⁸. En el mismo sentido, hay que destacar el contenido del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional o del artículo 130. 3 del Código Procesal Contencioso-Administrativo. Este último determina que la anulación de un acto administrativo de alcance general produce efectos erga omnes, salvo derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas.

Esta previsión legal, excesivamente amplia y aplicada al ámbito de la relación entre funcionarios públicos y administración, ha dado pie a una abundante jurisprudencia excesivamente tuitiva con los intereses de los empleados públicos (nótese que ni aunque los daños y perjuicios estén directamente vinculados con una razón de urgente necesidad, cabe la exención de responsabilidad por parte de la administración). Entre las sentencias que la conforman podemos hacer referencia a la 5667-99, la 12239-06 o la 17820-10.

En tal sentido, se debe acatar lo dispuesto por el dictamen C-112-2009 de la Procuraduría General de la República, que indica:

Es necesario tener presente que en materia de empleo público, lo dispuesto en una norma no se incorpora a los contratos individuales de trabajo, como si ocurre por ejemplo en las cláusulas normativas de una convención colectiva en las relaciones de empleo privado. Por el contrario, el legislador o el órgano legalmente facultado para ello, puede cambiar las condiciones que rigen la relación, sin que ello implique necesariamente una transgresión al principio de irretroactividad de la ley.

Efectivamente, si se considera que la relación entre el funcionario público costarricense y la administración tiene un carácter estatutario como dejan de manifiesto legislación y jurisprudencia, ello coincide plenamente con el criterio mostrado en el dictamen cuando manifiesta que el empleo público no tiene derecho a la inmutabilidad del ordenamiento.

¹⁷ Véase en relación con la clasificación de los derechos de los empleados públicos y su vinculación o no con la relación estatutaria Sánchez Morón, M.: *Derecho de la Función...*, (2012) op. cit., pp. 213 y ss.

¹⁸ Sobre el tema del ordenamiento jurídico costarricense, se puede consultar a Segura (2012, p. 71).

c. **Una regulación de la convención colectiva a espaldas de la realidad**

El proceso de “laboralización” de la relación estatutaria de los funcionarios públicos que ha tenido lugar en España durante las últimas décadas, a partir del reconocimiento universal de determinados derechos laborales en la Constitución Española, como el derecho a huelga, el derecho a sindicación o a la negociación colectiva¹⁹, también se ha producido en Costa Rica, si bien de una forma bastante más desordenada²⁰. Pese a que la Norma Fundamental de Costa Rica reconoce expresamente los derechos a la libre sindicación o a la huelga (artículos 60 y 61 CPR), sobre la negociación colectiva el artículo 26 de Constitución Política de Costa Rica solo establece que “tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierte entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados”.

A partir de la entrada en vigor de la Ley General de la Administración Pública en 1979, la Procuraduría General de la República y el Consejo de Gobierno prohibieron la posibilidad de llevar a cabo nuevas negociaciones en el sector público a partir de ese momento; no obstante, continuaron vigentes los acuerdos que se habían tomado hasta la fecha y se seguía reconociendo la práctica de la negociación en el ámbito de las universidades y las municipalidades como consecuencia directa de su especial autonomía, constitucionalmente reconocida en los artículos 84 y 170 CPR.

Esta previsión legislativa contrariaba los compromisos internacionales previamente asumidos por Costa Rica, que a través de la Ley 2561 del 11 de mayo de 1960 había aprobado los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo. Por esta razón, pese a no admitirse la efectividad de las convenciones en el sector público durante la última década del siglo XX, sí que producía una negociación de las condiciones de trabajo a través de laudos arbitrales (Segura, 2012, p. 37).

Sin embargo, dos resoluciones judiciales del Alto Tribunal Constitucional cambiaron el rumbo de las cosas. Según su contenido, únicamente debían quedar excluidas de la legalidad, aquellas convenciones relativas a los “núcleos de personal de instituciones y entes públicos en los que la naturaleza de los servicios que se prestan participan de la gestión pública”. Además, la primera de tales resoluciones de la Sala Constitucional estableció límites intrínsecos a las negociaciones, al indicar que:

...en el sector público en el que resulta constitucionalmente posible la aplicación de la institución de las convenciones colectivas, valga decir, en las llamadas empresas o servicios económicos del Estado y en aquellos núcleos de personal de instituciones y entes públicos en los que la naturaleza de los servicios que se prestan no participan de la gestión pública, (...) la Sala repite y confirma su jurisprudencia en el sentido de que la autorización para negociar no puede ser irrestricta, o sea, equiparable a la situación en que se encontraría cualquier patrono particular, puesto que por esa vía, no pueden dispensarse o excepcionarse

¹⁹ En relación con este fenómeno, véase a Sánchez (2012, p. 54).

²⁰ Con respecto al tema del proceso de normalización de la negociación colectiva en el sector público, se puede consultar a Segura (2012) y Delgado y Hernández (2009).

leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, ni modificar o derogar leyes que otorgan o regulan competencias de los entes públicos, atribuidas en razón de la jerarquía normativa o de las especiales condiciones de la administración pública con relación a sus trabajadores, conclusión que se infiere del artículo 112 inciso 3) de la LGAP y del considerando XI de la Sentencia 1696-92 de esta Sala. (Sentencias 4453 y 9690)

Pese a estas previsiones jurisprudenciales, en la práctica se generalizaría como práctica habitual, una vez en vigor los acuerdos, la no distinción entre los servidores dedicados a la gestión pública y los encargados de otras gestiones sometidas al derecho común.

La posición de la Sala de lo Constitucional obtuvo refrendo legal expreso a partir de la aprobación del Reglamento para la Negociación de Convenciones Colectivas en el Sector Público (Decreto 29576-MTSS). Como reconoce expresamente el primero de sus considerandos, a partir de lo establecido por la Ley General de la Administración Pública y la Sala Constitucional, se reconoce tanto la existencia de servidores públicos que no ejercen gestión pública, como la posible aplicación del derecho común en relación con empleados, obreros y trabajadores de empresas y servicios económicos del Estado. Esto implica la existencia y aplicación de un régimen de empleo laboral para ellos, en cuyo marco es posible llevar a cabo la negociación de convenciones colectivas. La norma excluye de forma expresa a aquellos trabajadores de la administración que no ejerzan competencias de Derecho Público otorgadas mediante ley o reglamento.

Lo criticable de esta norma –y por lo tanto de la regulación de las negociaciones colectivas que se pueden llevar a cabo en el sector público costarricense, además de la inseguridad jurídica que comporta la separación entre texto escrito de la ley y práctica habitual y la falta de respeto al principio de legalidad²¹ – es la falta de proyección de los rasgos característicos de la relación estatutaria²².

Con ello, se confirma que no existe en el Reglamento ninguna alusión sobre la posibilidad de limitar la vigencia de las convenciones por causa de interés general suficientemente justificado. En tal sentido, la referencia a la necesidad de que la convención esté acorde con la inclusión de sus efectos en la Ley de Presupuesto y sus reglamentos y a su aprobación por parte la Contraloría General –que en la práctica tiene la función de revisarla y comprobar que esté acorde con el principio de legalidad presupuestaria de la administración Pública conforme a lo determinado por el artículo 184. 2 de la Constitución Política de Costa Rica– que establece el artículo 4 es insuficiente. Esta circunstancia deja patente la ausencia un mecanismo de control previo y suficiente sobre el contenido la convención y su pleno ajuste a la legalidad.

²¹ Aunque sabemos que puede reconducirse al principio de cobertura legal en el ámbito del Derecho Administrativo (lo cual resulta posiblemente inevitable, como indica Nieto (2012, p. 161), estimamos que debería regularse en una norma con fuerza de ley teniendo en cuenta la trascendencia de la materia y la relevancia de los derechos constitucionales de los que deriva.

²² Sobre la discusión en torno a la limitación que para la negociación colectiva en el sector público costarricense supone la configuración jurídica que el ordenamiento del país hace de la relación estatutaria, puede consultarse a Brenes (2012).

d. La teoría del “patrono único” y su difícil encaje con el interés general

El principio de patrono único en el ámbito de la administración pública, de creación jurisprudencial con base en determinaciones constitucionales sobre la multiplicidad institucional, supone que el Estado actúa como empleador único de todos los servidores públicos del país²³. En los términos utilizados por el Alto Tribunal se indica:

La autorización para la movilidad horizontal de personal (...) no es, por su naturaleza, una norma de ejecución de presupuesto sino que regula que el Estado, como patrono único, contando con la anuencia de sus servidores, puede movilizarlos de un órgano a otro, conservando la experiencia y anualidades; su contenido es, pues, ajeno al Presupuesto y la Sala considera que su incorporación a este es inconstitucional. (SSC 11491-02)

La Sala Constitucional (2005) sobre dicha teoría del patrono único indicó:

Surgió para corregir la situación de los servidores que se trasladaban a laborar a una entidad o administración pública distinta, sin que se les reconociera el tiempo servido con anterioridad, en detrimento de los beneficios derivados de la antigüedad en el servicio, para el Estado como patrono. La natural evolución del concepto de Estado como patrono único justifica plenamente el reintegro proporcional del dinero pagado por concepto del auxilio de cesantía, si se demuestra que la persona ocupó otro cargo remunerado en la administración pública. (Sentencia 7180-05)

La teoría puede llegar a incidir en aspectos de extraordinaria relevancia del régimen jurídico del servicio público, como la movilidad, la responsabilidad, las vacaciones o el salario. Está directamente vinculada con la relación estatutaria: parece lógico que los empleados sometidos a un régimen jurídico particular constitucionalmente reconocido en orden a preservar su independencia y profesionalidad cuenten con medios de protección frente a una posible posición abusiva de la administración que, en orden a la reordenación de sus recursos humanos, pueda implicar una posible lesión injustificada en sus derechos laborales.

El principio expuesto, que en última instancia busca dotar de homogeneidad al sector público costarricense, debe servir no solo para favorecer los intereses de los empleados públicos – como lo manifiestan numerosas resoluciones judiciales– sino también como posible fundamento para impulsar reformas integrales en la administración. La más que justificada relación de especial sujeción que une a servidores públicos y administración no debe quedar desnaturalizada cuando de dar cumplimiento al principio de efectividad se trata. Ello exige una regulación pormenorizada de aquellas situaciones que pueden ser objeto de aplicación de este supuesto, con el fin de prever privilegios injustificados y exenciones de responsabilidad.

²³ Según el Código de Trabajo “Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo” (artículo 2).

e. La insuficiente regulación de la carrera administrativa

La carrera profesional se refiere a la posibilidad de que un trabajador –en el supuesto de que reúna los requisitos necesarios– pueda ascender dentro de la organización en la que desarrolla su profesión y adquiera un mayor nivel jerárquico, mayores responsabilidades y mayor salario. La carrera administrativa corresponde al derecho que debe asistir a los funcionarios públicos, con base en la relación estatutaria que le une con la administración y a los principios de eficacia y eficiencia. La carrera profesional debe ser un derecho inherente a una función pública moderna y vertebrada con base en el concepto de relación estatutaria y a los principios de eficacia y eficiencia²⁴.

En España, tras su reconocimiento expreso como un derecho que asiste a los funcionarios públicos con base en distintas sentencias, entre las que se destaca la STC 99/1987 del 11 de junio, el artículo 16. 2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, del 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), lo define como el “conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

Este derecho también se puede deducir del ordenamiento jurídico costarricense, como en muchos otros aspectos de la función pública. Se encuentra insuficientemente regulado, repartido entre diversas normas y por ello sometido a una desaconsejable incertidumbre jurídica. Su existencia se deriva con fundamento en la Carta Magna del régimen constitucional de la función pública establecido, entre otros, por los artículos 11 y 191 a 193 CPR, especialmente porque en dichos artículos se menciona la vinculación de la relación estatutaria al principio de efectividad (artículo 191 CPR) o la imposibilidad de que los funcionarios públicos pierdan su condición por causas que no estén tasadas en la ley (artículo 192 CPR). En normas como el Estatuto del Servicio Civil, se identifica con el nombre de carrera administrativa todo el título I, que contiene el régimen del funcionario costarricense del servicio civil o el artículo 3.d) del Decreto 29576-MTSS, que determina como materia objeto de la negociación colectiva en el sector público “la fiscalización de la administración de los regímenes de ingreso, promoción y carrera profesional”. A su vez, en todas las sentencias de la Sala de lo Constitucional donde se menciona la “estabilidad propia” del funcionario público se está haciendo referencia a su vez al derecho a la carrera administrativa o profesional, al vincularla en múltiples ocasiones con el principio de efectividad.

Sin embargo, no se encuentra una definición de tal derecho en ninguna norma de aplicación general y sería preciso incorporarlo y reconocerlo expresamente junto con el resto de los propios de los funcionarios de carrera o con plaza en propiedad.

Tomando como referencia el artículo 16. 2 TREBEP y adaptándolo al régimen jurídico de la función pública contenido en el ordenamiento jurídico costarricense, se podría proponer una aproximación a una posible definición en los siguientes términos: “La carrera profesional o administrativa es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional, conforme a los principios de idoneidad comprobada y eficiencia,

²⁴ El tema de derecho a la carrera profesional y su relevancia en relación con la profesionalización de la función pública, puede consultarse a Arroyo (1994), Nieto (1993, pp. 11-44), Palomar (2007, pp. 273 -289) y Sánchez (2012, p. 155).

reconocido como derecho a los funcionarios públicos con plaza en propiedad.” En este punto, el exceso de atomización legislativa y la falta de una norma de aplicación general suficientemente completa vuelven a dejar de manifiesto las carencias del régimen jurídico de la función pública.

f. La evaluación del desempeño como fundamento constitucional para repensar la función pública: ventajas y excesos

Uno de los aspectos que más llama la atención del régimen jurídico de la función pública en Costa Rica es el hecho de que la evaluación del desempeño de los empleados públicos se encuentra constitucionalizada a partir de lo establecido por el 11 CPR. Su redacción, dada por la Ley 8003 del 8 de junio de 2000, establece que:

La administración pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”. (Jinesta 2009, p. 9)

Aunque la evaluación del desempeño está generalizada en el régimen de la función pública costarricense (concretamente, en relación con los funcionarios del Servicio Civil se recoge en los artículos 151 a 164 ESC) no existe una regulación común al respecto por no existir una norma aplicable a la generalidad de los empleados públicos del país. Urge llevar a cabo una regulación común que aúne la necesidad de preservar el principio de efectividad con la necesaria defensa de los derechos de los empleados públicos, considerando la necesidad de abordar la evaluación del desempeño desde una perspectiva estratégica para poder conseguir sus objetivos, así como las relevantes implicaciones que puede tener para los derechos de los funcionarios en muy diversos aspectos (retribuciones, traslados, formación o carrera administrativa).

Se puede apuntar la referencia expresa a la doble evaluación negativa como causa de cese del funcionario, sin que se mencione suficientemente en la normativa sobre empleo público (Estatuto de Servicio Civil) la formación como derecho del funcionario, que debería vincularse a la obtención de una evaluación negativa. La articulación de un sistema de evaluación del desempeño suficientemente respetuoso con el principio de eficiencia (una eficiencia sostenida en el tiempo, que podría entenderse como efectividad²⁵) y con unas bases que puedan ser de aplicación general para el conjunto de la administración pública costarricense, resulta un contenido esencial de la nueva norma sobre función pública del país centroamericano²⁶.

²⁵ Sobre este concepto, consultar a Arenilla y Delgado (2014, pp. 297-234).

²⁶ El tema de las carencias del sistema costarricense en materia de evaluación del desempeño es abordado por Bolaños (2000, pp. 93- 96). Esta necesidad de reforma del régimen de la evaluación del desempeño en la función pública ya fue apuntada por la CGR en su Memoria Anual de 2007 al indicar que “El diseño de la evaluación del desempeño, en general, se observa susceptible de mejora introduciendo metas, estándares de rendimiento y criterios de evaluación vinculados con la productividad y la estrategia institucional, con instrumentos que permitan la retroalimentación que mejore los resultados de la gestión individual e institucional” (p. 50).

IV. Conclusiones

La función pública costarricense es una de las más profesionalizadas y meritocráticas de América Latina. Esta realidad puede constatarse a través de muy diversos indicadores que comparan el funcionamiento de las administraciones de la región. Además, se refleja directamente en la situación económica y social que el país ha vivido durante décadas.

Su fundamento jurídico prístino no se encuentra en reformas recientes (como la del artículo 11 CPR en el año 2000, que constitucionalizó una relación estatutaria sometida a procedimientos periódicos de evaluación del desempeño). Distintas constituciones han ido consagrando, desde la primera mitad del siglo XIX, una arquitectura institucional fundamentada en la rendición de cuentas y el control sobre la actividad de funcionarios y administración, a través de entidades como la CGR.

No obstante, al examinar el régimen del empleo público, destaca un problema sobre cualquier otro, que se deriva precisamente de esa arquitectura basada en la diversidad institucional y en la independencia. Esta, si bien supone un sistema de pesos y contrapesos que puede haber contribuido de forma decisiva a la consecución de los principios de eficacia y eficiencia en el quehacer administrativo e incluso a la independencia del poder político, ha dado lugar a una legislación excesivamente variada y confusa en relación con aspectos de relevancia fundamental como el acceso, la permanencia, los derechos, la carrera administrativa o la evaluación del desempeño.

La extraordinaria cantidad de normativa específica, emanada de cada una de las distintas instituciones que gozan de autonomía en el entorno de la administración se ha convertido en un lastre y pone en peligro la continuidad de las ventajas anteriormente apuntadas. Las diferencias de trato injustificadas hacia los empleados públicos en función de la generación a la que pertenezcan o la institución a la que sirvan, en muchos casos perfiladas jurisprudencialmente, ponen de relevancia una inseguridad jurídica que dificulta la preservación de principios capitales de una función pública profesionalizada y, por tanto, regida por principios como los de igualdad en el acceso al empleo público y equidad, además de que desvirtúa el sentido de la relación estatutaria.

Las entidades autónomas del sector público cuentan una excesiva capacidad de decisión en muy diversos ámbitos del servicio público. Ello implica que a la posible "patrimonialización" de la función pública por parte de los propios empleados –condicionada por intereses particulares– y al riesgo de una alta politización en el marco jurídico de un país fuertemente presidencialista, hay que sumarles un tercer problema en Costa Rica: el riesgo de captura del gobierno por parte de las instituciones que, habilitadas con base en su independencia para "capturar" al Poder Ejecutivo y condicionar en exceso posibles reformas futuras, pueden distraer la política legislativa del interés general y suponer un auténtico lastre para la aplicación efectiva de los principios de eficacia y eficiencia administrativas.

Como efecto directo de esta circunstancia se puede señalar, entre otros aspectos, la desmesurada "inflación salarial" del sector público (con sueldos que duplican, como media,

los del sector privado)²⁷ o la inexistencia de contornos suficientemente definidos en relación con los derechos de empleados públicos reconocidos por vía jurisprudencial a través de diversos pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional, como los de “estabilidad impropia” de los funcionarios interinos o los vinculados a la aplicación del principio de “patrono único.

El problema no se refleja solamente en los agravios comparativos que pueden producirse entre empleados públicos, sino también en la dificultad que puede entrañar identificar a aquellas autoridades capacitadas para impulsar procesos de reforma en una función pública tan atomizada como su normativa y, al mismo tiempo, necesitada –como toda administración que pretenda ser sostenible en el tiempo– de cambios para encarar el futuro.

Por todas las razones apuntadas a lo largo de este trabajo, parecería a priori aconsejable una reordenación del sector público. Ello supondría, como punto de partida, la reducción del número de entidades autónomas. Sin embargo, esta reducción no debe ser arbitraria ni excesiva. Como también se ha destacado en este estudio, no se puede desligar el “éxito” cosechado durante décadas por la administración costarricense, de las virtudes y ventajas que supone la arquitectura institucional del país, que facilita la independencia y el control y asienta sus raíces en una constitución que reconoce expresamente la autonomía de las entidades públicas (Constitución Política de Costa Rica, artículos 188 y siguientes).

Por ello, con el objeto de garantizar la eficacia del proceso de reforma que la función pública del país necesita, se debe destacar la necesidad de llevar a cabo dos medidas con la mayor brevedad posible:

- a. La elaboración de un estatuto único aplicable al conjunto de los empleados públicos del país, de acuerdo con el mandato que contiene el artículo 191 de la Constitución Política de Costa Rica, que regule con suficiente detalle su régimen jurídico y, en especial, una relación estatutaria consustancial al grado de profesionalización que debe salvaguardar e incrementar la función pública costarricense.
- b. La creación de una autoridad independiente, encargada de supervisar y fiscalizar dicho proceso de reformas con base en las previsiones comunes establecidas en la nueva norma , para lo que sería aconsejable la modificación de los artículos 188 y 191 de la Constitución Política de Costa Rica .

V. Referencias

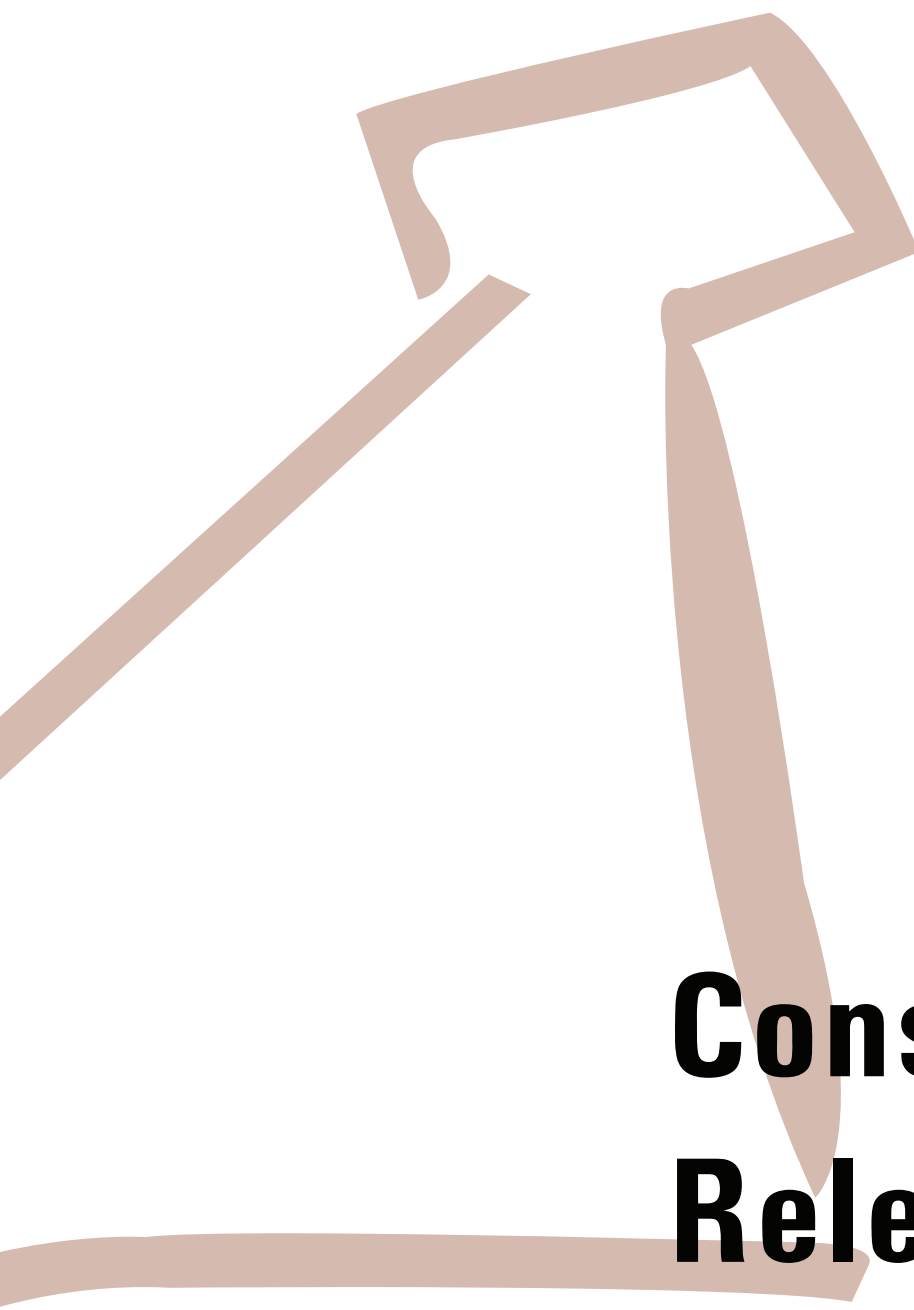
- Aberastury, P. y Blanke, H.-J. (2011). Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Iberoamérica y Europa, Konrad Adenauer Stiftung, Eudeba. Buenos Aires.
- Aldo, S. (2005). Derecho Administrativo Costarricense, en González-Varas, S. (dir.). *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Madrid,

²⁷ Como constata el Informe Gestión del empleo y remuneraciones en el sector público. Datos Relevantes. Insumos de trabajo para discusión” de los Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2015).

- Arenilla, M. y Delgado, D. (2014). ¿Hay muchos empleados públicos en España? Eficiencia y efectividad en el contexto de la OCDE. *Revista de Administración Pública* (139), 297-234.
- Arroyo, L. M. (1994): La carrera administrativa de los funcionarios públicos. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Asamblea Legislativa (1953). *Estatuto de Servicio Civil*, Ley 1581 de 30 de mayo y sus reformas.
- Bertolini, J. E. (2007). Notas sobre el régimen de empleo público en Costa Rica. *Revista IVSTITIA* 21, (251-252), 18-23.
- Bolaños, J. (2000a). El derecho de acceder a la función pública. *Revista de Ciencias Jurídicas* 92, 63-85.
- Brenes, J. C. (2012). La relación estatutaria como límite del derecho de negociación colectiva, *Revista de la Sala Segunda* 2. Recuperado de <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-2/21-revista-2/36-revista2-relacion-estatuaria>
- Castillo, F. y Quesada, J. E. (2006). La profesionalización de la función pública local en Iberoamérica: evolución, modelos y propuestas. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (302), 219-241.
- Contraloría General de la República (CGR) (2007). Memoria Anual.
- Cortazar, J. C., Lafuente, M. y Sanginés, M. (eds.) (2004). *Una década de reformas del servicio civil en Iberoamérica (2004-13)*, Whashington DC: BID.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 7180-05.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 6733-06.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 13504-06.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 07689-08.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencias 1909-10 y 1941-10.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 15254-12.
- De La Cruz Lemos, V. (1983). Las luchas sociales en Costa Rica: 1870-1930, San José: Ed. Costa Rica, pág. 91.
- Delgado, K. y Hernández, A. (2009). Autonomía colectiva en la negociación de las convenciones colectivas de trabajo y la potestad de revisión de su contenido por la Sala Constitucional. San José, Costa Rica: UCR.
- Echevarría, K. (2008) En LONGO, F. y Ramió, C. (ed). La profesionalización del empleo público en Iberoamérica, Barcelona: CIDOB.

- Erkoreka, J. I. (1996). Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisito de capacidad en el ejercicio de funciones públicas. *Revista Vasca de Administración Pública* (44), 237-284.
- Escuin, V. (1986). El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas. Madrid: INAP.
- Fuentetaja, J. (2013). Pasado, presente y futuro de la función pública en España. Madrid: Civitas.
- Fuentetaja, J. (2014). Politización y patrimonialización en la función pública, en Rodríguez-Campos, S. y Fernández. J. (Coord.): *El empleo público en tiempo de reformas*. Madrid: Marcial Pons.
- González-Varas Ibáñez, S. (dir.). (2005). *El derecho administrativo iberoamericano*. Madrid: INAP.
- Gutiérrez, L. M. (2016). Notas esenciales del régimen de empleo público costarricense. *Revista de Ciencias Jurídicas* (87). 81-97.
- Longo F; Ramió, C. (ed). (2008). *La profesionalización del empleo público en Iberoamérica*, Barcelona: CIDOB.
- Loria, M. y Martínez, J. (2016). *El sector público en Costa Rica: desafíos institucionales y oportunidades de Mejora*. Academia de Centroamérica.
- Loria, M. y Umaña, C. (2014). *Costa Rica: empleo y política salarial del sector público*. San José: Academia Centroamericana.
- Jiménez, M. P. y Pérez, J. (2012). *El servicio civil costarricense desde una perspectiva constitucional*. Costa Rica: UCR.
- Jinesta, E. (2009). Principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones públicas, en AA. VV. *Constitución y Justicia Constitucional*, San José: Poder Judicial de Costa Rica.
- Martínez, R. (2008). Tendencias actuales en la profesionalización de la función pública en Iberoamérica: buenas y malas noticias. *Revista Enfoques*, (9), 127-143.
- Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, Ministerio de Hacienda y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2015). *Informe Gestión del empleo y remuneraciones en el sector público. Datos relevantes. Insumos de trabajo para discusión*.
- Montero, G. (2012). La profesionalización de la Función Pública: el desafío inconcluso para el fortalecimiento de la gestión pública. *Revista Centroamericana de Administración Pública*, (62-63), 25-38.
- Murillo, M. (2012). Existencia en Costa Rica de un Derecho Público de Empleo y sus Implicaciones. *Revista de Servicio Civil*, (32), 37-42.
- Nieto, A (1993). La carrera administrativa. *Cuadernos de Derecho Judicial* (7), 11-44.

- Nieto, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid: Tecnos.
- Ortiz, E. (2002). *El servidor público*, en AA.VV. *Tesis de Derecho Administrativo*, Tomo II. San José: Stradtman.
- Oszlak, O. (2009). *La profesionalización del servicio civil en Iberoamérica: impactos sobre el proceso de democratización. La democracia de ciudadanía: una agenda para la construcción de ciudadanía en Iberoamérica*. Whashington DC: OEA.
- Palomar, A. (2007). *La carrera administrativa en el EBEP*, en AA. VV. *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- Parada, R. (1992). *Derecho del empleo público*, Madrid: Marcial Pons.
- Pulido, M. (1992). *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Madrid: Civitas.
- Ramírez, M. A. (2010). *Las transformaciones del empleo público costarricense*. *Revista de Ciencias Sociales* (128-129), 87- 96.
- Rastrollo, J. J. (2016). *Sobre los límites a la discrecionalidad en las pruebas selectivas de la función pública: ¿han de ser precisos y detallados los temarios de oposición?* *Revista Española de Derecho Administrativo*, (175), 365-392.
- Rodríguez-Arana, J., Rodríguez, L. (dirs.) y Rodríguez-Martín, M. C. (coord.). (2016). *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Granada Comares: INAP.
- Rodríguez-Campos González, S. (coord.). (2014). *El empleo público en tiempo de reformas*. Madrid: Marcial Pons.
- Romero, J. (1998). *Empleo público - Ponencia al XIII Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Panamá. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (86), 65-88.
- Sánchez, M. (2012). *Derecho de la Función Pública*, Madrid: Tecnos.
- Segura, M. R. (2012). *Análisis Jurisprudencial de los Derechos Adquiridos y Situaciones Jurídicas Consolidadas de los Trabajadores en el Sector Público y la Negociación Colectiva In Peius*. San José: Universidad de Costa Rica.
- Stewart, R. B. (2016). *La falta de ponderación de los intereses afectados en la gobernanza regulatoria a nivel global y sus remedios: rendición de cuentas, participación y sensibilización*, en Kingsbury, B. y Stewart R. B, *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. Sevilla: Derecho Global.



Consultas Relevantes



Potestad del Concejo Municipal para encargar un estudio a un funcionario de auditoría distinto al Auditor Interno.

El Concejo Municipal, como jerarca de la Auditoría Interna, está facultado para solicitar a dicha unidad la ejecución de estudios sobre temas de interés institucional; sin embargo, la designación del personal a cargo de la ejecución; así como lo relativo a temas de plazos y demás, corresponde exclusivamente al titular de la Unidad, es decir, al Auditor Interno. En relación con el tema de recusación o abstenciones, deben observarse las reglas generales aplicables a los funcionarios públicos que regula la Ley General de la Administración Pública en los artículos 230 a 238. En relación con el procedimiento a seguir cuando el Auditor Interno no está de acuerdo con la orden emitida por el Concejo Municipal respecto de la asignación de un funcionario para la ejecución de un estudio, la normativa a aplicar sería la correspondiente a "Recursos contra los acuerdos del Concejo", artículo 153 del Código Municipal. Ver oficio Nro. 09623-2016 (DFOE-DL-0780) del 20 de julio, 2016

Uso de tiempo laboral para actividades festivas de la municipalidad y pago de esas festividades con recursos públicos.

El Clasificador por objeto del Gasto del Sector Público establece que la Subpartida 1.07.02 Actividades protocolarias y sociales, corresponde exclusivamente a erogaciones destinadas al pago de los servicios, útiles, materiales y suministros diversos, necesarios para efectuar celebraciones y cualquier otra atención que se brinde a funcionarios o personas ajenas a la entidad. El disfrute de días feriados o cierre de la institución corresponde solamente a aquellos otorgados expresamente por una ley (entre esas el Código de Trabajo). En caso de pretender llevar a cabo otra festividad que implique el cierre de las instalaciones municipales, esto es competencia y responsabilidad propia de la Administración Pública, sin que con ello se contravenga la eficacia y continuidad del servicio público y que no corresponda a intereses privados. Ver oficio Nro. 09932 – 2016 (DFOE-DL-0802) del 27 de julio, 2016

Alcances del voto de Sala Constitucional (2015-1784) en materia de investigaciones preliminares.

La CGR atendió consulta sobre los efectos de la sentencia relacionada con relaciones de hechos o investigaciones preliminares. Se emitió opinión jurídica no vinculante, dado que la interpretación de las sentencias no es facultad de la CGR, se realizó un breve repaso por los temas de la jurisprudencia como fuente de derecho, y las etapas de confidencialidad en el procedimiento administrativo. Ver oficio N.º 10190 (DFOE-DJ-1374) del 03 de agosto del 2016


CONAPAM y DESAF deben definir conjuntamente los gastos que pueden cubrirse con recursos de FODESAF.

Es responsabilidad del CONAPAM, establecer en conjunto con la DESAF, cuáles son los gastos ineludibles para la operación del programa que pueden o no ser cubiertos con recursos del

FODESAF, lo cual dependerá de la situación de cada sujeto beneficiario en particular. Los recursos del FODESAF que se transfieren a CONAPAM, solo podrán ser utilizados en programas de atención a personas adultas mayores en condición de pobreza o pobreza extrema. El artículo 18 de la Ley 5662 y su Reglamento establecen la obligatoriedad de suscribir convenios de colaboración interinstitucional entre la DESAF y las instituciones encargadas de programas o servicios patrocinados con recursos del Fondo, lo cual constituye un instrumento para facilitar las labores de fiscalización y control que la DESAF, como responsable de los recursos del Fondo, debe ejercer. Ver oficio Nro. 11116-2016 (DFOE-SOC-0868) del 25 de agosto, 2016

CONAC no puede delegar sus funciones esenciales en materia presupuestaria y de contratación.

La Auditoría Interna del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) realizó una serie de consultas a la Contraloría General, en relación con la delegación de funciones del Consejo Nacional de Áreas de Conservación (CONAC), específicamente las relacionadas con la contratación administrativa y la materia presupuestaria, en unidades como la Proveduría o la Dirección Ejecutiva de la institución. Para dar atención a las interrogantes, el órgano contralor requirió, en primer lugar, del pronunciamiento de la Procuraduría General de la República (PGR), por ser materia de su competencia, en cuanto a la naturaleza jurídica y organización del SINAC. El dictamen emitido por la PGR, permitió la formación de un criterio más completo, en el que se concluyó la existencia de limitaciones para que el CONAC delegue por completo sus funciones esenciales en materia de contratación administrativa, salvo en cuanto a la instrucción de algunos procedimientos de este tipo; así como sus competencias en materia presupuestaria. Ver oficio N.º11216 (DFOE-AE-0354) del 29 de agosto del 2016.



**Resoluciones
judiciales
relevantes**

Tribunal Primero Civil da trámite a cobro de responsabilidad civil establecido por la CGR.

En proceso ejecutivo simple en el que se llevó a cobro la responsabilidad civil establecida por la CGR contra ex miembros de la Junta Directiva y funcionarios y ex funcionarios del Banco Popular por permitir la extensión ilegal de beneficios de la convención colectiva a servidores excluidos de dichas regulaciones, el Tribunal Primero Civil, con base en el artículo 76 de la LOCGR, validó como título ejecutivo la certificación del acto final del procedimiento y descartó la configuración de prescripción en el proceso judicial por la suspensión de la que fue objeto por una medida cautelar dictada en otro proceso, y la configuración de cosa juzgada respecto de un proceso penal en el que se ventilaron los mismos hechos que sustentaron la declaratoria de responsabilidad. En firme. Ver Resolución N° 759-3C de las 14:50 horas del 22 de junio de 2016, Tribunal Primero Civil. Sección Extraordinaria.

Se declara prescripción y falta de interés actual.

El Tribunal Contencioso Administrativo declaró inadmisibile la demanda interpuesta por la ex alcalde de la Municipalidad de Alajuela en contra del Estado y la CGR, donde se cuestionaba la sanción que le fue impuesta por el órgano contralor en un procedimiento administrativo resuelto en el año 2010. En dicha demanda se pretendía la anulación de las conductas administrativas que impusieron la cancelación de credenciales, así como la prohibición de ingreso o reingreso en cargos de la Hacienda Pública por el plazo de dos años y el pago de una suma de dinero de \$5,342,336.99 en favor de dicho Gobierno Local. La sentencia rechaza anular los actos sobre la cancelación de credenciales, dado que la demanda fue interpuesta habiendo transcurrido el plazo legal de un año para la impugnación de esas conductas y consideró la existencia de una "falta de interés actual" sobre la solicitud de anulación de la inhabilitación, toda vez que ya había transcurrido el periodo de esa sanción. En consecuencia, la demanda fue rechazada en su totalidad, condenando a la actora al pago de las costas del proceso. La resolución no se encuentra en firme. Ver Resolución N° 66-2016-IV de las 16:05 horas del 15 de julio de 2016-VII, Sección Cuarta, Tribunal Contencioso Administrativo.

Tribunal valoró el interés público para resolver caso de contratación de notarios en entidad bancaria.

El Tribunal, al resolver el rechazo de una medida cautelar y analizar sus presupuestos, consideró que los reclamos que se hagan respecto al contenido de un cartel en el marco de una contratación de notarios externos, llevada a cabo por una institución bancaria, no tienen la virtud de suspender el dictado del acto final, sea la adjudicación, en el tanto existe un altísimo interés público en que dichos procesos de contratación administrativa lleguen a su fin en aplicación directa de los principios de eficacia y eficiencia de la Ley de Contratación Administrativa, de modo que sólo cabría suspender cautelarmente el acto cuando se acredite la existencia de un daño especialmente intenso en la situación jurídica de un oferente. En firme. Resolución oral N° 319-2016 de las 11:27 horas del 09 de agosto de 2016, Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Se declara la validez de las conductas formales emitidas por la CGR.

El Tribunal Contencioso Administrativo declaró sin lugar en todos sus extremos una demanda en contra de la resolución N° R-DCA-527-2013 mediante la cual el órgano contralor anuló el acto de adjudicación dictado dentro de la Licitación Abreviada N° 2013LA-000048-09002, promovida por el Ministerio de Seguridad Pública para la construcción del Centro de Capacitación y Módulos Residenciales de Murciélago. El Tribunal estimó que no existe vicio alguno en la resolución impugnada, en tanto la Contraloría, al amparo de sus competencias legales, se abocó de manera oficiosa, a examinar lo actuado y resuelto por la Administración activa, llegando a determinar que el acto de adjudicación debía anularse, por haber sido dictado contrario a derecho; adicionalmente, señaló, el órgano contralor resolvió ajustado a derecho, impidiendo una eventual afectación del interés público. La resolución no se encuentra en firme. Ver resolución N° 86-2016-VII de las 13:45 horas del 29 de agosto de 2016, Tribunal Contencioso Administrativo.

An abstract graphic composed of thick, brownish-tan lines. It features a horizontal base line, a vertical stem, and a top section that curves into a shape resembling a scale of justice or a stylized letter 'A'.

**Actualidad
jurídica**

Improcedente pago de anualidades a los Alcaldes Municipales Intervención de la CGR

Licda. Francella Navarro Moya

En mayo del 2008 la División Jurídica de la Contraloría General de la República analizó el tema sobre el reconocimiento de anualidades a los Alcaldes Municipales y determinó la improcedencia de dicho reconocimiento; por cuanto no existe norma legal que disponga dicho pago y la Ley de Salarios de la Administración Pública N° 2166 reformada por la ley N°6835 del 22 de diciembre de 1982 no es aplicable al cargo de Alcalde Municipal ya que esta se aplica a una relación de empleo público solamente; al respecto; consideró el órgano contralor que, en la relación del Alcalde Municipal con el Gobierno Local no se configuran los diversos presupuestos que permitan tenerle como una relación de empleo o laboral, lo cual supone que el beneficio referido en el artículo 12 inciso d) de la Ley N° 6835 no le resulta aplicable y no puede obtener válidamente los efectos de reconocimiento de tiempo servido que esa norma presupone.

Adicionalmente, el órgano contralor estimó que la determinación salarial del Alcalde, dada la especial naturaleza del cargo, es un aspecto que viene regulado de manera expresa por norma especial -artículo 20 del Código Municipal-, por ende, las demás regulaciones que buscan precisar aspectos inherentes a la remuneración de los funcionarios municipales no le son aplicables, por la especialidad que supone el citado mandato 20, las condiciones propias de su cargo y forma de designación, lo que incluye lo relacionado a los aumentos salariales.

A partir de dicho criterio, el órgano contralor planteó cuatro demandas ante el Tribunal Contencioso Administrativo, mismas que se declararon con lugar en todos sus extremos y con ello el Tribunal, además de anular los actos administrativos referidos al improcedente reconocimiento de anualidades con base en los argumentos planteados por el órgano contralor, solicitó a los gobiernos locales gestionar la devolución de los montos otorgados, de manera ilegal, por dicho concepto.

Adicionalmente, el órgano contralor intervino en 40 procesos ordinarios laborales planteados por alcaldes, ex alcaldes y ex vicealcaldes, en los que estos pretendieron el pago por dicho concepto; así, con la intervención del órgano contralor la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia estableció la abierta improcedencia del reconocimiento y pago de anualidades a favor de los Alcaldes Municipales, mediante las resoluciones N° 2010-000698, 2010-000884, 2010-000885, 2010-000942 y 2010-001107 de las 14:48 horas del 20 de mayo del 2010, 08:55 horas del 18 de junio del 2010, 09:00 horas del 18 de junio del 2010, 11:00 horas del 30 de junio del 2010, y de las 11:18 horas del 06 de agosto del 2010, respectivamente.

Con la jurisprudencia de la Sala Segunda antes señalada, los procesos laborales planteados se han resuelto de manera favorable a los intereses de la Hacienda Pública municipal.

Finalmente, en vía administrativa, el órgano contralor logró la devolución de los pagos realizados, por dicho concepto, a los alcaldes de tres municipalidades.

Así, con la intervención del órgano contralor en vía judicial -Contencioso Administrativa y Laboral- y administrativa, se logró ahorrar a los gobiernos locales un monto aproximado de

trescientos millones de colones (₡300.000,00); pago que, por concepto de anualidades solicitaron los alcaldes, ex alcaldes y ex vicealcaldes municipales en su oportunidad y que, en virtud de la participación de la Contraloría General de la República, no les fue otorgado, por resultar contrario al ordenamiento jurídico; ello sumado al efecto multiplicador que hubiese tenido un resultado adverso.

Estudio presentado: 07 de noviembre de 2016



Contraloría General de la República

Publicaciones
●●●●● Cgr