



**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS
AMÉRICAS**

VICERRECTORÍA ACADÉMICA

ESCUELA DE DERECHO

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEBER DE
DESOBEDIENCIA EN LA LEY GENERAL DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE COSTA RICA: TRÁMITE
Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA
DEL SERVIDOR PÚBLICO.**

**MODALIDAD DE TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN
DERECHO**

ESTUDIANTE: GLORIANA OBANDO ANGULO

TUTOR: CARLOS MEJÍAS RODRÍGUEZ

SEDE ARANJUEZ

JULIO, 2022

Resumen

En la presente investigación se desarrolla el tema del Deber de Desobediencia, el cual está estipulado en la Ley General de Administración Pública. Este deber es de gran importancia para proteger el principio de legalidad, ante la ejecución de actos contrarios al ordenamiento jurídico.

En este contexto, se planteó como objetivo general del estudio analizar los alcances del trámite y la responsabilidad disciplinaria, en los servidores públicos, tutelados en el régimen jurídico del Deber de Desobediencia de la LGAP. El estudio tiene un enfoque cualitativo, con un alcance descriptivo y con fines prácticos. El diseño de investigación es no experimental. Se utilizó la técnica de revisión de datos secundarios y la entrevista a expertos.

Los resultados obtenidos mostraron que el Deber de Desobediencia resguarda al servidor público de ejecutar actos contrarios al ordenamiento jurídico. Así mismo, limita las potestades del superior jerárquico. Adicionalmente, contempla el trámite para salvaguardar responsabilidades, cuando el servidor debe obedecer el acto, pero lo considera contrario al ordenamiento jurídico.

El artículo 108 de la LGAP, especifica las circunstancias en las que un servidor público debe acogerse al Deber de Desobediencia, pero además prevé en los artículos 109 y 110 de dicha ley, el trámite para salvaguardar responsabilidades. La normativa también considera, el régimen de responsabilidad disciplinaria por no acogerse a dicho deber cuando corresponde o hacerlo de manera errónea.

El estudio plantea reformas a la LGAP en lo concerniente al Deber de Desobediencia y recomienda algunas líneas para investigaciones futuras, asociadas a este tema.

Abreviaturas

CGR: Contraloría General de la República.

CPCA: Código Procesal Contencioso Administrativo

LGCI: Ley General de Control Interno

LGAP: Ley General de la Administración Pública

PGR: Procuraduría General de la República

RASODGSC: Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil

Contenido

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN	21
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	22
ANTECEDENTES	23
<i>Antecedentes Internacionales</i>	24
<i>Antecedentes Nacionales</i>	30
OBJETIVOS.....	35
<i>General</i>	35
<i>Específicos</i>	36
JUSTIFICACIÓN.....	36
PROYECCIONES.....	37
<i>Alcances</i>	37
<i>Limitaciones</i>	38
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO	39
RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEBER DE DESOBEDIENCIA DEL SERVIDOR PÚBLICO EN LA LGAP .	40
<i>Las Órdenes Administrativas</i>	40
Formas de Manifestación de las Órdenes	45
<i>Tipos de Actuaciones de la Administración</i>	46

Actos Formales	46
Actividad Formal Unilateral.....	46
El Acto Administrativo.....	46
El Reglamento.	47
Actividad Formal Bilateral	48
Contratos administrativos	48
Actos Materiales	49
Vías de Hecho.....	49
<i>Los Actos Administrativos</i>	50
Características del Acto Administrativo.....	51
Elementos del Acto Administrativo	52
Elementos Subjetivos.	52
Razón de su Competencia.....	52
Regularidad de la investidura del funcionario.....	53
Legitimación.....	54
Voluntad	54
Elementos Objetivos.....	54
Objeto	54

Contenido	55
Motivo	55
Fin.....	56
Validez del Acto Administrativo.....	57
Eficacia de los Actos Administrativos.....	58
Eficacia Subjetiva del Acto Administrativo.	58
Eficacia Temporal del Acto Administrativo.....	59
Comunicación del Acto Administrativo.....	59
Condiciones y Plazos Suspensivos.....	60
Suspensión de la Eficacia del Acto Administrativo.	60
Fin de la Eficacia del Acto Administrativo	61
La Revocación.....	62
La Retroactividad del Acto Administrativo.....	62
Ejecutividad del Acto Administrativo	63
Ejecutoriedad del acto administrativo.	64
Medios de Ejecución Coactiva del Acto Administrativo.	64
Ejecución Forzosa del Bien.....	65
Ejecución Subsidiaria o Sustitutiva.....	65

	13
Cumplimiento Forzoso o Ejecución Específica.....	65
Principio de Legalidad.....	66
<i>Potestades Administrativas</i>	67
<i>Deber de Obediencia</i>	69
Grado o jerarquía.	69
Relación Interorgánica.....	70
Descentralización.....	71
Grados de Autonomía Administrativa.....	72
Primer Grado (Administrativa o Mínima).....	73
Segundo Grado	73
Tercer Grado.....	73
<i>La Jerarquía Administrativa</i>	73
Desconcentración.....	75
Desconcentración Mínima.....	76
Desconcentración Máxima.	77
DEBER DE DESOBEDIENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	77
<i>Invalidez del Acto Administrativo</i>	79
Clasificación de la Invalidez de los Actos Administrativos	80

Nulidades Absolutas o Relativas.	80
Nulidad Absoluta.	81
Nulidad Relativa.	82
Invalidez Originaria o Derivada.	84
Invalidez Simultanea o Sucesiva.	84
<i>Vicios del Acto Administrativo</i>	84
Vicios sobre los Elementos Formales.	84
Vicios en el Sujeto.	84
Irregularidad en la Investidura del Funcionario.	85
Irregularidad en la Legitimación.	85
La incompetencia.	85
Vicios en la Voluntad.	85
Error y dolo.	85
Violencia física.	85
Violencia moral.	85
Enfermedad o minoridad.	86
Vicio en Procedimiento.	86
Vicio en la Forma.	86

	15
Vicios sobre los elementos materiales:	86
Vicios sobre el Motivo.	86
Vicios en el Contenido.	86
Vicios en el Fin.....	86
<i>Los Órganos Colegiados</i>	87
Los Dictámenes	95
PROCEDIMIENTO PARA SALVAGUARDAR RESPONSABILIDADES.....	97
<i>Trámite para Salvaguardar Responsabilidad</i>	97
Casos de urgencia	99
RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL SERVIDOR PÚBLICO	100
<i>Tipos de Responsabilidad</i>	100
Responsabilidad Civil.....	101
Responsabilidad Administrativa.....	101
Responsabilidad Penal	102
Responsabilidad electoral	103
<i>Omisión en la Aplicación del Régimen Jurídico del Deber de Desobediencia</i>	104
<i>Servidor Público que se acoge al Régimen Jurídico del Deber de Desobediencia de manera errónea.</i>	106
CAPÍTULO III MARCO METODOLÓGICO	110

CARACTERÍSTICAS DEL ESTUDIO	111
<i>Enfoque</i>	111
<i>Alcance</i>	111
<i>Finalidad</i>	112
DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	113
CATEGORÍAS DE ANÁLISIS.....	114
TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN E INSTRUMENTOS	116
<i>Revisión de Datos Secundarios</i>	116
<i>Entrevista</i>	116
FUENTES DE INFORMACIÓN	120
<i>Fuentes Primarias</i>	120
<i>Fuentes Secundarias</i>	121
<i>Fuentes Terciarias</i>	121
PROCESO DE RECOLECCIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS	122
CAPÍTULO IV ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	123
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEBER DE DESOBEDIENCIA	124
<i>El Principio de Legalidad y la Validez de los Actos</i>	124
<i>La Relación de Jerarquía y Cumplimiento del Deber de Obediencia</i>	125

<i>El Acatamiento al Marco Regulatorio de la Relación de Jerarquía.</i>	<i>126</i>
<i>La Facultad Jurídica para Ampararse al Deber de Desobediencia.</i>	<i>127</i>
LA VALORACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO PARA ACOGERSE AL DEBER DE DESOBEDIENCIA	131
<i>La Valoración para acogerse al Deber de Desobediencia en los Órganos Colegiados.</i>	<i>135</i>
EL PROCEDIMIENTO PARA SALVAGUARDAR RESPONSABILIDADES.....	137
EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL SERVIDOR PÚBLICO	139
<i>La Responsabilidad Disciplinaria por el no Acatamiento al Deber de Desobediencia.</i>	<i>141</i>
<i>La Responsabilidad del Servidor Público Cuando Actúa con Dolo o Culpa Grave.</i>	<i>142</i>
CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	145
<i>Conclusiones.....</i>	<i>146</i>
Objetivo: Detallar el contenido del Régimen Jurídico del Deber de Desobediencia establecido en la LGAP.	146
Objetivo: Estudiar el trámite para que un servidor público se ampare al Deber de Desobediencia cuando se dan las circunstancias estipuladas en LGAP.	147
Objetivo: Examinar el procedimiento para que un servidor público salvaguarde responsabilidades, ante otras circunstancias no especificadas en el Deber de Desobediencia.....	148
Objetivo: Detallar el régimen de responsabilidad disciplinaria para el servidor público que incumple con el régimen jurídico del Deber de Desobediencia.	148

Objetivo: Identificar eventuales reformas al régimen jurídico de desobediencia estipulado en la LGAP.....	149
<i>Recomendaciones</i>	149
Reformas de Ley.....	149
Propuestas de Investigación.....	150
REFERENCIAS	152
APÉNDICES	159
APÉNDICE A. GUÍA DE ENTREVISTA A EXPERTO 1.....	160
APÉNDICE B. GUÍA DE ENTREVISTA A EXPERTO 2.....	161
APÉNDICE C: RESOLUCIÓN 2021-002504.....	162
APÉNDICE D: RESOLUCIÓN 00093 - 2021	163
APÉNDICE E: OJ-005-2002.....	166
APÉNDICE F: C-067-2005.....	168
APÉNDICE G: OJ-090-2002	171
APÉNDICE H: RESOLUCIÓN 00009 - 2022	179
APÉNDICE I: RESOLUCIÓN 00095-2019	182

Tablas

Tabla 1 *Categorías de análisis para el Estudio del régimen jurídico del Deber de Desobediencia en la LGAP: trámite y régimen de responsabilidad disciplinaria del servidor público, 2022.* **114**

Tabla 2 *Técnicas e Instrumentos de recolección de datos para el Estudio del régimen jurídico del Deber de Desobediencia en la LGAP: procedimiento y régimen de responsabilidad disciplinaria del servidor público, 2022.* **118**

Figuras

Figura 1 <i>Circunstancias para ampararse al Deber de Desobediencia estipuladas en la LGAP.</i>	127
Figura 2 <i>Aspectos para el análisis de imputación de responsabilidades según opinión jurídica OJ-005-2002.</i>	132
Figura 3 <i>Procedimiento para salvaguardar responsabilidades según artículo 109 de LGAP.</i>	137
Figura 4 <i>Procedimiento para salvaguardar responsabilidades según artículo 110 de LGAP.</i>	138

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN

Este capítulo contiene los aspectos introductorios de la investigación: planteamiento del problema, antecedentes, objetivos, justificación y proyecciones.

Planteamiento del Problema

El Derecho Administrativo regula las relaciones entre el Estado, la Administración Pública y los administrados. Consecuentemente, las diversas actuaciones en ese campo, deben someterse al ordenamiento jurídico respectivo.

Con el pasar del tiempo, en Costa Rica se ha desarrollado un marco jurídico en materia de Derecho Administrativo que incluye, Ley General de la Administración Pública, Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley General de Control Interno, Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, así como jurisprudencia.

La Administración Pública está conformada por el Estado, el cual está integrado por los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como otros entes públicos adscritos a ellos. La LGAP regula sus actividades de manera general y protege el interés público, fin último que persigue la Administración.

La Constitución Política de la República de Costa Rica, en el artículo 191, establece la obligación que tiene el Estado de tutelar las relaciones con los servidores públicos y de garantizar la eficiencia de la Administración.

El sistema jerárquico de la Administración Pública, obliga a los servidores a obedecer a sus superiores, así lo estipula el artículo 107 de la LGAP. Por otra parte, tutela el Deber de Desobediencia, cuando hay actos contrarios al ordenamiento jurídico. El marco legal de este deber, también se encuentra respaldado, a nivel nacional, por la Constitución Política, Leyes, Reglamentos y Jurisprudencia. A nivel internacional, se hallan los tratados y convenios.

Cuando un servidor público no recurre al Deber de Desobediencia, cuando lo amerita, se establece responsabilidad administrativa, civil, penal o electoral, por el acatamiento de actos contrarios a la norma. Esto con sanciones disciplinarias de distinta índole, según la

gravedad del acto. Otros efectos que se pueden mencionar son el incumplimiento al deber de probidad, deterioro de la credibilidad institucional y por ende pérdidas en el erario público.

El artículo 108 LGAP, establece las dos circunstancias que producen una responsabilidad personal del servidor, tanto administrativa como civil, sin detrimento de la responsabilidad penal por el cumplimiento del Deber de Obediencia al jerarca, cuando lo que corresponde es el deber desobediencia. Los artículos 109 y 110 de dicha ley definen el procedimiento a seguir para salvaguardar responsabilidades, en actos que el servidor considera contrarios al ordenamiento jurídico, pero no están estipulados en las circunstancias del numeral 108.

Por lo anterior, el Deber de Desobediencia es fundamental para salvaguardar la responsabilidad del servidor público, en casos en que el superior jerárquico le ordene actos contrarios a la ley.

Con base en lo expuesto, el presente estudio pretende dar respuesta al siguiente planteamiento del problema de investigación:

¿Cuáles son los alcances del trámite y la responsabilidad disciplinaria, para los servidores públicos, derivados del régimen jurídico del Deber de Desobediencia establecido en LGAP?

Antecedentes

El Derecho Administrativo se concibe como una rama del Derecho que regula las relaciones entre el Estado, la administración pública y los administrados. Esto significa que su ámbito es muy amplio.

Existe normativa nacional, en la que se establecen privilegios y potestades administrativas, las cuales velan por los fines que busca dicha rama. La Administración Pública costarricense incluye el Estado, como órgano superior, y los otros entes públicos adscritos a este. La LGAP es la que tutela una vasta cantidad de aspectos de su competencia.

Esto con el fin de que el interés público prevalezca sobre el de la Administración Pública cuando puedan generarse conflictos.

Parte de lo normado en dicha Ley es el Deber Desobediencia dirigido al servidor público. Hay escasez de estudios concretos en relación al Deber de Desobediencia. Se aborda en algunas investigaciones, como un aspecto asociado a otros temas.

Antecedentes Internacionales

Rosa Gallardo García, en el 2020, publicó en España, en la *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, el artículo titulado **Desobediencia Institucional: Un Debate sobre el fundamento de la intervención penal y administrativa.**

Señaló que, ante la desobediencia del funcionario público en la ejecución de su cargo, convergen dos ramas del derecho: el Derecho penal y el Derecho Administrativo sancionador. Por esta razón, el operador de derecho puede confundirse, y no logra subsumir la conducta en el correcto marco jurídico.

Mencionó que los delitos contra la Administración pública se dan cuando no existe el correcto funcionamiento de los órganos institucionales, es la llamada delincuencia institucional. La desobediencia y denegación de auxilio tipificados en el Código Penal Español, dan paso a la corrupción. Por lo tanto, la investigación considera la necesidad de que estas conductas sean tipificadas en el Derecho Penal.

En el Derecho Penal, los delitos de desobediencia, están tutelados en el Código Penal. El bien jurídico protegido es un interés de carácter público. El fin de tipificar este delito, es que la Administración actúe de manera eficaz, capaz de brindar soluciones a sus administrados. Indicó que para que exista desobediencia de un acto, debe existir una relación de jerarquía previa.

Con respecto al Derecho Administrativo, Gallardo (2020) señaló:

En el ámbito del Derecho administrativo sancionador, nos encontramos con un archipiélago de normas que recogen diferentes infracciones que castigan la desobediencia del funcionario en el desarrollo de su labor. En este acervo sancionador se distinguen entre las normas de carácter general, que se aplican a los empleados públicos; y las más concretas o de carácter especial, que se aplican a un grupo específico, que, debido a las particularidades de la función que estos desempeñan, amerita de una regulación especial y separada del resto. (pp. 10-11)

Existen variedad de normas que castigan la desobediencia del servidor público en su labor. Estas pueden ser de carácter general o especial. A su vez, las faltas se dividen en muy graves, graves y leves. Las primeras se dan cuando el funcionario desobedece órdenes de un superior, salvo que dichas instrucciones sean contrarias al ordenamiento jurídico. Para que exista la infracción a la normativa administrativa, Gallardo (2020) manifiesta que la “conducta debe poner en riesgo o daño a un bien jurídico, no se puede permitir la tipificación de una conducta por la mera desobediencia a un superior, por lo que es necesario poder identificar un objeto de tutela” (p.13).

La relación del artículo con la investigación radica, en que la normativa del Derecho Administrativo español, al igual que en el costarricense existe el Deber de Obediencia y el de desobediencia, debido a la relación de jerarquía en la función pública. En el primero el inferior jerárquico está obligado a obedecer las órdenes emanadas de su superior, su incumplimiento propiciaría sanciones disciplinarias administrativas. Por otro lado, existe también un Deber de Desobediencia, cuando el mandato dictado por el superior es contrario a derecho. El funcionario en este caso está en la obligación de desobedecer, para evitar una responsabilidad personal ya sea administrativa, civil y hasta penal.

Finalmente, Gallardo (2020) manifiesta que el régimen disciplinario sancionatorio del funcionario público parte del Derecho Administrativo, y que el control se realiza en sede administrativa, pero eso no implica, que exista confluencia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

En el 2013, en Lima, Perú se publicó una investigación titulada **El Deber de Obediencia del trabajador**, de la autora Luz Pacheco Zerga. El objetivo era reflexionar sobre los alcances del Deber de Obediencia, su fundamento jurídico, el vínculo con el principio de buena fe, así como los límites a la potestad de dirección, y los distintos ámbitos.

Estableció que la celebración de un contrato laboral tiene como obligación principal, el deber del trabajador de realizar los servicios con eficiencia y eficacia. Debe obedecer las instrucciones emanadas por el empleador, bajo los principios de buena fe y obediencia. Es una prestación de hacer, la cual es continua y consecuencia directa de la subordinación.

En la relación laboral, el empleador goza de un poder de dirección; posee el derecho a girar instrucciones o directrices, respetando el principio de razonabilidad. De igual modo, tiene la potestad de sancionar al trabajador cuando este incumple con el contrato laboral.

La obediencia que se le exige al empleado es una obediencia justa. Tiene implícito el derecho de resistencia, el cual procede únicamente si la orden o instrucción es visiblemente ilegal o dañosa. Bajo este supuesto se justifica el incumplimiento del mandato por una manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho. La desobediencia o resistencia de una orden lícita, es falta grave y es causal de despido justificado.

De acuerdo a lo anterior, Pacheco (2013) expresa “Sería inviable una organización en la que todas las órdenes pudieran ser cuestionadas por los subordinados. De allí que sea solo en casos extremos que se justifique la desobediencia y, por contraste, se presuma la legitimidad de las órdenes patronales” (p. 6).

Pacheco (2013) manifestó que, a los servidores públicos, por ser funcionarios de la Administración se les exige integridad y probidad en la ejecución de sus actuaciones. Entre los deberes de la función Pública, está el Deber de Obediencia y lealtad, el servidor debe cumplir con las órdenes dictadas por su superior jerárquico, salvo en casos de arbitrariedad e ilegalidad. La infracción a las obligaciones, justifica la aplicación de sanciones disciplinarias de acuerdo con el ordenamiento jurídico administrativo, junto con la determinación de responsabilidades civiles, administrativas e incluso penales.

En este artículo Pachecho (2013) expone el Deber de Obediencia desde un enfoque de Derecho Laboral. El vínculo con la investigación se halla en la estrecha relación de este Derecho y el Derecho Administrativo, en el tema de los deberes de obediencia y desobediencia. Esto debido a la existencia de una llamada relación laboral entre la Administración Pública y los funcionarios públicos, en donde ambas ramas del Derecho convergen.

Michelle Laporte Ribera en el año 2009, elaboró la tesis para optar por el pregrado de Derecho en la Universidad de Chile, titulada **El principio de probidad y publicidad de los actos de la administración y su reconocimiento constitucional.**

Se analizó los principios de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, con relación a la reforma constitucional Ley 20.050, y modificaciones incorporadas al artículo 8 de la Constitución Política de la República de Chile. Además, del vínculo del servidor público con sus obligaciones, responsabilidades e inhabilidades, en materia de Derecho Administrativo.

El estudio tiene relación con el tema de la presente investigación, ya que este hace referencia a que cada institución que integra la Administración Pública, tiene como objetivo cumplir con la función encomendada por la ley. Como parte del estudio la autora desarrolla los deberes de los funcionarios públicos, entre los cuales está el Deber de Obediencia. También definió la función pública como aquella actividad remunerada u honoraria, que realiza una persona en nombre del Estado, o de sus entidades, la cual tiene como característica que “hace preferir el interés público por sobre el interés privado, en caso de enfrentamiento entre uno y otro” (Laporte, 2009, p. 8).

Adicionalmente, se indica que el funcionario, debe ser consciente del compromiso que adquiere como servidor público, y por consecuencia la responsabilidad que esto acarrea. El empleado público cuando asume el cargo contrae deberes que son inherentes de la función pública, y es la ley la que determina esas obligaciones, las cuales pueden ser, de hacer o de no hacer.

Además, la tesis señaló que el principio de probidad administrativa, es considerado también una obligación. Los servidores deben actuar de manera correcta en el ejercicio de sus funciones, lo cual está estrechamente relacionado con la idoneidad del servidor. Este principio, es parte del estatuto normativo de la Administración Pública, el cual no solo comprende normas jurídicas, sino también, normas éticas.

Se indicó que, para la validez de los actos administrativos, uno de los requisitos es que estos deben ser conforme a derecho, haciendo referencia al principio de legalidad administrativa. Si la Administración incurre en la infracción de alguno de los elementos del acto administrativo, dicha actuación acarreará nulidad, dando origen a responsabilidad y sanciones que la normativa establezca. En estos casos, la obediencia del acto no será de acatamiento obligatorio.

El estudio menciona el Deber de Obediencia. Recalcó que es un principio primordial de la organización administrativa, en donde el servidor está en la obligación de cumplir con las órdenes emanadas de su superior jerárquico. Se encuentra estrechamente vinculado con la jerarquía administrativa, siendo este un precepto fundamental del sistema administrativo.

En relación a lo descrito con anterioridad, Laporte (2009) señaló:

En caso que el órgano Administrativo no tenga la investidura previa, regular, legal, o exceda su competencia o incurra en infracción de cualesquiera de los elementos del acto administrativo, la actuación administrativa resultante adolecerá de nulidad y dará origen o generará las responsabilidades y sanciones que la ley indique y, además, no será obligatoria su obediencia o acatamiento. (p. 39)

Distinguió dos tipos de obediencia. La primera, la obediencia absoluta, cuando el funcionario está en la obligación de cumplir con el acto ordenado por el superior. La segunda es la obediencia reflexiva, el empleado público puede oponerse a realizar el acto porque existe una convicción de que la ordenanza es inconveniente o es clara su ilegalidad.

Determinó que la obediencia absoluta, no se puede utilizar como un eximente de responsabilidades, si el acto claramente excede el marco jurídico, o está fuera de la actuación administrativa, y existen abusos de poder manifiestos.

Finalmente, sugirió que la probidad administrativa es un tema de discusión política y pública. Además, para que la Administración Pública sea efectiva y eficiente, debe existir transparencia por parte de los funcionarios que participan de la actuación de la administración.

En el 2020, Mario Caballero Moreno realizó un trabajo de fin de grado en la Universidad de Valladolid, titulado **El delito de desobediencia de los funcionarios públicos.**

En la investigación, el autor examinó el delito de desobediencia de los funcionarios públicos al tenor de los artículos 410 y 411 del Código Penal español. Además, realizó un análisis del concepto de mandatos jurídicos obligatorios y los afectos teóricos del delito de desobediencia del funcionario público.

Caballero (2020) desarrolló la naturaleza de la infracción, y el bien jurídico que se protege. Indicó que la desobediencia de un funcionario se encuentra establecida en el marco de las normas de tutela genérica, son las que violentan preceptos de carácter administrativo. Por lo tanto, el bien jurídico protegido, va a depender de los intereses que persiguen las normas administrativas.

El vínculo entre ambas investigaciones se da con respecto al delito de desobediencia, afirma que se fundamenta en la relación de jerarquía, que favorece la existencia de deberes. Además, este solo puede ser exigido ante la existencia de un interés preponderante.

También, analizó los delitos de desobediencia del funcionario a la luz del Código Penal español. En el que se establece la desobediencia como un delito de omisión impropia, el cual tiene como característica el dolo.

Caballero (2020), diferenció el injusto penal del injusto administrativo, de modo que establece en el marco del Derecho Administrativo, la existencia de normas que:

Recogen una serie de infracciones que castigan la desobediencia del funcionario en el ejercicio de sus funciones. En este punto nos encontramos con normas de carácter general, que se aplican a los empleados públicos; y normas de carácter especial, que se aplican a un grupo específico, que, debido a las particularidades de la función que estos desempeñan, precisan de una regulación especial. Estas últimas son infracciones las cuales aparecen incorporadas en la normativa especial de algunos cuerpos específicos (p. 43).

Señaló que, en el Derecho Administrativo el incumplimiento al Deber de Obediencia, puede ser catalogado como una infracción, muy grave, grave y leve. Por lo que una falta grave puede ser sancionada con la suspensión de funciones, apercibimiento o traslado con cambio de residencia.

Caballero (2020) concluyó que, para diferenciar si se debe aplicar la normativa del Derecho Administrativo o del Derecho Penal, hay que acudir al criterio de consecuencias. Si la desobediencia genera perjuicio a terceros, se cataloga como delito y debe ser sancionado mediante el Derecho Penal. En cambio, se debe utilizar el Derecho Administrativo sancionatorio, cuando se quebranta el deber del funcionario, y no produce efectos externos.

Antecedentes Nacionales

En Costa Rica, en el 2020 se publicó en la *Revista de Derecho de la Hacienda Pública* un estudio de Jenny Cheung Chan, llamado **Anulación de oficio de los actos administrativos declaratorios de derechos subjetivos y el papel del juez contencioso en el proceso de lesividad.**

En la investigación, se analizó la anulación de oficio de los actos administrativos en el proceso de lesividad, además de posibles soluciones jurídicas del administrado ante la transgresión de sus derechos, y la responsabilidad del servidor público involucrado.

Cheung (2020) manifestó que, en Costa Rica, la Ley General de la Administración Pública es el marco jurídico que rige las actuaciones de las instituciones públicas. Se presume que las actuaciones, desde el momento en que se dictan, poseen legitimidad, validez, perfección y eficacia.

Al respecto Cheung (2020), señala que un acto administrativo:

Que cumplir con ciertos requisitos para que sea considerado válido y eficaz, estos elementos constituyen el modo en que el ordenamiento jurídico determina la formación y manifestación de la voluntad administrativa. Cuando el acto carece o se pone en duda alguna de estas exigencias, corresponde entrar a analizar la nulidad de éste. (p. 35)

Un acto es considerado nulo, cuando carece de elementos formales y esenciales, los cuales son requisitos para que la actuación sea considerada válida y eficaz. Son elementos formales el sujeto, procedimiento y la forma. Mientras que los elementos esenciales son los que participan en la formación y determinan la validez del acto, motivo, contenido y fin.

Este estudio es de importancia para esta investigación, porque desarrolló la responsabilidad del funcionario público en actos administrativos declarados nulos. Se debe tomar en cuenta la gravedad de la infracción, y la responsabilidad del funcionario público. Un ejemplo de ello, es la ejecución de actos evidentemente ilegales, o que presenten nulidad.

Se indicó que la Procuraduría General de la República estableció que cuando se cause daños a la Administración o a terceros existe responsabilidad del servidor, la cual se va establecer mediante un procedimiento administrativo. Esto tanto para quien ordena el acto, como para el funcionario que lo ejecuta.

Concluyó Cheung (2020) que, existe falta de coordinación y capacitación en los diversos entes y órganos públicos, en materia de responsabilidad del funcionario, cuando el acto es declarado nulo y afecta a terceros o la Administración.

Dunia González Calero en el 2016. Desarrolla un proyecto de grado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, de la Universidad de Costa Rica, con el título de **La aplicación del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico administrativo**

La autora realizó una tesis enmarcada en el Derecho Administrativo. El objetivo era demostrar la posibilidad de extender la aplicación del abuso del derecho al ordenamiento jurídico público administrativo. Además de los alcances y límites de este abuso, en la esfera pública.

Analizó y comparó doctrina y textos legales, para obtener mediante la inducción y deducción la respuesta a la viabilidad de extensión del abuso del derecho al ordenamiento jurídico público administrativo.

El estudio es de importancia para la investigación ya que desarrolla el abuso del poder mediante las actuaciones administrativas. Los actos administrativos están íntimamente relacionados con los deberes de obediencia y desobediencia, y son necesarios para el cumplimiento de dichos deberes.

Además, señala González (2016) que la administración actúa de dos formas. La primera, ejerciendo las potestades administrativas. En segundo lugar, mediante derechos subjetivos desplegados por la administración. Estos tienen como característica común, que se dan bajo situaciones de poder jurídico.

En relación con lo anterior, González (2016), indicó que “Todas las funciones públicas se expresan por medio de actos administrativos, contratos o servicios materiales, y sin excepción, van teleológicamente orientadas a esa satisfacción” (p.44). A la Administración se le confieren potestades y deberes frente a un particular, en función de la ejecución de actividades consideradas necesarias para satisfacer el interés público. Tiene como límite el principio de legalidad, todo lo que no está autorizado está prohibido.

Citó González (2016), que el abuso del derecho en materia administrativa se da cuando en el ejercicio del poder la administración lesiona los intereses de un particular. Como consecuencia se da la nulidad del acto.

En cuanto a la validez de los actos administrativos según el ordenamiento jurídico, explica el autor, que el acto es válido cuando la conducta del órgano administrativo es legítima, es con forme a derecho. Existe invalidez del acto administrativo cuando este no se ajusta al ordenamiento jurídico.

González (2016), afirmó lo siguiente:

Las potestades se ejercitan por medio de actos, que están orientados a satisfacer el interés público. Todo acto concreto de la administración debe estar autorizado por una norma. Autorización aquí significa que los elementos del acto se encuentren regulados.

Así, si al momento de ejercer la potestad pública, la administración se excede y modifica algún elemento del acto administrativo, se está ante un abuso. (p. 66)

Se refirió brevemente al Deber de Obediencia en actos relativamente nulos, como un elemento de la seguridad jurídica. La desobediencia de esos actos, producirá responsabilidad civil o penal del administrado.

Finalmente, en el abuso del derecho no se ataca el acto, si no los efectos que este produce. En consecuencia, se espera la reparación e impedir que siga acarreando responsabilidad para la administración pública.

En fecha de junio del 2017, Luis Alonso Richmond Portuguez presenta su tesis de Licenciatura en Derecho, de la Universidad de Costa Rica, denominada: **La aplicación de institutos del Derecho Penal en la sanción administrativa de funcionarios públicos dentro del ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública: el caso del régimen de responsabilidad de la Ley N°8422.**

Se analizó la aplicación de institutos sustantivos y procesales del Derecho Penal al régimen de responsabilidad administrativa establecido por la Ley n.º 8422, en el ámbito de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República. Así mismo, la potestad sancionatoria de la Administración Pública, y la relación con la sanción penal.

La investigación fue cualitativa, en relación al análisis de la normativa relacionada con el ordenamiento jurídico de Hacienda Pública. Utilizó doctrina, artículos académicos, jurisprudencia y resoluciones de carácter administrativo.

El estudio realizado por Richmond (2017) tiene relación con la investigación, ya que desarrolla el acto administrativo, la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República como ente administrativo, el régimen de responsabilidad administrativa y el Derecho Administrativo sancionador de la Hacienda Pública. Además de explicar la teoría del acto administrativo.

En relación con el acto administrativo Richmond (2017), indica:

La Ley General de la Administración Pública, dedica su Título Sexto (correspondiente a los artículos del 120 al 189), al tema de los actos administrativos, donde desarrolla ampliamente los aspectos relacionados a su concepto, validez, eficacia, nulidad, entre otros. De acuerdo con la normativa, el acto administrativo, debe contener una serie de elementos que le permiten existir en forma válida dentro del ordenamiento jurídico, los cuales pueden ser clasificados como materiales y formales. (p. 42)

La Contraloría General de la República, en el ejercicio de sus facultades, y de acuerdo con su Ley Orgánica, no solo tiene la facultad de sancionar al servidor por la infracción de la normativa de la Hacienda Pública, sino que esa facultad se extiende a personas físicas y jurídicas privadas.

Así mismo, las sanciones aplicadas por la Contraloría, se basan en el régimen de responsabilidad, control y fiscalización de la Hacienda Pública. Una vez, que se realiza el

procedimiento administrativo, bajo el principio del debido proceso, esta emite una recomendación vinculante sobre la aplicación de la sanción disciplinaria correspondiente.

Como parte de las potestades del órgano contralor, se establece un procedimiento sancionatorio regulado por LGAP. En relación a esto, Richmond (2017), señala que:

El procedimiento que debe seguir la Contraloría General para la aplicación de las sanciones comentadas, tiene como base el procedimiento ordinario regulado en la Ley General de la Administración Pública, por la necesidad de resguardar todas las garantías del investigado, al estar en juego un eventual daño a sus derechos (p. 29).

Las sanciones pueden ser amonestación escrita, la suspensión sin goce de salario y el despido sin responsabilidad patronal. Para funcionarios de elección establece como castigo la cancelación de sus credenciales. Richmond (2017), establece que “la potestad sancionadora administrativa, toma como base la relación que tiene la administración con aquel a quien somete a una sanción administrativa; vínculo que se convierte así mismo en fundamento para el ejercicio de esta potestad” (p. 52)

En el estudio se concluyó que hay un ordenamiento jurídico en materia de Hacienda Pública, en donde se integra la responsabilidad administrativa. Se presentan faltas que pueden ser sancionadas por las correspondientes administraciones y la Contraloría General de la República.

Objetivos

General

Analizar los alcances del trámite y la responsabilidad disciplinaria, en los servidores públicos, tutelados en el régimen jurídico del Deber de Desobediencia de la LGAP.

Específicos

- Detallar el contenido del régimen jurídico del Deber de Desobediencia establecido en la LGAP.
- Estudiar el trámite para que un servidor público se ampare al Deber de Desobediencia cuando se dan las circunstancias estipuladas en LGAP.
- Examinar el procedimiento para que un servidor público salvaguarde responsabilidades, ante otras circunstancias no especificadas en el Deber de Desobediencia.
- Detallar el régimen de responsabilidad disciplinaria para el servidor público que incumple con el régimen jurídico del Deber de Desobediencia.
- Identificar eventuales reformas al régimen jurídico de desobediencia estipulado en la LGAP.

Justificación

El funcionamiento de los órganos e instituciones que integran la Administración Pública, los vínculos entre ellos y los administrados, son competencia del Derecho Administrativo.

El sector público nacional, está conformado por un conjunto de instituciones, responsables de suministrar los diversos servicios que le corresponden al Estado. Toda entidad pública dispone de una estructura jerárquica, con su respectiva cadena de mando. Los servidores públicos están obligados a obedecer a sus superiores.

El Deber de Desobediencia en la administración pública se encuentra tutelado en el artículo 108 de Sección Segunda del Capítulo Segundo de la LGAP. Dicho articulado ampara el Deber de Desobediencia cuando las órdenes o actos son contrarios al ordenamiento jurídico.

De igual manera, los artículos 109 y 110 de LGAP, tutelan el trámite para salvaguardar responsabilidades, cuando los servidores públicos deben de obedecer la orden por no encontrarse dentro de las circunstancias establecidas en el numeral 108 de LGAP.

En la Administración Pública se dan casos de servidores, que incumplen con el Deber de Desobediencia. Ello sucede a pesar, de que la ley faculta al servidor a desobedecer en circunstancias determinadas. A su vez, define el trámite a seguir para salvaguardar responsabilidades y así evitar posibles sanciones disciplinarias.

El Deber de Desobediencia ampara a los servidores públicos y por consiguiente al Estado en su conjunto, ya que incide en la transparencia de los actos, las potestades de mando, de vigilancia y fiscalización, propias de la Administración.

El presente estudio aborda el tema del régimen jurídico del Deber de Desobediencia en la LGAP. Se analizan los alcances del trámite y la responsabilidad disciplinaria, en los servidores públicos.

Se espera que los resultados se constituyan en un aporte al conocimiento científico del Derecho Administrativo, específicamente, en materia del deber desobediencia. Al ser un tema poco tratado y la tesis un documento público, podrá ser de utilidad para los servidores públicos y otros vinculados a la temática como juristas y estudiantes de derecho.

Proyecciones

Alcances

- Por ser una investigación científica se amplía el conocimiento a cerca del Deber de Desobediencia, el cual está inmerso en el ámbito del Derecho Administrativo costarricense. Por consiguiente, se espera que el estudio sea un compendio que informe y retroalimente a personas interesadas en esta temática.

- El estudio podrá ser consultado, para casos en que un servidor público, deba realizar el trámite para salvaguardar responsabilidades cuando considera que una orden es contraria al ordenamiento jurídico.
- En el estudio, se podrán consultar las distintas responsabilidades en las que puede incurrir el servidor público, por no ampararse en el régimen del Deber de Desobediencia, cuando así lo amerite.
- La investigación será un referente, en materia del régimen disciplinario cuando el servidor público incumple con el Deber de Desobediencia o se acoge a este erróneamente.

Limitaciones

- La principal limitación fue la escasez de investigaciones específicas, sobre el Deber de Desobediencia en la Administración Pública costarricense.
- A nivel internacional también son escasos los estudios acerca de este deber.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

El marco teórico de este estudio, se basa en los temas relacionados con el Régimen jurídico del Deber de Desobediencia del servidor público en la LGAP, el Deber de Desobediencia de los actos administrativos, el procedimiento para salvaguardar responsabilidades y el régimen de responsabilidad disciplinaria del servidor público.

Régimen Jurídico del Deber de Desobediencia del Servidor Público en la LGAP

Los fundamentos teóricos de este régimen lo integran: las órdenes administrativas, potestades administrativas, Deber de Obediencia, validez y eficacia de los actos y el Deber de Desobediencia de los actos administrativos. Estos temas son esenciales para comprender y analizar el régimen jurídico de dicho deber, el cual es objeto de esta investigación.

Las Órdenes Administrativas

Las órdenes administrativas son emanadas por un superior al inferior jerárquico. Si bien, es cierto la LGAP establece que el inferior debe acatar los actos, existe el Deber de Desobediencia al cual puede recurrir un servidor público, cuando considere que dichos actos son contrarios al ordenamiento jurídico.

De acuerdo con Gordillo (2012), los actos administrativos “se dividen en internos y externos según que establezcan o no una relación jurídica con el particular. El acto interno sería la orden o instrucción que el Estado da a sus órganos para el desempeño de sus funciones” (p. IADA-V-5).

Por su parte la LGAP clasifica los actos administrativos en cuatro tipos: los actos externos que se destinan a los administrados; los actos internos cuyo destino son los órganos o entes de la Administración; los actos concretos que son los que van a un sujeto en específico y los generales, en los que no se identifica el sujeto.

Lo anterior se encuentra regulado en el inciso primero, del párrafo 121 de la LGAP, el cual dicta: “los actos de la Administración se clasifican en externos e internos, según que

vayan destinados o no al administrado; y en concretos y generales, según que vayan destinados o no a un sujeto identificado”.

Los actos administrativos, al estar sometidos a la ley son impugnables. Pero existen unos que se les excluye de la impugnación. En primer lugar, los actos de gobierno, son los que tienen como fin mantener la unidad del Estado y el normal funcionamiento de los Supremos Poderes. Luego están los actos necesitados, que se crean cuando la Administración se encuentra en estado de necesidad. A los actos discrecionales, la ley le confiere al servidor la facultad de dictar el acto, son en uso de una libertad de determinación subjetiva. (Ortiz, 2002b pp. 417-418).

La orden, como acto emanado por la Administración Pública, debe ser lícito, estar conforme al ordenamiento jurídico. Válido, poseer todos sus elementos constitutivos. Oportuno, debe ser conforme a las reglas de la buena administración. Es considerada un acto imperio, le corresponden exclusivamente a la Administración. Es un acto de poder, de autoridad. Además, de ser unilateral, ya que solo requiere la voluntad de la Administración. (Ortiz, 2002b pp. 414-425).

Señala Cassagne (2002) que, entre los principales efectos derivados de la relación jerárquica está el reconocimiento de importantes facultades como “el dirigir e impulsar la actividad del órgano inferior, dictando normas de carácter interno, de organización o de actuación y órdenes particulares” (p.233).

La potestad de dar órdenes es propia del contenido de la relación jerárquica. Este determina la interpretación de la ley y el uso de potestades discrecionales por parte del inferior, el cual debe obedecerlas, incluso si son ilegales. Además, señala que todo agente público está obligado a obedecer las órdenes de su superior jerárquico (Ortiz 2002b, p.77).

La jerarquía en la Administración Pública establece disposiciones internas que facilitan su actividad, que no van más allá del ámbito de organización y la esfera jurídica de los administrados. Estas disposiciones llamadas instrucciones de servicio, órdenes generales

y circulares, tienen el propósito de dirigir las conductas de quienes trabajan en la Administración Pública (Garcini 1986, p.67).

Landi y Potenza (1978), definen las órdenes como:

Actos por los que la Administración, sobre la base de una potestad de supremacía, hace surgir a cargo de un sujeto un deber de conducta positivo (mandato) o negativo (prohibición), cuya inobservancia expone al obligado a una sanción en caso de desobediencia (p.203).

Las órdenes se fundamentan en la supremacía general de la Administración, que es la potestad que posee la Administración para dictar actos de imperio. Estas órdenes son los actos principales del ejercicio de la supremacía. Generalmente, la inobservancia de una orden acarrea la imposición de una sanción administrativa. (Ortiz 2002b pp.432-433).

La potestad de dictar órdenes del superior al inferior jerárquico, está regulada en el inciso a del artículo 102 de la LGAP, el cual señala que a este le corresponde “Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente”.

Por su parte, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en su resolución 00644, de las nueve horas y dieciocho minutos, del 29 de julio del 2009, establece con respecto a la obediencia de las órdenes emanadas por el superior jerárquico al inferior, lo siguiente:

En concordancia con ese alto precepto, la Ley General de la Administración Pública dedica una sección, la segunda, del capítulo segundo, “De la relación jerárquica”, del título cuarto, “De las relaciones interorgánica”, de su libro primero, “Del régimen jurídico”, a regular el denominado “Deber de Obediencia”, cuya finalidad es conciliar la necesaria existencia de una línea de mando al interior de cualquier administración pública con las exigencias propias de la legalidad en el quehacer administrativo. Por regla general, toda persona al servicio de un órgano o ente público está obligado/a a

obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares de su superior jerárquico, sea o no inmediato (artículo 107), salvo que tengan por objeto la realización de actos evidentemente extraños a su competencia o que sean manifiestamente arbitrarios por constituir delito (artículo 108). Ahora bien, cuando el acto ordenado sea contrario al ordenamiento jurídico por cualquier otro concepto, es obligación del o de la inferior “(...) consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibo”. De esa manera, por un lado, logra que no recaiga sobre él o ella las consecuencias de una eventual responsabilidad civil y, por el otro, contribuye con una sana administración y se resguarda la especial vinculación que supone el principio de legalidad. Desde esta última perspectiva, se establece una suerte de control cruzado que convierte al funcionario vigilante del quehacer institucional y busca prevenir errores y, eventualmente, prácticas de corrupción que luego pretenden justificarse en desconocimiento o ignorancia. En otras palabras, la obediencia administrativa no es ni puede ser ciega porque el primer compromiso es con el bloque de legalidad en su conjunto. Y ello es más cierto cuando está de por medio el manejo de fondos públicos. Correlativo al Deber de Obediencia del trabajador, se encuentra el poder de dirección del patrono, sobre el cual la doctrina ha indicado: "No hay duda, por ello, que frente al Deber de Obediencia, que le impone al trabajador el respectivo contrato, aparece correlativamente un poder del empresario, entendido como subordinación jurídica y que no es más que el poder de dirección. Nos referimos a ese poder que tiene el patrono para disponer de la fuerza de trabajo de su servidor, que es el sujeto dependiente, en la forma más conveniente a los fines de la empresa". (ARDÓN ACOSTA (Víctor Manuel), El poder de dirección en la empresa, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1999, p. 20). Dicho poder aparece regulado en el numeral 102, inciso a), de la citada Ley General, en los siguientes términos: "El superior jerárquico tendrá las siguientes potestades: a) Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente". Sin lugar a dudas, las órdenes dadas al actor, por sus superiores, tanto de forma escrita

como oral, conllevaban consecuencias negativas para el centro hospitalario en caso de no cumplirse, pues los testigos de la demandada fueron contestes en que, de no haberse formulado el presupuesto para el año 2002, se le asignaría el mismo presupuesto de 2001, lo que equivaldría atender los programas de ese período, con un presupuesto menor, repercutiendo de forma directa en los servicios médicos que se brinda a las pacientes. Incluso, debido a que el demandante no acató la orden de ninguno de sus superiores, su jefe inmediato, el señor Juan Luis Vargas Salas, debió formular el presupuesto 2002 y la modificación presupuestaria del mes de junio de 2001. De lo anterior se colige, sin duda alguna, que el accionante cometió las faltas que se le imputaron en la respectiva acción de despido (no realizar la formulación presupuestaria para el año 2002, ni preparar la modificación ordinaria correspondiente al mes de junio de 2001). Tampoco cabe duda que la actitud del actor sea una falta grave al contrato de trabajo, pues de no haberse realizado la preparación y modificación de los presupuestos respectivos las implicaciones en la parte operativa del nosocomio hubiese afectado la prestación integral de los servicios de la salud. El actuar del actor, irrespetó el Deber de Obediencia que le imponía el artículo 71 ídem en su inciso a), que dice: "Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus Leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los trabajadores: a) Desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad estarán sujetos en todo lo concerniente al trabajo". Aunado a lo anterior, debe rescatarse el hecho de que los testigos de la accionada, jefaturas del actor, fueron coincidentes en señalar que don Mario nunca aceptó a don Juan Luis Vargas como su jefe, lo cual a todas luces es contrario al Deber de Obediencia que tenía como funcionario público. Por último, debe agregarse que lo ordenado al señor Estrada, no era algo extraño a las funciones que conocía, pues quedó acreditado que desde el año 1994, ejecutaba labores como encargado de la oficina de presupuesto. Tampoco implicaban las órdenes actos arbitrarios o de abuso de poder, pues desde el mes de mayo de 2001, se le habían dado las instrucciones y los materiales para que preparara el presupuesto del año 2002.

La sentencia de la Sala Segunda de Corte Suprema de Justicia reafirma, que se deben de obedecer las órdenes del superior jerárquico, siempre y cuando se ajusten al principio de legalidad y al ordenamiento jurídico. Además, del llamado control cruzado, en donde el servidor público debe evitar que se cometan errores, en el ejercicio de sus funciones, para lo cual, la ley prevé el Deber de Desobediencia.

Formas de Manifestación de las Órdenes

Existen diversas formas en las que las órdenes se pueden manifestar. Según Gordillo (2013), existen casos en que los actos no son documentados por escrito, si no que se expresan de manera verbal. Como por ejemplo las órdenes de los policías y las órdenes comunes de los superiores a los funcionarios públicos, relacionadas al desempeño de sus tareas diarias. La falta de documentación del acto, provoca que su exigibilidad se vea disminuida. La orden verbal es normalmente exigible, en el momento de su emisión, pero no tiempo después. Por lo que la forma verbal debe ser interpretada de manera restrictiva (pp.356-357).

El acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los individuos a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido convencional o ideográfico (Gordillo, 2011, p.III-17).

En relación a lo anterior, Gordillo (2013), establece que los signos y señales son una forma de manifestación de los actos administrativos. Hay quienes consideran que los signos, por ser un lenguaje, son una manifestación expresa de la voluntad de la administración.

Continúa diciendo Gordillo que, los signos se pueden manifestar de distintas formas, por ejemplo: señales acústicas como las alarmas, las señales de tránsito y la mímica que realizan los oficiales de tránsito y policías. Estos deben ser conocidos y utilizados generalmente. Si los signos empleados no poseen estas características, se podría decir que son incomprensibles, por lo que la voluntad de la administración no se transmitió de manera idónea (p.357).

Por su parte la LGAP, en su artículo 134 establece que por regla general los actos administrativos deben ser de forma escrita. Este numeral indica lo siguiente:

1. El acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa.
2. El acto escrito deberá indicar el órgano agente, el derecho aplicable, la disposición, la fecha y la firma, mencionando el cargo del suscriptor.

Las órdenes es una forma en la que se manifiestan los actos administrativos. El acto administrativo, en un tipo de actuación de la administración. En relación con lo anterior, se desarrolla los tipos de actuaciones de la Administración

Tipos de Actuaciones de la Administración

La Actividad de la Administración, se manifiesta de distintas formas. Mediante actos formales como la actividad formal unilateral y la actividad formal bilateral. También por actos materiales en los cuales se establecen las vías de hecho.

De acuerdo con Jinesta (2009), existen varias formas en las que la Administración exterioriza la actividad administrativa. Puede ser a través de los hechos y los actos. Se dan dos tipos de actuaciones de la Administración, la primera es la formal, que a su vez puede ser unilateral o bilateral; la segunda, material, la correspondiente a las vías de hecho.

Actos Formales

Mediante este tipo de actuación es que se expresa la voluntad administrativa.

Actividad Formal Unilateral. La unilateralidad quiere decir que solo basta con la declaración de la voluntad de la Administración, para que el acto surta efectos. Dentro de esta categoría encontramos:

El Acto Administrativo. Es una declaración unilateral de la voluntad, conocimiento o juicio, en el ejercicio de la de la función administrativa, la cual produce efectos jurídicos

(Jinesta 2009, p.394). Es una declaración de exteriorización de voluntad por parte de la Administración, que crea relaciones jurídicas. Es una orden.

El Reglamento. Se puede definir como el acto administrativo de carácter unilateral que crea normas jurídicas generales. El poder mediante el cual la Administración Pública, dicta los reglamentos es la potestad reglamentaria. García de Enterría y Fernández (2006a), indica que se llama “Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración” (p.181). Tiene como características que es una norma escrita, secundaria ya que complementa la ley y sus efectos jurídicos son de alcance general y normativo. Sus efectos jurídicos son permanentes y se extinguen con la derogación.

Como el reglamento es una norma y un acto administrativo a la vez, se encuentra regulado en el artículo 6 párrafos 2 y 3:

Artículo 6º:

2. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia.
3. En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos.

Existen diversos tipos de reglamentos como lo señala Ulloa (2013), entre los que se encuentra el reglamento autónomo de organización. Estos no se basan en ninguna ley, tienen por objeto crear órganos internos y regular las relaciones entre ellos. Otro tipo de reglamento es el reglamento de ejecución, son precedidos por una ley y complemento a esta. Tienen como fin establecer las normas necesarias para la ejecución de la ley (p.102).

Continúa Ulloa (2013), otro tipo son los reglamentos autorizados. Estos los emite el Poder Ejecutivo, con la habilitación del Poder Legislativo por medio de una ley. Este tipo de reglamento, aumenta las facultades reglamentarias del órgano ejecutivo. Por último, están los reglamentos de necesidad, que se crean con carácter de urgencia, como son excepcionales solo se ejecutan mientras se den las causas de su creación (p.102).

Actividad Formal Bilateral. A diferencia de la actividad formal unilateral, la actividad formal bilateral es el acto que realiza la Administración en acuerdo con un tercero. Para que este tipo de actividad surta efectos jurídicos, no basta con solo la voluntad de la Administración, además se necesita la voluntad de un sujeto de derecho. En esta categoría se encuentra los contratos administrativos. (Jinesta, 2009 pp.395 -396)

Contratos administrativos. Su regulación está sujeta al Derecho Administrativo, específicamente a la jurisdicción contenciosa administrativa. Según Comadira, J. y Escola, H. (2012), los contratos administrativos se generan cuando la administración y los particulares llegan a un acuerdo, creando un acto de voluntad común, en donde las partes establecen sus derechos y obligaciones. La administración en estos contratos tiene como finalidad el interés público (p.723).

La resolución 06432 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, del cuatro de setiembre de 1998 señala con respecto a la figura de los contratos administrativos lo siguiente:

Su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, destinado a satisfacer las exigencias de funciones esenciales del Estado -tanto en lo que respecta a la prestación de un servicio, como a la realización de una obra-, es decir, de fines públicos, razón por la que lo esencial del contrato se desplaza de la armonía de intereses entre las partes involucradas, a la consecución del fin de interés público que se persigue; segundo, que es esencial a la diferenciación sustantiva del contrato administrativo, que la Administración goza de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución, etc.), llamadas cláusulas exorbitantes y que se fundan en el interés público; tercero, del concepto mismo de contrato se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos, por lo que es natural pensar que el vínculo que une a las partes se nutre del principio de justicia conmutativa en cuanto se recibe alguna prestación que debe compensarse con cierta igualdad, o lo que es lo mismo, debe existir reciprocidad de

intereses; por ello, y como regla general, el contrato administrativo responde al tipo de los contratos que son onerosos (concepto de financiamiento por medio del gasto público), pero a la vez conmutativos (contraprestaciones equivalentes); cuarto, la doctrina reconoce que las prestaciones deben ser equilibradas por dos razones: porque la Administración financia el contrato con gasto público, que tiene un orden especial de origen constitucional (principios de la Hacienda Pública), de manera que la obligación debe ser respaldada, necesariamente, con la existencia de fondos suficientes para enfrentarla; y en segundo lugar, porque la formalización del contrato reconoce un valor subjetivo que para cada una de las partes, tiene la prestación de la otra, valor que debe ser íntegramente respetado, sin que sean posibles alteraciones futuras, a menos que medie un nuevo acuerdo entre las partes.

Actos Materiales

Los actos materiales, de acuerdo con Jinesta (2009), se definen en función de los hechos de la administración. Los define como “las actuaciones materiales u operaciones técnicas realizadas en el ejercicio de la función administrativa” (p.361). Son meras actuaciones físicas o materiales, no tienen como objetivo producir efectos jurídicos. Es la prestación de un servicio público, la preparación y ejecución de un acto administrativo.

Es un hacer material, no impone deberes, son operaciones técnicas o actuaciones físicas. No posee legitimidad, ya que las normas no se la otorgan. Esta es una de las principales diferencias con los actos administrativos. Las vías de hecho son actos materiales.

Vías de Hecho. Jinesta (2009), indica que se presenta cuando la Administración por medio de la coacción, transgrede el principio de legalidad, sin que exista un acto o un servicio público en el cual fundamentarse. Se debe excluir de las vías de hecho los actos administrativos absolutamente nulos, ya que estos se encuentran dentro de la actividad formal y no material como son los hechos.

Además, señala que las vías de hecho se pueden ver desde dos perspectivas, la primera es la sustantiva o material. Es la actuación material ilícita de la administración que

daña o afecta los derechos fundamentales del administrado. La segunda desde su carácter procesal o adjetiva, como es una actuación ilegítima, esta puede ser atacada o impugnada por el administrado desde distintas vías procesales.

Hay vías de hecho, cuando existe una coacción administrativa ilegítima. Jinesta (2009) establece cinco hipótesis en las que se presenta esta coacción. La primera, cuando no existe un acto ejecutorio válido ni eficaz, en el ejercicio de la autotutela de la Administración. La segunda, cuando hay un exceso en la ejecución del acto administrativo. La tercera, cuando no se da un servicio público que no ha sido autorizado por el ordenamiento jurídico y que justifique el despliegue de actuaciones materiales. La cuarta, cuando no hay una situación de hecho que justifique la coacción para la autodefensa administrativa. La quinta cuando no exista estado de necesidad o de urgencia administrativos que justifiquen la situación. (Jinesta, pp.378-380).

Por otra parte, el acto administrativo es un tipo de actuación formal de la Administración Pública como se indicó anteriormente. El tema del acto administrativo, es de importancia, ya que las órdenes son una forma de manifestación de los actos administrativos.

Los Actos Administrativos

En relación con el acto administrativo, se desarrollan los tipos de actuaciones de la Administración, las características del acto, los elementos del acto, la validez de acto, la eficacia del acto, las potestades administrativas, la retroactividad del acto administrativo y ejecutividad del acto. Lo anterior, para determinar cuando el acto se encuentra conforme al principio de legalidad, siendo este un principio relevante en la Administración Pública.

El acto administrativo es “una manifestación unilateral de voluntad dirigida a producir un efecto de derecho y emanada normalmente por la Administración en uso de su potestad administrativa” (Ortiz, 2002b, p.319). Por su parte Jinesta (2009), establece que “los actos son las declaraciones de voluntad, juicio o conocimiento de la Administración Pública” (p.361).

Ulloa (2013), señala la existencia de dos acepciones del acto administrativo, la primera desde la percepción material, indicando que es toda manifestación de la actividad del Estado. La segunda es la formal, la cual señala que son los actos dictados por los órganos o entes del Estado, en función de sus competencias. Por otra parte, no son actos administrativos los propios de la actividad interna de la Administración, tampoco los emitidos por los órganos consultivos que no producen efectos jurídicos a terceros ni a otros órganos de la Administración. (pp.137-138)

En relación con lo anterior el párrafo primero del artículo 130 de la LGAP señala lo siguiente: “El acto deberá aparecer objetivamente como una manifestación de voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento”.

El acto administrativo, posee diferentes características, las cuales se desarrollan en el siguiente apartado.

Características del Acto Administrativo

El acto administrativo se caracteriza por su presunción de legitimidad. La Administración al ser un ente superior puede imponerse mediante un acto unilateral. Se presume que este acto se encuentra sujeto al derecho, por lo que no posee vicios, siendo válido, perfecto y de acuerdo al derecho, por lo que se puede aplicar sin problemas. Además, es unilateral ya que va a depender únicamente de la voluntad de la Administración. (Jinesta, 2009, pp.417- 421)

Otra característica del acto administrativo es la estabilidad, la cual se refiere a la vigencia del efecto del acto. Según Romero (2016), estos actos deben contar con cierta estabilidad en el tiempo, pues provocaría caos y desorganización, tanto para el Estado como para la sociedad (p.127).

Los actos administrativos están vinculados a la relación de jerarquía. En estos se encuentra la facultad de emitir órdenes. Ortiz (2002b) manifiesta que la jerarquía supone la

coincidencia de competencias, las cuales no están en el mismo plano de la igualdad, sino que el superior debe comprender la competencia del inferior, aunque sea más amplia. Advierte que basta con que la ley establezca subordinación para que exista jerarquía. Si no existe potestad de mando, desaparece la jerarquía (pp.76-77).

Además de las características propias del acto, este posee elementos particulares que lo conforman.

Elementos del Acto Administrativo .

Estos se subdividen en subjetivos y objetivos.

Elementos Subjetivos. Se refieren al sujeto que realiza el acto, la Administración, sus órganos o entes. García de Enterría y Fernández T. (2006a), indican que el acto administrativo solo lo puede crear la Administración Pública en sentido formal y no puede producirse por ningún órgano que no esté integrado a la Administración (p.555).

Los elementos subjetivos a su vez se clasifican en:

Razón de su Competencia. Jinesta (2009), la define como “la suma o esfera, determinada y conferida por el ordenamiento jurídico, de potestades, facultades y deberes del ente público y de los órganos que lo conforman para el cumplimiento de los fines públicos” (p.443).

El artículo 60 de la LGAP, establece la competencia para la Administración y señala:

1. La competencia se limitará por razón del territorio, del tiempo, de la materia y del grado.
2. Se limitará también por la naturaleza de la función que corresponda a un órgano dentro del procedimiento en que participa.

La competencia se clasifica en cinco criterios. De acuerdo con Ortiz (2002b), el primero en razón de la materia, la cual señala el fin último y más amplio de un acto. El

segundo, por territorio, es el espacio geográfico en donde debe ejecutarse y adaptarse el acto. El tercero, la competencia en razón de tiempo. Es el plazo legal en el que surte efectos el acto. El cuarto, la competencia en razón del grado. Es la que se da entre dos órganos, uno es superior al otro y este puede revisar lo hecho por el de menor rango. Finalmente, el quinto es competencia en razón de personas, que indica el destinatario del acto administrativo (pp.344-345).

La competencia en razón de su territorio está regulada en el artículo 61 de LGAP y establece:

1. Para determinar la competencia administrativa por razón del territorio serán aplicables las normas respectivas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia civil.
2. Si no son compatibles, será competente el órgano que ha iniciado el procedimiento, o aquel más próximo al lugar de los hechos que son motivo de la acción administrativa.
3. Para determinar los otros tipos de competencia se estará a lo que dispongan las reglas específicas pertinentes.

Por su parte la competencia en razón de grado, está establecida en el artículo 101 de la LGAP, que indica: “Habrá relación jerárquica entre superior e inferior cuando ambos desempeñen funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarque la del segundo por razón del territorio y de la materia”.

Regularidad de la investidura del funcionario. El órgano, ente o funcionario público debe estar debidamente nombrado. “Se afirma que, para el ejercicio de una función pública, se precisa de una investidura regular sea de un nombramiento legal y de la toma de posesión del puesto respectivo” (Jinesta 2009, p.494).

La regularidad de la investidura se encuentra estipulada en el párrafo primero del artículo 111 de la LGAP, el cual dicta:

Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

Legitimación. “Es la posibilidad genérica de ejercer la competencia propia para todos los casos que esta abarca, en razón de haber llenado determinadas exigencias jurídicas que son la condición necesaria al efecto” (Ortiz 2002b, p.346).

Se debe realizar un juramento de acuerdo con el artículo 11 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, para que un funcionario pueda tener legitimación. Este juramento se encuentra establecido en párrafo segundo del artículo 194, el cual declara:

"¿Juráis a Dios y prometéis a la Patria, observar y defender la Constitución y las leyes de la República, y cumplir fielmente los deberes de vuestro destino? - Sí, juro. - Si así lo hicieréis, Dios os ayude, y si no, Él y la Patria os lo demanden."

Voluntad. “Es la capacidad de dirigir la conducta interna y externa hacia un resultado normalmente distinto de dicha conducta” (Ortiz, 2002b, p.347). Está regulado en el párrafo primero del artículo 130 de LGAP, es una manifestación de voluntad libre y consiente.

Elementos Objetivos.

Objeto. Es la materia del acto y define su contenido. Dromi (2008), apunta que “es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina” (p.72). El objeto debe contar con ciertas características. Para Ortiz, (2002b), el objeto debe ser legítimo, la cosa a la que se refiere el acto debe ser lo que el ordenamiento establece. Tiene que ser posible, este debe existir y no ser absolutamente nulos. Debe ser determinado, tiene que especificar su contenido. El objeto debe ser lícito y moral, no debe ser contrario al ordenamiento jurídico, ni a las buenas costumbres (pp.350-351).

Cuando se dice que el objeto debe ser cierto, preciso, determinado, determinable y posible, es necesario saber la especie de acto, a qué personas o cosas afecta, el tiempo y lugar en los que surte efectos (Dromi 2008, p.74).

Contenido. Según Ortiz (2002b pp.351-359) el contenido es el efecto del acto, el resultado jurídico inmediato de este. Es lo que el acto declara y expresa en la parte dispositiva. El autor afirma que contenido se subdivide en esencial o necesario, implícito y natural, y eventual o accidental.

El contenido esencial, es el que individualiza el acto y le da el nombre. Un ejemplo es el traspaso de la propiedad el cual es el contenido esencial del acto de expropiación. Si este contenido, falta el acto sería nulo. El contenido implícito y natural es el que se da normalmente y por virtud de ley, aunque el acto no diga nada al respecto. El contenido es accidental o eventual, cuando puede darse o no, va a depender de la voluntad del agente. Tiene como fin adaptar el contenido al motivo y al fin del acto. Para que exista el contenido eventual, es necesario que el motivo sea discrecional, que su contenido no este normado en la ley y que prohíban modificarlos. Por ser accidental no son necesarias para la existencia del acto.

Motivo. El motivo fundamenta al acto. Está constituido por “los “presupuestos” o “razones” del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión” (Dromi, 2008, p.104).

Por su parte Ortiz (2002b), señala que el motivo es el antecedente jurídico que permite ejercer la competencia. El antecedente jurídico puede ser de diversa naturaleza. Primero, puede ser un hecho simple de constatar, mediante reglas empíricas. Segundo, un hecho técnico o constatable por valoraciones técnicas. Tercero, una cualidad jurídica o indeterminada de una cosa, acto, sujeto. Finalmente, una situación histórica ambiental, son hechos enfocados en la ley, pero en conceptos indeterminados que requieren interpretación por parte del funcionario (pp.357-358).

El artículo 133 de la LGAP regula como debe ser el motivo y qué pasa cuando este no está regulado. Este numeral establece:

1. El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.
2. Cuando no esté regulado deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento.

Por su parte el artículo 136 del mismo cuerpo normativo, indica cuando deben ser motivados los actos con mención de sus fundamentos.

1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:
 - a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;
 - b) Los que resuelvan recursos;
 - c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos;
 - d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso;
 - e) Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y
 - f) Los que deban serlo en virtud de ley.
2. La motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia.

Fin. “Es el resultado último, de índole no jurídica, que persigue el acto, en relación con el motivo realizado” (Ortiz, 2002b, p.359). El fin del acto está siempre normado. Si el acto se aparta de su finalidad estará viciado. Respecto a lo anterior, y según lo señalado por

Dromi (2008), el acto “está viciado de desviación de poder cuando el funcionario, sin estar jurídicamente autorizado, usa el poder de la ley con una finalidad distinta de la prevista por ella” (p.81). Este se encuentra regulado en el artículo 131 de la LGAP, el cual cita:

1. Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás.
2. Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento.
3. La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder.

En relación con lo anterior, la existencia de algún vicio en alguno de los elementos del acto, afecta la validez y eficacia de los actos administrativos, por lo que seguidamente, se desarrollan los temas de la validez y eficacia del acto administrativo.

Validez del Acto Administrativo

Existe una presunción de validez del acto administrativo. Este se considera válido cuando cumple con los requisitos que establece el ordenamiento jurídico. Jinesta (2009), señala que para que la actividad de la Administración sea válida debe adecuarse a los comportamientos estructurados en la normativa. Está vinculado al principio de legalidad, en donde se les impone a las administraciones públicas, el sometimiento al ordenamiento jurídico, por lo que toda actividad o actuación debe estar autorizada o habilitada por una ley (p.541).

La validez de los actos administrativos, se encuentran regulada en el numeral 128 de la LGAP el cual señala: “Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta”.

Eficacia de los Actos Administrativos

La Administración Pública crea derechos y obligaciones. Las decisiones emanadas por este, poseen eficacia, lo cual obliga al cumplimiento inmediato de esta. El acto administrativo es eficaz, hasta que no se declare la invalidez de este. Si el acto ordenado es contrario al ordenamiento jurídico, imposible o existe abuso de poder, este claramente pierde su legitimidad. En relación a lo anterior Ortiz (2002b), estipula:

Que la validez del acto no es condición necesaria de su eficacia, dada la posibilidad de que los actos nulos produzcan efectos como si fueran válidos; pero pueden determinarla, si se convierte en motivo de anulación que lo elimina del orden jurídico y lo priva de todo efecto (p.365).

La eficacia es “la capacidad actual del acto administrativo para producir los efectos jurídicos previstos por el ordenamiento jurídico. La eficacia se inicia con el cumplimiento de ciertos requisitos” (Jinesta 2009, p.552). La eficacia es el complemento de la validez del acto administrativo. Se encuentra regulada en artículo 140 de la LGAP, el cual estipula “El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso lo producirá desde que se adopte”.

La eficacia del acto puede ser:

Eficacia Subjetiva del Acto Administrativo. Ortiz (2002b) menciona que, el destinatario es el sujeto que recibe directamente los efectos del acto administrativo. Un tercero es aquel, a quien el acto no lo menciona ni lo identifica, pero puede resultar perjudicado por las consecuencias jurídicas. Entonces, el destinatario es a quien se dirige el acto, su nombre se incluye expresamente en el texto y delimita el contenido de este. (pp.366-367).

Dicho autor señala “la esfera jurídica del tercero no puede ser afectada por el acto administrativo en lo tocante a derechos y obligaciones, salvo autorización legal o expresa. La libertad y los derechos del individuo constituyen un límite de la actividad administrativa”

(p.367). El respeto a estos límites subjetivos son requisito de validez como de eficacia del acto administrativo.

Finalmente, el acto administrativo, sí puede lesionar los intereses legítimos de los terceros sin que incurra en invalidez. El tercero se encuentra en la obligación de respetar el acto. Se debe recalcar que la violación del interés, no quebranta ninguna norma jurídica, siendo el acto perfectamente válido.

Eficacia Temporal del Acto Administrativo. La eficacia temporal del acto administrativo se refiere al momento en que este comienza a surtir efectos. “En principio, el acto administrativo produce efecto desde que es perfecto, es decir, que reúne el número completo de elementos que lo componen de conformidad con el orden” (Ortiz, 2002b, p.370).

En algunas ocasiones la vigencia de la eficacia temporal del acto administrativo, se encuentra supeditada a la comunicación, condiciones y a los plazos.

Comunicación del Acto Administrativo. Es la comunicación del contenido del acto al destinatario. Así lo reafirma el artículo 140 de la LGAP al indicar que el acto administrativo surte efecto después de que este sea comunicado al administrado o destinatario.

Establece Ortiz, (2002b), que los actos generales, los cuales son dirigidos a sujetos indeterminados, como por ejemplo la publicación de un cartel de una licitación, surten efectos a partir de su publicación.

Por otra parte, los actos individuales, son los que se dirigen a un sujeto determinado, son notificados y no publicados como los actos generales, tienen como característica principal la imposición de obligaciones o privación de derechos. Estos no surten efectos hasta que son notificados.

Las notificaciones de los actos se categorizan en tres tipos. Los primeros, son perjudiciales por su imposición de obligaciones y privación de derechos. Los segundos, son los que requieren colaboración del particular para su normal ejecución, por ejemplo, las expropiaciones. No exigen la notificación para su eficacia, ya que esta se surte efectos desde

el momento en que se dictan. Los terceros, son los actos que requieren que el particular los acepte, para producir los efectos. Otorgan derechos cuyo ejercicio supone el cumplimiento de deberes, estos deberes deben ser aceptados. Un ejemplo es el nombramiento; para que surta efecto debe ser aceptado (pp.371-372).

Condiciones y Plazos Suspensivos. Se da cuando el acto administrativo supedita sus efectos a una condición o al cumplimiento de un plazo. Al respecto el artículo 145 de la LGAP dicta:

1. Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento.
2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.
3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.
4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras esta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.

La doctrina es restrictiva al admitir condiciones o términos suspensivos en los actos, solo consiente los que son resolutorios. Las condiciones pueden ser suspensivas o resolutorias. Cuando es admisible la condición suspensiva, su no realización impide que el acto administrativo pueda producir efectos. Tampoco surte efectos, si dentro del plazo en que debió de realizar la condición esta se no se hace, volviéndola imposible (Ortiz, 2002b, pp.372-373).

Por otra parte, la suspensión y la extinción de la eficacia del acto administrativo, se da cuando se presentan circunstancias determinadas, que se detallan a continuación:

Suspensión de la Eficacia del Acto Administrativo. El artículo 148 de la LGAP, indica que ningún recurso administrativo suspende el acto, la eficacia solo se suspende

cuando la ejecución del acto administrativo pueda causar daños graves o de imposible o difícil reparación.

Es una medida cautelar preventiva para evitar la anulación del acto. Además, el órgano de la Administración que dicta el acto, es el que se encuentra facultado para suspender sus efectos. La suspensión del acto es “La paralización temporal de sus efectos. La suspensión se da cuando hay un hecho posterior que exige detener la eficacia a fin de satisfacer debidamente el interés público” (Ortiz, 2002b, p.392).

Fin de la Eficacia del Acto Administrativo. Aunque la premisa es que los actos administrativos poseen eficacia indefinida, esta puede extinguirse por diversas causas. Como los actos que son instantáneos, producen efecto una sola vez, sus efectos se agotan con sola emisión de este, o por que cumple su contenido.

Por otro lado, están los actos de efecto permanente, estos no tienen límites temporales, sus efectos se mantienen de manera indefinida. Para Jinesta (2009), el acto administrativo puede ser revocado por razones de oportunidad, conveniencia o mérito. También por que aparecen nuevas circunstancias de hecho, que no estaban o se conocían al momento en que se dictó el acto. Este puede anularse por la desaparición de las condiciones indispensables que exige el ordenamiento jurídico para su existencia (p.569). Al respecto los artículos 152 y 153 de la LGAP establecen:

Artículo 152:

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

Artículo 153:

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

La Revocación. Es cuando el acto se elimina por razones de oportunidad, según lo indicado en párrafo primero del artículo 152 de la LGAP.

Para Jinesta (2009), se da la revocación de actos administrativos que son válidos y que están de acuerdo al ordenamiento jurídico, cuando estos producen efectos eficaces, pero esa eficacia es inoportuna (p.577).

Ortiz (2002b), indica que “para que la revocación se justifique, es necesario el hecho nuevo, que en forma objetiva determine la necesidad de eliminar el acto para satisfacer el interés público” (p.401). Con base en lo señalado por los autores mencionados, para que se pueda revocar un acto administrativo, debe existir un hecho nuevo.

La revocación se debe realizar de forma escrita y de acuerdo con las formalidades y debe ser motivado, igual que el acto revocado.

La revocación es un acto discrecional y posee como requisitos, que el acto revocado sea válido y eficaz. Debe ser discrecional, es la potestad de suprimir el acto por razones de oportunidad. El acto debe estar a disposición del órgano agente. Si el órgano que dictó el acto administrativo pierde la competencia sobre este, también desaparece su potestad para revocarlo (Ortiz, 2002b, pp.406-407).

La Retroactividad del Acto Administrativo

De acuerdo con el principio de legitimidad, el de seguridad jurídica y la ley, los actos administrativos son irretroactivos. Pero, existen actos administrativos que permiten su retroactividad. Señalan García de Enterría y Fernández T. (2006a), que “La ley admite la

posibilidad de que en ciertos casos los actos administrativos puedan retrotraer sus efectos a un momento anterior al de la fecha en que se dictan” (p.592).

Con base en Ortiz (2002b), hay actos que son retroactivos. En primer lugar, los actos declarativos, son los que constatan una situación jurídica o un hecho anterior, como la anulación, de manera que no lesione derechos o intereses de terceros de buena fe. Segundo, son los actos que la ley y el reglamento declare retroactivos. Estos deben ser siempre favorables para el particular. Tercero, están los actos bilaterales que pueden ser retroactivos por mutuo acuerdo de las partes, pero deben respetar los principios que rigen la contratación privada de la Administración (pp.373-374).

En concordancia con lo anterior los artículos 142 y 143 de la LGAP, señalan respectivamente:

Artículo 142: El acto administrativo producirá efecto en contra del administrado únicamente para el futuro, con las excepciones que se dirán.

Para que produzca efecto hacia el pasado a favor del administrado se requerirá que desde la fecha señalada para el inicio de su efecto existan los motivos para su adopción, y que la retroacción no lesione derechos o intereses de terceros de buena fe.

Artículo 143: El acto administrativo tendrá efecto retroactivo en contra del administrado cuando se dicte para anular actos absolutamente nulos que favorezcan a éste; o para consolidar, haciéndolos válidos o eficaces, actos que lo desfavorezcan.

Por otra parte, la Administración Pública tiene la capacidad para obligar a un tercero a acatar el acto administrativo. Seguidamente se desarrolla este tema.

Ejecutividad del Acto Administrativo

Es la capacidad inherente de la Administración Pública de obligar a un tercero a acatar el acto administrativo. La ejecutividad solo se le puede atribuir a los actos que son eficaces y por ende son válidos o se presume su validez. Jinesta (2009), señala que

ejecutividad “consiste en la obligatoriedad o exigibilidad inmediata del acto administrativo, luego de ser comunicado, esto es, el derecho de la Administración Pública de exigirlo y el deber correlativo del administrado de cumplirlo” (p.553).

Saborío (2002), menciona que la ejecutividad se relaciona al carácter obligatorio de las disposiciones administrativas como ejercicio de su potestad de imperio, es la faceta activa e imperativa de la actividad administrativa (p.48).

Ejecutoriedad del acto administrativo. Es la facultad que tiene la Administración, de poder hacer valer sus actos sin que medie consentimiento jurisdiccional para hacerlo. La ejecutoriedad es:

La prerrogativa otorgada a la administración por el ordenamiento jurídico en virtud de la cual puede ejecutar por sí misma los actos administrativos eficaces, válidos o anulables sin necesidad de recurrir a los Tribunales, aún contra la voluntad o resistencia del obligado. (Saborío, 2002, pp.48-49).

La ejecutoriedad del acto administrativo es una característica instrumental de este, se encuentra regulada en los artículos 146 al 151 de LGAP. El primer párrafo del numeral 146 establece: “La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar”.

Una de las consecuencias que posee la ejecutoriedad es que los recursos administrativos interpuestos, no van a suspender la ejecución del acto, salvo que puedan causar perjuicios graves o de difícil reparación. (Jinesta, 2009, p.556). Así se encuentra regulado en el artículo 148 de la LGAP.

Medios de Ejecución Coactiva del Acto Administrativo. Se encuentran regulados en el artículo 149 de la LGAP.

A continuación, se definen estos medios de ejecución.

Ejecución Forzosa del Bien. Está establecida en el inciso a del artículo 149. Jinesta (2009), lo define como “el secuestro o desapoderamiento de bienes muebles o inmuebles del obligado y su remate público, todo sin acudir a la vía judicial”.

Ejecución Subsidiaria o Sustitutiva. Se está frente a una obligación de hacer o no hacer, que no es de carácter personalísimo. La ejecución coactiva se da mediante la realización de la obra por la Administración, y es a costa y riesgo del obligado. La Administración puede cumplir con la obligación del administrado, pero después le cobra los costos y responsabilidades en que incurrió. (Jinesta, 2009, pp.385-386). Así lo tutela el inciso b numeral 149 de LGAP.

Cumplimiento Forzoso o Ejecución Específica. Al igual que el anterior, es forma de ejecución, una obligación de hacer o no hacer, pero difiere en que esta sí posee un carácter personalísimo. Está regulado en inciso c del artículo 149 de LGAP.

El cumplimiento forzoso “autoriza la coacción directa sobre la persona del obligado. La coacción se limita en este caso al traslado o detención de la persona y puede llegar hasta hacer cumplir compulsivamente la obligación infringida (de hacer o no hacer)” (Jinesta, 2009, p.387). Por su carácter personalísimo, también está normado en los artículos 22 y 37 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, que citan:

Artículo 22: Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país.

Artículo 37: Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.

Con base en lo desarrollado, el acatamiento de una orden u acto por parte de un servidor público, está relacionado al tema del Deber de Obediencia. No obstante, si un eventual acto es contrario al marco jurídico, se estaría incurriendo en una transgresión al principio de legalidad, al cual se hace referencia a continuación.

Principio de Legalidad

De acuerdo con Ortiz (2002a), el principio de legalidad establece que:

Todo acto o comportamiento de la Administración debe estar sometido a una autorización previa del ordenamiento, salvo que resulte evidente que se trata de una actividad privada, regulada en por el Derecho Civil o Mercantil, en virtud de un voluntario sometimiento de la Administración misma (p.73).

El principio de legalidad se encuentra tutelado en los artículos 11 de la Constitución Política y en el 11 inciso 1 de la LGAP, los cuales dictan lo siguiente:

Artículo 11: Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. 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. (Constitución Política de la República de Costa Rica).

Artículo 11 La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. (LGAP).

Cabe reiterar que, el principio de legalidad rige la actuación de la Administración Pública. Faculta al servidor a realizar todo acto que esté estipulado en el ordenamiento jurídico. Por otra parte, aquellos actos que lesionan el principio de legalidad están amparados al régimen del Deber de Desobediencia. Este principio le atribuye ciertas potestades administrativas a la Administración Pública. Tal y como se menciona en el siguiente apartado.

Potestades Administrativas

Las potestades administrativas autorizan los actos jurídicos, los cuales deben de estar de acuerdo con el principio de legalidad. Así lo afirma Ortiz (2002b), quien define potestad como “la posibilidad para realizar actos jurídicos, productores de efectos de Derecho” (p.227). Es una conducta jurídica que produce derechos y obligaciones, además faculta o autoriza los actos jurídicos. Dentro de las potestades, se encuentra las administrativas.

Las potestades son los poderes brindados por el ordenamiento jurídico a la Administración, para el ejercicio de sus competencias. La potestad administrativa está íntimamente vinculada al principio de legalidad. García de Enterría y Fernández (2006a), establecen que la legalidad le atribuye a la Administración potestades. Estas potestades le otorgan facultades de actuación, definen sus límites, la apodera y habilita para su acción, y con ello le proporciona poderes jurídicos. Toda acción de la Administración se ejecuta gracias al poder conferido previamente por la Ley, delimitado y construido por esta. Sin la existencia de esta atribución legal previa de potestades, la Administración no puede actuar (p.449).

La potestad administrativa se subdivide en cuatro tipos, según la actividad de la Administración Pública, tal y como lo especifica Jinesta (2009). Una es la potestad imperativa o de mando, que es la facultad de girar órdenes, instrucciones o circulares y la obligación a su efectivo cumplimiento. Otro es la potestad reglamentaria con la cual la Administración puede dictar reglamentos. Un tercer tipo es la potestad de ejecución o gestión, que consiste en la facultad de dictar los actos para el ejercicio de su competencia. Por último,

la potestad sancionadora, esta es parte del *Ius Puniendi* del Estado, con la facultad de imponer sanciones cuando se transgreden las normas (p.356).

A su vez, las potestades pueden ser de dos formas: regladas o discrecionales. Las potestades regladas de acuerdo con Gordillo (2014), se dan “cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto” (p.179). Estas obligan a la Administración a actuar únicamente según las facultades que la ley le ha conferido. El administrador debe obedecer la ley. Las normas jurídicas se refieren de manera específica a la actividad administrativa.

Las potestades discrecionales de la Administración Pública tienen la facultad de actuar de manera libre, en ciertas situaciones que son sometidas a su competencia, cuando la ley y la jurisprudencia no lo han regulado. En este sentido, Romero (2016) manifiesta que “la discrecionalidad consiste en la elección de elementos no regulados del acto administrativo, según un criterio subjetivo e individualizado, pero jurídicamente aceptable, desde el punto de vista de su adaptación al fin” (p.71).

Con base en García de Enterría y Fernández T. (2006a) son cuatro los elementos que debe contener toda potestad discrecional. El primero es la existencia de la misma potestad. En segundo, es la extensión, la cual no puede ser absoluta. El tercero, la competencia para actuar del ente u órgano. Por último, el fin. La finalidad va a estar implícita, pública y se referirá a un sector concreto de necesidades generales.

Se debe recalcar que, las potestades administrativas facultan a la Administración, para el ejercicio de sus competencias. Aunque, también son un límite para las actuaciones, en la medida en que, deben estar conforme con el principio de legalidad. Incluso esto es aplicable, para aquellas potestades discrecionales, que son una facultad para la Administración de actuar libremente en situaciones no reguladas en la normativa, pero deben estar acorde con el principio de legalidad. En este contexto de legalidad de las órdenes y actos, los servidores públicos están en la obligación de acogerse al Deber de Obediencia.

Deber de Obediencia

La LGAP establece el Deber de Obediencia, mediante el cual un servidor público está en la obligación de obedecer los actos emanados por su superior jerárquico. Este deber se define como “la obligación del agente público de cumplir las órdenes de sus superiores” (Marienhoff 1965, p.233).

El artículo 107 de dicha ley, dicta lo siguiente:

1. Todo servidor público estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, con las limitaciones que establece este Capítulo.
2. El servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato.

Uno de los elementos subjetivos del acto es la competencia, la cual se define como “la aptitud para actuar de las personas u órganos públicos. Comprende el conjunto de deberes y poderes otorgados por el ordenamiento jurídico a una autoridad administrativa” (Jinesta 2009, p.442).

El grado o jerarquía es un criterio fundamental en la ejecución del acto administrativo, tal y como se describe a continuación.

Grado o jerarquía.

Existe una relación de subordinación en donde uno de los órganos es superior al otro. Esta jerarquía es en forma piramidal. Abarca la jerarquía propia y la impropia. Según Dromi (2008), “se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la Administración. Siendo la competencia improrrogable no puede el órgano inferior tomar la decisión que corresponde al superior y viceversa” (pp.64-65).

El grado de jerarquía marca el Deber de Obediencia, el cual señala que se deben obedecer las órdenes de los particulares, instrucciones o circulares del superior. Como se mencionó, el Deber de Obediencia se encuentra regulado en el numeral 107 de la LGAP.

Gordillo (2011), señala que no es un criterio de obediencia absoluta a todas y cualesquiera las órdenes de sus superiores, solamente a las órdenes legales que se encuentran bajo el principio de la presunción de legitimidad, que no alcanza a los actos nulos (p. V-50).

La relación jerarquía está ligada a la llamada relación interorgánica. Forma parte de las clasificadas como relaciones de supremacía que pertenecen a las interorgánicas. Así se indica en el siguiente apartado.

Relación Interorgánica

La Administración posee multiplicidad de órganos, los cuales se relacionan entre sí, para el cumplimiento de los distintos fines públicos. Por lo cual ante la posibilidad de conflictos es necesario que esas relaciones interorgánicas, deben ser reguladas. Estas relaciones son siempre jurídicas (Ortiz, 2002b, p.71).

Ortiz (2002b) señala que estas relaciones interorgánicas pueden clasificarse en tres tipos. La primera, relaciones de coordinación, se dan entre órganos para evitar conflictos. Tiene como función unificar pareceres entre órganos. Un ejemplo de este tipo de relación es la de los Colegios representativos, este órgano colegial busca dar fin a intereses conflictivos, mediante el voto mayoritario.

En segundo lugar, las relaciones de supremacía, las cuales comprenden las relaciones de dirección, de tutela administrativa y la jerarquía. Esta última, es la relación que surge “entre órganos desiguales, pero con competencias iguales”. En tercer lugar, las relaciones de transferencia, las cuales son: la delegación, la avocación, sustitución, desconcentración y la suplencia (pp.70-83).

Descentralización. En la relación interorgánica, se halla la descentralización, Esta nace como una forma para agilizar y evitar el colapso de la Administración Central (Jinesta 2005, p.6). Se define como:

La transferencia definitiva de la titularidad y el ejercicio de las competencias de la Administración Pública Central o Estado a la Administración Pública Descentralizada, sin que medie una relación de jerarquía administrativa si no, únicamente, de tutela administrativa, esto es, hay un relajamiento de los vínculos entre la Administración Pública Central y Descentralizada. (Jinesta 2005, p.6)

El ente público mayor es el Estado o la Administración Pública Central. Es el encargado de atender todos los intereses públicos. Por su parte los entes públicos menores, conforman la Administración Pública descentralizada. Son creados por actos de imperio del Estado, para la atención de fines especiales. Las municipalidades son ejemplo de entes menores (Jinesta, 2009, pp.39-40).

Jinesta (2005) manifiesta que la descentralización posee dos requisitos. El primero es el objetivo, el cual corresponde a la transferencia de la titularidad y el ejercicio de las competencias. El segundo es el subjetivo, es la transferencia intersubjetiva de competencias, la cual se da entre los entes públicos mayores a los entes públicos menores.

Dicho autor continúa manifestando, que la descentralización crea entes públicos menores que poseen las siguientes características: personalidad jurídica especial, autonomía financiera y una competencia exclusiva, no concurrente, razón por la cual el ente público mayor no puede invadir su esfera de competencias (pp. 6-7).

Como efectos de la descentralización, está la creación de una persona jurídica, la cual se da mediante un acto jurídico del ente público mayor. La existencia de una autonomía del ente público menor, es otro efecto. Por último, la tutela administrativa en donde el ente público mayor, la Administración Pública Central, tutela mediante el ejercicio de potestades de dirección, planificación y control al ente público menor (Jinesta 2005, pp.8-9).

La potestad de coordinación, es la que se produce entre los mismos órganos de un ente público. Son las potestades de orden o mando y dirección. Con la coordinación se pretende que no existan omisiones en la función administrativa (Jinesta, 2005, p.42).

La potestad de control es aquella sobre actividades o actuaciones. Es el control de un error de gestión, que realiza un ente público mayor sobre uno menor, mediante directrices, vigilancia del cumplimiento y destitución del titular que falte a estas. El ente público mayor no puede controlar los actos administrativos concretos, ni tampoco los particulares, que son emanados por el ente menor (Jinesta, 2005, p.45).

La tutela administrativa es intersubjetiva, se da entre los sujetos de la administración. Es una forma de control que ejerce el ente público de mayor rango, a los de menor rango, también la relación es horizontal. Por otra parte, la relación de jerarquía es interorgánica y de manera vertical, que se da entre dos órganos que carecen de personalidad, en donde existe uno superior y otro inferior, que se encuentran adscritos al mismo ente público (Jinesta, 2009, pp. 63-64).

La tutela administrativa, se encuentra regulada en el artículo 188 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, (C. Pol.), el cual dicta lo siguiente: “Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión”.

Grados de Autonomía Administrativa

Como se indicó, el artículo 188 de la C. Pol. tutela la independencia administrativa de las instituciones autónomas. Sin embargo, existen grados de autonomía según corresponda a las diferentes instituciones autónomas, lo que, a su vez, se vincula con el tema de acatamiento o no de actos emanados por el órgano superior.

El grado de autonomía es “la potestad para administrar o realizar actos y actividades administrativas conferidas por la Constit. Pol. o la ley a un ente menor” (Ulloa, 2013, p.59).

De acuerdo con Jinesta (2009), se existen tres grados de autonomía:

Primer Grado (Administrativa o Mínima). Es la autonomía administrativa. Se le conoce como autarquía. Por ser considerado el grado básico, todo ente público menor con solo el hecho de existir la posee. Es la facultad conferida a un ente menor, para que pueda realizar sus competencias y atribuciones, sin estar sujeto a otro ente. Es la potestad para disponer de sus recursos, en el cumplimiento de sus fines (p.45).

Segundo Grado. Es la catalogada como autonomía política o de gobierno. Es la posibilidad del ente público para autodirigirse y gobernarse, fijando sus propios lineamientos, objetivos, fines, mediante la planificación, sin que un ente mayor pueda imponérsele. Su competencia está limitada a su ámbito territorial (p.46).

Tercer Grado. Es la llamada autonomía organizativa y como lo dice la palabra faculta a un ente jurídico menor para autoorganizarse, pudiendo definir sus órganos fundamentales, constitución y reparto de funciones (p.48).

La autonomía administrativa es consecuencia de la descentralización, en donde lo que media es la llamada tutela administrativa y no la jerarquía administración. La jerarquía administrativa, está estrechamente vinculada con los Deberes de Obediencia y Desobediencia.

La Jerarquía Administrativa

A pesar de las potestades administrativas que se le confieren a un superior jerárquico, el inferior está facultado para ampararse al Deber de Desobediencia cuando considere que se le dicta un acto u orden contrario al principio de legalidad y por lo tanto al ordenamiento jurídico.

La jerarquía “garantiza que la actividad del servidor público se ajusta a los criterios del ente, representados por el superior jerárquico. Se trata casi siempre de servidores contratados para el desarrollo de las actividades materiales, cuyo régimen jurídico está dado en reglamentos autónomos de organización y servicio” (Ortiz, 2002b, pp.139-140).

Existen dos componentes indispensables de los órganos en la Administración. Uno, es el órgano como individuo, que es la persona física que trabaja para la Administración. El otro es órgano como institución, el cual tiene sus propias competencias y funciones (Jinesta 2005, pp.90-91).

Los artículos 101 y 102 de LGAP regulan la relación de jerarquía y las potestades del superior jerárquico, indicando:

Artículo 101:

Habrà relación jerárquica entre superior e inferior cuando ambos desempeñen funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarque la del segundo por razón del territorio y de la materia.

Artículo 102:

El superior jerárquico tendrá las siguientes potestades:

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

f) Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre órganos inferiores.

Desconcentración. La desconcentración surge como una excepción de la relación de jerarquía y solo puede operar por ley o por reglamento. Ulloa (2013, p.54), la define como “la transferencia jurídica de competencia de un órgano a órganos inferiores, ya sea dentro de la organización de un ente como dentro de los órganos del Estado centralizado”.

Gordillo afirma que “en la desconcentración el que recibe la competencia actúa como órgano del mismo ente, en la descentralización en cambio, el que recibe la competencia actúa como órgano de un ente distinto de aquel a quien se resta la competencia” (2014, p.117).

De lo anterior se destaca que, en la desconcentración, el órgano al que se le delega la competencia pertenece al que la otorga. Mientras que, en la descentralización, los órganos involucrados son distintos.

Por su parte Ortiz (2002b), también se refiere a la desconcentración y establece que esta se da cuando, el inferior pueda tomar decisiones sobre la materia en cuestión. La siguiente cita muestra lo afirmado:

Habrá desconcentración siempre que el inferior pueda decidir una materia sometida a una forma atenuada de supremacía, bien porque el superior no tenga potestad de mando, bien porque no tenga potestad de revisión, o porque no tenga ninguna de las dos. La desconcentración supone la existencia de un órgano dueño de la competencia exclusiva en virtud de norma (ley o reglamento), que ha de ser siempre del mismo rango que la creadora del superior cuya competencia se desconcentra (p.100).

Se trata de la transferencia de una competencia exclusiva, en donde el órgano desconcentrado es creado por razones de especialización. Dicha competencia es necesaria para que se configure la desconcentración. El superior jerárquico no debe compartirla con el órgano desconcentrado, debiendo este tener poderes de decisión propios y externos. La

desconcentración supone un debilitamiento de la relación de jerarquía (Jinesta, 2005, pp.348-349).

La desconcentración puede tener varios tipos de grados. El grado va a depender de la cantidad de poderes otorgados a los órganos desconcentrados y su grado de libertad para tomar decisiones (Ortiz, 2002b, p.100). Se encuentra regulada en la LGAP en su artículo 83, el cual dicta lo siguiente:

1. Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a este y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento.
2. La desconcentración mínima se dará cuando el superior no pueda:
 - a) Avocar competencia del inferior; y
 - b) Revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte.
3. La desconcentración será máxima cuando el inferior esté sustraído, además, a órdenes, instrucciones o circulares del superior.
4. La imposibilidad de revisar o sustituir la conducta del inferior hará presumir la potestad de avocar la misma y a la inversa.
5. Las normas que crean la desconcentración mínima serán de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado y las que crean la desconcentración máxima serán de aplicación extendida en su favor.

Desconcentración Mínima. Se da cuando el superior jerárquico se encuentra, impedido a avocar competencias al inferior y a revisar o sustituir la conducta del inferior jerárquico. Las normas de la desconcentración mínima, se aplican de forma restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado, para evitar que este amplie sus poderes. Los poderes otorgados al órgano desconcentrado son mínimos, por lo que el superior jerárquico conserva el ejercicio de algunas potestades esenciales, como por ejemplo las potestades de mando, vigilancia y delegación (Jinesta, 2005, pp.350-351).

Desconcentración Máxima. Es cuando el superior jerárquico, además de no poder revisar la conducta y avocar la competencia del inferior jerárquico, no puede dictarle al órgano desconcentrado, circulares, instrucciones y órdenes. En esta figura, los poderes del órgano desconcentrado son amplios, por lo que la potestad de mando, que caracteriza a la relación de jerarquía se ve disminuida. La desconcentración máxima suprime la relación de jerarquía, por lo que el órgano desconcentrado ejerce una competencia exclusiva. Aunque en esta figura se suprime la jerarquía, el órgano desconcentrado aún está sujeto a ciertas potestades, como, por ejemplo, la disciplinaria, la de resolución de conflictos de competencia y vigilancia (Jinesta, 2005, pp. 352-353).

En cuanto a la relación de jerarquía, cabe resaltar que existe un Deber de Obediencia por parte del inferior de las órdenes y demás actos que emana el superior jerárquico. Pero, el artículo 108 de la LGAP, también faculta al inferior a desobedecer los actos administrativos, cuando se presentan circunstancias específicas.

Deber de Desobediencia de los Actos Administrativos

El inferior jerárquico, está en la obligación de obedecer los actos que dicta su superior, pero eso no quiere decir que deba obedecer todo acto emanado. Existe el Deber de Desobediencia de los actos ante circunstancias concretas y la falta a este deber, acarrearía al servidor público diferentes tipos de responsabilidades. La desobediencia de una orden se encuentra vinculada con la invalidez y los vicios que dicho acto posea.

La desobediencia se encuentra regulada en el numeral 108, sección segunda, titulada Deber de Obediencia, del capítulo segundo de la LGAP. El Deber de Desobediencia de los actos emanados por el superior jerárquico se estipula en el artículo 108 que indica:

1. Deberá desobedecer el servidor cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias:
 - a) Que la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior; y

b) Que el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito.

2. La obediencia en una cualquiera de estas circunstancias producirá responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativo como civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda caber.

El artículo anterior, menciona las circunstancias en las que el servidor público debe acogerse al Deber de Desobediencia. Para que el servidor pueda determinar si la orden emanada por su superior jerárquico, se ajusta a dichas circunstancias, debe realizar una valoración de la orden. En relación con la valoración, la Ley General de Control Interno establece la llamada valoración de riesgo, la cual el inciso f del artículo 2 de dicho cuerpo normativo, la define como:

f) Valoración del riesgo: identificación y análisis de los riesgos que enfrenta la institución, tanto de fuentes internas como externas relevantes para la consecución de los objetivos; deben ser realizados por el jerarca y los titulares subordinados, con el fin de determinar cómo se deben administrar dichos riesgos.

Además, el artículo 14 de la LGCI, estipula los deberes del jerarca y de los titulares subordinados, en lo concerniente a la valoración de riesgo. Dicho artículo señala:

En relación con la valoración del riesgo, serán deberes del jerarca y los titulares subordinados, entre otros, los siguientes:

- a) Identificar y analizar los riesgos relevantes asociados al logro de los objetivos y las metas institucionales, definidos tanto en los planes anuales operativos como en los planes de mediano y de largo plazos.
- b) Analizar el efecto posible de los riesgos identificados, su importancia y la probabilidad de que ocurran, y decidir las acciones que se tomarán para administrarlos.

- c) Adoptar las medidas necesarias para el funcionamiento adecuado del sistema de valoración del riesgo y para ubicarse por lo menos en un nivel de riesgo organizacional aceptable.
- d) Establecer los mecanismos operativos que minimicen el riesgo en las acciones por ejecutar.

En dicho artículo, se establece un método de valoración para que el servidor pueda identificar, cuando está frente algún tipo de riesgo, tanto a lo interno como lo externo de la institución.

Por otra parte, los incisos a y b del artículo 12 de LGCI, establecen como deberes de los jefes y titulares subordinados en sistema de control, los siguientes:

Artículo 12: En materia de control interno, al jefe y los titulares subordinados les corresponderá cumplir, entre otros, los siguientes deberes:

- a) Velar por el adecuado desarrollo de la actividad del ente o del órgano a su cargo.
- b) Tomar de inmediato las medidas correctivas, ante cualquier evidencia de desviaciones o irregularidades.

De lo anterior se destaca que son deberes del superior y del inferior jefe, velar por que se cumpla el adecuado desarrollo de la actividad administrativa. Si existiera alguna irregularidad deben tomar de manera inmediata, las medidas correctivas. Esto se relaciona con el Deber de Desobediencia, por cuanto, debe existir un acompañamiento del superior al inferior en la ejecución de órdenes y actos, también en valoración efectuada por inferior, para determinar legalidad de la orden o acto.

Invalidez del Acto Administrativo

El acto administrativo se debe desobedecer cuando existen vicios que acarrearán su invalidez o ineficacia. Seguidamente se hace referencia a que es la invalidez de un acto, la clasificación de la invalidez y los vicios del acto administrativo.

Si la validez de un acto administrativo es cuando se encuentra de conformidad con el ordenamiento jurídico, la invalidez es cuando existe una discrepancia con el ordenamiento. El párrafo tercero del artículo 158 de la LGAP manifiesta: “Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas”. Como lo señala el artículo, no solo se debe tomar en cuenta las fuentes escritas del ordenamiento, también la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho.

Existe invalidez, cuando el acto contiene vicios. Son defectos que posee el acto administrativo, cuando este surge a la vida jurídica, el acto deja de ser perfecto y eficaz. Ortiz (2002b), señala que la consecuencia inmediata por la invalidez del acto, es su incapacidad de producir efectos en forma segura y definitiva. Entonces, este no produce efectos, pero si los produjera sería provisionalmente, hasta que este sea anulado. Cuando el acto se encuentra bajo el control de otro órgano quien le condiciona su eficacia, su efecto es eventual y va a depender de la aprobación indebida que le imputa el contralor (p.437).

Clasificación de la Invalidez de los Actos Administrativos

Las nulidades son vicios que afectan la capacidad del acto y por ende la producción de efectos jurídicos. La invalidez de los actos administrativos se clasifica de la siguiente manera:

Nulidades Absolutas o Relativas.

Para determinar si un acto administrativo es absolutamente nulo o su nulidad es relativa se debe establecer la gravedad del vicio. De acuerdo con Ortiz (2002b), no toda irregularidad produce invalidez, al menos que esta impida el fin del acto. Si existe duda sobre si hay una irregularidad o se está frente a una invalidez del acto administrativo, el acto debe mantenerse. Cuando exista duda sobre la clase de invalidez que afecta al acto, se debe entender que existe una nulidad relativa (p.444).

Nulidad Absoluta. Surge cuando el acto administrativo carece de alguno de los elementos constitutivos del acto, como por ejemplo la competencia, el contenido, fin o motivo. Su regulación está establecida en los artículos del 169 al 175 de la LGAP.

Existe nulidad absoluta “cuando la gravedad de la infracción al ordenamiento jurídico impide la realización de los fines públicos”. (Jinesta, 2009, p.549)

El artículo 165 de la LGAP, señala que “La invalidez podrá manifestarse como nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida”. Por su parte el numeral 166 de este mismo cuerpo normativo establece que “Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente”.

La nulidad absoluta produce efectos sustanciales y formales. El primer efecto sustancial, es que el acto absolutamente nulo no se presume legítimo. En segundo efecto es cuando, el acto absolutamente nulo no produce efectos jurídicos, aunque en realidad este tipo de actos en cierta forma sí generan efectos. Como tercer efecto sustancial señala que este tipo de actos, no pueden ser ejecutados por su ilegitimidad e ineficacia, y si se ejecutan acarrearían responsabilidad a la Administración Pública y al funcionario. El último efecto es que el acto absolutamente nulo, no puede convalidarse ni sanearse (Jinesta, 2005, p.403).

En relación con lo anterior, el artículo 169 de la LGAP, manifiesta que “No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución”. Por su parte, el párrafo tercero del numeral 146 de la LGAP, dicta en relación a la ejecutoriedad del acto “No procederá la ejecución administrativa de los actos ineficaces o absolutamente nulos y la misma, de darse, producirá responsabilidad penal del servidor que la haya ordenado, sin perjuicio de las otras resultantes”.

En lo que respecta a la no convalidación y saneamiento del acto, el artículo 172 de la LGAP dicta que “el acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación”.

En lo referente a los efectos formales de la nulidad absoluta, Jinesta (2005), señala que la declaración de nulidad del acto es obligatoria para la Administración. También establece que la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio. Por último, otro efecto formal, es que la legitimación para que se declare la nulidad absoluta del acto, es extensa. Finalmente, cuando existe declaración de nulidad absoluta del acto, sus efectos se retrotraen al momento en que se dicta el acto anulado (p.404).

Estos efectos formales están normados en el párrafo primero del artículo 171 de la LGAP, el cual establece que: “La declaración de nulidad absoluta tendrá efecto puramente declarativo y retroactivo a la fecha del acto, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe”. Además del artículo 174 de LGAP, el cual señala: "La Administración estará obligada a anular de oficio el acto absolutamente nulo, dentro de las limitaciones de esta Ley”.

Nulidad Relativa. Se está ante una nulidad relativa, cuando se presentan todos los elementos constitutivos del acto administrativo, pero estos presentan algún defecto que imposibilita la realización del fin del acto (Jinesta, 2005, p.404). García de Enterría y Fernández T. (2006a) manifiestan con respecto a la nulidad relativa lo siguiente:

Su régimen propio viene delimitado por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica. De acuerdo con estos presupuestos el o los afectados por un acto anulable, y sólo ellos, pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, si no se produce reacción, el vicio sana y el acto de nulidad queda purgado (p.618).

Según con Jinesta (2009, p.553) el acto administrativo relativamente nulo, posee efectos sustanciales y formales. El autor se refiere a los efectos sustanciales de la siguiente forma:

a) En primer lugar, se presume legítimo, surte efectos jurídicos hasta que no sea anulado. La anulación del acto se tramita por la vía administrativa. En relación con este supuesto, el artículo 176 de la LGAP manifiesta:

El acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional, y al mismo y a su ejecución deberá obediencia todo administrado.

La desobediencia o el incumplimiento del acto relativamente nulo producirá responsabilidad civil y, en su caso penal, del administrado.

b) Como el acto se presume válido, este surte efectos jurídicos los cuales subsiste hasta su impugnación o convalidación.

c) Si se ejecuta el acto relativamente nulo este produce responsabilidad para la Administración. En cuanto al funcionario, este tiene responsabilidad cuando actúa con dolo o culpa grave. En lo referente a esta característica el párrafo primero del artículo 146 y el artículo 176 de la LGAP señalan:

Artículo 146: La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar.

Artículo 176: El acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional, y al mismo y a su ejecución deberá obediencia todo administrado.

La desobediencia o el incumplimiento del acto relativamente nulo producirá responsabilidad civil y, en su caso penal, del administrado.

d) El acto que es considerado relativamente nulo puede ser saneado o convalidado.

Respecto a los efectos formales de la nulidad relativa, Jinesta (2009, pp.551-552), manifiesta

- a) Puede ser declarada de oficio o a instancia de parte, por la vía administrativa. Cuando es declarada de oficio, es discrecional y debe de estar justificada. Así lo establece el párrafo segundo del artículo 174 de LGAP.
- b) Este tipo de nulidad no puede ser declarada de oficio en vía jurisdiccional.
- c) La declaratoria de nulidad posee efectos constitutivos. Es un nuevo acto el que dispone la anulación del acto viciado, tiene efectos prospectivos, excepto cuando es necesario establecer efectos retroactivos. En cuanto a esta última característica, se encuentra regulada en el artículo 178 de la LGAP.

Invalidez Originaria o Derivada. La invalidez originaria, se establece según de donde provenga el vicio propio del acto o de la invalidez de otro acto que lo antecede. También se presenta invalidez derivada por omisión de aspectos de procedimiento (Ortiz, 2002b, p.439).

Invalidez Simultanea o Sucesiva. En la invalidez simultánea el vicio existe desde que se dictó el acto. Por su parte, la invalidez sucesiva es cuando el vicio se da posterior al momento en que fue dictado el acto (Ortiz, 2002b, p.553).

Vicios del Acto Administrativo

Los vicios del acto administrativo se definen como “las faltas o defectos con que éste aparece en el mundo del derecho. De acuerdo con el orden jurídico vigente, los vicios lesionan al acto en su validez” (Dromi 2008, p.178). Los vicios son defectos en los elementos constitutivos del acto administrativo.

Vicios sobre los Elementos Formales

Vicios en el Sujeto. De acuerdo con Ortiz (2002b, pp.453-460) los vicios sobre el sujeto son:

Irregularidad en la Investidura del Funcionario. Se presenta cuando el agente público no está debidamente nombrado. Por consiguiente, esta nulidad debe ser relativa. Para que se convierta en un vicio, es necesario que no se aplique la figura del funcionario de hecho, pues estaría convalidando el acto. Es necesario que no se apliquen los principios del gobierno de facto.

Irregularidad en la Legitimación. La legitimación es la potestad para emitir la competencia. En este tipo de vicios el acto carece de aptitud legal, por lo que no puede actuar. Cuando la incompetencia es absoluta o relativa, esta produce nulidad absoluta y relativa respectivamente.

La incompetencia. Se da cuando el órgano no posee la competencia legal para actuar. Esta incompetencia puede ser absoluta, cuando existe una falta legal obvia en la conducta administrativa y mala fe de quien la ejecuta. Además, puede ser una incompetencia relativa, cuando existe una trasgresión leve. La incompetencia absoluta produce nulidad absoluta del acto, mientras que la incompetencia relativa, nulidad relativa del acto.

Vicios en la Voluntad. Ortiz (2002b) que existe vicio en la voluntad del funcionario cuando no se encuentra en plenitud de sus facultades. Es expresar involuntariamente un acto diferente al que se quería realizar. Este no produce nulidad del acto y se puede corregir. Hay vicios en la voluntad cuando existe:

Error y dolo. No son vicios del acto cuando recae en la discrecionalidad. Muestran que existía un mal ejercicio del acto. Se está ante una presunción o indicio. Cuando el dolo se da en los aspectos reglados del acto, carece de importancia.

Violencia física. Se considera un tipo de coacción y la conducta es imputable al autor de dicha coacción y no al agente público. Este vicio produce nulidad absoluta.

Violencia moral. Es una intimidación irresistible, debe ser tratada de la misma manera que la violencia física.

Enfermedad o minoridad. Forman parte de acto de nombramiento del agente público. Si este se encuentra incapacitado de sus facultades mentales o es menor de edad, existe una nulidad del nombramiento (pp.462- 464).

Vicio en Procedimiento. Este es un vicio de un acto. Ulloa (2013), menciona que pueden existir “vicios en las formalidades sustanciales, las cuales determinan la consecuente invalidez del acto” (p.178). Este vicio es de nulidad relativa.

Vicio en la Forma. Existe nulidad absoluta cuando la ley exige una forma de expresión del acto y este se omite. El vicio produce nulidad relativa, si el acto omite el preámbulo y la motivación, cuando estos sean necesarios (Ortiz 2002b, pp.467-468).

Vicios sobre los elementos materiales:

Vicios sobre el Motivo. La falta de motivo del acto produce la nulidad absoluta de este. El motivo se encuentra regulado en párrafo segundo, del artículo 132 LGAP, el cual dicta: “Cuando no esté regulado deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento”.

Vicios en el Contenido. Es el efecto del acto, por lo que su imposibilidad provoca la nulidad absoluta de este. Este puede ser por una violación a la ley o los principios generales del Derecho. (Ortiz, 2002, p.471)

Vicios en el Fin. El fin es el resultado que persigue el acto administrativo. Puede existir una desviación de poder, es cuando se realiza con fin distinto del que esta normalmente destinado. La nulidad por esta desviación es relativa. La desviación del fin se puede dar en actos inspirados en motivos personales, actos inspirados en el interés de un tercero, actos inspirados en un fin público ilegal o por la desviación de poder (Ortiz, 2002b, p.473).

Como se ha señalado, cuando el servidor público, determina que el acto emanado por su superior jerárquico posee algún vicio que propicia la invalidez del acto u orden, se encuentra en la obligación de desobedecerla, caso contrario incurriría en responsabilidades.

Los Órganos Colegiados

Este tipo de órganos son importantes en el ámbito del Deber de Desobediencia. Tienen la facultad de realizar consultas, cuando se hallan ante una disyuntiva de legalidad. Ortiz (2002b), afirma que son órganos compuestos por un grupo de personas, que necesariamente debe ser mayor a tres. La colegialidad considera a cada titular, jurídicamente igual a otros, rompiendo así con el principio de jerarquía. Para regular los órganos colegiados, cada uno tiene su propio reglamento interno. Ante la existencia de alguna discrepancia se impone la voluntad de la mayoría (p.66).

Un ejemplo de normativa de un órgano colegiado es el Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil. El ámbito de aplicación de este reglamento se establece en el artículo primero, el cual dicta:

Se emite el presente Reglamento Autónomo de Servicio y Organización para regular las relaciones de servicio entre la Dirección General de Servicio Civil y sus servidores en todos aquellos aspectos de orden interno no previstos por el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, Ley General de la Administración Pública, Código de Trabajo y demás normas supletorias o conexas.

Además, este Reglamento señala en su artículo 6 que la organización va a estar conformada por una estructura de niveles, los cuales son: el nivel superior, el nivel asesor y el nivel de gestión de servicios sustantivos y administrativos.

El nivel asesor es el encargado de velar por la correcta aplicación, de la normativa vinculada a los servidores al RASODGSC. El artículo 7 en su párrafo tercero, del mencionado reglamento especifica la función y responsabilidad de este nivel, a saber:

Asesoría Jurídica: Asesorar al más alto nivel jerárquico institucional y a los niveles intermedios en la toma de decisiones que tengan trascendencia jurídica a nivel interno de la institución y externo de las instituciones que conforman el Régimen de Servicio Civil, así como; emitir criterios para asegurar la correcta aplicación del orden jurídico

vigente en las actuaciones de la Dirección General, en su relación con las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil y los administrados, para lo cual deberá aportarse el criterio jurídico del área legal de la institución consultante. Le corresponde también monitorear permanentemente el entorno político y legislativo y presentar modificaciones a nuevos productos que la dinámica jurídica requiera.

El inciso b, artículo 10 de RASODGSC, establece que los servidores deben “Cumplir con la mayor diligencia las órdenes de los directores, coordinadores, jefes y supervisores en general, relativas a los servicios y a los deberes del puesto que desempeñan”.

La Ley número 7428, titulada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Reglamento sobre la Recepción y Atención de Consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, facultan a esta entidad para resolver las consultas que le realizan los órganos parlamentarios, los diputados, los sujetos pasivos y los privados que no contemplados en el inciso b numeral 4 de la Ley 7428.

A modo de ejemplo, seguidamente se describe un criterio jurídico relacionado con el Deber de Obediencia emitido por la CGR mediante el oficio número 15631, DFOE-DL-1294 del 29 de noviembre del 2016. El auditor de la Municipalidad de Parrita es quien solicita el criterio, respecto a si se pueden utilizar los recursos de la zona marítimo terrestre, con fines distintos a los que se establece en el inciso b del artículo 59 de la Ley 6043, sin que se exista ilegalidad o transgreda lo establecido en el artículo 17 de Código Municipal y 107 de la LGAP. La CGR respondió lo siguiente:

En primer término, señalar que los funcionarios públicos están sujetos al principio de legalidad que contempla el numeral 11 de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública. Lo anterior, implica que podrán realizar aquellos actos y conductas previamente establecidos y que les autorice ejecutar el ordenamiento jurídico vigente, de lo contrario podrían verse sometidos a los procedimientos y procesos que correspondan relativos a responsabilidades administrativas, civiles y penales, según sea el caso.

El alcalde municipal es uno más de los funcionarios públicos que se encuentra sometido al principio de legalidad de cita, de manera que las atribuciones y funciones que se le establecen, entre otros, en el numeral 17 del Código Municipal [en particular en el inciso a)], no tienen otra manera de ejercerse más que en pleno cumplimiento de los cánones legales pertinentes, lo que implica que debe actuar dentro de lo que le dispone el bloque de legalidad.

Por otra parte, considerar que en toda organización pública o privada existe una jerarquía que debe observarse y bajo la cual se organiza y responde la entidad. Las municipalidades no son la excepción y, en ese sentido, se debe comprender y ejercer el Deber de Obediencia que se deriva, en términos generales, de los artículos 107 al 110 de la Ley N° 6227.

En términos generales, el Deber de Obediencia involucra seguir unos pasos elementales para constatar que efectivamente se está bajo el enunciado dispuesto en los numerales citados. Principalmente, que, ante la orden ilegal e irregular del superior, el subordinado debe hacer patente y dejar constancia de su negativa de cumplirla y de suceder la insistencia del jerarca para que se cumpla asumiendo la responsabilidad y relevando de efectos al subordinado, debe en principio quedar constancia por escrito que así lo haya dictado.

En esos términos, mientras que no se trate de un acto o acción que califique como extraña a la competencia del subordinado o que resulte de un abuso de autoridad del superior o delito, porque de ser así no es válida ni se releva de responsabilidad al subordinado que cumpla aquella orden; esto es que en esas circunstancias de ejecutar el subordinado la orden se involucra y asume responsabilidad personal en el caso.

Con respecto al principio de la jerarquía de las normas que apunta en la gestión, indicar que éste se deriva, entre otras disposiciones, del artículo 6 de la Ley N° 6227 y que más que su aplicación en el caso de interés, lo que corresponde es armonizar los artículos en cuestión y actuar bajo el principio de legalidad. De esa manera, se podrá sin ninguna dificultad comprender que bajo el principio de legalidad, la norma

que establece que el alcalde es el administrador general de la municipalidad, no puede interpretarse que le habilite para disponer y hacer uso de los recursos que indica el numeral 59 de la Ley N° 6043, en contrario de lo dispuesto en ese texto legal.

En ese sentido, para disponer de los recursos generados según la Ley N° 6043, se debe cumplir con la finalidad establecida para estos en el numeral 59 ídem. Sin embargo, téngase presente que en el párrafo segundo del inciso b) del artículo referido, se abre una posibilidad para utilizar esos recursos en necesidades diferentes a las determinadas en los incisos a) y b) mencionados, en cuyo caso, de previo, debe cumplirse con obtener las autorizaciones del Instituto Costarricense de Turismo y del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y luego tramitar la aprobación del contenido presupuestario en las partidas que se requiere, según lo dispuesto en las Normas Técnicas de Presupuesto Público (NTPP) emitidas por la Contraloría General de la República, mediante la resolución N° R-DC-24-2012 de 26 de marzo de 2012.

De manera que disponer y utilizar los recursos de interés en contrario de lo contemplado en los incisos a) y b) del artículo 59 citado, sin haber cumplido con los requisitos y procedimiento pertinente, transgrede el principio de legalidad y la normativa indicada, por lo que dicha conducta implicaría enfrentar eventualmente los procedimientos y procesos por responsabilidades administrativas, civiles y penales del caso, con las consecuencias incluso de pérdida de credencial del alcalde que así disponga o de los regidores participantes. Incluso, responsabilidad de otros funcionarios municipales que hayan participado en concretar dichos actos o conductas.

Al respecto y de conformidad con lo comentado en párrafos anteriores, indicar que los recursos en cuestión tienen un destino establecido por ley, por lo que su disposición y uso diferente, deviene en improcedente. Igualmente resulta si se dispone del personal, bienes, servicios, maquinaria o equipo adquiridos con esos recursos, dado que tienen como destino específico cumplir el objetivo y propósitos que la ley de cita determinó con respecto a la actividad de la zona marítimo terrestre,

por lo que es improcedente utilizarlos o asignarlos en otras actividades del gobierno local.

Finalmente, en relación con la cuarta consulta, es importante manifestar que aunque se considere al alcalde como el administrador general del gobierno local, de conformidad con el principio de legalidad y la normativa supracitada, éste no debe disponer el uso de esos recursos, en contrario a las finalidades y cánones que el legislador estableció en la Ley N.º 6043. De suceder dicha conducta, el funcionario subordinado debe ejercer el Deber de Obediencia en los términos explicados supra, en plena aplicación de lo dispuesto en los artículos 107 al 110 de la Ley N.º 6227, constituyendo las pruebas del caso que serán de utilidad en el eventual procedimiento o proceso que se instaure

En este caso la CGR resalta la obligación de acatar el marco jurídico, de lo contrario se tendrá que hacer frente a procedimientos y procesos por responsabilidades administrativas, civiles y penales correspondientes.

La Procuraduría General de la República, también puede emitir criterios sobre consultas que realizan los órganos. El artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República se refiere a las consultas de los órganos colegiados de la siguiente manera:

Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría; en cada caso, deberán acompañar la opinión de la asesoría legal respectiva, salvo el caso de los auditores internos, quienes podrán realizar la consulta directamente.

En razón de lo anterior, se hace referencia a un caso analizado por la PGR. En el dictamen número C-337-2019, del 11 de noviembre del 2019 se pronuncia sobre una consulta realizada por el presidente ejecutivo del Instituto de Desarrollo Rural, Inder, en cuanto a la solicitud de un criterio jurídico sobre si es legal que el presidente ejecutivo de este órgano,

pueda delegar sus atribuciones a la Gerencia General para un acto determinado, así como una eventual desobediencia de este último.

En tal sentido, la PGR señala que de acuerdo con el artículo 89 de la LGAP, para que proceda la delegación de funciones, se debe cumplir con alguno de los dos supuestos establecidos en ese numeral, ya sea que esa delegación deba ser a favor de un inmediato inferior con igual naturaleza de funciones o que cuando se delegue a un funcionario de diverso grado es necesario que una norma legal la autorice. Adicionalmente, PGR indica lo siguiente:

Así las cosas, si analizamos el primer supuesto del artículo 89 de la LGAP en relación con el caso que aquí nos ocupa tenemos que, de la estructura orgánica del Inder y del articulado de la Ley N° 9036 no se desprende que el Gerente General ostente la calidad de “inmediato inferior” del Presidente Ejecutivo, a pesar de que éste último puede asignarle ciertas funciones (artículos 26.i y 28).

En el caso en concreto el Gerente depende jerárquicamente de la Junta Directiva. Nótese que la competencia para nombrar y remover al Presidente Ejecutivo recae en el Consejo de Gobierno (artículo 25), mientras que, en el caso del Gerente General dicha facultad la ostenta la Junta Directiva del Inder (artículos 24.m y artículo 28). Es por ello que el Gerente, aun sometido a ciertas asignaciones de funciones por parte del Presidente Ejecutivo, depende jerárquicamente de la Junta Directiva. Como este no es inmediato inferior del Presidente Ejecutivo, no se está ante el primer supuesto del 89 de LGAP.

De igual forma, el artículo 26.j de la Ley 9036 otorga la competencia al Presidente Ejecutivo para nombrar y remover a los funcionarios y empleados de la institución, concederles licencias e imponerles sanciones, no así respecto al Gerente General.

Ergo, tomando en consideración que el Gerente General no ostenta la calidad de “inmediato inferior” del Presidente Ejecutivo, en este caso no se cumple con el primer supuesto del artículo 89 de la LGAP (inciso 1), en tanto exige que la delegación debe

darse únicamente a favor de un funcionario inmediato inferior con igual naturaleza de funciones.

Ahora bien, respecto a la segunda posibilidad contemplada en dicho artículo, sea delegar funciones en un funcionario de diverso grado (delegación no jerárquica), la norma requiere que su autorización sea otorgada a través de una ley.

En el caso particular, la Ley 9036 autoriza expresamente al Presidente Ejecutivo para que delegue sus atribuciones en el Gerente General cuando sea necesario, según lo dispuesto en el numeral artículo 26.1 ya citado, por lo que el segundo supuesto del artículo 89 de la LGAP sí se cumple. Al respecto, recordamos que dicho inciso establece como función del Presidente Ejecutivo: “1)Delegar sus atribuciones en el gerente general, cuando sea necesario.”. En la misma línea, se encuentra lo dispuesto en el numeral 29 ya comentado.

En consecuencia, la Ley 9036 contiene normas habilitantes para que el Presidente Ejecutivo delegue funciones al Gerente General, cuando considere necesario y, por tanto, tal delegación es legalmente posible en los términos dispuestos en el inciso 2 del artículo 89 de la LGAP. Lo anterior bajo la salvedad de que en esa delegación deben cumplirse, además, los requerimientos dispuestos en los artículos 89 al 92 de la LGAP.

Con respecto a la consulta de si es posible que la Gerencia General decida no ejercer la competencia delegada, la PGR respondió:

Tal y como se señaló anteriormente, no existe una relación de jerarquía entre el Presidente Ejecutivo y el Gerente General del Inder, por cuanto, ninguno de ellos ostenta la calidad de “inmediato inferior” frente al otro. Por el contrario, la ley dispone que el Gerente General será subordinado a la Junta Directiva, pues ésta es la que tiene la potestad de nombrarlo y removerlo.

Sin embargo, existe una habilitación legal para que el Presidente Ejecutivo delegue sus atribuciones al Gerente General, cuando sea necesario (artículos 26 inciso 1, 29 y 30 incisos a y j de la Ley 9036), por lo que, la delegación resulta legalmente válida conforme el artículo 89 inciso 2 de la LGAP.

En consecuencia, pese a no existir una relación de jerarquía entre ambos, el Gerente General tiene -en principio- el deber legal de cumplir con ese acto de delegación impuesto por la misma Ley 9036.

En cuanto a la posibilidad del Gerente General de desobedecer el acto delegado, debemos señalar que la Ley General de la Administración Pública únicamente establece dos supuestos: cuando la orden tenga por objeto realizar actos evidentemente extraños a su competencia o, cuando el acto sea manifiestamente arbitrario por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito. Lo anterior, en los términos regulados en el numeral 108 de la LGAP que, si bien se dispone para relaciones de jerarquía, resulta de aplicación supletoria en este caso al no existir otra norma aplicable.

En consecuencia, la regla por disposición legal es que el Gerente General del Inder deba cumplir con el acto de delegación del Presidente Ejecutivo, salvo casos calificados donde pueda existir un delito, abuso de autoridad o que se trate de una competencia totalmente ajena a la figura del Gerente. Este último supuesto, sin embargo, debe verse de manera restrictiva en el caso del INDER, tomando en consideración que la propia Ley 9036 establece dentro de las funciones compatibles del Gerente, todas aquellas delegadas por la Junta Directiva o la Presidencia Ejecutiva, sin hacer restricción alguna. Por tanto, sería compatible con el puesto de Gerente, todos aquellos asuntos que por alguna razón no pueda realizar el Presidente Ejecutivo y le sean delegados, especialmente los de naturaleza administrativa, pues es una función inherente a ambos puestos (artículos 26 y 30).

De acuerdo con las afirmaciones de la PGR, el presidente ejecutivo puede delegar sus funciones al gerente general, ya que existe una normativa que lo faculta. En cuanto al tema

de la desobediencia, señala que el Gerente General debe obedecer dicha delegación, salvo que sean actos evidentemente extraños a su competencia, o que estos sean arbitrarios o constituyan un delito. La PGR se ampara al numeral 108 de LGAP, aunque no se está ante una relación de jerarquía, es de aplicación supletoria, ya que no hay otra norma que regule la desobediencia en relaciones no jerárquicas.

Los Dictámenes

Los dictámenes brindan criterios jurídicos, ante disyuntivas legales. Los Órganos Colegiados recurren a ellos, cuando requieren su asesoría. Este tema es importante para esta investigación, ya que cuando un servidor público no sabe si debe acogerse al Deber de Desobediencia, pero tiene la facultad de realizar la consulta a un órgano de este tipo, contará con dictámenes que le servirán de guía.

Los órganos consultivos, de acuerdo con Garcini (1986):

No emiten manifestación de voluntad, sino declaraciones de juicio (dictámenes e informes) que someten a los órganos de las demás clases con el fin de que sus decisiones se adopten, en aquellos asuntos que por su índole así lo ameriten, después de recibir sobre ellos el asesoramiento de los que posean conocimientos especializados que no pueden ser exigidos a los órganos a quienes compete decidir. El asesoramiento puede ser técnico o político. Algunos autores distinguen el asesoramiento jurídico del técnico, reservando al primero el estudio de las circunstancias de tipo legal para que las decisiones se ajusten a la legalidad establecida, entendiendo por el segundo aquel que se contrae a la índole especial del servicio, pero como el jurídico tiene que ofrecerse por técnicos en la materia, no hay razón para esa distinción (p.134).

En ciertas ocasiones, el ente público menor necesita de un dictamen previo de un órgano del Estado o ente público mayor para poder actuar. Un ejemplo, es cuando un ente descentralizado pretende mediante la vía administrativa, que se declare de oficio la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos para el administrado. Para que esto suceda, es

necesario que exista un dictamen vinculante por parte de la Procuraduría General de la República, el cual es un órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia. Cuando la nulidad sea sobre aspectos de contratación administrativa o presupuestarios, el dictamen debe provenir de la Contraloría General de la República, órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa (Jinesta, 2002, p.48).

Con respecto a los dictámenes, la LGAP establece en sus artículos 136 inciso 2, 199 inciso 3, 302 inciso 1 y 303, lo siguiente:

Artículo 136: 2. La motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia.

Artículo 199: 3. Habrá ilegalidad manifiesta, entre otros casos, cuando la Administración se aparte de dictámenes u opiniones consultivos que pongan en evidencia la ilegalidad, si posteriormente se llegare a declarar la invalidez del acto por las razones invocadas por el dictamen.

Artículo 302: 1. Los dictámenes y experimentos técnicos de cualquier tipo de la Administración serán encargados normalmente a los órganos o servidores públicos expertos en el ramo de que se trate, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Título Segundo de este libro.

Artículo 303: Los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley.

Los dictámenes son criterios, a los que acuden los Órganos Colegiados, para la resolución de conflictos de índole jurídico. Ayudan al servidor a esclarecer dudas, cuando no saben cómo proceder ante una disyuntiva legal.

Procedimiento para Salvaguardar Responsabilidades

La LGAP, estipula un procedimiento para que el servidor público salvaguarde responsabilidades, cuando las circunstancias para desobedecer el acto, no se ajustan a las establecidas, en los incisos a y b del artículo 108, de dicho cuerpo normativo. Los artículos 109 y 110 de la LGAP, señalan el trámite que deber seguir todo servidor público para salvaguardar responsabilidades.

Trámite para Salvaguardar Responsabilidad

Hay un trámite para casos en que el servidor se enfrenta ante un acto que él considera que es contrario al ordenamiento y que está violentando algún principio general del Derecho, pero no está en las circunstancias que determina el artículo 108 de la LGAP.

Aunque se encuentra en la obligación de obedecer el acto, puede salvaguardar responsabilidad realizando las respectivas objeciones.

El trámite correspondiente está en artículo 109 de la LGAP, el cual indica:

1. Cuando no se presente ninguna de las circunstancias enumeradas en los dos artículos anteriores el servidor deberá obedecer, aunque el acto del superior sea contrario al ordenamiento por cualquier otro concepto, pero en este último caso deberá consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibo.
2. El envío de las objeciones escritas salvará la responsabilidad del inferior, pero éste quedará sujeto a inmediata ejecución de lo ordenado.
3. Cuando la ejecución inmediata pueda producir daños graves de imposible o difícil reparación, el inferior podrá suspenderla, sujeto a responsabilidad disciplinaria y eventualmente civil o penal si las causas justificantes resultaren inexistentes, en definitiva.

4. Quedará a salvo lo dispuesto por el artículo 158 del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

El servidor público, debe escribir las objeciones por las cuales considera que el acto está violentando el ordenamiento. El jerarca está en la obligación de recibir esas objeciones y dejar constancia de recibidas. El servidor debe obedecer el acto.

Por su parte el artículo 158 del CPCA, establece una excepción al trámite establecido en los incisos uno, dos y tres del artículo 109 de LGAP. En este caso el servidor público para salvaguardar su responsabilidad por el cumplimiento de una sentencia, debe presentar al juez ejecutor de forma escrita sus alegaciones. Él servidor debe cumplir con la sentencia.

Artículo 158 del CPCA:

1) Los servidores de la Administración Pública a quienes se ordene el cumplimiento de la sentencia, no podrán excusarse en el Deber de Obediencia; sin embargo, para deslindar su responsabilidad podrán hacer constar, por escrito, ante el juez ejecutor, las alegaciones pertinentes. La violación de las normas contenidas en el presente capítulo producirá responsabilidad disciplinaria, civil y, en su caso, penal.

2) La renuncia del servidor requerido por el juez ejecutor, o el vencimiento del período de su nombramiento, no le eximirá de las responsabilidades, si se produce después de haber recibido la comunicación que le ordenó cumplir la sentencia, salvo que el tiempo y las circunstancias justifiquen su incumplimiento, a criterio del juez ejecutor.

3) Si los supuestos del párrafo anterior ocurren antes de la notificación de la sentencia, quien reemplace al funcionario deberá darle cumplimiento, bajo pena de las sanciones correspondientes.

La LGAP, no solo regula el trámite para salvaguardar responsabilidades en situaciones no apremiantes, también especifica el proceder en casos de urgencia.

Casos de urgencia

La LGAP, prevé los casos de urgencia, cuando el servidor público deba de acatar el acto casi de manera inmediata, pero tenga dudas sobre la validez del acto emanado por su superior.

El artículo 110 de la LGAP establece como proceder en casos de urgencia. Su particularidad es que, en este supuesto, el servidor público, no pudo hacer constar por escrito las objeciones para salvaguardar su posible responsabilidad. Por lo que la ley lo faculta a decir sus objeciones de manera verbal a su superior, pero debe contar con la presencia de dos testigos.

Artículo 110:

1. En caso de urgencia el inferior podrá salvar su responsabilidad aún si no ha podido enviar sus objeciones por escrito previamente a la ejecución.
2. En estos casos el inferior podrá hacer verbalmente sus objeciones ante el inmediato superior, pero se requerirá la presencia de dos testigos.

La resolución número 00004 del Tribunal Contencioso Administrativo, sección IX, de la Corte Suprema de Justicia de las 13 horas, del 16 de junio del 2021, señala:

Superior jerárquico tiene respecto de sus subalternos la potestad de ejercer la función disciplinaria (artículo 102 inciso c), de ordenar y dirigir la conducta del inferior mediante órdenes, instrucciones o circulares (ordinal 105 *ibid.*). Por consiguiente, el servidor público está obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior jerárquico (numeral 107 *ibid.*), pudiendo desacatarlas cuando la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior o el acto sea manifiestamente arbitrario por constituir su ejecución una acción delictiva (artículo 108 *ibid.*). Así las cosas, salvo los casos excepcionales *supra* citados, en todos las demás situaciones el servidor público debe obedecer y ejecutar inmediatamente lo ordenado, aunque el acto del superior sea

contrario al ordenamiento jurídico, debiendo consignar por escrito sus objeciones al jerarca, quien debe acusar recibo (ordinal 109 ibid). Debiendo tener claro que como se expresó supra, para que se le pueda exigir responsabilidad disciplinaria al servidor público por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, debe haber actuado con dolo o culpa grave (numeral 211 ibid). De este modo, habrá mérito para la apertura de un procedimiento disciplinario administrativo, cuando exista evidencia, probabilidad, indicios, motivos o hechos claros contundentes y fehacientes de que el servidor público actuó con dolo o culpa grave en el cumplimiento de sus funciones.

Este trámite surge cuando el servidor cree que la orden o el acto emanado por su superior jerárquico, transgrede de alguna manera el ordenamiento jurídico, pero dichas circunstancias no se ajustan a lo que establecen los incisos a y b del artículo 108 de la LGAP. Mediante dicho procedimiento el servidor público puede salvaguardar su responsabilidad.

Régimen de Responsabilidad Disciplinaria del Servidor Público

Cuando el servidor público, se acoge de manera errónea al Deber de Desobediencia, o no realiza el trámite para salvaguardar responsabilidades cuando corresponde, puede incurrir en distintos tipos de responsabilidades.

Tipos de Responsabilidad

Orjuela (2010), define responsabilidad como “la capacidad que tiene una persona de atender las consecuencias de los hechos propios y, por ende, de reparar el daño producido (p.348). Por su parte, Gamboa (2007) manifiesta que “los servidores públicos son sujetos de responsabilidad por los actos u omisiones que realicen derivados de sus funciones” (p.8)

La atribución de responsabilidades, es una forma de salvaguardar el principio de seguridad jurídica y de control interno, propio del principio de legalidad. Por lo que las potestades y atribuciones propias del servidor y de la Administración deben claramente establecidas.

Responsabilidad Civil

Se refiere a indemnizaciones de dinero. Se encuentra regula en el artículo 41 de la Constitución Política, el cual indica: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”.

La Resolución No. 00039-2021 del Tribunal Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas del día 12 de mayo del 2021 manifestó:

El daño resarcible es considerado por la jurisprudencia y la doctrina como el resultado o las consecuencias Lesivas de dicho daño, por lo que daño resarcible o indemnizable no solo consiste en la lesión al interés del suscrito, sino también en los efectos de ésta que en este caso se extienden a futuro.

Responsabilidad Administrativa

Se origina en la Administración. Se origina con el proceso sancionatorio. Tiene su fundamento en los artículos 9 y 11 de la Constitución Política, en donde se establece que los servidores públicos deben cumplir con lo impuesto en la ley.

Gamboa (2007), la define como aquella responsabilidad “en la que incurre un servidor público por realizar actos u omisiones que afecten la honradez, legalidad, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones” (p.9).

La Resolución No. 12887 – 2005, de las quince horas y treinta y ocho minutos, del 20 de septiembre del 2015, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se refiera a la responsabilidad administrativa:

La responsabilidad administrativa o disciplinaria es aquella que nace de la violación de un deber u obligación de carácter administrativo impuesto a un funcionario o

empleado. Esta responsabilidad se materializa cuando el sujeto comete una falta de servicio o de comportamiento, transgrediendo las reglas de la función pública. Esa trasgresión de los deberes administrativos tiene como efecto, como es de esperar, su sanción, por ser el régimen administrativo una especie de la potestad "sancionadora" del Estado, potestad que es inherente y propia de la Administración Pública. De allí que, en tesis de principio, cuando ésta pretende imponer una sanción a los funcionarios que la componen, debe observar el debido proceso, pues el objeto del procedimiento es realizar una investigación que ayude a determinar la verdad real para la imposición o no de una sanción, razón por la cual, se debe permitir al agraviado ejercer su derecho de defensa. Dicha afirmación también debe interpretarse dentro de los contextos de razonabilidad y proporcionalidad, que son cánones constitucionales, por cuanto no puede llevarse la aplicación de aquel precepto fundamental al absurdo, como sería, cuando se trata de casos de advertencias y amonestaciones verbales o escritas, o cualquiera otra acción de este tipo, que no pueden implicar un perjuicio directo para el funcionario, toda vez que no tiene la virtud de afectar su expediente personal, ni tampoco incide sobre la calificación de servicios de éste, ni producen disminución o cesación de sus derechos o beneficios laborales. En consecuencia, si de los hechos fácilmente se deduce que el servidor ha faltado a un deber u obligación administrativa que es de mera constatación, la sanción puede ser impuesta en forma automática, siempre y cuando la Administración Pública haya podido comprobar, fehacientemente, la falta cometida.

Esta responsabilidad aplica cuando el servidor transgrede los deberes propios de todo servidor público.

Responsabilidad Penal

Es la que se genera por la realización de actos tipificados como delitos. El Código Penal es el que regula y contempla los delitos contra la función pública.

La resolución 03153-2001, de las nueve horas y treinta y un minutos, del 25 de abril del 2001, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia señala que tanto la

responsabilidad penal, como el procedimiento administrativo de responsabilidad disciplinara, se pueden llevar al mismo tiempo, en los despachos correspondientes. Esta resolución indica:

El hecho denunciado puede generar responsabilidad penal si implica una conducta típica, antijurídica y culpable, así como responsabilidad disciplinaria si el mismo se constituye en una infracción a sus obligaciones como funcionario público, sin que dicha situación implique –en principio– violación a sus derechos fundamentales. En este sentido, la Sala ha estimado como válido que se tramite de manera independiente un proceso penal y un proceso administrativo respecto a los mismos hechos, a fin de que se resuelva sobre la respectiva responsabilidad en cada una de estas sedes, sin perjuicio claro está, que de establecerse en la vía penal que los hechos no existieron ello debe prevalecer sobre lo resuelto en la vía administrativa. En consecuencia, el simple hecho que en contra del recurrente se tramite una investigación en la sede administrativa, a efectos de determinar si los hechos descritos implican responsabilidad disciplinaria, no puede interpretarse como una violación a sus derechos fundamentales, máxime que el respectivo proceso disciplinario deberá tramitarse con estricta observancia al debido proceso, en el que el recurrente podrá ejercer su derecho de defensa y velar por la tutela de sus intereses.

Responsabilidad electoral

Existen dos formas en las que se puede incurrir en un ilícito electoral. Una es mediante parcialidad jurídica, que es cuando el servidor se vale de su cargo para favorecer o perjudicar alguna preferencia política. La otra cuando se está frente a una participación política prohibida. (Cambroner, 2020 p.1)

El inciso 5 del artículo 102 de la Constitución establece que el Tribunal Supremo de Elecciones tiene las siguientes funciones:

Investigar por sí o por medio de delegados, y pronunciarse con respecto a toda denuncia formulada por los partidos sobre parcialidad política de los servidores del Estado en el ejercicio de sus cargos, o sobre actividades políticas de funcionarios a

quienes les esté prohibido ejercerlas. La declaratoria de culpabilidad que pronuncie el Tribunal será causa obligatoria de destitución e incapacitará al culpable para ejercer cargos públicos por un período no menor de dos años, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieren exigírsele. No obstante, si la investigación practicada contiene cargos contra el Presidente de la República, ministros de Gobierno, Ministros Diplomáticos, Contralor y Subcontralor Generales de la República, o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal se concretará a dar cuenta a la Asamblea Legislativa del resultado de la investigación

Hay dos tipos de prohibiciones electorales. La genérica les prohíbe a los empleados públicos participar en discusiones de carácter político-electoral, mientras se encuentren en horas laborales y usar su cargo para beneficiar a un partido político. Los jefes inmediatos de dichos empleados serán los responsables de vigilar su cumplimiento. La prohibición absoluta es para quienes ejercen cargos como la Presidencia o las Vicepresidencias de la República, los ministros y viceministros, y los miembros activos o las miembros activas del servicio exterior, entre otros. No podrán participar en las actividades de los partidos políticos, ni mostrar a su preferencia política. (Cambronero, pp.4-6).

Existe responsabilidad disciplinaria cuando el servidor público omite acogerse al Deber de Desobediencia y cuando se ampara a dicho deber, pero de manera errónea. Lo que implica la determinación de responsabilidades para el servidor. Seguidamente se desarrollan estos temas.

Omisión en la Aplicación del Régimen Jurídico del Deber de Desobediencia

Cuando el servidor público no ejerce el deber desobediencia del acto que se encuentra bajo las circunstancias del establecidas en el artículo 108 de LGAP, incurre en responsabilidad personal, la cual puede ser civil, administrativa o penal. Ello dependerá de su posición jerárquica y de la gravedad de este.

En este supuesto el servidor público actuó con dolo, había intención de cometer el acto. Él sabe que el acto que está obedeciendo, es contrario al ordenamiento, pero aun así decide ejecutarlo.

El artículo inciso primero 199 de la LGAP de la administración pública establece que: “Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.”

En relación con lo anterior el artículo 211 los incisos 1 y 2 establecen lo siguiente:

1. El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes.
2. El superior responderá también disciplinariamente por los actos de sus inmediatos inferiores, cuando él y estos últimos hayan actuado con dolo o culpa grave.

Para establecer las responsabilidades administrativas respectivas, por la omisión de la aplicación del Deber de Desobediencia, se debe iniciar un proceso ordinario, de acuerdo con artículo 308 de la LGAP. A su vez, debe concordar con lo establecido en el numeral 200, 211 inciso 3 y 212 de la LGAP, que establecen:

Artículo 200

1. Siempre que se declare la invalidez de actos administrativos, la autoridad que la resuelva deberá pronunciarse expresamente sobre si la ilegalidad era manifiesta o no, en los términos de artículo 199.
2. En caso afirmativo, deberá iniciar de oficio el procedimiento que corresponda para deducir las responsabilidades consiguientes.

Inciso 3, artículo 211:

La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia.

Artículo 213: A los efectos de determinar la existencia y el grado de la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone, o que dicta o ejecuta, deberá tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, en relación al vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.

La omisión de al Deber de Desobediencia cuando el servidor público está en la obligación de ampararse a este, implica responsabilidades para el servidor público. Pero también, el acogerse de manera errónea a dicho deber, acarrea responsabilidades.

Servidor Público que se acoge al Régimen Jurídico del Deber de Desobediencia de manera errónea.

Se dan casos en los cuales un servidor público se acoge al Deber de Desobediencia, pero de manera errónea. La correcta valoración de una orden jerárquica, es fundamental para que un servidor se acoja al régimen, en apego al ordenamiento jurídico. En caso contrario, esto podría generarle responsabilidades administrativas, civiles y penales.

El servidor público es responsable frente a terceros, cuando actúa con dolo o culpa grave, en el ejercicio de sus deberes. Existe responsabilidad cuando este emite actos manifiestamente ilegales. La Administración es solidariamente responsable frente a terceros (Ulloa, 2013, p.201). El régimen de responsabilidad disciplinaria del servidor público, se sustenta en el artículo 211 LGAP, el cual establece:

1. El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes.

2. El superior responderá también disciplinariamente por los actos de sus inmediatos inferiores, cuando él y estos últimos hayan actuado con dolo o culpa grave.

3. La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia.

Por su parte, ha dicho artículo se le suma el numeral 213, en el que se precisa responsabilidades, estableciendo que para la imposición de una sanción disciplinara, se debe tomar en cuenta la jerarquía de quien desempeña las funciones (Ulloa, 2013, p.211)

El párrafo primero del artículo 213 de LGAP establece:

A los efectos de determinar la existencia y el grado de la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone, o que dicta o ejecuta, deberá tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, en relación al vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.

El párrafo segundo del artículo 263 de la LGAP, establece sanción disciplinaria al servidor público en caso de que este sea el culpable por el retraso de los actos del procedimiento. El párrafo segundo cita: “Si ha mediado culpa del servidor en el retardo, cabrá sanción disciplinaria en su contra y, si la culpa es grave, responsabilidad civil ante el administrado tanto del servidor como de la Administración”

El artículo 308 de la LGAP, la imposición de las sanciones por responsabilidad del funcionario se determina mediante el procedimiento ordinario.

1. El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y

b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente.

2. Serán aplicables las reglas de este Título a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad.

La Resolución N.º 00139, del Tribunal Contencioso Administrativo Sección Sexta VI, de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas y veinte minutos, del 27 de octubre del 2021, con respecto al régimen disciplinario del servidor público señala:

Importante recordar que la Administración está legitimada para ejercer la potestad disciplinaria sobre sus servidores, conforme se infiere de la relación de sujeción especial y de jerarquía (artículo 102 de la LGAP) existente entre la Administración Pública y sus empleados, la cual es una relación de empleo público. Se trata, en última instancia, de una manifestación del *ius puniendi*, en virtud de la cual la Administración ejerce poder disciplinario y sancionatorio ante la transgresión o incumplimiento de las obligaciones administrativas o deberes impuestos al funcionario, que conllevan una infracción al correcto ejercicio de la función pública encomendada. Así, de ese vínculo jurídico entre la Administración Pública y servidor público se derivan -necesariamente- una serie de derechos para éste así como también obligaciones de carácter funcional, inherentes a los fines públicos buscados con su labor pública encomendada y que deben orientar siempre su gestión, a fin de no incurrir en una falta personal generadora de responsabilidad disciplinaria; de modo que la transgresión a los segundos determina la responsabilidad disciplinaria del funcionario, la cual puede ir acompañada también de otro tipo de responsabilidades, tales como la penal y la patrimonial. Se está entonces frente a una prerrogativa de la

Administración Pública que se traduce en la facultad para imponer sanciones disciplinarias a sus funcionarios cuando falten o incumplan sus deberes.

Por su parte el servidor actúa con culpa grave, cuando existe una negligencia o descuido grave, que provoca que el acto se ejecute, aún a sabiendas que este podría ser ilícito. En este supuesto el servidor no tenía la intención de llevar a cabo el acto ni que surtiera efectos, por lo que se le debe tomar en cuenta al momento de establecer responsabilidades y sanciones.

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

En este capítulo se incluyen los aspectos metodológicos empleados en esta investigación. Contiene las características del estudio, el diseño de investigación, las técnicas de investigación e instrumentos, las fuentes de información y el proceso de recolección y análisis de datos.

Características del estudio

Este estudio tiene las siguientes características:

Enfoque

La investigación se llevó a cabo con un enfoque cualitativo. De acuerdo con Hernández et al. (2014, p.7), esta se “guía por áreas o temas significativos de investigación... la acción indagatoria se mueve de manera dinámica en ambos sentidos: entre los hechos y su interpretación.”

Dichos autores señalan que la investigación cualitativa “se fundamenta en una perspectiva interpretativa entrada en el entendimiento del significado de las acciones de seres vivos, sobre todo de los humanos y sus instituciones...” (Hernández et al. 2014, p.9)

Tal y como lo indica Barrantes, (2013a p.55) en el enfoque cualitativo, se trata de comprender el objeto, en vez de describirlo con cifras, estadísticas y números medibles.

Esta investigación consistió en el análisis del trámite y régimen disciplinario del servidor público, en relación con el régimen jurídico del deber desobediencia, con una “perspectiva interpretativa” de datos provenientes de material bibliográfico y documental.

Alcance

De acuerdo con Hernández et al., el estudio es descriptivo. A continuación, se brinda la definición respectiva.

Con los estudios descriptivos se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta análisis.

Son útiles para mostrar con precisión los ángulos o dimensiones de un fenómeno, suceso, comunidad, contexto o situación. (2014, p.92).

Por su parte Venegas señala que este tipo de investigación busca “descubrir las principales modalidades de cambio, formación o estructuración de un fenómeno, y las relaciones que existen con otros”. (2010, p.23)

Este autor señala que no solo hay que comparar e interpretar los resultados para un mejor conocimiento de la situación. (2010, p.23)

En esta investigación se describieron los fundamentos teóricos, la normativa directa asociada al régimen de desobediencia, el trámite para obedecer órdenes o actos que el servidor público los considera contrarios a la normativa y el régimen de responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento o aplicación errónea de dicho deber. Con estos aspectos y demás información obtenida para cumplir con los objetivos, se logró una investigación descriptiva acerca del régimen jurídico del Deber de Desobediencia de la LGAP.

Finalidad

La investigación es aplicada. Venegas la define como aquella “con fines prácticos, tanto para resolver un problema, como para tomar decisiones, evaluar programas, y en general, para mejorar un producto o proceso por medio del estudio y prueba de conceptos teóricos en situaciones reales.” (2010, p.22)

Por su parte, Barrantes (2013b, p.86) reafirma el concepto de investigación aplicada, al señalar que “Su finalidad es la solución de problemas prácticos para transformar las condiciones de un hecho que nos preocupa. El propósito fundamental no es aportar al conocimiento teórico.”

El estudio es acerca de una situación actual y cotidiana de los servidores públicos, indistinto del cargo que desempeñan, pues se encuentran amparados al régimen del Deber Desobediencia ante un acto contrario al ordenamiento jurídico.

Se dio respuesta al planteamiento del problema y al cumplimiento de los objetivos, mediante una rigurosa metodología científica, lo cual validó el respectivo análisis, conclusiones y recomendaciones.

Es de suponer que el estudio ampliará el conocimiento acerca del Deber de Desobediencia y servirá de insumo a profesionales, estudiantes y público en general interesados en la temática.

Diseño de Investigación

El diseño es no experimental, el cual se define como aquel donde “no hay manipulación deliberada de variables y en los que solo se observan los fenómenos en su ambiente natural para analizarlos.” (Hernández et al. 2014, p.152)

Al tratar de adaptar el anterior concepto a esta tesis, se hizo referencia a categorías de estudio, que están constituidas por los aspectos esenciales de los objetivos de la investigación y así responder al planteamiento del problema.

Como parte de este tipo de diseño, también se consideró como transeccional o transversal. Estos son los que “recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único”. (Liu, 2008 y Tucker, 2004, citados por Hernández et al, 2014, p.154).

Para este estudio, se recopiló la información en un periodo determinado, lo que permitió el análisis del régimen del Deber de Desobediencia. Se incluyó el trámite que debe seguir un servidor público, para salvaguardar responsabilidades, cuando se encuentra sujeto a la inmediata ejecución de una orden o acto no estipulado en las circunstancias establecidas en el artículo 108 de la LGAP, pero que el servidor lo considera contrario a ley. Además, se incorporó el régimen de responsabilidad disciplinaria por la omisión al Deber de Desobediencia o su indebida aplicación.

Categorías de Análisis

En la Tabla 1 se describe las categorías de estudio, con las respectivas definiciones conceptuales, operacionales e instrumentales, según al objetivo correspondiente.

Tabla 1

Categorías de análisis para el Estudio del régimen jurídico del Deber de Desobediencia en la LGAP: trámite y régimen de responsabilidad disciplinaria del servidor público, 2022.

Objetivos	Categorías	Definición Conceptual	Definición Operacional	Definición instrumental
1. Detallar el contenido del régimen jurídico del Deber de Desobediencia establecido en la LGAP	Régimen jurídico del Deber de Desobediencia.	Marco regulatorio que tutela la obligación de los servidores públicos, a no cumplir órdenes o actos cuando están fuera del ordenamiento jurídico.	<ul style="list-style-type: none"> • Identificación la normativa nacional asociada al deber desobediencia. • Definición de Deber de Desobediencia de los actos. • Definición del Deber de Obediencia. • Definición de actos. • Determinación de la validez y eficacia de los actos. 	<p>Cuestionario semiestructurado dirigido a expertos.</p> <p>Guía de Entrevista.</p>
2. Estudiar el trámite para que un servidor público se ampare al Deber de Desobediencia estipulado en LGAP.	Trámite para ampararse al Deber de Desobediencia	Proceso que debe seguir un servidor público, cuando debe obedecer un acto u orden, que considera contraria al ordenamiento jurídico	<ul style="list-style-type: none"> • Definición de acto formal • Definición de acto material • Identificación de las circunstancias para acogerse al Deber de Desobediencia. 	<p>Cuestionario semiestructurado dirigido a expertos.</p> <p>Guía de entrevista</p>

<p>3. Examinar el procedimiento para que un servidor público salvaguarde responsabilidades, ante otras circunstancias no especificadas en el Deber de Desobediencia</p>	<p>Procedimiento para salvaguardar responsabilidades, ante circunstancias no especificadas en el Deber de Desobediencia.</p>	<p>Trámite al que se acoge el servidor público, para realizar objeciones, ante circunstancias no especificadas en el artículo 108 de LGAP</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Descripción del artículo 109 de la LGAP. • Descripción del artículo 110 de LGAP • Análisis del trámite para salvaguardar responsabilidades. 	<p>Cuestionario semiestructurado dirigido a expertos</p> <p>Guía de entrevista.</p>
<p>4. Detallar el régimen de responsabilidad disciplinaria para el servidor público que incumple con el régimen jurídico del Deber de Desobediencia.</p>	<p>Régimen de responsabilidad disciplinaria</p>	<p>Es la responsabilidad disciplinaria que incurre el servidor público, cuando infringe sus obligaciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Descripción del régimen de responsabilidad disciplinaria • Definición de responsabilidad civil • Definición de responsabilidad administrativa • Definición de responsabilidad penal • Definición de responsabilidad electoral • Descripción del procedimiento en la aplicación del régimen disciplinario por incumplimiento al Deber de Desobediencia. • Descripción del procedimiento del régimen disciplinario por aplicación errónea del Deber de Desobediencia. 	<p>Cuestionario semiestructurado dirigido a expertos</p> <p>Guía de entrevista.</p>

5. Identificar eventuales reformas al régimen jurídico de desobediencia estipulado en la LGAP.	Reformas al régimen jurídico del Deber de Desobediencia.	Actualización del marco normativo asociado al Deber de Desobediencia, tutelado en LGAP.	<ul style="list-style-type: none"> • Identificación de reformas 	Autora de la investigación.
--	--	---	--	-----------------------------

Técnicas de Investigación e Instrumentos

A continuación, se detallan las técnicas de investigación e instrumentos utilizados en este estudio.

Revisión de Datos Secundarios

Esta técnica consiste en “la revisión de documentos, registros públicos y archivos físicos o electrónicos.” (Hernández et al. 2014, p.252).

Se aplicó para construir el marco teórico, el marco metodológico y la información de aquellos aspectos requeridos para el cumplimiento de los objetivos.

Entrevista

De acuerdo con Keats:

Una entrevista no es sólo una conversación informal, sino una interacción controlada que utiliza el intercambio verbal como método principal de interrogación. Una entrevista tiene dirección y forma, sirve a un propósito específico e involucra tanto al entrevistador como al entrevistado en una relación dinámica. (2009, p.5)

Como indican Cervo y Bervian (1990), “la entrevista no es una simple conversación informal. Es conversación orientada hacia un objetivo definido: recoger, a través de preguntas al informante, datos para la investigación.” (, p.93).

Con base en estas definiciones y lo señalado en el apartado sobre fuentes primarias de información, se efectuaron entrevistas a dos expertos en materia de Derecho Administrativo.

Se realizaron entrevistas semiestructuradas, mediante una guía de preguntas, a los siguientes expertos:

Dr. Oscar González Camacho: ex magistrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Actualmente es abogado litigante y docente universitario. La entrevista se le aplicó de manera personal, lo cual permitió la posibilidad de hacer preguntas adicionales, para una mayor precisión de conceptos y recabar mayor información, tal y como lo señala Hernández et al. (2014. p.403).

Dr. Aldo Milano Sánchez: abogado litigante, experto en Derecho Público y docente universitario. A solicitud de él, la entrevista se realizó de forma digital. Por lo tanto, se le remitió la guía de la entrevista a su correo electrónico.

Ambos expertos respondieron las preguntas incluidas en las respectivas entrevistas.

En la tabla 2 se describieron los objetivos de este estudio, así como las categorías de análisis, técnicas, instrumentos y fuentes de información.

Tabla 2

Técnicas e instrumentos de recolección de datos para el Estudio del régimen jurídico del Deber de Desobediencia en la LGAP: procedimiento y régimen de responsabilidad disciplinaria del servidor público, 2022.

Objetivos	Categorías	Técnica	Instrumento	Fuentes de información
1. Detallar el contenido del régimen jurídico del Deber de Desobediencia establecido en la LGAP	Régimen jurídico del Deber de Desobediencia	Revisión de datos secundarios. Entrevista a expertos. Triangulación y análisis crítico de información.	Guía para identificar fuentes confiables. Guía de entrevista. Guía de categoría de análisis.	Fuentes primarias, secundarias y terciarias, de bibliotecas académicas y personales. Resoluciones del Poder Judicial. Consulta de expertos. Dictámenes y Opiniones Jurídicas de la PGR.
2. Estudiar el trámite para que un servidor público se ampare al Deber de Desobediencia estipulado en LGAP.	Trámite para ampararse al Deber de Desobediencia	Revisión de datos secundarios. Entrevista a expertos Triangulación y análisis crítico de información.	Guía para identificar fuentes confiables. Guía de entrevista. Guía de categoría de análisis.	Fuentes primarias, secundarias y terciarias, de bibliotecas académicas y personales. Resoluciones del Poder Judicial. Consulta de expertos. Dictámenes y Opiniones Jurídicas de la PGR. Oficios de la CGR.

<p>3. Examinar el procedimiento para que un servidor público salvaguarde responsabilidades, ante otras circunstancias no especificadas en el Deber de Desobediencia</p>	<p>Procedimiento para salvaguardar responsabilidades, antes circunstancias no especificadas en el Deber de Desobediencia</p>	<p>Revisión de datos secundarios.</p> <p>Entrevista a expertos.</p> <p>Triangulación y análisis crítico de información.</p>	<p>Guía para identificar fuentes confiables.</p> <p>Guía de entrevista.</p> <p>Guía de categoría de análisis.</p>	<p>Fuentes primarias, secundarias y terciarias, de bibliotecas académicas y personales.</p> <p>Resoluciones del Poder Judicial.</p> <p>Consulta de expertos.</p> <p>Dictámenes y Opiniones Jurídicas de la PGR.</p>
<p>4. Detallar el régimen de responsabilidad disciplinaria para el servidor público que incumple con el régimen jurídico del Deber de Desobediencia.</p>	<p>Régimen de responsabilidad disciplinaria</p>	<p>Revisión de datos secundarios.</p> <p>Entrevista a expertos.</p> <p>Triangulación y análisis crítico de información.</p>	<p>Guía para identificar fuentes confiables.</p> <p>Guía de entrevista.</p> <p>Guía de categoría de análisis.</p>	<p>Fuentes primarias, secundarias y terciarias, de bibliotecas académicas y personales.</p> <p>Resoluciones del Poder Judicial.</p> <p>Consulta de expertos.</p> <p>Dictámenes y Opiniones Jurídicas de la PGR.</p>

5. Identificar eventuales reformas al régimen jurídico de Desobediencia estipulado en la LGAP.	Reformas al régimen jurídico del Deber de Desobediencia.	Análisis de resultados del estudio que fundamente posibles reformas.	Revisión de resultados.	Fundamentos doctrinales. Criterios de expertos y de autora del estudio.
--	--	--	-------------------------	--

Fuentes de Información

Brenes explica que las fuentes de información pueden ser humanas y también materiales como son obras de autores, archivos, periódicos (2005, p.123). El presente estudio se sustentó en fuentes materiales. Barrantes, también cita como ejemplos de estas últimas, a los anuarios, expedientes, archivos y publicaciones periódicas (2013b, p.124).

Complementa lo anterior Gallardo, al señalar que las fuentes de investigación son “los documentos o situaciones que sirven de soporte material a mi estudio” (2008, p.121).

Por lo tanto, el estudio se respaldó por los siguientes tipos de fuentes:

Fuentes Primarias

Estas fuentes son fundamentales en un proceso de investigación. Así se nota en la siguiente cita:

En todas las áreas del conocimiento, las fuentes primarias más consultadas, y utilizadas para elaborar marcos teóricos son libros, artículos de revistas científicas y ponencias o trabajos presentados en congresos, simposios y eventos similares, entre otras razones, porque estas fuentes son las que sistematizan en mayor medida la información, profundizan más en el tema que desarrollan y son altamente especializadas, además de que se puede tener acceso a ellas por internet.(Hernández et al. 2014, p.65)

Vargas y Ulate (2014) incluyen como fuentes primarias otras como: consulta a un experto en un tema, monografías, tesis académicas, disertaciones, documentos oficiales, testimonio de expertos, reporte de asociaciones y documentales (p.74).

Para esta investigación, se analizó el marco jurídico vinculante. Se consultó material bibliográfico referente a metodología de investigación y doctrina jurídica, en bibliotecas académicas y personales.

Se revisaron tesis de grado, en bibliotecas académicas nacionales e internacionales y en el Colegio de Abogados de Costa Rica. Se consultaron revistas jurídicas provenientes de páginas webs de instituciones relacionadas con el tema.

Se examinaron documentos oficiales del Poder Judicial de Costa Rica, de la PGR y CGR, tales como, leyes, sentencias, jurisprudencia, dictámenes opiniones jurídicas y oficios. El estudio se complementó con criterios emitidos por expertos nacionales vinculados a la temática.

Fuentes Secundarias

Son aquellos “resúmenes de fuentes primarias, compilaciones, comentarios de artículos, de libros o tesis. También pueden ser libros que desarrollan un tema a partir de su propia recopilación de datos, por ejemplo: los libros didácticos de la UNED” (Ulate y Vargas, 2014, p.59).

Se consultaron este tipo de fuentes, en bibliotecas y revistas jurídicas respecto a la LGAP, específicamente, al régimen del Deber de Desobediencia.

Fuentes Terciarias

Estas “reúnen fuentes de segunda mano, como podría ser un catálogo temático, un directorio, una guía de índice, un catálogo de revistas periódicas.” (Ulate y Vargas, 2014)

Las fuentes terciaras consultadas pertenecen a bibliotecas, así como organizaciones que publican revistas jurídicas.

Proceso de Recolección y Análisis de Datos

La investigación es básicamente, bibliográfica y documental, por lo que demandó una exhaustiva búsqueda de la información, en fuentes primarias, secundarias y terciarias. El estudio se reforzó con la información recopilada en las entrevistas a expertos.

La información obtenida, se sometió a un análisis cualitativo mediante el cual se describieron de manera objetiva, las categorías propias del estudio.

Se reforzó el análisis, con la técnica de la triangulación, definida como “la mezcla de dos o más teorías, fuentes de datos, técnicas de investigación, en el estudio de un fenómeno singular, o sea, es el uso de diferentes formas de estudiar un mismo objeto.” (Barrantes, 2013b, p.135). Con base en este concepto, se analizaron tópicos del estudio, comparando el criterio de diferentes fuentes primarias y secundarias, así como de estas y la autora del estudio.

Se aplicó la técnica de análisis crítico. Müller (2015) explica que:

Consiste en presentar una interpretación razonada de lo que otros han escrito sobre el tema no es un resumen ni una recopilación de opiniones. Por lo tanto, el autor debe presentar, junto al pensamiento de los otros investigadores, sus propios puntos de vista. (p.40).

Mediante dicha técnica se interpretó la información del estudio, comparando los criterios de los expertos y la investigadora.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS DE RESULTADOS

En este capítulo se presenta el análisis de los resultados obtenidos en el estudio, asociados al régimen jurídico del Deber de Desobediencia, la valoración del servidor público para acogerse al Deber de Desobediencia, el procedimiento para salvaguardar responsabilidades y el régimen de responsabilidad disciplinaria del servidor público,

El Régimen Jurídico del Deber de Desobediencia

El Principio de Legalidad y la Validez de los Actos.

El principio de legalidad rige el accionar de la Administración Pública costarricense, limitando su actuación. Se presume legitimidad y validez de los actos emitidos por la Administración.

Desde la perspectiva de presunción de legalidad y validez, los servidores públicos ejecutan los actos suponiendo que estos no poseen vicios. Aunque exista dicha presunción, en el momento en que el servidor recibe una orden del superior, debe analizar si esta infringe o lesiona el principio de legalidad. Este principio es un deber fundamental tal y como lo dicta la doctrina. El principio de legalidad no es solo un deber de hacer, sino también de un no hacer.

El principio de legalidad se encuentra regulado en los artículos 11 de la C. Pol. e igual numeral de la LGAP. Se establece que los servidores públicos solo pueden realizar los actos que el ordenamiento jurídico les autoriza. La lesión al principio de legalidad acarrea responsabilidades personales, administrativas, civiles y penales, según lo establecido en la doctrina y el marco normativo.

El Deber de Desobediencia se encuentra ligado a los principios de legalidad y validez. El servidor público solo debe acatar las órdenes que no transgreden estos principios, es decir, desobedecer aquellos actos que lo lesionan.

La Relación de Jerarquía y Cumplimiento del Deber de Obediencia.

La relación de jerarquía en la Administración Pública de Costa Rica, se da cuando hay una superioridad de grado en cuanto a competencias: un sujeto que es de rango superior y otro de grado inferior.

Como lo señalan los artículos 101 y 107 de la LGAP, en el sistema jerárquico nacional, el inferior se encuentra en la obligación de obedecer y ejecutar las órdenes emanadas por el superior. El inferior se somete a subordinación, mientras que el superior posee una potestad de mando.

Los incisos a y b del artículo 108 de la LGAP señalan que la jerarquía no da la potestad al superior, de obligar al inferior a realizar un acto contrario al ordenamiento jurídico, ni labores que no son de su competencia, tampoco que sean manifiestamente arbitrarias o constituyan abuso de poder.

Lo anterior significa que las órdenes y actos deben ser siempre en apego al principio de legalidad. El Deber de Obediencia es propio de la jerarquía, pero como se ha indicado este no es absoluto. Cuando se presenta las circunstancias de los incisos supramencionados, el servidor público está en la obligación de desobedecer el acto. El poder jerárquico enmarca la actividad del inferior.

En relación con lo descrito, entre mayor sea el rango del superior jerárquico, mayores son sus responsabilidades. Esto debido a la potestad del superior de controlar la actividad del inferior. Además, él debe intervenir y resolver los conflictos que se pudiesen dar con los inferiores.

La relación jerárquica, hace responsable al superior de los actos del inferior, cuando obedece una orden que él ha emanado y es contraria al ordenamiento jurídico. Esto es lo que se considera responsabilidad solidaria, la cual está estipulada en el artículo 177 y 211 de la LGAP. Este señala que el superior jerárquico es responsable cuando el inferior ha actuado con dolo o culpa grave.

El Acatamiento al Marco Regulatorio de la Relación de Jerarquía.

Cuando se analiza la relación de jerarquía en la Administración Pública, se establece que entre las potestades del superior jerárquico está la facultad de dictar órdenes. Esa potestad se refleja en la competencia, la cual es otorgada por el ordenamiento jurídico del país y por en el principio de legalidad.

La resolución número 2021-002504 de las doce horas y cincuenta y cinco minutos del 3 de noviembre de 2021, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica (Apéndice C) se refiere al Deber de Obediencia de la siguiente manera:

Los funcionarios y funcionarias (nombrado por idoneidad comprobada, a saber, procedimientos de concurso-oposición), gozan de la capacidad objetiva para comprender sus actuaciones, bien, si estas son contrarias al marco de legalidad, como puede ser ejecutar labores ajenas al cargo en el cual fueron nombrados y nombradas.

De lo manifestado por la Sala Segunda, queda establecido que los servidores públicos con idoneidad para ejercer los cargos a los cuales fueron nombrados, cuentan con capacidad objetiva. Establece que el servidor público, puede discernir si el acto emanado por el superior, es contrario al ordenamiento jurídico.

No obstante, lo anterior podría considerarse que no todo servidor posee la facultad para saber cuándo la orden es contraria o lesiona el marco de jurídico. En esta decisión pueden incidir factores como la baja escolaridad, la subordinación y el respeto a la jerarquía. Sin embargo, estos factores no son justificantes al desconocimiento de la ley. Este se encuentra regulado en la normativa y también puede ser otro aspecto que induce, a la no aplicación del Deber de Desobediencia.

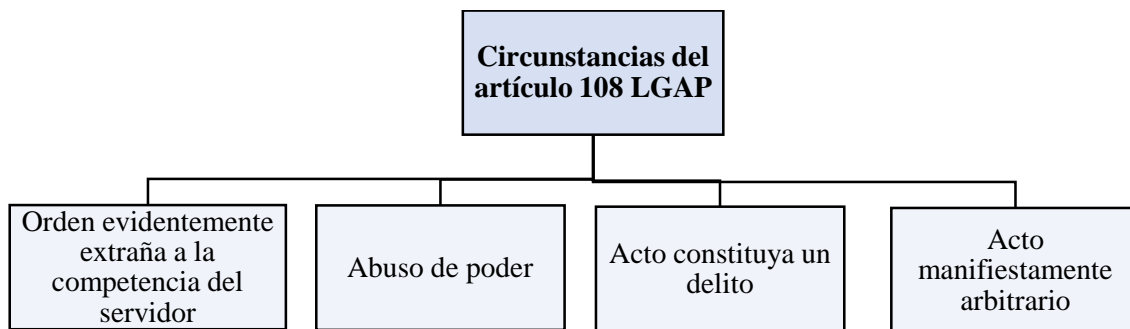
La Facultad Jurídica para Ampararse al Deber de Desobediencia.

Si bien, en el ordenamiento jurídico se establece que el servidor está obligado a obedecer las órdenes de su superior jerárquico, también se estipula el Deber de Desobediencia.

Al analizar los incisos a y b del artículo 108 LGAP, se estipulan cuatro circunstancias en las que el servidor público se encuentra facultado para desobedecer el acto emanado por el superior jerárquico. La figura 1 muestra dichas circunstancias.

Figura 1

Circunstancias para ampararse al Deber de Desobediencia estipuladas en la LGAP.



La normativa es concisa al determinar las citadas circunstancias, que amparan al servidor público para proceder con el Deber de Desobediencia. De esta forma se salvaguarda de responsabilidades.

En Costa Rica no se puede alegar desconocimiento de la ley. No obstante, en la práctica laboral se podrían presentar situaciones en las que los servidores públicos por desconocimiento al Deber de Desobediencia, ejecutan órdenes asociadas a las circunstancias descritas en el artículo 108 de LGAP.

González, O. (comunicación personal, 28 de junio del 2022), se refirió a la forma en que se desarrolla el Deber de Desobediencia en el artículo 108 de la LGAP. Su criterio es que "El artículo es restrictivo, porque le da una enorme hegemonía al principio de obediencia. Las excepciones que se establecen al Deber de Desobediencia son extremas. Se debería

ampliar ya que hay una serie de decisiones ilegales, que no calzan en el 108 y que los funcionarios, tendrán que asumir”.

Sobre este mismo tema, el Milano, A. (comunicación personal, 30 de junio del 2022) opina lo siguiente:

Existe un Deber de Obediencia que recae sobre todo servidor público. Todo servidor público está obligado a obedecer las órdenes de su superior jerárquico, lo que ha sido calificado inclusive como un principio de derecho administrativo (ORTIZ ORTIZ). Ese deber tiene sus límites, especialmente por razones de legalidad. Con todo, debe existir un equilibrio, de modo que el subordinado no se torne en un juez de legalidad de las órdenes de su superior. Es por ello que el art. 108 de la LGAP establece que, en circunstancias taxativamente definidas por la norma, ese deber se transforme en un Deber de Desobediencia. Se trata de causales en que es notoria la ilegalidad de la orden, sea por evidente incompetencia, por ser manifiestamente arbitraria o por tratarse de una conducta delictiva. Me parece que a la norma quizá le faltó una expresa conexión con el supuesto en que la desobediencia deriva del riesgo evidente de que, de actuar, el funcionario sería solidariamente responsable con la Administración (art. 199, particularmente, párrafo 2).

González y Milano, coinciden en que se podría realizar una modificación parcial del artículo 108 de LGAP. El primero de ellos, es del criterio que se deben ampliar las circunstancias, en las que el servidor debe desobedecer actos emanados por el superior jerárquico, cuando contravienen el ordenamiento jurídico. Para Milano, la modificación debe versar sobre la responsabilidad solidaria, en donde se incluya que el servidor y la Administración son conjuntamente responsables.

Para la autora de esta investigación, el artículo no debería ser tan restrictivo con las circunstancias en las que el servidor debe acogerse al Deber de Desobediencia. Ya que ello puede propiciar que, el servidor únicamente tome en consideración las circunstancias especificadas en el numeral 108 de LGAP, dejando a un lado otras en las que la ilegalidad de

la orden no es manifiestamente evidente. De igual manera, le acarrea responsabilidades al inferior, por no desobedecer la orden emanada por su superior, siendo esta nula.

En relación con la aplicación del Deber de Desobediencia, existe una resolución del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección II, en su resolución N° 00093 – 2021, de las nueve horas y quince minutos, del 8 de octubre del 2021 (Apéndice D).

El caso se refiere a un encargado de recursos humanos que se dio cuenta que la persona nombrada para un puesto municipal, carece de un requisito indispensable para el puesto asignado. Este se acoge al Deber de Desobediencia ya que, de acuerdo con la normativa municipal, ese nombramiento podría ocasionarle responsabilidades, por infringir una norma.

El Tribunal indicó que el actuar del servidor fue el correcto. La norma es clara en manifestar, que, si no se posee las condiciones exigidas para el nombramiento, el funcionario tendría responsabilidad, civil, administrativa y hasta penal, por obedecer un acto que contraviene el principio de legalidad.

En relación con el tema de la facultad jurídica para ampararse al Deber de Desobediencia, se está llevando a cabo un procedimiento judicial en este ámbito. Se hallan involucrados tres funcionarios de dos ministerios. Con base en González, O. (comunicación personal, 28 de junio del 2022), el caso se resume así:

Los servidores públicos recibieron una orden, de sus respectivos ministros, ordenando la cancelación de unos pagos pendientes a la Caja Costarricense del Seguro Social. Se realizaron las facturas correspondientes y se pasó a Tesorería Nacional para que efectuara el pago. Una vez emitidas las facturas, los ministerios dispusieron que no se cancelarían los devengados.

Según González (comunicación personal, 28 de junio del 2022), uno de los funcionarios involucrados, no acató la orden porque la consideraba ilegal. Él se encuentra

ante un procedimiento disciplinario de despido, por desobedecer una orden, en el Ministerio donde labora.

El segundo servidor, solicita, de forma verbal, a su superior que le indique las razones por las cuales debe de obedecer dicha orden, ya que para él lesiona el ordenamiento jurídico. El superior le responde que debe obedecerla, porque la orden proviene del Ministerio de la Presidencia. El servidor público emite un correo electrónico indicando que obedecerá la orden, únicamente, por provenir de dicha instancia. Después, la Contraloría General de la República, le inicia un procedimiento de establecimiento de responsabilidades, por acatar una orden que contraviene el ordenamiento jurídico.

El tercer servidor, obedece la orden sin objetarla. La Contraloría General de la República, también le inicia un procedimiento de establecimiento de responsabilidades, por acatar la orden.

Para González (comunicación personal, 28 de junio del 2022), del caso se destacan varios aspectos, a saber:

El gran debate y todo el punto se centra, en el tema del Deber de Obediencia y el Deber de Desobediencia. Es un procedimiento totalmente actual y súper vigente. La discusión y estrategia, es para los servidores públicos a los que la Contraloría General de la República les inicia un procedimiento, ya que la orden no era evidentemente nula y sobre todo para el servidor que hizo bien en desobedecer, porque tenía un Deber de Desobediencia, ante un acto inválido. Además, se les amenazó con el despido, si no acataban la orden.

El caso expuesto denota lo complejo que puede ser para el servidor público, realizar una valoración técnica para determinar si debe desobedecer o no la orden, o si debe ampararse al régimen para salvaguardar responsabilidades.

La Valoración del Servidor Público para acogerse al Deber de Desobediencia

Como se ha indicado en esta investigación, los incisos a y b del artículo 108 de la LGAP, indican las circunstancias en las que el servidor público se encuentra en la obligación de acogerse al Deber de Desobediencia. Si bien es cierto, el artículo no señala de manera expresa que el servidor público debe efectuar una valoración, sí sugiere que debe realizar un análisis de las órdenes emanadas por superior jerárquico, para determinar si estas se ajustan a dichas circunstancias. Por lo que una incorrecta valoración de la legalidad de una orden, le acarrearía al servidor público responsabilidades disciplinarias.

En relación con dicha valoración, el artículo 14 LGCI, establece un método para que el servidor público, determine los posibles riesgos internos o externos que pueden existir en el cumplimiento de los objetivos. Lo anterior mediante la llamada valoración del riesgo. Esta puede ser utilizada para que el servidor público, determine si debe acogerse o no al Deber de Desobediencia, o evitar incurrir en culpa grave por falta al deber de cuidado. Además, es una forma, con la que el superior puede fiscalizar los actos que ejecuta el subordinado.

Con respecto a este tema de la opinión jurídica OJ-005-2002, del 29 de enero del 2002 (Apéndice E), se refirió al régimen de responsabilidad aplicable a funcionarios públicos, el Deber de Obediencia y la ejecución de actos administrativos bajo objeción.

La opinión se deriva de una consulta efectuada por la directora de la Dirección Nacional de Desarrollo Comunal, a la PGR, quien planteó tres preguntas.

La primera, sobre la responsabilidad del inferior jerárquico, al acatar la orden del superior de nombrar a un servidor sin que exista una plaza. La segunda, en caso de que existiese responsabilidad, el tipo responsabilidad para el inferior y el superior jerárquico. La tercera, si la Administración cubre el periodo de ese funcionario de hecho y si puede cobrarle lo pagado al inferior, aunque este haya acatado la orden de un superior.

En relación a la primera y segunda pregunta, la opinión jurídica estableció que tanto el superior que ordena un acto que lesiona el marco jurídico, y el inferior que obedece dicha

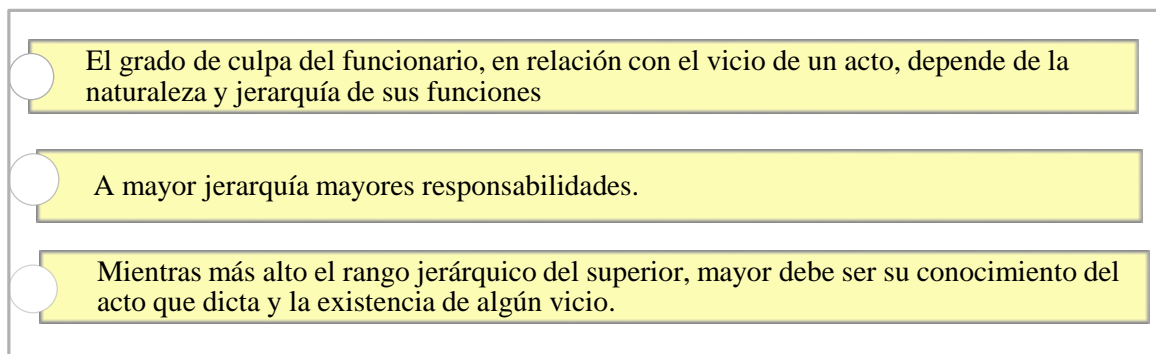
orden sin objetarla, podrían tener responsabilidades civiles, administrativas y penales. Esto cuando se actúa con dolo o culpa grave.

Con base en lo manifestado en dicha opinión, es evidente que el Deber de Desobediencia limita la actuación de los servidores públicos ante actos que transgreden el marco normativo y el principio de legalidad. Si bien la regla es que se debe obedecer las órdenes emanadas por los superiores, es la normativa la que establece un límite a esa obediencia, para evitar que se incurra en abuso de poder o delito. Por lo que, si el servidor no realiza el trámite para salvaguardar responsabilidades y obedece una orden que lesiona el ordenamiento jurídico, se le podrán imputar responsabilidades.

La figura 2 muestra los tres aspectos de interés asociados al análisis de imputación de responsabilidades.

Figura 2

Aspectos para el análisis de imputación de responsabilidades según opinión jurídica OJ-005-2002.



Cabe resaltar que estos tres aspectos son relevantes para determinar, en cualquier circunstancia, la imputación de responsabilidades del servidor público y no solamente para el caso analizado por la PGR.

Con respecto a la tercera pregunta, en la opinión jurídica se manifestó que la administración debe determinar mediante los procedimientos administrativos, si existió algún tipo de daño efectivo o patrimonial por dolo o culpa grave, para así poder exigir que se le repare lo perdido.

De este último criterio, se puede destacar lo siguiente:

- La opinión jurídica no emite un criterio particular de las eventuales responsabilidades de los servidores objeto de la consulta, las cuales son competencia de la Administración Activa.
- Se determinaron las circunstancias en las que se pueden imputar responsabilidades.
- Se estableció que la responsabilidad del funcionario es subjetiva. El funcionario es quien responde por los daños causados, cuando este ha actuado con dolo o culpa grave.
- El superior jerárquico es responsable de los actos que dicta y que son ejecutados por su inferior, cuando se actúa con dolo o culpa grave.

Al analizar lo descrito, se denota que los daños causados son exigibles tanto para el funcionario, como para la misma Administración. Cuando el daño ocasionado, no trasciende a terceros, pero aun así el acto es ilegal y no es objetado, el servidor público podría tener responsabilidades administrativas disciplinarias.

Para determinar la responsabilidad, es necesario que la Administración inicie el procedimiento establecido en la normativa.

En cuanto a que, si todo servidor se encuentra facultado a realizar la valoración para determinar si debe o no acogerse al Deber de Desobediencia establecido en el numeral 108 de la LGAP, o si la ley debería brindar mayores parámetros para que este pueda realizar dicha valoración, González O, (comunicación personal, 28 de junio del 2022), emitió el siguiente criterio:

La valoración muchas veces es muy delicada, de orden técnico que el inferior jerárquico, no tiene la capacidad de valorar y es muy complejo para él. De tal manera que, no deben solo flexibilizarse las circunstancias especificadas en el artículo 108, también el tema de los supuestos de una difícil valoración, para el superior jerárquico que simplemente ejecuta. Hay una serie de disposiciones u órdenes técnicas que se le

pueden dar a un funcionario, que no tiene la menor idea si son ilegales o no. Es necesarísimo un ajuste de la norma.

Respecto a la valoración que debe de realizar el servidor público para acogerse al Deber de Desobediencia, Milano, A (comunicación personal, 30 de junio del 2022), considera que:

En general, se trata de un tema complejo puesto que se debate entre dos deberes: el de obedecer-desobedecer y el de velar por la legalidad de las actuaciones por parte de los servidores públicos (art.194 de la Constitución Política). A mi juicio, es difícil que la ley ofrezca mayores criterios para valorar si se está o no en uno de los supuestos que activa el Deber de Desobediencia. Es claro que, dependiendo de la jerarquía del funcionario, podría ser difícil que discrimine en ciertos casos, si se está o no en una situación que active el Deber de Desobediencia. Para ello, no queda más que acudir a conceptos jurídicos indeterminados, puesto que se trata de un tema casuístico.

En los criterios emitidos por González y Milano se notan diferencias. González señala que no todo servidor público, tiene la capacidad técnica para valorar si debe acogerse al Deber de Desobediencia. Por lo cual el artículo 108 de LGAP, debería tomar en consideración los supuestos de una difícil valoración. Milano, señala que es difícil que la LGAP, ofrezca al servidor mayores criterios para realizar la valoración, por lo que este debe acudir a los conceptos jurídicos indeterminados.

Es criterio de la autora de este estudio que, ni en el artículo 108 LGAP, ni en el resto de este cuerpo normativo, señalan cómo debe realizar la valoración el servidor público para determinar si obedece o desobedece la orden. Se debe resaltar, que no todos los servidores, poseen el conocimiento técnico o académico, para realizar la valoración del acto.

En lo que respecta a los conceptos jurídicos indeterminados, puede resultar también difícil, que el servidor público acuda a ello. Ya que, si no posee la facultad técnica para realizar la valoración del acto, no puede determinar que se encuentra ante conceptos jurídicos indeterminados, por estar estos de manera implícita en la normativa.

La Valoración para acogerse al Deber de Desobediencia en los Órganos Colegiados.

Como se ha indicado en esta investigación, los órganos colegiados poseen la facultad de realizar sus consultas legales a sus respectivas asesorías jurídicas.

Las unidades de asesoría jurídica constituyen unidades de consulta, por parte de los servidores públicos. Ellos pueden recurrir a las unidades para consultar la legalidad de un acto antes de ejecutarlo. De esta forma, dispondrán de criterios legales para obedecer o acogerse al Deber de Desobediencia.

Los servidores pueden obtener un criterio jurídico, para saber si la orden se ajusta o no a las circunstancias de los incisos a y b del artículo 108 de la LGAP. Asimismo, para saber si pueden realizar el trámite para salvaguardar responsabilidades, estipulado en los artículos 109 y 110 de la LGAP.

En el dictamen C-067-2005 del 15 de febrero del año 2005 (Apéndice F), es un ejemplo en el cual el Procurador Constitucional emite opinión jurídica con base en los criterios A.L. 12-2004 y 15-2004 emitidos por la unidad de asesoría legal del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica.

Si bien es cierto, dicho dictamen no se refiere al deber desobediencia, es importante señalarlo en este análisis, por cuanto está respaldado en los criterios de la unidad de asesoría jurídica. El dictamen, denota la posibilidad que tienen los órganos colegiados de realizar consultas legales, cuando existen dudas jurídicas. Esto les permite actuar apegado a la normativa, y así evitar responsabilidades disciplinarias por el incumplimiento al principio de legalidad y al ordenamiento jurídico.

Cabe reiterar el respaldo jurídico que brindan estas unidades al servidor público, cuando este tiene posibilidades de acceder a ellas. Situación contraria ocurre con el servidor que carece de la posibilidad de consultar a este tipo de unidad.

La PGR es el órgano consultivo jurídico superior de la Administración, por lo que emite dictámenes y pronunciamientos vinculantes, cuando los demás órganos de la administración lo solicitan.

La opinión jurídica de la PGR, OJ-090-2002 del 11 de junio del 2002 (Apéndice G) establece un criterio en relación con un nombramiento irregular de un servidor en la Municipalidad de Cartago. Además, incluyó criterio acerca del régimen de responsabilidad personal del servidor público y el Deber de Obediencia y la ejecución de los actos administrativos bajo objeción.

Dicha opinión señaló que la responsabilidad de la Administración y del servidor es subjetiva. Cuando el servidor actúa con dolo o culpa grave, existe responsabilidad solidaria de la Administración. Si el acto solo daña a la Administración, el servidor enfrentará responsabilidades disciplinarias, ya sea por obedecer cuando tenía el deber de desobedecer o por no objetar la orden.

En lo que respecta al Deber de Obediencia y ejecución del acto administrativo bajo objeción, la citada opinión jurídica ha indicado que:

Si el servidor inferior por obediencia ejecuta un acto en los supuestos enunciados en los artículos 108 y 109 de la Ley General de la Administración Pública, sin haber consignado por escrito o verbalmente sus objeciones ante el jerarca o su superior inmediato, ello le acarrearía eventualmente las responsabilidades consiguientes, tanto en la esfera administrativa como en la civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que también pudiera caberle.

La Procuraduría brindó parámetros jurídicos a la Municipalidad, para que pueda determinar bajo qué nulidad se encuentra el acto, los procedimientos a seguir y lo que debe tomar en cuenta para establecer responsabilidades.

Este es un ejemplo de cómo ciertos órganos tienen la facultad de consultar, así como proceder ante eventuales situaciones que transgredan el ordenamiento jurídico.

El Procedimiento para Salvaguardar Responsabilidades

La normativa costarricense tiene un procedimiento para salvaguardar responsabilidades, cuando el servidor público cree que el acto a obedecer es contrario al ordenamiento, pero este no se encuentra estipulado en las circunstancias establecidas en el artículo 108 de LGAP.

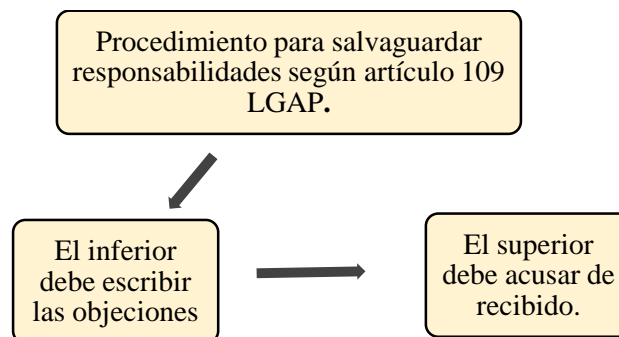
El artículo 109 de la LGAP, señala el procedimiento para salvaguardar responsabilidades (Figura 3). Solamente se debe enviar por escrito sus objeciones al superior jerárquico, indicando por qué considera que la orden lesiona el ordenamiento jurídico. El superior se encuentra en la obligación de acusar de recibo la objeción.

El inciso 3 del artículo 109, faculta al servidor a suspender la ejecución del acto, si este causa daños graves. Si las causas del perjuicio son inexistentes el servidor público está sujeto a responsabilidades.

Llama la atención que, la LGAP establece que se debe suspender el acto cuando existen daños graves, pero no especifica las circunstancias para realizar tal valoración.

Figura 3

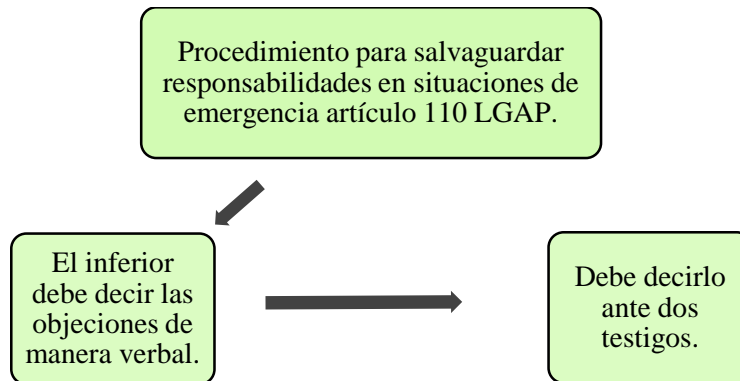
Procedimiento para salvaguardar responsabilidades según artículo 109 de LGAP.



La ley también prevé el proceder en casos de urgencia. El artículo 110 de LGAP (Figura 4), establece que, ante una situación de emergencia, el servidor debe manifestar las objeciones de manera verbal. Dicha manifestación se debe realizar ante dos testigos.

Figura 4

Procedimiento para salvaguardar responsabilidades según artículo 110 de LGAP.



Si bien es cierto, el servidor mediante este procedimiento salvaguarda su responsabilidad, debe realizar un análisis jurídico y técnico que le permita fundamentar las objeciones que considera como vicios del acto.

Dicho análisis, se debe realizar incluyendo los fundamentos jurídicos razonables para determinar si se está ante las circunstancias del artículo 108 de LGAP, o las de los artículos 109 y 110 de LGAP. La valoración en ciertas circunstancias, requiere que el servidor conozca y maneje la ley. Aun así, el criterio del servidor, va a hacer subjetivo y dependerá de su conocimiento técnico y legal.

En relación con a la efectividad del trámite para salvaguardar responsabilidades, estipulado en los artículos 109 y 110 de la LGAP, Milano, A. (comunicación personal, 30 de junio del 2022), señala que:

Como es de esperar, dado que estas normas fueron redactadas en la década de los años sesenta del siglo pasado, los mecanismos de comunicación a que se alude (envío por escrito y obligación del jerarca de acusar recibo, manifestación oral con dos testigos) hoy día podrían ser sustituidos por mecanismos telemáticos, como el envío de un correo electrónico que permitiría demostrar la hora, fecha de envío y de recepción por el jerarca, lo que, junto con la firma electrónica, podrían permitir mecanismos más

eficaces para demostrar las gestiones del funcionario ante su superior para evidenciar sus reservas en torno a la legalidad de la orden que se ve obligado a obedecer. Es claro que existen mecanismos telemáticos -intranet- en la actualidad que ofrecen alternativas más sencillas pero que eran impensables al momento en que se redactó la normativa.

En cuanto a limitaciones que presentan los artículos 109 y 110 de la LGAP, el González, O. (comunicación personal, 30 de junio del 2022) señala que “son muy restrictivos. Se podría flexibilizarse, a través mecanismo de comunicación demostrables como el *WhatsApp*, o si la objeción fue verbal mediante mensajes de voz”.

Como se ha señalado en este estudio, los artículos 109 y 110 de la LGAP, establecen el trámite para salvaguardar responsabilidades. Definen como medios para que el servidor realice las objeciones, el que sean por escrito y en casos de urgencia de manera verbal ante dos testigos. No obstante, la ley no contempla explícitamente el empleo de medios tecnológicos de uso generalizado en la actualidad. En este sentido, Milano y González, también son del criterio de que es necesario implementar otros medios de comunicación tecnológicos para que el servidor realice las objeciones, propias de un acto que consideran antijurídico.

El Régimen de Responsabilidad Disciplinaria del Servidor Público

El régimen de responsabilidad disciplinaria en Costa Rica, funge como garante cuando la Administración infringe el principio de legalidad y el ordenamiento jurídico. Tiene como principal función la reparación de la lesión antijurídica infringida por la Administración. Además, vela por orden y control dentro de la Administración Pública.

Como se ha mencionado, el ordenamiento jurídico enfatiza que el servidor público, es responsable por sus actos cuando actúa con dolo o culpa grave. Establece la responsabilidad solidaria en casos en que el inferior y el superior actúen con dolo o culpa grave. También la normativa señala que, para establecer sanciones, debe llevarse a cabo un procedimiento. Lo anterior de acuerdo con el artículo 211 de la LGAP.

El marco regulatorio, establece la responsabilidad para quien ejecuta el acto y lo ordena. El artículo 213 de la LGAP, manifiesta que el superior es tan responsable como el inferior. Aun así, va más allá la normativa declarando que, entre mayor rango y mayores responsabilidades de un servidor público, es mayor su conocimiento respecto a la existencia de un vicio de un acto que emana. Por consiguiente, para determinar el grado de culpa se debe tomar en cuenta la jerarquía.

Al ser la Administración responsable, se ve en la obligación de reparar los daños y perjuicios, ocasionado por el servidor, según lo establecido en el artículo 118 de la LGAP. La reparación de los daños se puede dar de manera voluntaria o de manera forzosa mediante una sentencia.

Todos tienen derecho a ser compensados por los daños que se les ocasionaron, y esto incluye el daño que pueda provenir del servidor público y la Administración frente a terceros, así como del servidor ante la Administración. Este derecho se encuentra respaldado en C. Pol., en la que se señala que: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”.

La resolución N° 00009 – 2022, del el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección II, de las ocho horas del 14 de febrero del 2022 (Apéndice H), se refirió a la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos. En dicha resolución, proviene del siguiente caso:

La parte actora es profesora y trabaja para el Ministerio de Educación Pública de forma interina. Se le impuso sanción de suspensión de labores sin goce de salario, por una contratación irregular, siendo la actora la encargada de la observación de las funciones realizadas por los miembros de la Junta de Educación Escolar.

La resolución se refiere la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, de la siguiente forma:

De conformidad con el Principio de Legalidad establecido en el artículo 11 de la Constitución Política (se transcribe). Dado este mandato constitucional, tenemos que los funcionarios públicos deben someter su actuación a los lineamientos que, de previo, le otorgue el ordenamiento jurídico siendo que deben ser sometidos a una evaluación de resultados y rendición de cuentas de la cual, de observarse alguna inconformidad con lo normado, estarán sujetos a responsabilidades y eventuales sanciones de sus actos.

En relación con el régimen de responsabilidad disciplinaria, la LGAP es clara al indicar que se debe llevar a cabo un procedimiento administrativo para la imposición de sanciones y la determinación de responsabilidades. Este debe ser a justado a derecho y a los principios que rigen la materia procesal administrativa. Mediante este procedimiento, se determinan las responsabilidades que le atañen a los servidores públicos.

Cuando el servidor público posee potestades de vigilancia, observación entre otras, por su puesto o función, también tiene responsabilidades por los actos que ejecuten quienes están a su cargo.

La Responsabilidad Disciplinaria por el no Acatamiento al Deber de Desobediencia

La responsabilidad disciplinaria establece sanciones, ante el incumplimiento e inobservancia de los deberes de los servidores públicos. Estas pueden ser de distinta índole: amonestaciones, multas, suspensión del cargo o del salario; más graves como, remoción o destitución del cargo.

La determinación de responsabilidades por el no acatamiento al Deber de Desobediencia, es una potestad propia del poder disciplinario que posee la Administración.

Como se ha reiterado, el servidor público acarrea responsabilidad disciplinaria por la realización de actos contrarios al ordenamiento y por dolo o culpa grave. El superior responde de manera solidaria y disciplinaria por los actos de sus subordinados, ya sea por un mal ejercicio al deber de vigilancia, o dictar un acto a sabiendas de los vicios que este contenía.

El Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI en su resolución No. 00095-2019, de las trece horas y cincuenta minutos del 31 de julio del 2019 (Apéndice I), indica respecto a la responsabilidad disciplinaria por el no acatamiento al Deber de Desobediencia, lo siguiente:

Dicho esto, de cara a definir los casos en que concurre el Deber de Obediencia o desobediencia, es necesario precisar que la notoriedad de las causas de ilegitimidad que obligan a desvincularse de la conducta de un jerarca, es un aspecto que debe valorarse en cada caso, a efectos de lo cual, es primario analizar si el agente público se encontraba en posibilidad o deber objetivo de conocer la irregularidad de la conducta que le es requerida ejecutar.

Según lo citado, para establecer las responsabilidades, se debe determinar el nivel de jerarquía, de conocimiento y carácter de las funciones del servidor público. A mayor jerarquía mayor responsabilidad, ya que se por su competencia se entiende que conoce el acto y sus posibles vicios. En concordancia con el artículo 213 de la LGAP.

Para establecer las posibles sanciones del superior jerárquico como del inferior, se debe realizar un análisis del puesto del servidor, funciones que realiza, competencias, potestades y conocimiento técnico que posee sobre sus labores. Con ello, se podría determinar si tenía conocimiento de la ilegitimidad del acto y de la aplicación del Deber de Desobediencia, u obedecer y objetar. Esto demuestra la relevancia de acogerse al Deber de Desobediencia siguiendo lo establecido en el artículo 108 de LGAP o bien aplicar los numerales 109 y 110 del mismo cuerpo normativo, para salvaguardar responsabilidades.

La Responsabilidad del Servidor Público Cuando Actúa con Dolo o Culpa Grave

La LGAP, establece que existen responsabilidades por parte del servidor público, cuando este actúa con dolo o culpa grave.

En relación con la valoración que debe realizar el servidor público para determinar que, si actúa con culpa grave y por ende debe desobedecer la orden, González, O. (comunicación personal, 30 de junio del 2022) opinó que:

Si no tiene criterio para valorar que hay una ilegalidad manifiesta, el servidor simplemente ejecuta el acto. Lo más importante es ratificar que, la obediencia de un acto manifiestamente antijurídico, cuya capacidad del inferior jerárquico es muy cuestionable, genera una responsabilidad patrimonial por falta grave.

Por su parte el Milano, A. (comunicación personal, 30 de junio del 2022), manifestó que:

Mi opinión es que, la ley sí le indica que la obediencia de actos “manifiestamente ilegales” acarrea responsabilidad con lo cual identifica un supuesto en que, de obedecerse, se incurre en culpa grave. Por la misma razón que el Código Penal no podría indicar cuándo se actúa con dolo o culpa grave, no sería posible que la LGAP regule la forma en que se podría llevar a cabo la valoración de si se actúa o no con culpa grave o dolo en un determinado supuesto de hecho. La ley no puede prever todas las situaciones en que ello podría suceder. Sería una labor de imposible cumplimiento. Con todo, acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados como “manifiestamente ilegales”, guía al funcionario público hasta donde me parece posible. Corresponde al funcionario, en caso de duda, salvar su responsabilidad mediante el procedimiento del art. 108, 109 y 110 de la LGAP.

Los entrevistados González y Milano, mantienen diferencias de opinión en cuanto a la valoración del servidor público, para determinar que estaría actuando con culpa grave. González manifiesta que la falta de criterio para valorar el acto, el servidor puede incurrir en una ilegalidad manifiesta. Por su parte, Milano señala que la ley no puede prever todas las circunstancias en las que el servidor actúa con culpa grave, y debe ser este el que debe acudir a conceptos jurídicos indeterminados, para realizar la valoración.

Con el análisis de este tema, se demuestra que existe dificultad para que un servidor público pueda determinar si la obediencia de una orden se encuentra conforme al principio de legalidad o su actuación incurren en culpa grave.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A continuación, se brindan las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

Conclusiones

Con los resultados del estudio, se logró dar respuesta al planteamiento del problema y se cumplieron los objetivos planteados. Se determinaron los alcances del trámite y la responsabilidad disciplinaria para los servidores públicos, derivados del régimen jurídico del Deber de Desobediencia. Por consiguiente, se numeran las conclusiones correspondientes a cada objetivo del estudio.

Objetivo: Detallar el contenido del Régimen Jurídico del Deber de Desobediencia establecido en la LGAP.

1. El ordenamiento jurídico costarricense, específicamente la LGAP, estipula deberes inherentes a la función de los servidores públicos. Sin embargo, también incluye el Deber de Desobediencia para salvaguardar el principio de legalidad.
2. De acuerdo con los artículos 101 y 107 de LGAP, todo servidor público se encuentra en la obligación de obedecer las órdenes emanadas por su superior jerárquico. No obstante, la LGAP contempla el Deber de Desobediencia como un límite a las potestades de los superiores jerárquicos cuando emanan actos contrarios al ordenamiento jurídico.
3. Si bien es cierto, los principios de legalidad y validez establecen que todo acto emitido por la Administración se presume válido, el servidor público debe de realizar una valoración, para determinar si un acto lesiona o no el marco normativo.
4. En Costa Rica nadie puede alegar desconocimiento de las leyes, aunque la realidad podría ser otra. Esto último podría suceder con el Deber de Desobediencia, el cual es un garante del principio de legalidad. Un eventual desconocimiento a dicho deber, podría generar que servidores públicos ejecuten

las órdenes, emanadas por sus superiores, siendo contrarias al ordenamiento jurídico.

Objetivo: Estudiar el trámite para que un servidor público se ampare al Deber de Desobediencia cuando se dan las circunstancias estipuladas en LGAP.

5. El artículo 108 de la LGAP, enumera las circunstancias por las que el servidor público debe acogerse al Deber de Desobediencia. No obstante, dichas circunstancias se mantienen vigentes desde la creación de la Ley en el 1978. Por lo cual esto confirma que no considera otras circunstancias actuales, que también lesionan el ordenamiento jurídico.
6. En LGAP, específicamente el artículo 108, no establece de manera expresa, que el servidor público deba efectuar la valoración de legalidad de una orden o acto emanado por su superior jerárquico. Pero sí, de forma implícita obliga al servidor a realizar dicha valoración, para que determine si se encuentra ante las circunstancias señaladas en este artículo, por lo tanto, acogerse al Deber de Desobediencia. Esto es de especial relevancia pues, un análisis erróneo de la legitimidad, del acto le acarrearía responsabilidades.
7. Lo pertinente para una correcta valoración sería que el servidor disponga de conocimientos técnicos y académicos. Sin embargo, es un hecho que no todo servidor público cuenta con estos conocimientos, lo cual lo puede inducir a la realización de actos ilegítimos.
8. Ante un conflicto de índole jurídico los Órganos Colegiados, poseen la facultad de acudir a sus respectivas unidades de asesoría jurídica para realizar las consultas pertinentes. Esto se convierte en una ventaja para quienes recurren a estas instancias. Caso contrario, sucede con los servidores públicos que no cuenta con esta opción y son ellos quienes con sus propios recursos técnicos y académicos que determinan si deben o no acogerse al Deber de Desobediencia.

Objetivo: Examinar el procedimiento para que un servidor público salvaguarde responsabilidades, ante otras circunstancias no especificadas en el Deber de Desobediencia.

9. El artículo 108 de LGAP contempla el Deber de Desobediencia ante circunstancias determinadas. Como parte de la fortaleza de dicha ley, se crearon los artículos 109 y 110, que facultan al servidor público para que salvaguarde sus responsabilidades cuando las circunstancias no se ajustan a las estipuladas en el numeral 108.
10. Los artículos 109 y 110 especifican el trámite a seguir para salvaguardar responsabilidades ante circunstancias no establecidas en el artículo 108 de la LGAP. A pesar de ello, no se establece la forma en la que el servidor público debería fundamentar las objeciones, para exonerarse de responsabilidades.
11. De acuerdo con los artículos 109 y 110 de LGAP, las objeciones para salvaguardar responsabilidades se efectúan de forma escrita y en situaciones de urgencia de forma verbal ante dos testigos. Por lo tanto, no se consideran los recursos tecnológicos que hoy son de uso general, como por ejemplo correo electrónico, audios y mensajes de texto en aplicaciones como el *WhatsApp*.

Objetivo: Detallar el régimen de responsabilidad disciplinaria para el servidor público que incumple con el régimen jurídico del Deber de Desobediencia.

12. Cuando el inferior actúa con dolo o culpa grave, por obedecer un acto contrario al ordenamiento, se da una responsabilidad solidaria entre el servidor y la Administración, según lo establece el inciso 2 del artículo 211 de la LGAP. Esto provoca un detrimento patrimonial para la Administración por faltar a su potestad de vigilancia.
13. La LGAP en su artículo 211 establece que el servidor está sujeto a responsabilidad disciplinaria, cuando ejecuta el acto con dolo o culpa grave. La normativa no indica la manera en que el servidor público, debería determinar si

está actuando con culpa grave y por ende debe acogerse al Deber de Desobediencia.

Objetivo: Identificar eventuales reformas al régimen jurídico de desobediencia estipulado en la LGAP.

14. Se identificaron eventuales reformas a este régimen jurídico, las cuales se detallan en el siguiente apartado de recomendaciones.

Recomendaciones.

Reformas de Ley.

Como parte de esta investigación se propone una reforma de la ley. Se recomienda: Reformar el Título Cuarto, Capítulo Segundo, Sección Segunda del Deber de Desobediencia de la LGAP. Específicamente las posibles reformas serían:

1. Incluir un artículo 108 bis, que regule el procedimiento de valoración que debe realizar el servidor público, para determinar si el acto emanado por su superior, se encuentra o no establecido dentro de las circunstancias del artículo 108 de la LGAP. Este artículo 108 bis, debería basarse en el artículo 14 Ley General de Control Interno, en el cual se estipula la valoración del riesgo. La redacción debe ser con un lenguaje menos técnico para la comprensión de todos los servidores públicos que conforman la Administración Pública.
2. Incluir un nuevo artículo que regule el factor de valoración que realizan los servidores públicos, para que determinar si están incurriendo en culpa grave y así acogerse al Deber de Desobediencia. Para la creación de este nuevo artículo, se debe implementar el artículo 14 de la Ley General de Control Interno.
3. Reformar los artículos 109 y 110 de LGAP, para implementar el uso de otros medios de comunicación tecnológicos demostrables, como correo electrónico,

grabaciones de audio y mensajes de texto en teléfonos celulares. De esta manera se agilizaría el trámite y el servidor público podría salvaguardar responsabilidades.

Los resultados de esta investigación, evidencian la necesidad de actualizar esta ley que fue creada en 1978. Esto se lograría con reformas como las aquí señaladas, que permitirían disponer de un marco jurídico más consolidado en relación con el Deber de Desobediencia.

Como toda reforma de ley, la que se propone, debería enviarse a la Asamblea Legislativa. Esta instancia demanda un Proyecto de Propuesta de Reforma de Ley, con los objetivos que se persiguen, una explicación de las reformas y la propuesta concreta de reforma de ley. Un proyecto de estos, puede presentarse como una iniciativa popular y a su vez, acogida, por al menos, un diputado para que inicie el trámite. La otra opción, es que, al menos, un diputado, lo proponga directamente y le dé el trámite correspondiente.

Además de elaborar el proyecto de ley con los requerimientos de la Asamblea Legislativa, sería necesario un análisis detallado, acerca de la disposición de los diputados para dar trámite a la propuesta de Reforma de Ley originada en esta tesis.

Propuestas de Investigación.

4. Realizar un estudio del conocimiento que tienen los servidores públicos, respecto al Deber de Desobediencia. Esta investigación la podría llevar a cabo la U.I.A, por ejemplo, con estudiantes que realizan el TCU. El resultado sería un insumo para determinar el nivel de conocimiento acerca del tema.
5. Elaborar una investigación respecto a factores relacionados con eventuales sanciones disciplinarias, que inciden en los servidores públicos, para no acogerse al Deber de Desobediencia. Esta investigación podría ser un trabajo final de graduación de la carrera de Derecho.
6. Efectuar un estudio para profundizar el tema de la valoración que debe realizar el servidor público, para determinar si se acoge o no al Deber Desobediencia.

Este estudio se visualiza como un posible trabajo de graduación en la carrera de Derecho.

Referencias

- Ávalos, E. Buteler, A. y Massimino, L. (2014). *Derecho administrativo 1*. Alveroni Ediciones. <https://elibro.net/es/lc/bibliouia/titulos/78472>
- Barrantes Echavarría, R. (2013a). *A la búsqueda del conocimiento científico. Módulo 3*. (2a. reimp.) Universidad Estatal a Distancia
- Barrantes Echavarría, R. (2013b). *Investigación: Un camino al conocimiento. Un enfoque cualitativo, cuantitativo y mixto*. (2ª ed.). Universidad Estatal a Distancia.
- Bautista Vivas, O. (2007). *Servidor Público y Régimen de empleo*. Publicaciones Jurídico Sociales S.A.
- Bolaños González, J. (2006). *Derecho Disciplinario Policial*. Universidad Estatal a Distancia.
- Brenes Chacón, A. (2005). *Los trabajos finales de graduación su elaboración y presentación en las ciencias sociales*. (10ª reimp.) Universidad Estatal a Distancia.
- Briceno Sierra, H. (1968). *El proceso administrativo en Iberoamérica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Caballero, M. (2020). *El Delito de Desobediencia de los Funcionarios Públicos*. [Trabajo final de grado, Universidad de Valladolid]. https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/47110/TFG-D_01160.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Cassagne, J. (2002a). *Derecho Administrativo Tomo I*. (7ª ed.) Abeledo-Perrot.
- Cervo, A. y Bervian, P. (1990). *Metodología Científica*. México.
- Cheung Chan, J. (2020). Anulación de oficio de los actos administrativos declaratorios de derechos subjetivos y el papel del juez contencioso en el proceso de lesividad. *Revista*

de Derecho de la Hacienda Pública. (14), 33-47.
<https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/14/revista-derecho-14.pdf>

Comadira, J. y Escola, H. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Art. 56, 191 y 192. 8 de noviembre de 1949 (Costa Rica).

Corte Suprema de Justicia. El Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI. Resolución N° 00095-2019, del 31 de julio del 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Resolución N° 06432, del 4 de setiembre de 1998.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Resolución N° 2001-03153, del 25 de abril del 2001.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Resolución N° 2015-12887, del 20 de setiembre del 2015

Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda. Resolución N° 2009-00644 del 29 de julio del 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda. Resolución N° 2021-002504, del 03 de noviembre del 2021.

Corte Suprema de Justicia. Tribunal Contencioso Administrativo Sección II. Resolución N° 00039-2021, del 12 de mayo del 2021.

Corte Suprema de Justicia. Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI. Resolución N° 00139-2021, del 27 de octubre del 2021

Corte Suprema de Justicia. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección II. Resolución N° 00093-2021, del 08 de octubre del 2021.

Corte Suprema de Justicia. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección II. Resolución N° 00009, del 14 de febrero del 2022.

Corte Suprema de Justicia. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX. Resolución N° 00004-2021, del 16 de junio del 2021.

Dictamen C-067-2005. (Procuraduría General de la República). Criterio técnico- jurídico. 15 de febrero del 2005.

Dictamen C-337-2019. (Procuraduría General de la República). Criterio técnico- jurídico. 11 de noviembre del 2019.

Dromi, R. (2008). *Acto Administrativo*. (4a. ed.) Editorial de Ciencia y Cultura Argentina.

Fernández Ruiz, J. (1997). *Derecho Administrativo*. McGraw-Hill. Universidad Nacional Autónoma de México

Gallardo, H. (2008). *Elementos de investigación académica*. (36a. reimp.). Universidad Estatal a Distancia.

Gallardo, R. (2020). Desobediencia Institucional: Un Debate sobre el fundamento de la intervención penal y administrativa. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. 6. 1-21. <https://www.ejc-reeps.com/GALLARDO.pdf>

Gamboa Montejano, C. (2007). *Responsabilidad de los servidores públicos*. Cámara de diputados. México D.F.

García de Enterría, E. y Fernández T. (2006a). *Curso de derecho administrativo I. Notas de Agustín Gordillo*. Editorial Civitas.

- García de Enterría, E. y Fernández T. (2006b). *Curso de derecho administrativo II. Notas de Agustín Gordillo*. Editorial Civitas.
- Garcini Guerra, H. (1986). *Derecho Administrativo*. (2ª . ed.) Editorial Pueblo y Educación.
- González Calero, D. (2016). *La aplicación del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico administrativo* [Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica]. https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/dunia_gonzalez_calero_tesis_completa.pdf
- González Solano, G. (2012). *Principios de metodología jurídica*. Universidad de Costa Rica.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1 Parte general*. Fundación de derecho administrativo. Buenos Aires.
- Gordillo, A. (2011) *Tratado del Derecho Administrativo. Tomo 3. El Acto Administrativo*. (10ª ed) Fundación de Derecho Administrativo <http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/bitstream/54000/1345/1/Gordillo-%20Derecho%20administrativo.%20Tomo%20III.pdf>
- Gordillo, A. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 5*. Fundación de derecho administrativo. Buenos Aires. https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/tomo5.pdf
- Gordillo, A. (2013) *Tratado del Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 8. Teoría General del Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina. https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf
- Gordillo, A. (2014) *Tratado del Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 9. Primeros Manuales*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina. <https://www.gordillo.com/tomo9.php>

- Hernández Salguero, E. y Sardina Cámara, P. (2019). *Manual básico de contratación administrativa*. Wolters Kluwer España.
<https://elibro.net/es/lc/bibliouia/titulos/125423>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6ª ed.). México.
- Jinesta Lobo, E. (2005). *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Continental.
- Jinesta Lobo, E. (2009). *Tratado de Derecho Administrativo*. (2ª ed.) Editorial Jurídica Continental.
- Keats, D. (2009). *Entrevista. Guía práctica para estudiantes y profesionales*. México.
- Landi, G. y Potenza, G. (1978). *Manuale di diritto Amministrativo*. (6ª ed.). Giuffré Editore.
- Laporte Ribera, M. (2009). *El principio de probidad y publicidad de los actos de la administración y su reconocimiento constitucional*. [Tesis de Pregrado, Universidad de Chile]. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110954/de-laporte_m.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ley 6227 de 1978. Ley General de la Administración Pública. 2 de mayo de 1978. Gaceta No.102
- Ley 8292 de 2002. Ley General de Control Interno. 18 julio del 2002. Gaceta No. 169.
- Loría, F. (2013). *Curso de Derecho Administrativo*. (3ª ed.) Editorial Juricentro
- Marienhoff, M. (1965). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II*. (vol.3). Buenos Aires, Argentina.
- Müller Delgado, M. (2015). *Guía para la elaboración de tesis y consultorio gramatical*. (2a. reimp.) Universidad de Costa Rica.

- Oficio 15631. DFOE-DL-1294. (Contraloría General de la República). 29 de noviembre del 2016.
- Opinión Jurídica OJ-005-2002. (Procuraduría General de la República). Criterio técnico-jurídico. 29 de enero del 2002.
- Opinión Jurídica OJ-090-2002. (Procuraduría General de la República). Criterio técnico-jurídico. 11 de junio del 2002.
- Orejuela Ruiz, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Ecoe Ediciones. Bogotá.
- Ortiz, E. (2002a). *Tesis de Derecho Administrativo. Tomo I*. Editorial Stradtman.
- Ortiz, E. (2002b). *Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II*. Editorial Stradtman.
- Pacheco Zerga, L. (2013). *El Deber de Obediencia del Trabajador*. [Facultad de Derecho, Universidad de Piura]. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/5291/deber_obediencia_trabajador.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Pérez, E. (2020). *Manual de Derecho Administrativo*. Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://elibro.net/es/lc/bibliouia/titulos/145743>
- Richmond Portuguez, L. (2017). *La aplicación de institutos del Derecho Penal en la sanción administrativa de funcionarios públicos dentro del ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública: el caso del régimen de responsabilidad de la Ley N°8422*. [Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica]". <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/09/Luis-Alonso-Richmond-Portuguez-Tesis-completa.pdf>
- Saborío Valverde, R. (2002). *Eficacia e invalidez del acto administrativo*. (3ª ed.) Editorial Juricentro. <https://www.rodolfosaborio.com/eficacia2002.pdf>

- Sierra, H. (1968). *El proceso administrativo en Iberoamérica*. Universidad Nacional Autónoma de México
- Soler, E. (2015). *Derecho Administrativo*. Athenaica Ediciones Universitarias. <https://elibro.net/es/lc/bibliouia/titulos/43848>
- Ulate Soto, I. y Vargas Morúa, E. (2014). *Metodología para elaborar una tesis*. Universidad Estatal a Distancia.
- Ulloa Loría, F. (2013). *Curso de Derecho Administrativo*. (3ª ed.) Editorial Juricentro
- Venegas Jiménez, P. (2010). *Algunos elementos de investigación*. (8ª reimp.) Universidad Estatal a Distancia.

APÉNDICES

Apéndice A. Guía de Entrevista a Experto 1.

<p>Entrevistado: Dr. Oscar González Camacho.</p> <p>Entrevistadora: Gloriana Obando Angulo.</p> <p>Lugar: San José</p>	<p>Fecha: Junio 2022</p>
---	---------------------------------

Presentación

El propósito del estudio arriba indicado, es elaborar una tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Se solicita su cooperación para referirse a los siguientes temas, que son de gran importancia para el cumplimiento de los objetivos. De antemano, se agradece su valiosa colaboración.

1. Con base en su experiencia laboral, ¿Ha trabajado el tema del Deber de Desobediencia de los servidores públicos?
2. ¿Recuerda usted un caso relevante, en donde se haya discutido el Deber de Desobediencia? Si es así, ¿podría contarme un poco sobre el caso?
3. En relación con su experiencia profesional ¿Cómo ve usted el desarrollo que le da el artículo 108 de la Ley General de la Administración Pública, LGAP, al Deber de Desobediencia?
4. ¿Qué limitaciones encuentra usted en los artículos 108, 109 y 110, de la LGAP?
5. El artículo 108 de LGAP, estipula las circunstancias en las que el servidor público, debe acogerse al Deber de Desobediencia, facultándolo a que realice una valoración del acto para determinar si debe o no acogerse al deber. De acuerdo con su experiencia profesional ¿Cree que todo servidor se encuentra facultado para realizar dicha valoración, o que al contrario la LGAP debe brindar mayores parámetros para que este pueda realizar la valoración?
6. En cuanto al régimen de responsabilidades, la LGAP establece que existe responsabilidad por parte del servidor público cuando actúa con dolo o culpa grave. En relación con lo anterior y de acuerdo a su experiencia profesional, ¿cómo puede determinar el servidor público que si ejecuta la orden incurre en culpa grave y se encuentra en la obligación de desobedecer el acto? Lo anterior, si la LGAP no le indica como debe realizar tal valoración.
7. Con base en su experiencia profesional, ¿considera necesario reformar la normativa del Deber de Desobediencia estipulada en la LGAP, específicamente en el artículo 108, 109 y 110 para que se ajuste a las necesidades actuales de los servidores públicos y juzgadores en los procedimientos administrativos?

Apéndice B. Guía de Entrevista a Experto 2.

Entrevistado: Dr. Aldo Milano Sánchez.

Entrevistadora: Gloriana Obando Angulo.

Lugar: San José

Fecha: Junio 2022

Presentación

El propósito del estudio arriba indicado, es elaborar una tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Se solicita su cooperación para referirse a los siguientes temas, que son de gran importancia para el cumplimiento de los objetivos. De antemano, se agradece su valiosa colaboración

1. Con base en su experiencia profesional, ¿Recuerda usted haber llevado algún caso sobre el tema del Deber de Desobediencia del servidor público? ¿Podría contarme un poco sobre el caso?
2. El artículo 108 de la Ley General de la Administración Pública Ley General de la Administración Pública, LGAP, establece las circunstancias para acogerse al Deber de Desobediencia: actos evidentemente extraños a la competencia, manifiestamente arbitrarios, abuso de poder o delito. Según su experiencia profesional, ¿Qué opina usted sobre cómo la normativa desarrolla el Deber de Desobediencia?
3. ¿Cuáles limitaciones cree usted que tienen los artículos 108, 109 y 110 de la LGAP?
4. De acuerdo con su opinión técnica, ¿qué tan efectivo resulta el trámite estipulado en los artículos 109 y 110 de LGAP, para que los servidores públicos salvaguarden responsabilidades?
5. El artículo 108 de LGAP, estipula las circunstancias en las que el servidor público, debe acogerse al Deber de Desobediencia, facultándolo a que realice una valoración del acto para determinar si debe o no acogerse al deber. De acuerdo con su experiencia profesional ¿Cree que todo servidor se encuentra facultado para realizar dicha valoración, o que al contrario la LGAP debe brindar mayores parámetros para que este pueda realizar la valoración?
6. En cuanto al régimen de responsabilidades, la LGAP establece que existe responsabilidad por parte del servidor público cuando actúa con dolo o culpa grave. En relación con lo anterior y de acuerdo a su experiencia profesional, ¿cómo puede determinar el servidor público que si ejecuta la orden incurre en culpa grave y se encuentra en la obligación de desobedecer el acto? Lo anterior, si la LGAP no le indica como debe realizar tal valoración.
7. Con base en su experiencia profesional, ¿considera necesario reformar la normativa del Deber de Desobediencia, específicamente, los artículos 108, 109 y 110 de LGAP, para que se ajuste a las necesidades actuales de los servidores públicos y litigantes?

Apéndice C: Resolución 2021-002504

Fecha de la Resolución: 03 de noviembre del 2021 a las 12:55 p. m.

Expediente: 17-000228-0166-LA

Redactado por: Luis Porfirio Sánchez Rodríguez

Clase de asunto: ordinario

Analizado por: SALA SEGUNDA

Contenido de Interés

SE DENIEGAN DIFERENCIAS SALARIALES POR EJERCICIO DE CARGO DE MAYOR JERARQUÍA. NO CUMPLÍA CON TODOS LOS REQUISITOS DEL PUESTO. PRINCIPIO DE IDONEIDAD. DEBER DE OBEDIENCIA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Los “funcionarios y funcionarias (nombrado por idoneidad comprobada, a saber, procedimientos de concurso-oposición), gozan de la capacidad objetiva para comprender sus actuaciones, bien, si estas son contrarias al marco de legalidad, como puede ser ejecutar labores ajenas al cargo en el cual fueron nombrados y nombradas.” En “caso de que la Administración imponga obligaciones transgresoras del principio de legalidad, el funcionario o funcionaria deberá (verbo imperativo no facultativo) consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca.” **SE DENIEGA PAGO DE AUMENTO ANUAL ESCALONADO JUNTO CON LAS ANUALIDADES.** Una vez que el actor quedó cubierto por el régimen policial, lo propio es que se aplicara este régimen, si fuera más favorable, pero no los dos regímenes salariales (el general y el particular). Ambos pluses salariales obedecen a la misma causa (reconocimiento de la experiencia en la actividad que se labora). **SIN ESPECIAL CONDENA EN COSTAS POR BUENA FE**

Apéndice D: Resolución 00093 - 2021

Fecha de la Resolución: 08 de octubre del 2021 a las 9:15 a. m.

Expediente: 17-000099-1430-LA

Redactado por: Eduardo González Segura

Clase de asunto: Proceso de conocimiento contencioso administrativo

Analizado por: Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección II

"VI.- SOBRE EL FONDO. - La demanda debe ser declarada sin lugar por los motivos que se explican a continuación. - En este asunto ciertamente el Concejo Municipal emitió un acto administrativo correspondiente al acuerdo adoptado en sesión ordinaria número 41, artículo V, inciso 19, celebrada el 7 de febrero de 2017, por medio del cual dispuso nombrar a la aquí actora como Contadora Municipal por dos meses. No es controvertido que esa potestad la tiene el Concejo conforme al artículo 13 inciso f) del Código Municipal. Ahora bien, el nombramiento indicado no se configuró en la realidad por cuanto el Coordinador de Recursos Humanos, mediante actos administrativos extensamente fundamentados, evidenció que la señorita [Nombre 001] no demostró fehacientemente el requisito establecido en el Manual de Clases de Puesto de la Municipalidad de Coto Brus, de acuerdo con el cual debía contar con al menos 2 años de experiencia en la labor contable. Por tal causa, el Coordinador de Recursos Humanos opuso al Concejo el artículo 110 inciso L) de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, que dice: "Artículo 110.- Hechos generadores de responsabilidad administrativa. Además de los previstos en otras leyes y reglamentaciones propias de la relación de servicio, serán hechos generadores de responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad civil o penal a que puedan dar lugar, los mencionados a continuación: (...) l) El nombramiento de un servidor con facultades de uso y disposición de recursos públicos, que no reúna las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico o los manuales y las reglamentaciones internas, o darle al servidor posesión del cargo sin rendir previamente la caución que ordena esta Ley. (...)" y con base en dicha norma invocó la desobediencia permitida por el artículo 108 de la Ley General de la Administración Pública, que al efecto dispone: "Artículo 108.- 1. Deberá desobedecer el servidor cuando se presente cualquiera de las siguientes

circunstancias: a) Que la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior; y b) Que el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito. 2. La obediencia en una cualquiera de estas circunstancias producirá responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativo como civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda caber". Con fundamento en estas normas, el Coordinador de Recursos Humanos señaló la ilegalidad de la elección y omitió realizar la acción de personal de la señora [Nombre 001]. Es así que, a raíz de esta situación, el nombramiento y, por ende, la relación laboral con la corporación municipal por parte de la actora, no se perfeccionó, es decir, no adquirió validez ni eficacia. Ha de tenerse presente que se está en presencia de un acto complejo, en el que no sólo actúa el Concejo Municipal con la emisión del acuerdo correspondiente, sino que concurre además la Oficina de Recursos Humanos emitiendo la respectiva acción de personal. Sin la acción de personal, el nombramiento no consolida su validez. Al respecto, la Sala Constitucional ha indicado: "Si bien es cierto, la Sala ha señalado con anterioridad que el principio de intangibilidad de los actos propios, que tiene rango constitucional en virtud de derivarse del artículo 34 de la Carta Política, obliga a la Administración a volver sobre sus propios actos en vía administrativa, únicamente bajo las excepciones permitidas en los artículos 155 y 173 de la Ley General de la Administración Pública (ver entre otras, las sentencias N°2754-93 y N°4596-93); ... para que el nombramiento de un servidor público surta efectos jurídicos se requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos, de ahí que ... sin la emisión de la correspondiente acción de personal y sin la aprobación de la Dirección Ejecutiva, ni la misma oficina de Recursos Humanos, no tiene la virtud por sí sola de garantizar un nombramiento a la amparada. Esta Sala reiteradamente ha señalado que: "el error no crea derecho" ...". (Sentencia N°2003-14615 de las 12:39 horas del 12 de diciembre de 2003). Esta posición ha sido reiterada por la Sala Constitucional al expresar: "...En este escenario, conviene indicarle al recurrente, en primer lugar, que este Tribunal ha señalado, en forma reiterada, que hasta que se emita la acción de personal correspondiente existe un acto declaratorio de derechos para los funcionarios involucrados (véase en ese sentido la sentencia 2014-018855 de las 09:05 horas del 19 de noviembre de 2014). (...)" (Sentencia N°2016-03551 de las 9:05 horas del 11 de marzo de 2016). En este mismo sentido y en línea con la posición de la Sala

Constitucional, las sentencias de la Sala Primera N°1212-F-S1-2010 de las 13:30 horas del 13 de octubre de 2010, N°1252-F-S1-2010 de las 10:20 horas del 21 de octubre de 2010 y N°679-F-S1-2010 de las 9:24 horas del 15 de junio de 2011, han establecido claramente que la acción de personal constituye el acto externo declaratorio de derechos subjetivos y es el acto contra el cual la Administración podría actuar por la vía de lesividad, en caso de que estimara que presenta vicios de nulidad. Teniendo en cuenta estos elementos jurídicos dispuestos por dichos antecedentes jurisprudenciales, y en virtud de ser un acto complejo en su conformación, tal como se desprende de lo dicho por la Sala Constitucional y la Sala Primera, debe señalarse que si en el caso concreto no existió acción de personal a favor de la señora [Nombre 001], no puede concluirse que haya existido nombramiento perfecto, ni tampoco que se haya materializado la relación laboral con la entidad local. Consecuentemente, las pretensiones principales de la demanda deben rechazarse, esto es, en las que se pide que se declare que la actora fue nombrada en forma legal como contadora municipal de la Municipalidad de Coto Brus por resolución del Concejo Municipal en la sesión del 14 de febrero del 2017 por un espacio de dos meses, que se declare que el nombramiento quedó en firme el día 21 de febrero del 2017 sin ser vetado por el Alcalde, que se declare que el 23 de febrero de 2017 fue notificada de su nombramiento como contadora municipal, que se declare que aceptó de inmediato el cargo según lo ofertado al Concejo, que se declare que su nombramiento fue aceptado por el Alcalde al no hacer uso del veto. Estas pretensiones, en razón de los fundamentos expresados, resultan improcedentes y así se declara."

Apéndice E: OJ-005-2002**29 de enero del 2002****Licenciada****Lilliana Fallas Valverde****Directora****Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad****S. D.****Resumen****RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO; DEBER DE OBEDIENCIA Y LA EJECUCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS BAJO OBJECCIÓN.**

Por oficio DN N° 1040-01 de fecha 5 de junio del 2001, se consultan a este Órgano Asesor varios aspectos relacionados con el régimen de responsabilidad aplicable a funcionarios involucrados en el nombramiento irregular de un servidor; más concretamente, se nos formulan las siguientes interrogantes:

"1.- ¿Le sobreviene responsabilidad al inferior de acatar la orden expresa de su superior jerárquico, tendiente a realizar un nombramiento en un cargo bajo la dirección del primero, sin que exista plaza para ello?

2.- ¿En caso afirmativo, qué tipo de responsabilidad puede darse para el superior e inferior?

3.- ¿En el eventual caso en que la Administración cubra el período en que funge el funcionario de hecho, puede aquella proceder a cobrar lo pagado en contra del inferior, aún cuando éste actúa en acato a una orden de su superior, y el servidor de hecho efectivamente ha prestado sus servicios a la entidad gubernamental?"

El Licenciado Luis Guillermo Bonilla Herrera, Procurador, mediante opinión jurídica O.J.-005-2002, luego de sintetizar el régimen de responsabilidad del funcionario público derivado de la Ley General de la Administración, y de analizar las interrogantes formuladas, a manera de opinión jurídica concluye lo siguiente:

- Tanto el superior que ordena un acto contrario al ordenamiento jurídico, como el inferior que por obediencia lo ejecuta sin haber consignado por escrito o verbalmente sus objeciones ante el jerarca o su superior inmediato, podrían derivar responsabilidades personales en el ámbito civil, administrativo-disciplinario y eventualmente penal; siempre y cuando hayan actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes, y aunque sólo hayan utilizado los medios y oportunidades que les ofrece el cargo. Estos tres tipos de responsabilidad se pueden exigir conjunta o separadamente, y se podrían derivar de un mismo acto o hecho atribuible a dichos funcionarios.
- Si la Administración activa logra determinar, mediante los respectivos procedimientos administrativos de rigor, que ha existido contra ella algún tipo de daño efectivo o detrimento patrimonial que sea susceptible de ser evaluable e individualizable y, sobre todo imputable a título de dolo o culpa grave a la persona contra la que se enderezaría la acción de responsabilidad en materia civil, bien podría pretender recuperar lo pagado por ella en razón de aquél nombramiento irregular.
- En todo caso, será la Administración Activa la que decida si para el caso sometido a nuestro conocimiento sobreviene algún tipo de responsabilidad, sea ésta civil, administrativa-disciplinaria, y eventualmente penal; e igualmente deberá ser ella la que determine si existe el mérito suficiente para iniciar los procedimientos correspondientes.

Apéndice F: C-067-2005**15 de febrero del 2005****Licenciado****Óscar Chinchilla****Fiscal Colegio de Contadores Privados****Presente****Resumen****Estimado señor:**

Con la aprobación de la señora Procuradora General de República, me es grato referirme a su carta del 23 de enero del año en curso, a través de la cual solicita el criterio de la Procuraduría General de la República sobre si un miembro de la Junta Directiva del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica, que a su vez es funcionario público, tiene algún tipo de prohibición o incompatibilidad para ejercer el cargo en el órgano colegiado.

I.- ANTECEDENTES.**A.- Criterio de la Asesoría Legal del ente consultante.**

Mediante oficios A.L. 12-2004 y 15-2004 del 16 y 21 de noviembre del 2004, respectivamente, suscrito el primero por el Lic. William Sequeira Solís y el segundo por él y la Licda. Marta Esquivel Rodríguez, se concluye, en lo que interesa, lo siguiente:

“De conformidad con lo que señala el párrafo final del artículo 17 de la LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA ante citado, esta asesoría estima que los miembros de la Junta Directiva, Órganos Adscritos, Comisión de Trabajo y Consejo Regionales del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica, que a su vez desempeñen un cargo que encuadre dentro de la definición de servidor público que señala el artículo 2 de la citada Ley, no pueden devengar dieta alguna por su participación en esos órganos”.

“De conformidad con los parámetros analizados y criterios externados por la Procuraduría General de la República, no existe prohibición en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, para que un funcionario público ocupe cargos en la Junta Directiva, Órganos Adscritos y Comisiones de Trabajo del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica...”.

B.- Criterios de la Procuraduría General de la República.

El Órgano Asesor, en diversas oportunidades, se ha referido al tema de las incompatibilidades y al pago de dietas. Precisamente, en el dictamen C-311-2004 de 1° de noviembre del 2004, concluimos lo siguiente:

“El artículo 18 de la Ley 8422 de 6 de octubre del 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública no impide, per se, que los sujetos ahí mencionados integren órganos colegiados en entes, órganos o empresas públicas”.

Además, en el dictamen C-360-2004 del 1° de diciembre del 2004, fijamos los alcances del numeral 17 de la Ley n.° 8422 de 6 de octubre del 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, con la advertencia de que contra él hay una acción de inconstitucionalidad que fue admitida por el Tribunal Constitucional, la cual se tramita bajo el expediente judicial n.° 04-013111.0007-CO.

ACCESO A CARGOS PÚBLICOS. INCOMPATIBILIDADES. PAGO DE DIETAS. IMPROCEDENCIA. COLEGIOS PROFESIONALES. NATURALEZA JURÍDICA. FUNCIONES PÚBLICAS. FUNCIONES PRIVADAS.

Mediante carta del 23 de enero del año en curso, el Lic. Óscar Chinchilla, fiscal del Colegio de Contadores Privados, solicita el criterio de la Procuraduría General de la República sobre si un miembro de la Junta Directiva del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica, que a su vez es funcionario público, tiene algún tipo de prohibición o incompatibilidad para ejercer el cargo en el órgano colegiado.

Este despacho, en el dictamen C-067-2005 de 15 de febrero del 2005, suscrito por el Dr. Fernando Castillo Víquez, procurador constitucional, concluye lo siguiente:

1. No existe prohibición en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, para que un funcionario público ocupe cargos en la Junta Directiva, órganos adscritos y comisiones de trabajo del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica.
2. Los miembros de la Junta Directiva, órganos adscritos, comisión de trabajo y consejo regionales del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica que, a su vez desempeñen un cargo en la Administración Pública, no pueden devengar dieta alguna por su participación en esos órganos, siempre y cuando, en el caso de los tres últimos, estén ejerciendo funciones públicas.
3. Consecuentemente, los miembros de órganos adscritos, comisión de trabajo y consejo regionales del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica que estén desarrollando una actividad privada, no se les aplica la Ley n.º 8422.

Apéndice G: OJ-090-2002

San José, 11 de junio del 2002.

Licenciado

Alfredo Araya Leandro

Auditor General

Municipalidad de Cartago

Redactado: Msc. Luis Guillermo Bonilla Herrera PROCURADOR

Resumen**VI.- Sobre el régimen de responsabilidad personal del servidor público.**

Interesa también explicar algunos aspectos relacionados con el régimen de responsabilidad aplicable a funcionarios involucrados en el nombramiento irregular de un servidor.

Sin embargo, reiteramos que será la propia Administración activa la que decida si, en cada uno de los casos sometidos a nuestro conocimiento, sobreviene algún tipo de responsabilidad, sea ésta civil, administrativa-disciplinaria, y eventualmente penal; e igualmente deberá ser ella la que determine si existe el mérito suficiente para iniciar los procedimientos correspondientes; pues admitir lo contrario nos llevaría no sólo a rebasar indebidamente nuestra esfera competencial, sino que podríamos incurrir en un desapoderamiento ilegítimo de competencias estrictamente municipales.

Sobre el tema, nos permitimos transcribir parte de la opinión jurídica O.J.-005-2002, del 29 de enero del 2002.

"II.- El régimen de responsabilidad "subjctiva" del funcionario público frente a la Administración (Distribución Interna de Responsabilidades). Como es sabido, cada organización administrativa y cada componente de ella ("órganos-personas", "órganos-individuos", "personas físicas") pueden ser efectivamente responsabilizados por el correcto o incorrecto cumplimiento de su misión y funciones.

Esa responsabilidad del Estado y del servidor público tiende a asegurar que la actividad de la Administración Pública, y en general toda la actividad del Estado, esté orientada al logro y satisfacción del interés público, y al mismo tiempo, salvaguardar la libertad, los derechos e intereses de los particulares (Véase al respecto ESCOLA, Héctor Jorge. "El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo". Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p.225).

En reiteradas ocasiones hemos indicado que a diferencia de la responsabilidad de la Administración, la responsabilidad del funcionario no es objetiva, sino subjetiva, de conformidad con la regulación que contiene la Ley General de la Administración Pública. Esto es así, porque el funcionario público responde personalmente, frente a terceros o ante la propia Administración, cuando haya actuado con culpa grave o dolo (La diferencia entre ambos conceptos radica, según la doctrina, en la voluntariedad o intencionalidad de la acción u omisión; en razón de lo cual habrá dolo cuando exista deliberada voluntad de dañar, y culpa cuando medie negligencia o imprudencia), según lo disponen los artículos 199 y 210 de la citada Ley General (Véanse al respecto, entre otros, los dictámenes C-127-98 de 30 de junio de 1998 y C-052-99 de 6 de marzo de 1999, C-276-2000 de 13 de noviembre del 2000, C-055-2001 de 27 de febrero del 2001; así como las opiniones jurídicas O.J.-112-99 de 20 de setiembre de 1999, O.J.-135-2000 de 5 de diciembre del 2000 y O.J.-081-2001 de 25 de junio del 2001).

En el primero de los supuestos aludidos, sea, cuando se haya causado daño a terceros, el servidor público deberá responder personalmente cuando haya actuado con dolo o culpa grave (Artículos 199.1 y 210.1 de la Ley General). Sin embargo, no podemos obviar que la Administración es solidariamente responsable, desde el punto de vista civil, junto con el funcionario (Artículo 201 de la citada Ley General); lo que significa que el particular afectado podría optar libremente por dirigir su acción contra la Administración titular del servicio o contra el propio funcionario, pues la responsabilidad de aquella y de éste se articulan técnicamente como solidarias, para mayor garantía de la víctima, pues así se evita el riesgo inherente a la insolvencia del autor material del daño.

En estos casos, la Administración está en la obligación de recobrar de manera plenaria lo pagado por ella para reparar los daños a terceros por dolo o culpa grave de su servidor, conforme a su participación en la producción de aquél daño. Y sobra decir, que la recuperación administrativa deberá incluir necesariamente los daños (pérdidas irrogadas al damnificado o "damnum emergens"), así como los perjuicios (ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir o "lucro cesans") causados por la erogación respectiva (Artículo 203 de la Ley General de la Administración Pública).

Por otro lado, si el servidor produce un daño que sólo afecta a la Administración, sin trascender a terceros, o bien emite actos manifiestamente ilegales o los obedece sin objeción (artículo 199, en relación con lo dispuesto en los artículos 107, 108, 109 y 110 de la Ley General de la Administración Pública), u ordena la ejecución de actos absolutamente nulos, o los ejecuta por obediencia y sin objeción (Artículos 146.3.4, en relación con el 170.1.2 Ibídem), podría derivar responsabilidades personales en el ámbito civil, administrativo-disciplinario y eventualmente penal; siempre y cuando haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes, y aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo. Estos tres tipos de responsabilidad se pueden exigir conjunta o separadamente, y se podrían derivar de un mismo acto o hecho atribuible al funcionario.

En los supuestos anteriormente enunciados, a excepción de la posible comisión de un ilícito penal, la Administración se encuentra obligada a seguir un procedimiento administrativo, según sea el caso, conforme a lo que se establece en el artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública; procedimiento que deberá ajustarse a los principios y garantías del debido proceso, extraíbles de la Ley General y señalados por la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; y cuyo objeto, carácter y fin, será el determinar las responsabilidades consiguientes (Artículos 200, 211.3, en relación con el 308, siguientes y concordantes del cuerpo normativo aludido) en las que pudo haber incurrido el servidor.

Interesa indicar que en cuanto a la posible responsabilidad civil que puede igualmente imputarse a los funcionarios o exfuncionarios, ella sólo procederá en el tanto la

Administración que corresponda logre determinar, mediante los respectivos procedimientos administrativos de rigor, si ha mediado contra ella algún tipo de daño efectivo que sea susceptible de ser evaluable e individualizable y, sobre todo imputable a la persona contra la que se enderezaría la acción de responsabilidad en materia civil. Para ello deberá determinarse y valorarse, previamente, si la persona contra la cual se pretende iniciar el procedimiento administrativo, se mantiene aún como funcionario público y si en cada caso particular no han mediado o acaecido términos de prescripción (téngase también en cuenta los plazos de prescripción que han sido establecidos mediante la Ley N° 7611 del 12 de julio de 1996, la cual reformó los numerales 198, 207 y 208 de la supracitada Ley General); todo lo cual deberá quedar bajo la absoluta responsabilidad de la Administración Activa el determinarlo.

Una vez finalizado el procedimiento administrativo y habiéndose determinado su responsabilidad frente a la Administración, se podrá proceder, en los términos que establecen los artículos 146 y siguientes de la Ley General, al cobro de la suma correspondiente, sirviendo como título ejecutivo la certificación expedida por el jerarca del ente respectivo.

III.- El Deber de Obediencia y la ejecución de actos administrativos bajo objeción.

Si bien todo servidor público está obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares de su superior, sea o no inmediato (Artículos 102 inciso a) y 107 de la Ley General de la Administración Pública), lo cierto es que numeral 108 del cuerpo normativo aludido, autoriza expresamente la desobediencia del servidor cuando esté ante actos evidentemente extraños a su competencia, actos arbitrarios cuya ejecución pudiera constituir abuso de autoridad o cualquier otro delito; en caso contrario, la obediencia en cualquiera de esas circunstancias le acarreará responsabilidad personal, tanto administrativa como civil, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal consecuente.

Fuera de los presupuestos antes enunciados, en los que se autoriza la desobediencia, el servidor tiene el deber de obedecer aunque el acto del superior sea contrario al ordenamiento jurídico (Artículo 109.1 *Ibíd.*).

Para salvar su eventual responsabilidad, el inferior deberá consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar su recibo (Artículo 109.2 Ibid), pero en todo caso quedará sujeto a la inmediata ejecución de lo ordenado (Artículo 109.3 Ibídem).

En casos de urgencia, y aún en la fase misma de ejecución de lo ordenado, el ordenamiento autoriza al inferior para que haga sus objeciones en forma verbal, ante el superior inmediato, pero requerirá la presencia de dos testigos (Artículo 110 Ibid).

Por consiguiente, si el servidor inferior por obediencia ejecuta un acto en los supuestos enunciados en los artículos 108 y 109 de la Ley General de la Administración Pública, sin haber consignado por escrito o verbalmente sus objeciones ante el jerarca o su superior inmediato, ello le acarrearía eventualmente las responsabilidades consiguientes, tanto en la esfera administrativa como en la civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que también pudiera caberle.

Interesa indicar, que entrándose de la eventual responsabilidad disciplinaria, expresamente se establece que el superior responderá disciplinariamente por los actos de sus inmediatos inferiores, cuando él y estos últimos hayan actuado con dolo o culpa grave (Artículo 211.2 Ibídem).

A nivel de jurisprudencia se ha establecido que "las faltas en que incurren los servidores públicos deben ser juzgadas con mayor severidad, al estar de por medio los fines públicos que persigue la Administración; además de que, la responsabilidad, la honestidad, la lealtad y la confianza del funcionario, debe ser siempre cabales y a toda prueba - artículos 4 y 113.1 de la Ley General de la Administración y 19 del Código Laboral." (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución n° 38 de las 9:00 horas de 25 de enero de 1995).

No podemos omitir, que para determinar la existencia y el grado de culpa o negligencia del funcionario, con relación al vicio del acto, deberá de tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de sus funciones, entendiéndose que en cuanto mayor sea la jerarquía del servidor y más técnicas sus funciones, mayor será su deber de conocerlo y apreciarlo

debidamente (Artículo 213 Ibid). Esto es así, porque la potestad de vigilancia y de fiscalización está implícita en la jerarquía.

Como bien lo ha indicado la Procuraduría General en otras oportunidades, la jerarquía es una relación organizacional que busca mantener la unidad en el sistema orgánico para obtener unidad de dirección y orientación en el accionar administrativo. De conformidad con esta relación, los órganos jerárquicamente superiores ejercen determinadas potestades sobre el inferior: Potestad de instrucción o mando, poder de dirección y orientación, potestad de vigilancia y fiscalización. Es de advertir que estas potestades, particularmente la última, actúan como poder-deber y deben ser ejercidas en resguardo del interés público y no sólo de la distribución de competencias establecida a favor del superior. En todo caso, el jerarca tiene la obligación de ejercer vigilancia so pena de desconocer su propia competencia. (Dictamen C-155-97 del 20 de agosto de 1997 y Opinión Jurídica O.J.- OJ-112-99 de 20 de setiembre de 1999).

(...) independientemente de que el funcionario nombrado con una investidura inválida haya recibido un salario como retribución al trabajo efectivamente prestado a la Administración, y que el numeral 117 de la Ley General establezca que no está obligado a devolver lo percibido si aquél ha actuado de buena fe, estimamos que si la Administración activa logra determinar, mediante los respectivos procedimientos administrativos de rigor, que ha existido contra ella algún tipo de daño efectivo o detrimento patrimonial que sea susceptible de ser evaluable e individualizable y, sobre todo imputable a título de dolo o culpa grave a la persona contra la que se enderezaría la acción de responsabilidad en materia civil, bien podría pretender recuperar lo pagado por ella en razón de aquél nombramiento irregular.

Así las cosas, la apertura del procedimiento administrativo para el caso concreto es una decisión cuyo fundamento de legalidad y conveniencia corresponde a la Administración Activa.

No omitimos indicar, que en el evento de que la entidad consultante decida iniciar un procedimiento administrativo - por tratarse de la disposición de fondos públicos- deberá tener en cuenta los numerales 74 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General

de la República, así como los artículos 107 y siguientes de la nueva Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos –Nº 8131 de 18 de setiembre del 2001, publicada en La Gaceta Nº 198 de 16 de octubre del mismo año -, los cuales desarrollan el tema de la responsabilidad civil del servidor en términos bastante similares a los expuestos en la Ley General de la Administración Pública o con referencia a ella."

VII.- Consideraciones finales sobre la tramitación conjunta de procedimientos.

Según lo ha determinando nuestra jurisprudencia administrativa, no es aconsejable tramitar en un solo procedimiento administrativo, la declaratoria de nulidad del acto administrativo y la determinación de responsabilidades de los funcionarios involucrados con aquél, pues "este tipo de tramitación conjunta resulta lesiva del derecho de defensa, pues por su misma naturaleza, estos procedimientos deben tramitarse en forma individual y mediante expedientes separados (Dictámenes C-251-2001 de 19 de setiembre del 2001 y C-007-2002 de 8 de enero del 2002); esto es así, porque si bien es cierto que tanto en el supuesto del numeral 173, como en los casos en que se va a determinar una eventual responsabilidad civil o disciplinaria de un funcionario, debe seguirse el procedimiento ordinario regulado en la Ley General de la Administración Pública, por responder ambos a potestades y competencias distintas de la Administración, se estima que resulta indispensable separar el conocimiento de los diversos tipos de procedimiento, como parece recomendarlo el propio artículo 200 de la citada Ley General." (Dictamen C-025-2002, de 22 de enero del 2002).

Conclusión:

Queda entonces, a cargo de la Administración municipal el determinar, a la luz de la jurisprudencia administrativa antes transcrita, ante qué tipo de nulidad se encuentra y cuál de los procedimientos hasta aquí enunciados, es el que procede utilizar en cada uno de los casos expuestos en su consulta.

Igualmente, le corresponderá a esa Municipalidad, según los parámetros jurídicos sugeridos, establecer si en cada uno de los casos sometidos a nuestro conocimiento, sobreviene o no algún tipo de responsabilidad, sea ésta civil, administrativa-disciplinaria, y

eventualmente penal; e igualmente deberá ser ella misma la que determine si existe o no el mérito suficiente para iniciar los procedimientos correspondientes y contra quién o quiénes, los dirige.

Apéndice H: Resolución 00009 - 2022

Fecha de la Resolución: 14 de febrero del 2022 a las 8:00 a. m.

Expediente: 18-000539-0173-LA

Redactado por: Ronaldo Hernández Hernández

Clase de asunto: Proceso de conocimiento contencioso administrativo

Analizado por: Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección II.

Contenido de Interés

Sobre la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos. De conformidad con el Principio de Legalidad establecido en el artículo 11 de la Constitución Política (se transcribe). Dado este mandato constitucional, tenemos que los funcionarios públicos deben someter su actuación a los lineamientos que, de previo, le otorgue el ordenamiento jurídico siendo que deben ser sometidos a una evaluación de resultados y rendición de cuentas de la cual, de observarse alguna inconformidad con lo normado, estarán sujetos a responsabilidades y eventuales sanciones de sus actos. Es así, como podemos encontrar que el artículo 211 de dicho cuerpo normativo establece que: (se transcribe). De conformidad con el Título Primero de la Ley General de la Administración Pública, se ha establecido un Procedimiento específico para sancionar las eventuales faltas al bloque de legalidad. Asimismo, se establecen puntos de referencia dentro de los cuales debe aplicarse o graduarse una posible sanción, tomando en cuenta lo señalado en el artículo 213 de la Ley General de la Administración Pública: (se transcribe). Tal y como se desprende del expediente del Procedimiento Administrativo No. 311-17, que es el proceso seguido en contra de la aquí actora y de la cual emana la sanción que se encuentra reclamando, a la actora se le brindó el debido proceso contando con acceso a las pruebas y demás documentos que constan en el expediente, así como se desprende que ejerció su debida defensa e incluso utilizó los recursos que estimó pertinentes, asimismo se constata que el grado de la sanción impuesta es correlativa al cargo que la funcionaria desempeña dentro del centro en el que labora. Sin embargo, y lastimosamente para la parte actora, los recursos utilizados no fueron suficientes

para que la administración modificara la decisión que aduce y considera desproporcional, ello por cuanto en ningún momento la actora logró demostrar fehacientemente ante la Administración que su actuar u omisión de actuar no correspondiera a los hechos acusados, o que su actuar u omisión de actuar no causara perjuicios, o que su actuar u omisión de actuar no mereciera una sanción o que su actuar u omisión de actuar mereciera una sanción menor a la impuesta. Nótese que incluso dentro de los alegatos de su demanda, la misma actora NO niega de ninguna manera que los hechos acusados no los hubiera realizado, sino que por el contrario señala que "estos hechos se dieron por demostrados" y luego se limita a decir que su actuación no merecía una sanción como la impuesta pues, a su criterio, la falta no era perjudicial para "los alumnos o la Administración", lo que conlleva a determinar que existen los hechos por los cuales se le investigó y que los mismos sí fueron realizados por la actora en su momento, por lo que el Procedimiento Administrativo cuenta con el motivo suficiente para llevarse a cabo e imponer la sanción a la aquí actora, en concordancia con el respectivo debido proceso y ajustado siempre a derecho, todo tal y como efectivamente sucedió.

De la nulidad de los actos administrativos. No lleva razón la parte actora en cuanto a su pretensión, por lo que debe rechazarse. Es necesario resaltar que para que un acto administrativo puede declararse nulo o anulable, debe ser sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico entendiendo por éste último, como todas las normas escritas y no escritas, tal y como se dispone en el artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública: (se transcribe). Nótese que sobre este aspecto, la actora en ningún momento señala, explica o fundamenta que las resoluciones 247-18 y 283-18 de la Dirección de Recursos Humanos del MEP se encuentren de alguna manera disconformes con el ordenamiento jurídico, inclusive nótese que la misma actora indica expresamente que dichas resoluciones surgen "a raíz de una causa disciplinaria que se venía investigando "en su contra (hecho segundo) más no señala o comprueba que dicho procedimiento se diera fuera del marco legal establecido, por lo que su pretensión de anular las resoluciones sólo por el hecho de encontrarse, la actora, en desacuerdo con la sanción impuesta, deviene en ilegítima y por ende debe rechazarse. Ahora bien, es importante recalcar que para que el acto sea inválido, la disconformidad con el ordenamiento jurídico debe ser sustancial es decir, se genera por el vicio que afecta la aptitud del acto para producir efectos en razón de su disconformidad con

el derecho. La nulidad no procede por la nulidad misma es decir, por el simple hecho de solicitar la nulidad (tal y como pretende hacerlo la aquí actora), sino que el vicio que la provoca debe ser contrario al ordenamiento jurídico y debe motivarse y demostrarse debidamente para declarar la nulidad. Sobre el particular, nótese que la actora en ningún momento explica o motiva su solicitud de nulidad de las actuaciones administrativas, incluso NO aporta prueba fehaciente que haga al menos sospechar que dichas actuaciones son contrarias a derecho o que emanaron de un procedimiento que no se ajustara a derecho sino que, por el contrario, señala que las actuaciones deben anularse por el hecho de encontrarse, la actora, inconforme con la sanción impuesta.

Apéndice I: Resolución 00095-2019

Fecha de la Resolución: 31 de julio del 2019 a las 1:50 p. m.

Expediente: 17-004005-1027-CA

Asunto: PROCESO DE PURO DERECHO

Analizado por: El Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI

Contenido de Interés

VIII.- Sobre el contenido del Deber de Obediencia. Como parte de las relaciones internas que se producen en la prestación de las competencias públicas, la jerarquía supone el poder de un órgano para regir y verificar las conductas de otros órganos que son inferiores. Según lo establece el ordinal 101 de la LGAP, la relación de jerarquía administrativa supone que las competencias del superior abarcan la del inferior por razón de territorio o materia, y ostenten funciones de la misma naturaleza. El canon 102 ejusdem fija las potestades genéricas del superior jerárquico en el siguiente sentido:

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

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

- f) Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre órganos inferiores."

En ese ejercicio, acorde al inciso a) de esa norma, el jerarca puede dictar órdenes a sus inferiores, lo que supone la imposición de una conducta concreta, de contenido específico, medida que se constituye en una fuente que debe ser ponderada y valorada por el agente público en el ejercicio de sus competencias. La desatención injustificada de esa imposición bien puede llevar a consecuencias internas de orden disciplinario, así como a la revisión del contenido del acto del inferior, a efectos de que el jerarca natural, en la fase de revisión de oficio o a gestión de parte, pueda realizar el cotejo de las conductas del inferior con las órdenes dictadas. Con todo, el principio de sometimiento al Derecho, impone que el agente público adapte sus conductas a las normas que rigen su comportamiento, según la escala jerárquica de las fuentes (arts. 6, 11, 13, 15, 16, 128, 132, entre otros, de la LGAP). De ahí que si bien, frente a las órdenes del jerarca, surge el Deber de Obediencia, la misma LGAP impone criterios a partir de los cuales el funcionario público debe desatender esas órdenes. Como regla general, el inferior debe obedecer las órdenes, instrucciones o circulares dictadas por su superior inmediato. Sin embargo, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, se impone al funcionario el Deber de Desobediencia: a) Que el acto no provenga de un superior jerárquico, sea o no inmediato (art. 107.2 LGAP). Si el Deber de Obediencia encuentra sustento en las relaciones de subordinación, resulta evidente que el órgano que no ostente jerarquía respecto de otro, no puede emitir válidamente una orden, ante lo cual, es claro que no puede imponerse a otro órgano que, respecto de ese acto, no es inferior; b) Que el acto tenga por objeto la realización de conductas notoriamente ajenas a su competencia (art. 108.1.a) ídem). La competencia constituye un elemento material subjetivo fundamental para el ejercicio legítimo de las potestades y competencias, de suerte que, ante la falta de competencia, es indudable la invalidez del acto. Así se desprende con toda claridad del precepto 129 de la LGAP, de suerte que la ordenación de comportamientos ajenos a la competencia del inferior es una conducta en sí misma irregular, y que, por ende, no se encuentra impregnada por el Deber de Obediencia; c) Que el acto sea abiertamente arbitrario, por constituir su ejecución, abuso de autoridad o cualquier otro delito (art. 108.1.b) ejusdem. El abuso de autoridad como ejercicio indebido y/o desbordado del poder administrativo,

supone una patología en la prestación de las competencias públicas, que determina la invalidez de lo actuado. Así lo impone la relación de los incisos 3) y 4) del numeral 146 de la LGAP. El precepto 108 inciso 2) de la LGAP es diáfano al señalar que la obediencia en cualquiera de esas hipótesis o circunstancias, produce la responsabilidad del funcionario, en el ámbito disciplinario (administrativo), civil y eventualmente penal. Cabe destacar que esta norma alude a la responsabilidad del funcionario que, teniendo el deber legal de desobedecer, decide acatar la orden dictada, lo que no excluye la responsabilidad del agente público que ha emitido una orden ilegítima por la concurrencia de alguna de esas circunstancias apuntadas. No obstante, en virtud del deber que se analiza, como se ha señalado, la misma ley fija supuestos en los que lo que se impone al agente público es un comportamiento en negativo, sea, desatender la orden dictada, por constituir una manifestación patológica, viciada de nulidad por arbitrariedad, so pena de asumir personalmente la responsabilidad derivada de la ejecución y acatamiento de esas conductas nulas. Ahora bien, cuando no concurra en el acto alguna de las circunstancias de excepción señaladas, el precepto 109 de la ley de cita impone a la persona funcionaria el deber de obedecer el acto, aun y cuando se estime que esa conducta es contraria al Ordenamiento Jurídico, por cualquier otro concepto. Empero, en este supuesto, la misma norma impone un nuevo deber, en esta ocasión, consistente en advertir y comunicar al jerarca administrativo sobre sus objeciones. Tal exigencia implica una liberación de la eventual responsabilidad que pudiere derivar de la ejecución del acto inválido, pero con la pervivencia del deber de ejecución. En casos de urgencia, el mandato 110 de la LGAP estatuye que el inferior puede hacer reserva de su responsabilidad de manera verbal, para lo cual, requiere de la presencia de dos testigos. En este sentido, el mismo canon 109 ejusdem complementa que cuando se trate de evitar daños graves de imposible o difícil reparación que la ejecución inmediata del acto emitido pueda producir, el inferior puede suspender la ejecución de aquel, sujeto a la responsabilidad que pudiere resultar, caso de que las causas justificantes fueren, en definitiva, inexistentes o improcedentes. Cabe destacar que dicha ejecución de actos nulos constituye una distorsión al principio de inejecutividad de las conductas con nulidad absoluta que imponen los ordinales 146.3 y 169 de la misma fuente legal, por lo cual, la comunicación de objeciones justifica la dispensa de responsabilidad del inferior, reservando ese marco de imputación al

superior. Dicho esto, de cara a definir los casos en que concurre el Deber de Obediencia o desobediencia, es necesario precisar que la notoriedad de las causas de ilegitimidad que obligan a desvincularse de la conducta de un jerarca, es un aspecto que debe valorarse en cada caso, a efectos de lo cual, es primario analizar si el agente público se encontraba en posibilidad o deber objetivo de conocer la irregularidad de la conducta que le es requerida ejecutar. Para ello, la doctrina del ordinal 213 de la LGAP fija pautas a seguir en estas lides, imponiendo el criterio de que el marco de responsabilidad es proporcional al nivel de jerarquía del servidor público y el carácter técnico de sus funciones. De esa manera, a mayor jerarquía y nivel técnico competencial, mayor es el deber de conocer y apreciar los vicios del acto, y, en consecuencia, más intenso el Deber de Desobediencia. De ahí que sea debido analizar, en cada situación, el puesto desempeñado, perfil de funciones, nivel técnico inherente al puesto, como parámetros previos de la ponderación de la existencia (a priori) de un deber o poder de conocer la ilegitimidad de la conducta dictada por el superior y a partir de ello, bien optar por la desobediencia o por la obediencia bajo protesta, con la debida expresión de las razones que constituyen la objeción. Sobre esa base, debe definirse si el inferior ha incurrido o no en el marco de responsabilidad que le impone la ley, ora por desobedecer de manera indebida, o por obedecer una orden que, por imperativo legal, debía desatender. Por tanto, la liberación de responsabilidad no se configura por la simple obediencia de un acto que no presenta las circunstancias arriba señaladas, siendo deber del inferior comunicar al jerarca las objeciones propias del contenido de la orden dictada, como causa de dispensa de su responsabilidad frente a la adopción o ejecución de esos actos. Cuando tal reproche no conste en el expediente administrativo de la respectiva actuación, el inferior asume igualmente la responsabilidad por esa ejecución, cuando tuviera el poder o deber de evidenciar las deficiencias del acto. Realizadas esas precisiones necesarias, se ingresa al análisis del caso concreto.

IX.- Análisis sobre las defensas relativas al Deber de Obediencia de la accionante. La defensa que se formula en esta causa, y sobre la cual alega la invalidez de la sanción impuesta, fue que, a ese momento, se limitó a acatar las órdenes emitidas por quien para esas fechas fungía como Presidente Ejecutivo. En orden a lo que se ha venido exponiendo, tal alegación exige el análisis de las circunstancias en que se emitió esa orden y

la concurrencia o no del Deber de Obediencia frente a esa conducta. En la especie, a la fecha del dictado de las acciones de personal en el mes de abril del año 2010 y junio del 2011, la accionante ocupaba la Coordinación de Recursos Humanos del ente accionado. Según lo manifiesta el INDER y reitera el co-accionado Rodríguez Barquero, el Manual de Puestos de la Institución asigna a ese puesto los siguientes detalles: "Naturaleza del trabajo. Planeamiento, organización, coordinación, control y evaluación de labores técnicas, científicas y administrativas que se prestan en los servicios o procesos administrativos, financieros y técnicos del Instituto de Desarrollo Agrario, así como la ejecución de las actividades correspondientes. Cargos que integran esta clase: Coordinador (a) de Recursos Humanos. (...) Actividades Generales del Coordinador de Recursos Humanos. Asesora a las jefaturas de la institución en materia de administración de personal. Consecuencias del error. Los errores cometidos pueden causar pérdidas, daños o atrasos de alta consideración, por lo que las actividades deben ser realizadas con sumo cuidado y precisión. Características personales del ocupante. Capacidad analítica, crítica y de síntesis." Atendiendo a estas particularidades, estima este Tribunal que la condición misma de Coordinadora de Recursos Humanos coloca a la accionante en el deber, o al menos, en la posibilidad de conocer el conjunto de antecedentes y regulaciones que son inherentes a los movimientos descendentes de personal. Esto hace suponer que frente a una decisión unilateral de la Presidencia Ejecutiva en el sentido de emitir las acciones de personal que reconocieran a los dos funcionarios a quienes se aplicó ese tipo de movimiento, era deber de esa Coordinación, advertir la necesaria existencia de los presupuestos técnicos y jurídicos debidos para ese reconocimiento, y de ser el caso, poner en conocimiento de esa jerarquía la necesidad de requerir los dictámenes internos que dieran soporte legítimo a esa decisión. Tal y como menciona el Manual de Puestos en el aparte arriba señalado, parte de las actividades generales de la accionante era la de asesorar a las jefaturas en materia de administración de personal. De ahí que se desprende de ese perfil un deber funcional que le imponía advertir a su jefatura que la conducta emitida no encontraba respaldo en el régimen aplicable a ese tipo de movimientos. La alegación de aplicación automática y sin reparo alguno de lo ordenado por la Presidencia Ejecutiva, por derivación del Deber de Obediencia, no supone la liberación de responsabilidad que se pretende, cuando la misma LGAP señala los supuestos en que la

agente pública debía desobedecer, pero además cuando la misma normativa interna y el perfil de sus tareas, le imponían conocer de la necesidad de contar con análisis técnicos y/o jurídicos antecedentes que pusieran en evidencia la pertinencia, en los casos intimados, de las acciones ordenadas por su jefatura. En todo caso, aún de estimar que no se ha acreditado que se diera alguna de las condiciones que imponían el deber de desatender la orden, dado su conocimiento y responsabilidades en materia de Gestión Humana, era su deber advertir que en reasignaciones descendentes no era dable conceder el plus salarial asignado en aquellas acciones de personal, a partir de la carencia de los análisis técnicos que dieran respaldo a esas decisiones. Esto a fin de que el jerarca pudiera ponderar esas objeciones y si persistía en su conducta, permitir que la demandante liberara su responsabilidad frente a la ejecución de esas conductas. Sin embargo, no consta en autos que la actora haya realizado dichas advertencias u objeciones al Presidente Ejecutivo, y, por el contrario, sin reserva alguna, procedió a ejecutar las órdenes dictadas mediante la emisión de las respectivas acciones de personal, confiriendo, en definitiva, beneficios ilegítimos que comprometieron los fondos públicos asignados al presupuesto del INDER. Al no haber expresado esas disconformidades, pese a tener el deber de hacer, la accionante asume la responsabilidad por la indolencia en el cumplimiento de estos deberes legalmente asignados, y que son congruentes con sus funciones, por tanto, exigibles como derivación de su conocimiento y experiencia en el perfil de puesto que ocupaba.