

Este Despacho, en la opinión jurídica No. OJ-113-99 del 29 de setiembre de 1999, suscrita por el Licenciado Fernando Castillo Viquez, Procurador Constitucional, concluye lo siguiente:

A.- Los entes públicos no estatales son aquellos que ejercen una función administrativa, a pesar de que no pertenecen al Estado y están fuera de su órbita y, por ende, en uso de las potestades públicas emiten actos administrativos, por lo que están sujetos a los principios, institutos y normas del Derecho Administrativo, en especial a los de legalidad y del control jurisdiccional de sus actuaciones.

B.- La empresa pública es aquella entidad del Estado que desarrolla una actividad económica, es decir, una actividad destinada a la producción y el cambio de bienes y servicios para un mercado, en forma habitual y continua, ya sea en régimen de competencia o de monopolio, la cual puede asumir distintas modalidades organizativas: órgano, institución autónoma, semiautónoma, ente público estatal o no estatal o ente privado.

C.- Cuando el legislador no define la naturaleza jurídica del ente público en estatal o no estatal, el operador jurídico debe aplicar todos los criterios que ha elaborado la doctrina con el propósito de hacer una correcta ubicación.

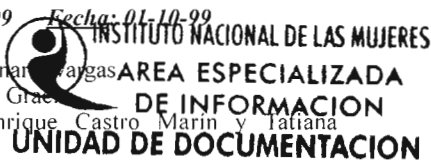
D.- Existen diversas modalidades de empresa pública, entre ellas: la empresa-órgano, la empresa-ente público y la empresa-ente privado. Es en este último caso, donde su conceptualización resulta más difícil, debido a que, su alcance, varía dependiendo del objetivo que persiga el legislador y la jurisprudencia.

E.- La naturaleza jurídica es un asunto de gran trascendencia, ya que ésta determinará el régimen jurídico (conjunto de normas, instituciones y principios) que se le aplicará al ente.

F.- En los últimos años, se ha dado una tendencia en nuestro país, de ampliar el régimen jurídico de los entes públicos estatales a los no estatales. Esta situación ha provocado que haya decaído el interés por crear estos últimos, en aquellos supuestos, en los cuales la características del ente no compagina con esa naturaleza. Sin embargo, gracias a los procesos de reforma del Estado, también se ha dado el fenómeno de otorgar esa naturaleza jurídica a entes de Derecho Público de base corporativo, lo que sí está acorde con la esencia de la figura jurídico-administrativa.

G.- El régimen jurídico de la empresa pública, independientemente de la figura organizativa que asuma, es bastante intenso y complejo lo que, en la práctica, ha limitado su principal ventaja, regir su actividad por el Derecho Privado. Esta situación, lejos de impulsar un Derecho Administrativo flexibilizado, está provocando una huida de la Administración Pública de esta rama jurídica.

OJ.: 114-99 Fecha: 01-10-99



Consultante: Luis Polinar Vargas **AREA ESPECIALIZADA**
Ministerio de Justicia y Gracia **DE INFORMACION**
Informante: José Enrique Castro Marín y Tatiana
Gutiérrez Delgado. **UNIDAD DE DOCUMENTACION**
Temas: Proceso penal, proyecto de ley, Ministerio de
Justicia y Gracia.

Mediante oficio DM-980 de 17 de setiembre del año en curso suscrito por el señor Luis Polinar Vargas, Viceministro del Ministerio de Justicia y Gracia, solicita a esta Procuraduría General la emisión de un criterio jurídico con relación al proyecto de ley denominado "Reforma a los artículos 25, 28, 30 inciso j), 33, 36, 258, 374, 376 y 446 del Código Procesal Penal; y al artículo 59 de la Ley de Justicia Penal Juvenil".-

En opinión jurídica No. OJ-114-99 de 01 de octubre de 1999, del Licenciado José Enrique Castro Marín, Procurador Asesor y la Licenciada Tatiana Gutiérrez, asistente de Procuraduría, se indica que la propuesta de reforma recae en los siguientes puntos:

- 1) Participación vinculante de la víctima en la suspensión del procedimiento a prueba.
- 2) Límites al uso de las medidas alternativas.
- 3) Participación vinculante del actor civil en el procedimiento abreviado.
- 4) Interrupción de la prescripción.
- 5) Prisión Preventiva.
- 6) Emplazamiento del recurso de casación y la adhesión.

En cuanto al primer punto, se considera que el cumplimiento del plazo de suspensión del procedimiento a prueba, acarrea como consecuencia principal la extinción de la acción penal; es decir, si aquél se lleva a cabo con resultado positivo, el asunto no finalizará por medio del procedimiento ordinario. Esto amerita la intervención vinculante por parte de la víctima, en un asunto en el cual posee intereses propios, motivo por el cual su anuencia a que el procedimiento termine de forma extraordinaria, resulta indispensable, y por esta misma razón, debe también considerarse la posibilidad de reconocerle participación en el momento de la revocatoria de la suspensión del proceso a prueba.-

La propuesta pretende implementar la inscripción en un registro, tanto de la reparación integral del daño, el cual ya se encuentra establecido en la normativa vigente, como en las figuras de la conciliación y la suspensión del proceso a prueba. Lo anterior con el fin de permitir el uso de estas figuras solamente una vez cada diez años.-

Es acertada la propuesta, más existen algunas situaciones no resueltas en el proyecto. La figura de la suspensión del procedimiento a prueba, al permitir que el plan reparador propuesto y aceptado por el juzgador se prolongue en el tiempo (entre dos y cinco años), provoca el cuestionamiento a partir de qué momento debe realizarse la inscripción en el Registro Judicial: si se efectúa cuando se materializa el acuerdo o cuando efectivamente se extingue la acción, luego del cumplimiento del plan reparador, que incluso puede ser ampliado a dos años más, según lo previsto en la última parte del artículo 28 ibidem.-

La inscripción al momento de aprobar el plan propuesto debería significar una anotación de carácter temporal, ya que existe la posibilidad de revocar la suspensión bajo los supuestos previstos por el Código; mientras que si se realiza hasta que se tengan por cumplidas las condiciones, durante el plazo de prueba que dispone el beneficiario, éste podría ser acreedor de la aplicación de otra medida alternativa. A lo anterior, debe anotarse otra circunstancia, cual es si el transcurso del tiempo mientras dura el plazo de prueba debe serle reconocido al acusado, una vez que éste cumpla con el plan reparador.-

Sobre la participación del actor civil, en el procedimiento abreviado, este Órgano Asesor se encuentra en desacuerdo, debido a que ello podría llevar aparejado una inusual dependencia del aspecto penal del similar civil.-

Por último, se indican algunas consideraciones de nuestra parte, sugiriéndose la incorporación de una reforma la cual complementa la propuesta que se realiza mediante el proyecto en cuestión. La propuesta consiste en el establecimiento, en los institutos de la conciliación y de la suspensión del proceso a prueba, como condición de procedencia de dichas figuras, "que el máximo de la pena prevista no exceda los tres años de prisión."

OJ.: 115-99 Fecha : 05-10-99

Consultante: Heriberto Hernández Ceciliano.
Municipalidad de Talamanca.

Informante: Omar Rivera Mesén.

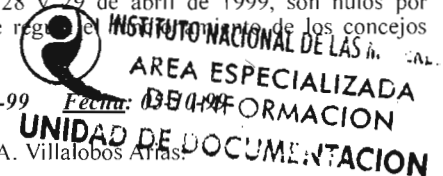
Temas: Acuerdo municipal, interino, quórum, nombramiento, nulidad, sesión, naturaleza jurídica, regidor municipal, suplente, Concejo Municipal, Cantón de Talamanca.

El señor Heriberto Hernández Ceciliano, Presidente Municipal de Talamanca, requirió el criterio de la Procuraduría General de la República en torno a la validez del acuerdo de nombramiento del señor Carlos Quesada Agüero como Alcalde interino de la Municipalidad de Talamanca. ~

El Lic. Omar Rivera Mesén, Procurador Adjunto, mediante O.J.-115-99, del 5 de octubre del año en curso, luego de advertir la falta de competencia de este Despacho para pronunciarse sobre casos concretos, emite una opinión jurídica no vinculante en la que se analiza la naturaleza de los concejos municipales y las consideraciones generales en cuanto a su funcionamiento, concluyendo:

- a) Que el Concejo Municipal es el órgano deliberativo por excelencia del Gobierno Municipal, integrado por el número de regidores que determina la ley, todos ellos de elección popular. En el caso particular de la Municipalidad de Talamanca lo integran siete miembros.
- b) Que es atribución del Presidente Municipal preparar el orden del día de las sesiones, y sólo puede modificarse o alterarse mediante acuerdo adoptado por dos terceras partes de los miembros presentes del Concejo.
- c) Que a las sesiones extraordinarias debe convocarse a la totalidad de los miembros del Concejo y en ellas sólo se pueden conocer los asuntos incluidos en la convocatoria y los que por unanimidad acuerden conocer los integrantes del Concejo.
- d) Que los acuerdos de nombramiento de alcalde interino, realizados por el Concejo Municipal de Talamanca en las sesiones ordinaria y extraordinaria celebradas el 28 y 29 de abril de 1999, son nulos por contravenir la normativa que regula el funcionamiento de los concejos municipales.

OJ.: 116-99 Fecha: 03-04-99



Consultante: Carlos A. Villalobos Arias.
Asamblea Legislativa.

Informante: Fernando Castillo Viquez.

Temas: Competencia, conflicto de competencia administrativa, principio de legalidad, contratación administración, Asamblea Legislativa, nombramiento, gerente, recurso administrativo, nulidad, jerarquía entre órganos, institución autónoma, Junta Directiva, director o directivo, presidente ejecutivo.

Mediante oficio CVA-158-1999 del 21 de setiembre de 1999, recibido el 23 de ese mismo mes, el Diputado Carlos Villalobos Arias solicita el criterio de este órgano superior técnico-jurídico sobre:

"A) Pueden atribuirse a los Consejos Directivos, Presidencias Ejecutivas o Gerencias Generales de las Instituciones Autónomas, otras funciones diferentes a las contempladas en el Ordenamiento Jurídico Vigente?"

B) Pueden acaso ser modificadas por la Presidencia Ejecutiva o por el Consejo Directivo de una Institución Autónoma, las funciones normales de administración que el Ordenamiento Jurídico Vigente -en forma clara y contundente- define como responsabilidades de una Gerencia General?

C) Pueden las Presidencias Ejecutivas intervenir unilateralmente y cuando consideren necesario, en los asuntos Administrativos de las Instituciones Autónomas, sin acuerdo previo del Consejo Directivo, contradiciéndose el espíritu del artículo 8 del Decreto Ejecutivo N 11846, del 9 de setiembre de 1980, donde se expresa que: 'La relación del Presidente Ejecutivo con el restante personal técnico y la administración general de la institución, será solo a través de la Gerencia y aquel girará instrucciones a tales niveles técnicos solo a través de la gerencia'.

D) Pueden las Presidencias Ejecutivas, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico vigente intervenir directamente y sin coordinación con las Gerencias Generales, en la firma de contratos, reclutamiento de nuevo personal, formulación de instrucciones al personal ya existente, decidir nombramientos administrativos, tener subalternos directos, y trasladar funciones administrativas?

E) Pueden las Presidencias Ejecutivas, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico vigente, intervenir unilateralmente y sin coordinación con las Gerencias Generales para decidir sobre la representación frente a terceros, en la modificación de presupuestos, en la aprobación de compras y licitaciones, en la autorización de viajes y gastos, en la asignación de vehículos y en fin todas aquellas actividades administrativas que de acuerdo a las leyes de la República corresponden a las Gerencias Generales?

F) Cuáles son las consecuencias jurídicas y administrativas, así como la validez frente a terceros, de aquellas decisiones hechas por los Consejos Directivos, las Presidencias Ejecutivas y las Gerencias Generales que han tomado sin coordinación entre ellas y fuera del ordenamiento jurídico vigente?

G) En virtud de la facultad que les otorga el artículo 55 y 58 de la Ley General de Administración Pública y con el objeto de normalizar las actividades administrativas de las Instituciones Autónomas, es acaso necesario que los Consejos Directivos sobre la base de sus propios méritos, revertan las decisiones de aquellas acciones que el propio Consejo, las Presidencias Ejecutivas o Gerencia Generales han tomado de forma irregular".

Este despacho, en su opinión jurídica OJ.-116-99 del 5 de los corrientes, suscrita por el Lic. Fernando Castillo Víquez, Procurador Constitucional, concluye lo siguiente:

a.- Ningún ente u órgano de la Administración Pública pueden realizar actos que no sean el resultado del ejercicio de potestades que han sido atribuidas por el ordenamiento jurídico.

b.- Si el ordenamiento jurídico, tal y como usted lo expresa, le atribuye en forma clara y contundente, una determina función a un órgano, en este caso al Gerente General, ésta no podría ser modificada por los órganos superiores. Para tal propósito, sería necesario, siguiendo el respectivo procedimiento, reformar la norma que le atribuyó esa competencia y, una vez modificada ésta, emitir los respectivos actos haciendo los ajustes en la competencia de la Gerencia General.

c.- Los Presidentes Ejecutivos tienen que utilizar el canal de la Gerencia para relacionarse con el personal técnico y la administración en general, así como para girar las instrucciones a ese personal.

d.- Si el Presidente Ejecutivo de una institución autónoma ostenta la representación extrajudicial del ente, no existe ningún problema legal de que firme los contratos. En esta hipótesis, está ejerciendo una competencia otorgada por el ordenamiento jurídico. Si por el contrario, quien la ostenta es el Gerente, en forma exclusiva, lógicamente el Presidente Ejecutivo tendría un impedimento jurídico para firmar los contratos.

e.- Lo relativo al reclutamiento de personal debe ser analizado caso por caso y teniendo como marco de referencia, las normas que regulan la organización, el funcionamiento y los procedimientos de cada institución autónoma.

f.- No encontramos ningún problema de que un Presidente Ejecutivo tenga subalternos directos, siempre y cuando ese personal esté ubicado dentro del Despacho de la Presidencia Ejecutiva o en otros órganos consultivo de apoyo técnico a las funciones que realiza este funcionario.

g.- El traslado de funciones administrativas debe hacerse a través de un reglamento autónomo de organización emitido por el órgano competente.

h.- Dada la posición que el ordenamiento jurídico le otorga al Gerente de las instituciones autónomas, (principales funcionarios administrativos) lo lógico, lo oportuno y lo más conveniente para el interés público, es que exista una adecuada coordinación entre el Presidente Ejecutivo y él, cuando el primero interviene en asuntos de naturaleza administrativa.

i.- El Presidente Ejecutivo no puede hacer ninguna modificación presupuestaria, ya que esa competencia corresponde a la Junta Directiva de la institución autónoma.

j.- Ante la ausencia de norma, como regla general, el órgano competente para hacer las adjudicaciones serían las Juntas Directivas quienes ostentan la condición de máximo jerarca de la institución. Además, dada la trascendencia que para la institución tiene la materia de contratación y para el interés público, lo lógico, recomendable y transparente es que el acto lo adopte un órgano colegiado y no un órgano individual, salvo norma en contrario. Lo anterior también es válido para los supuestos de autorización de viajes y gastos.

k.- En lo que atañe a la asignación de vehículos es necesario analizar en cada institución si existe una norma que le atribuya esta competencia, en forma exclusiva, al Gerente. De no ser así, corresponderá al máximo jerarca de institución (Juntas Directivas) establecer los lineamientos en este campo.

l.- Aquellas actividades administrativas que por ley corresponden a las Gerencias Generales, es evidente que no pueden ser ejercidas por otros órganos.

ll.- Las consecuencias jurídicas de las decisiones de los Consejos Directivos, las Presidencias Ejecutivas y las Gerencias Generales adoptadas fuera del ordenamiento jurídico, sería la nulidad de los actos respectivos.

m.- Las Juntas Directivas de los entes autónomos pueden anular todos aquellos actos adoptados que no se conformen sustancialmente con el ordenamiento jurídico, ajustando a las reglas y plazos que establece la Ley General de la Administración Pública. También, como superior jerárquico, están autorizadas para anular, de oficio o a petición de parte, los actos emitidos por el Presidente Ejecutivo o las Gerencias Generales que sean violatorios del ordenamiento jurídico.

OJ.: 117-99 Fecha : 05-10-99

Consultante: Otto Guevara Guth.

Asamblea Legislativa.

Informante: Magda Inés Rojas Chaves.

Temas: Inversión estatal, crédito bancario, Asamblea Legislativa, administración central, institución autónoma.

Mediante la Opinión Jurídica OJ-117-99 de 5 de octubre de 1999.

la Dra. Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora Asesora, da respuesta a la solicitud del señor Diputado Otto Guevara Guth, según oficio N. ML-167-MH-09-99, sobre la posibilidad de considerar las inversiones en títulos valores del Gobierno como una forma de otorgarle crédito y respecto de la triangulación de financiamiento.

En la Opinión se concluye que:

1.- De lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y el concepto de crédito retenido por el Banco Central, se retiene que las inversiones en títulos valores del Gobierno Central no están comprendidos dentro del límite de financiamiento que los bancos estatales pueden otorgar al Sector Público.

2.- Por el contrario, el artículo 10 de la Ley del Equilibrio Financiero para el Sector Público obliga a considerar que la inversión en títulos valores del Gobierno Central constituye una forma de crédito, sujeta al límite de financiamiento que puede recibir el Gobierno de parte del sector financiero del país.

3.- La llamada por Ud. "triangulación de financiamiento" estará comprendida dentro de los límites antes señalados cuando el otorgamiento del crédito provenga de una entidad financiera, pública o privada.

4.- El financiamiento al Gobierno Central por parte de entes autónomos no financieros solo es posible en tanto exista norma legal expresa que lo autorice, caso en el cual no estará sujeto al límite del artículo 9 de la Ley del Equilibrio Financiero para el Sector Público.

OJ.: 118-99 Fecha : 11-10-99

Consultante: José Antonio Corrales Chacón.

Municipalidad de Curridabat.

Informante: Guillermo Huezo Stancari y Olga Duarte Briones.

Temas: Administración tributaria, municipalidad, Cantón de Coto Brus, Cantón de Curridabat, pago por prohibición, título académico.

El señor José Antonio Corrales Chacón, Auditor Interno, de la Municipalidad de Curridabat, mediante Oficio AM 10-9/99 de 9 de setiembre de este año, aclarada mediante Oficio AM 13-9/99 de 16 de ese mes, consultó con respecto "al pago del reconocimiento de compensación por prohibición que se me ha venido efectuando durante varios años en la Municipalidad de Curridabat, equivalente a un 65% sobre el salario base. "plus compensatorio" que se origina en la inhibición que poseemos quienes formamos parte de la administración tributaria conforme a la Ley No.5867., regulado por el Artículo 113 (99 actual) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios".

Mediante Opinión Jurídica No.118-99 de 11 de octubre de 1999, el Procurador Adjunto Guillermo Huezo Stancari, y Olga Duarte Briones, Asistente, concluyeron:

Quedando claro que este órgano consultivo no puede resolver el caso concreto relativo al pago de compensación por prohibición del Auditor Interno de esa Municipalidad sometido a nuestra consulta, podemos concluir a manera de opinión jurídica no vinculante, que ese funcionario sí tiene derecho a la percepción del correspondiente porcentaje compensatorio o sobresueldo denominado "prohibición" por el no ejercicio de su actividad profesional liberal, cuyo monto porcentual lo definirá en principio, la condición académica profesional que demuestre