

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, la Caja Costarricense de Seguro Social estableció demanda ordinaria de lesividad, cuya cuantía es inestimable, a fin de que en sentencia se declare:

*"...la nulidad y en consecuencia la inexistencia del ordenamiento jurídico los actos administrativos que absolvieron de toda pena y responsabilidad **al demandado** por haber infringido el régimen legal de prohibiciones en materia de contratación administrativa. Tales actos administrativos son siguientes: -Acuerdo de Junta Directiva tomado en el artículo N° 29 de la sesión N°7570 celebrada el 09 de*

*agosto de 2001, y – Resolución de Gerencia División Médica N° 17326 del 18 de julio del 2001. En consecuencia, solicito que en la sentencia se ordene que al desaparecer del ordenamiento administrativo los indicados actos administrativos, la Gerencia División Médica de la Caja Costarricense de Seguro Social representada por funcionario distinto al que dictó la resolución que se impugna, debe proceder a dictar la resolución administrativa dentro del procedimiento disciplinario seguido en contra **del demandado** con estricto apego al ordenamiento jurídico."*

2.- El demandado contestó negativamente y opuso la excepción de falta de derecho.

3.- El Juez José Paulino Hernández, en sentencia no. 45-2007 de las 14 horas 30 minutos del 19 de enero de 2007, resolvió: *"Se rechaza la excepción de falta de derecho. Se declara procedente la demanda **ORDINARIA DE LESIVIDAD** establecida por **CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL** contra **el demandado**; se anula la resolución de la Gerencia División Médica, según oficio N° 17326 de 18 de julio del 2001, y el acuerdo de Junta Directiva que la acogió y ratificó, adoptado en sesión N° 7570, artículo 29, celebrada el 9 de agosto de 2001. No hay condena en costas."*

4.- El demandado apeló y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, integrada por los Jueces Isaac Amador Hernández, Elías Baltodano Gómez y Carlos Espinoza Salas, en sentencia no. 36-2008-S-VIII de las 15 horas del 15 de diciembre de 2008, dispuso: *"En lo que ha sido de apelación, se confirma la sentencia recurrida."*

5.- El demandado, en su expresado carácter, formula recurso de casación indicando las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal del instancia.

6.- En los procedimientos ante la Sala se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Rivas Loáiciga

Considerando

I.- La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (en lo sucesivo Caja), en sesión no. 7871, artículo 51, celebrada el 8 de julio de 2004, declaró lesivo a los intereses públicos la resolución de la Gerencia División Médica no. 17326 del 18 de julio de 2001 y su acuerdo, tomado en el artículo no. 29 de la sesión no. 7570 del 9 de agosto de 2001, en que absolvió de responsabilidad **al demandado** por las actuaciones como miembro de la Comisión de Construcciones de la Caja; debido a la infracción de las prohibiciones que en el tema de contratación administrativa, dispone la Ley de la materia. Lo anterior, porque participó en sesiones de la Comisión Técnica de Licitaciones, donde se adjudicó a la empresa **P. S.A.** la licitación pública no. 2000-014 y la contratación directa no. CD-98-342, pese a que su sobrino **M.** era uno de los representantes de la citada compañía. El 8 de setiembre de 2004, la Caja formuló el correspondiente proceso ordinario de lesividad contra **el demandado**. Pretende se declare la nulidad de los actos en los que se absolvió de toda pena y responsabilidad al demandado, que son, la resolución de la Gerencia División Médica no. 17326 del 18 de julio de 2001 y el acuerdo de Junta Directiva, tomado en el artículo no. 29 de la sesión no. 7570 del 9 de

agosto de 2001; estima, al momento de dictarse dichos actos **el demandado**, emitió declaraciones juradas en las que dijo conocer la dimensión y alcances del régimen sancionatorio de faltas y conductas de los funcionarios públicos en cuanto a la materia de contratación administrativa. Sin embargo, luego, reconoció, de manera expresa, que de forma inadvertida participó en la votación donde se adjudicó la licitación pública 2000-014, y resultó adjudicada una empresa en que su sobrino figura como uno de sus apoderados. De ahí, concluye, la Ley de Contratación Administrativa lo que castiga es cuando se recomienda una compañía obviando el régimen de prohibiciones. El accionado contestó negativamente. Opuso la excepción de falta de derecho. Alegó, que no había tenido conocimiento previo de quiénes eran los representantes de la empresa, por lo que no incurrió en la falta estipulada en el inciso c) del artículo 96 de la Ley de Contratación Administrativa. El Juzgado, declaró con lugar la demanda, anuló la resolución de la Gerencia División Médica, no. 17326 de 18 de julio de 2001 y el acuerdo de Junta Directiva que la acogió y ratificó, en sesión no. 7570, artículo 29, del 9 de agosto de 2001. El Tribunal confirmó lo resuelto. El demandado formula recurso de casación por el fondo en el que expone dos agravios, sin embargo, mediante auto de esta Sala no. 570-A-S1-2009 de 9 horas 10 minutos del 11 de junio de 2009, se admitió solo el primero.

II.- Único: alega error de derecho al valorarse la prueba testimonial, con quebranto de los numerales 330 y 351 del Código Procesal Civil. Además, la conculcación por el fondo del precepto 96 bis, inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y el ordinal 7.1 de la Ley General de la

Administración Pública (LGAP). Afirma, las deposiciones de la señora Dinorah Garro Herrera y el doctor Juan Luis Delgado Monge, ex gerente médico de la Caja, miembros de la comisión de construcciones de dicho ente, hicieron patente que al momento de verter la recomendación a favor de **P. S.A.**, desconocían que un sobrino suyo era el presidente de la compañía y su hermana accionista. Apunta, en los atestados que examinaron no constaban los nombres de los representantes de la empresa ni el de los dueños del capital social. Manifiesta, doña Dinorah Garro Herrera, dijo que los aspectos legales estaban encargados a la licenciada Aracelly Pacheco, asesora externa, quien les hacia llegar un listado donde se indicaba si cumplía con los requisitos en cada área a evaluar, pero *"...no constaban los nombres de los representantes y accionistas de la empresa **P. S.A.**..."*. Refiere, el doctor Juan Luis Delgado Monge, expresó que, a la comisión se le presentaba únicamente el nombre de la compañía concursante, sin que se tuviera acceso a los *"...nombres de los representantes legales y accionistas de la empresa"*. Asevera, la sentencia recurrida infringe el canon 330 del Código Procesal Civil al obviar ambos testimonios, dejando de lado las reglas de la sana crítica al valorar dicha probanza. Además, vulneró el cardinal 351 ibídem al negarle a esos testimonios valor para probar hechos puros y simples. Así, reprocha, se quebrantó por el fondo el inciso c) de la norma 96 bis de la Ley de Contratación Administrativa, porque antes de verter la recomendación no tuvo oportunidad de saber que un sobrino suyo era presidente de la sociedad que se recomendaba como adjudicataria, ni que su hermana era socia. Expone, según lo estipula el precepto de comentario, la sanción se impone cuando la recomendación se

produce al desatender el régimen de prohibiciones del artículo 22 ibídem, siempre que la circunstancia se conozca anticipadamente. Arguye, las deposiciones expuestas, acreditan que de previo a recomendar la contratación de **P. S.A.**, no conocía las circunstancias que se le achacan, máxime, indica, si se toma en cuenta la práctica reiterada de la comisión de realizar las recomendaciones solo con base en los informes técnicos respectivos sin examinar de manera minuciosa los expedientes.

III. Sobre el concepto de derecho subjetivo. De previo a conocer los agravios, es menester determinar si los actos declarados lesivos, donde se absolvió de responsabilidad al demandado por sus actuaciones como miembro de la Comisión de Construcciones, son generadores de derechos. Lo anterior, porque a nada conduciría resolver los reproches, si el contenido de la resolución no. 17326 del 18 de julio de 2001, de la Gerencia División Médica y el del acuerdo de Junta Directiva, tomado en el artículo no. 29 de la sesión no. 7570 del 9 de agosto de 2001, no se encuentra comprendido en la competencia material de la jurisdicción contencioso administrativa. Y, en consecuencia, no resulta susceptible de ser impugnado por la Administración en un proceso de lesividad. De ahí, establecer si el acto que absuelve de responsabilidad disciplinaria a un funcionario público genera un derecho subjetivo, es un elemento clave para valorar si la jurisdicción contencioso administrativa puede resolver el punto en cuestión, siendo la procedibilidad de la demanda un tema de previo pronunciamiento. Los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) exigen, para la interposición de un proceso de esta índole, que el acto objeto del proceso confiera al particular

derechos subjetivos. Asimismo, en igual sentido el numeral 173 de la LGAP, alude al acto declarativo de derechos. El derecho subjetivo es definido como el poder de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y/o de ser beneficiario de la conducta pública, exigiendo del Poder Público, y en concreto de la Administración, por un medio coactivo si es preciso, la conducta concreta y específica correspondiente, otorgada por el ordenamiento jurídico a ese o esos sujetos para la satisfacción de sus fines o intereses. Por su parte, el acto que absuelve en un proceso administrativo sancionatorio, únicamente exonera de responsabilidad al servidor público objeto de investigación, sin conceder a su favor derecho sustantivo alguno. Según se aprecia, se trata de figuras diametralmente opuestas. Una resolución absolutoria, no lleva implícito para el funcionario un derecho sustantivo, pues no existe posibilidad de exigir el cumplimiento del contenido del mismo, porque se trata de un acto negativo, lo que no se corresponde con las características de un derecho subjetivo. En otras palabras, en el primero, se ensancha la situación jurídica de la persona, mediante una situación jurídica de poder plena, entre tanto, la segunda hipótesis (procedimiento sancionatorio), se exime frente a un potencial acto ablatorio que como tal, hubiere incidido, negativamente en la esfera vital de la persona. En esta última, no se expande, ni concede un derecho sustantivo.

IV. En el proceso común de lesividad, la Administración Pública discute, si el derecho se adquirió de acuerdo a las normas jurídicas aplicables al caso concreto, es decir, que se cuestiona la validez del acto administrativo en el cual, generalmente, se declara un derecho subjetivo a favor de un administrado. Lo anterior, pues, existe la excepción de la lesividad objetiva, en que, como en

materia tributaria o aduanera, no requiere necesariamente de la presencia de un acto favorable, que confiera, como efecto, un derecho subjetivo a la persona, sino que por lesión al ordenamiento jurídico, que no es el caso de examen. Precisamente, porque en la mayoría de los casos se presenta un acto declarativo de derechos, favorable al administrado, se dispone un procedimiento especial para que se pueda declarar la nulidad de dicho acto, el cual se encuentra conformado por una serie de garantías, cuya última expresión es la revisión jurisdiccional del asunto. Los artículos 10.4 y 35 de la LRJCA regulan la competencia para el conocimiento de aquellos procesos donde el Estado pretenda la declaratoria de nulidad, absoluta o relativa, de un acto declarativo de derechos subjetivos, concepto que, como se indicó en el considerando anterior, no comprende aquellos actos donde se absolvió de responsabilidad a un servidor público.

V. De lo expresado, se aprecia que el acto que absuelve de responsabilidad a un servidor público en la tramitación de un procedimiento sancionatorio no es susceptible de lesividad, ya que no hay una afectación directa a la Hacienda Pública, que autorice la orden imperativa de la Contraloría General de la República. El efecto de la nulidad que pretende, per se, no tiene una incidencia en el ámbito de los intereses económicos de la Caja Costarricense de Seguro Social. El numeral 182 de la Ley General de la Administración Pública prescribe la ineludible obligación del juez de declarar, de oficio, la invalidez de un acto cuando se presente un vicio relacionado con el procedimiento, como en el asunto de examen. Dicha norma dispone: *"El juez no podrá declarar de oficio la invalidez del acto, salvo que se trate de*

*infracciones sustanciales relativas al sujeto, **al procedimiento** o a la forma, casos **en los cuales deberá hacerlo...***" (la negrita es suplida). De lo transcrito se deriva que no se trata de una facultad del juez, sino que es de acatamiento preceptivo. El desempeño del Juez está vinculado al cumplimiento del ordenamiento jurídico, no sólo en cuanto a su aplicación en el caso sometido a su conocimiento, sino también en lo relativo a su propia actuación jurisdiccional. Por ende, el pronunciarse respecto los elementos indicados al resolver cualquier asunto le resulta imperativo. Por consiguiente, en razón de que el acto en el cual se absolvió de responsabilidad al demandado, no es posible declararlo lesivo, la regulación de cita fue incumplida, pues, el proceso de lesividad formulado por la Administración – al declarar en dicha sede lesivos a los intereses públicos la resolución de la Gerencia División Médica no. 17326 del 18 de julio de 2001 y el acuerdo, tomado en el artículo no. 29 de la sesión no. 7570 del 9 de agosto de 2001-, no resulta viable, según lo ya analizado. En consecuencia, y ante la existencia de una norma específica que manda a revisar los vicios esenciales referidos al sujeto, al procedimiento y a la competencia, esta Sala no puede obviar la existencia de la patología expuesta, por lo que la demanda debe ser declarada inadmisibile.

VI.- De acuerdo a lo expuesto, el presente asunto, no resulta un tema objeto del proceso de lesividad, de ahí que la demanda deberá declararse inadmisibile, con sus costas a cargo de la accionante.

Por tanto

De oficio se anula la sentencia del Tribunal. Se revoca la sentencia del Juzgado, se declara inadmisibile la demanda y se condena a la actora al pago de

ambas costas. Por la especial forma en que se resuelve, se omite pronunciamiento sobre el recurso.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Edo. González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández