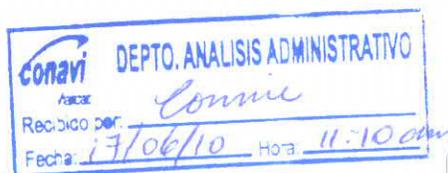


A



16 de junio del 2010

MBA. Arturo Alvarado Moya
Proveduría Institucional
Consejo Nacional de Vialidad



Consejo Nacional de Vialidad
Gerencia de Gestión
De Asuntos Jurídicos

Teléfono: (506) 2202-5300 ext. 5589 ó 5580
Fax: 2281-3314

Email: carlos.vega@conavi.go.cr

GAJ-10-2010-1019

Ref.: Su oficio N° PRO.01.10-1027 del 28 de mayo del 2010, solicitud de **CRITERIO LEGAL** sobre la necesidad de publicar los formularios externos sobre procedimientos del CONAVI en La Gaceta.

Estimado señor:

En atención al oficio N° PRO.01.10-1027 del 28 de mayo del 2010 mediante el cual nos solicita criterio legal para determinar la necesidad de publicar el compendio de formularios externos del CONAVI en el diario oficial la Gaceta, al respecto le manifestamos lo siguiente:

I. ANTECEDENTE DE LA CONSULTA

Que por disposición de la Contraloría General de la República y de la Auditoría Interna (en diferentes oficios que van desde el año 2006 hasta el 2010) el CONAVI ha elaborado una serie de manuales de procedimientos internos de varias de sus oficinas. Que por oficio N° AA-09-10-0177 de fecha 19 de mayo del 2010 la oficina de Análisis Administrativo del CONAVI, dependencia encargada de la elaboración y posterior trámite de esos manuales, solicitó a la Dirección de Proveduría Institucional la publicación de un compendio de formularios externos que comprenden dichos manuales en la Gaceta y cuyos gastos de publicación son alrededor de \$5.000.000.

II. CONCEPTOS JURIDICOS PREVIOS: LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA

Previo a emitir el criterio legal solicitado es importante dejar claro una serie de conceptos involucrados en esta consulta; es por ello, a modo de preámbulo cabe manifestar que en nuestro Ordenamiento Jurídico el "Principio de Transparencia Administrativa" se constituye en piedra angular en la interpretación y protección de las garantías fundamentales de los ciudadanos; de esta manera, entre mayor sea la apertura del Estado con la sociedad mayor será el ámbito de goce de los derechos subjetivos y el sometimiento de la Administración al principio de legalidad.

Sobre la trascendencia de este principio en las instituciones públicas la Sala Constitucional en el voto N° 0136-2003 de las 15:22 del 15 de enero del 2003 determino:

"(...) TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público —entes públicos— están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los

*administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11). **Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas** cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación —publicación y notificación—, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa. (El destacado es nuestro)*

De conformidad con la anterior cita es deber de la Administración Pública ser transparente en el manejo de la información, de las funciones administrativas, los esquemas de gestión y organización, el recurso humano y los procedimientos¹ todo con el fin de lograr una mayor democratización en las diferentes instituciones.

En la misma cita jurisprudencial se liga el “Principio de Transparencia Administrativa” con el “Principio de Publicidad” que implica el derecho de los ciudadanos de conocer tanto el Ordenamiento Jurídico que lo rodea como el sustento de las actuaciones de la Administración.

Pero ante el panorama anterior cabe cuestionarse si esa transparencia y publicidad de las actuaciones de la Administración son irrestrictas, en ese sentido, es menester aclarar que ningún derecho tiene un carácter absoluto sino que son relativos, por cuanto habrán límites que se justifican en situaciones donde la transparencia o publicidad causarían perjuicios o trastornos a los intereses generales o particulares que la sociedad estime dignos de protección.

Algunos de esos límites son: el interés público, el secreto de Estado, derecho a la intimidad personal y familiar, la presunción de inocencia, el secreto bancario, el secreto industrial, la averiguación de los delitos, entre otros². Debemos destacar que cada uno de ellos tiene su fundamento constitucional y legal, es decir, la reserva administrativa va a ser la excepción en una Administración cuyo fin es ser transparente.

Dejado claro los parámetros bajo la cual una institución pública debe dirigir sus actuaciones se entrará a analizar el caso concreto donde se solicita criterio legal para determinar si es obligación para el CONAVI publicar un compendio de formularios de procedimientos de diferentes oficinas internas.

III. CRITERIO DE ESTA GERENCIA DE GESTIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS

En nuestro Ordenamiento Jurídico no existe una ley marco que regule la transparencia administrativa, al contrario, su tratamiento se encuentra desperdigado en diferentes normas: Constitución Política, leyes y reglamentos. Por ello conviene analizar brevemente el contenido de dichos formularios para determinar si existe una normativa vinculante al respeto.

¹ En ese sentido se puede consultar a Jinesta Lobo, Ernesto, “Transparencia Administrativa y Derecho de acceso a la información administrativa”, página 23.

² Ibidem, página 181.

Si bien, en el oficio citado en la referencia no hace una descripción del contenido de los formularios, por correo electrónico el MBA. Jorge Vásquez Rodríguez nos remitió el compendio de formularios del cual se pudo observar que se trata de formularios que deben presentar los administrados y los funcionarios del CONAVI en diferentes trámites que realicen ante este Consejo.

Con base en lo anterior, esta Gerencia pudo notar que el citado compendio está integrado de formularios dirigidos a dos diferentes sujetos: al administrado y al funcionario de CONAVI de ahí que se analizará la obligación de publicarlos según cada caso.

a. Formularios dirigidos al administrado.

Cuando se establecen tramites, requisitos y demás aspectos procedimentales de la organización administrativa es obligatorio consultar lo dispuesto en la Ley N° 8220 "Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos" en adelante Ley de Simplificación de Trámites que en los artículo 4 y 5 dice:

*"Artículo 4°—**Publicidad de los trámites y sujeción a la ley.** Todo trámite o requisito, con independencia de su fuente normativa, para que pueda exigirse al administrado, deberá:*

a) Sujetarse a lo establecido por ley y fundamentarse estrictamente en ella.

b) Estar publicado en el Diario Oficial La Gaceta, junto con los instructivos, manuales, formularios y demás documentos correspondientes y estar ubicado en un lugar visible dentro de la institución. Asimismo, en un diario de circulación nacional, deberá publicarse un aviso referido a dicha publicación.

Dichos trámites o requisitos podrán ser divulgados también recurriendo a medios electrónicos."

*"Artículo 5°—**Obligación de informar sobre el trámite.** Todo funcionario, entidad u órgano público estará obligado a proveer, al administrado, información sobre los trámites y requisitos que se realicen en la respectiva unidad administrativa o dependencia. Para estos efectos, no podrá exigirse la presencia física al administrado, salvo en aquellos casos en que la ley expresamente lo requiera.*

Cuando un ente, órgano o funcionario público, establezca trámites y requisitos para el administrado, estará obligado a indicarle el artículo de la norma legal que sustenta dicho trámite o requisito, así como la fecha de su publicación.

Para garantizar uniformidad en los trámites e informar debidamente al administrado, las entidades o los órganos públicos, además, expondrán en un lugar visible y divulgarán por medios electrónicos, cuando estén a su alcance, los trámites que efectúan y los requisitos que solicitan (...)"

El campo de esta Ley es procedimental convirtiéndose en un complemento de la Ley General de la Administración Pública, es general en cuanto afecta a toda la Administración y a todos los procedimientos administrativos y su especialidad solo radica en un aspecto de esos trámites

que son los pasos, plazos y requisitos que siguen las presentaciones del administrado y aquí se quiere destacar que el sujeto protegido es el administrado entendido como toda persona física o jurídica que en el ejercicio de su derecho de petición, información y/o derecho de acceso a la justicia administrativa se dirija a la Administración Pública³.

Es importante determinar que la materia protegida por esta Ley es la que el administrado hace en ejercicio de los derechos de petición, información y acceso a la justicia administrativa en las que mínimo se obliga a una respuesta de la Administración, pues se trata de aquellos tramites que son provocados por el administrado llámese solicitudes, reclamos, recursos, propuestas o similares⁴.

Dejado claro lo anterior, en el caso de marras la mayoría de los formularios dirigidos a los administrados que se pretenden publicar tratan de procedimientos de contratación administrativa que pretenden facilitar la presentación de documentos, alguno de ellos son: de experiencia del oferente, de declaración jurada de experiencia del oferente, de declaración jurada de experiencia del personal ofrecido, de compromiso del personal, de acuerdo consorcial, entre otros.

Estima esta Gerencia que los anteriores formularios no forman parte de la materia protegida por esa ley, por cuanto en los mismos no se observa que se dé una petición de cualquier tipo del administrado que obligue a una respuesta del CONAVI.

Más aún, los mismos lo que tratan es de ordenar la presentación de diferentes documentos en las ofertas que se presenten ante el CONAVI en un procedimiento de contratación administrativa con el propósito de evitar defectos u omisiones a la hora de presentar documentos o hacer declaraciones no implicando una solicitud de información de un administrado; en ese sentido, debe tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

UNO: Que dichos formularios forman parte del cartel, es decir, cuando un potencial oferente adquiere el pliego de condiciones lo hace junto con los formularios concretos para ese procedimiento.

DOS: Que a pesar que esos formularios se publiquen en la Gaceta o que se integren en el cartel su inobservancia no conlleva necesariamente la exclusión de la plica, por cuanto, lo que la Administración lo que hace es verificar que la totalidad de información solicita en un formulario esté contenida en la oferta independientemente de la forma que recurra el oferente para ello.

TRES: Que en este caso el formulario consiste en una guía para el oferente de cómo debe presentarse la información no siendo obligatorio que se presente de esa manera, a excepción de los casos donde el cartel expresamente señale que la presentación de ese formulario (por su contenido) trate de un requisito de admisibilidad.

CUARTO: Que esos formularios pretenden uniformizar los formularios usados en el CONAVI para sus diferentes procedimientos para evitar contradicciones a lo interno de la institución; no obstante, habrán casos donde sea recomendable usar un manual diferente lo que podría crear confusión entre los administrados.

³ De conformidad con el artículo 1 de la Ley N° 8220 "Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos".

⁴ En ese sentido se puede consultar a Mauro Murillo Arias "Comentarios a la Ley No. 8220 Simplificación de Trámites Administrativos", Revista de Servicio Civil N° 15 de junio del 2003, página 55.

Es por lo dicho, que estima esta Gerencia que en los formularios dirigidos a los administrados relacionados a los procesos de contratación administrativa no existe una obligación legal para su publicación en la Gaceta sin que ello signifique que no se pueda recurrir a otras formas de divulgación como lo es el sitio web de CONAVI o en lugares visibles para los eventuales oferentes como la recepción de la Proveeduría Institucional, no constituyendo esto un requisito de eficacia.

Si bien es cierto, estima esta Gerencia no existe una imposición legal que ordene publicar todos estos formularios en La Gaceta tampoco se ve obstáculo para no hacerlo, en ese sentido, se recomienda hacer una publicación en la Gaceta citando –no es una publicación íntegra- cuales formularios se encuentran a disposición del administrado ya sea en el sitio web del CONAVI o en las propias oficinas las cuales deberán proporcionarlos a quien los solicite.

Como se dijo líneas atrás, en el compendio de formularios hay algunos formularios dirigidos al administrado y que en esencia no tratan sobre la participación en procedimientos de contratación administrativa, entre los que se pudo observar destaca:

El formulario de la Contraloría de Servicios sobre la solicitud de trámite y seguimiento sobre consultas de servicios institucionales, en dicho formulario se hace una descripción de la denuncia y se establece una serie de información sobre la conducta supuestamente irregular, la identificación de los infractores y datos del denunciante. Sobre este formulario en particular, estima esta Gerencia que el mismo si constituye un ejemplo del ejercicio de un derecho de petición del administrado que exige una respuesta del CONAVI; en consecuencia, se trata de un caso protegido por la Ley de Simplificación de Trámites y por ende existe la obligación legal de publicarlo en la Gaceta.

b. Formularios dirigidos al funcionario del CONAVI.

Hay un segundo grupo de formularios dirigidos a funcionarios del CONAVI que forman parte del funcionamiento de la Dirección de Gestión del Recurso Humano como son: de control de asistencia, de entrevistas, de declaración jurada de parentesco, entre otros similares.

Es interesante analizar el sujeto activo en la relación de transparencia administrativa o en la relación de acceso a la información quien es toda persona o todo administrado, en ese tanto, el funcionario del CONAVI actuara como administrado cuando ejerza su derecho de petición frente a otra institución pública diferente al CONAVI pero cuando se trata del CONAVI el funcionario público forma parte de esa Administración que sería el sujeto pasivo en las disposiciones de la Ley de Simplificación de Trámites.

En ese sentido las disposiciones de esa Ley que obligan a la Administración a publicar en la Gaceta los tramites y procedimientos no aplican para este caso, pues en primer lugar no se trata de administrados; en segundo lugar se trata de formularios que un administrado no va a utilizar y en tercer lugar sobre ello no es posible que se derive un derecho de petición del administrado por más mínimo que sea.

No obstante, estima esta Gerencia que el CONAVI debe de recurrir, como así lo ha hecho, a otras formas de divulgación de este tipo de formularios para lograr que los funcionarios –los directamente afectados- tengan pleno conocimiento de los mismos, por ejemplo, la comunicación masiva por el correo interno, la inclusión en la página web del CONAVI, usar las pizarras del edificio, los boletines informativos y otros.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión es criterio de esta Gerencia de Gestión de Asuntos Jurídicos:

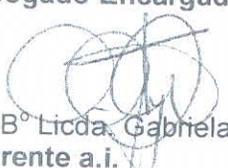
- Que los principios de Transparencia Administrativa, de Publicidad y del derecho de acceso a la información administrativa constituyen pilares fundamentales en la actuación de las instituciones públicas.
- Que en principio la información que se maneja es de libre acceso de los administrados y que la reserva administrativa está restringida a los casos permitidos por la Constitución Política o por Leyes especiales (reserva de Ley).
- Que la Ley de Simplificación de Trámites establece que se deben publicar en la Gaceta todos aquellos trámites donde se establecen requisitos, pasos u otros procedimientos dirigidos al administrado quien en ejercicio de su derecho de petición puede solicitar una respuesta a la Administración. El elemento para definir la aplicabilidad de la Ley de Simplificación de Trámites va mas allá del sujeto destinatario de la norma sino que depende que si de la misma el administrado puede originar un derecho de petición.
- Que el compendio de formularios remitido por la Oficina de Análisis Administrativo no encuadran dentro de los supuestos donde la publicación en la Gaceta es un imperativo legal – de conformidad con la Ley de Simplificación de Trámites- con excepción del formulario de la Oficina de la Contraloría de Servicios, en consecuencia a lo sumo lo que podrá el CONAVI es realizar una publicación donde se enumeren los diferentes formularios aprobados y las diferentes formas que tiene el administrado para acceder a ellos.
- Que el único formulario que se debe publicar íntegramente es el de la oficina de Contraloría de Servicios sobre la solicitud de trámite y seguimiento sobre consultas de servicios institucionales.

En espera de haber cumplido a cabalidad con lo solicitado por esa Dirección se despiden,

Atentamente;

Gerencia de Gestión de Asuntos Jurídicos - CONAVI


Lic. Carlos Alberto Vega Segura
Abogado Encargado


Vº Bº Licda. Gabriela Trejos Amador
Gerente a.i.



C: MBA. Jorge Vásquez Rodríguez – Análisis Administrativo - CONAVI
Expediente legal N° 0197-10
Copiador