

HACIENDA PÚBLICA Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Máster Ronald Hidalgo Cuadra^(*)

Abogado costarricense

(*) Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Costa Rica. El autor formó parte de la Comisión Preparadora de la Reforma a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como representante de la Contraloría General de la República. El artículo refleja sus opiniones personales. Correo electrónico: rjhidalgoc@racsa.co.cr.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La protección de los bienes de la administración pública frente a las condenas de pago.
 1. Fundamentos para la inembargabilidad de los bienes del Estado.
 2. Inembargabilidad de bienes del Estado en el derecho costarricense.
 3. Necesidad de una revisión de este privilegio.
 4. Bienes embargables.
 - a. Patrimonio no afectó a un uso o servicio público.
 - b. Bienes de las empresas públicas
 - c. Dinero
 5. Bienes excluidos.
- III. La legalidad financiera y presupuestaria.
 1. La legalidad financiera.
 2. El carácter normativo del presupuesto público y la validez de la función administrativa
 3. Presupuesto y bloque de legalidad.
 4. Legalidad presupuestaria y facultades del juez.
 - a. La paralización de los trámites presupuestarios.
 - b. La incidencia de los principios presupuestarios en la ejecución de sentencias.
 - c. Ajustes a la ejecución del fallo.
 5. En particular sobre las sentencias de condena y la sustitución judicial de la Administración Pública.
- IV. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Los fines del control jurisdiccional de la Administración Pública son la tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados y la corrección jurídica de la función administrativa, pero esta tutela ha de ser eficaz. El valor de una sentencia que constata una infracción al ordenamiento jurídico por parte de la Administración Pública y que procede a ordenar que se restituya la situación jurídica de quien hubiere sido afectado se encuentra en función directa con el grado de efectividad de su cumplimiento. La fase de ejecución del fallo es un momento tan crítico que, verdaderamente, aquilata la eficiencia de un sistema jurídico; no sin razón afirma GONZÁLEZ PÉREZ que la ejecución procesal constituye el punto culminante de la realización del Derecho⁽¹⁾

Nadie sale ganando en las historias sin fin para la cancelación de una indemnización pecuniaria. La tardanza eleva innecesariamente los réditos que deberá reconocer la Administración Pública y para el administrado significa soportar una carga muy particular que son los “impuestos pagados en tiempo”,⁽²⁾ cuyo impacto negativo es severo, tanto desde el punto de vista de sus intereses patrimoniales, como por la erosión que sufre la confianza que depositó en los tribunales.

La normativa que rige la administración financiera del Estado, los procedimientos presupuestarios por los que se moviliza su patrimonio y el régimen de disposición de sus bienes, es promulgada con el propósito de ordenar y asegurar la correcta administración de la Hacienda Pública en orden a principios de legalidad, eficiencia, economía y eficacia. Las reglas del proceso contencioso administrativo tienen otro norte: la protección de un círculo vital de intereses cuando la Administración, con infracción de la legalidad, lesiona esos intereses.⁽³⁾

(1) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, tomo II, pág. 773.

(2) NIETO GARCÍA, Alejandro. *La “nueva” organización del desgobierno*. Barcelona, Editorial Ariel S.A. Segunda reimpresión, 1998, pág. 108.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La justicia administrativa en el cambio de siglo*. En: *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pág. 25.

Como se verá, algunas normas y principios de la legalidad financiera, deben ser matizados pues de lo contrario, no resistirían un examen de constitucionalidad con la tutela judicial del administrado desde la perspectiva de que ésta constituye un verdadero derecho fundamental, punto de anclaje para una revisión, desde su base, de la jurisdicción contencioso-administrativa.⁽⁴⁾

La presente exposición pretende ocuparse de la forma en cómo el ordenamiento relativo a la Hacienda Pública incide sobre la efectiva ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales de lo contencioso-administrativo.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LAS CONDENAS DE PAGO

1. Fundamento para la inembargabilidad de los bienes del Estado

Por medio del embargo son llevados al proceso judicial los bienes que, tras su realización o venta forzosa, habrán de permitir la satisfacción de una pretensión ejecutiva. Proceder al embargo de un bien no es más

(4) Si bien el ordenamiento jurídico costarricense no dedica una norma específica sobre la garantía a una tutela judicial efectiva como derecho fundamental, no hay razón para cuestionar su raigambre constitucional. El artículo 49 de la Constitución Política incorpora a la jurisdicción contencioso-administrativa no bajo una óptica meramente orgánica en el Poder Judicial. La cuidadosa inserción del artículo 49 en el Título IV, "Derechos y garantías individuales", tiene un propósito mucho más profundo, pues la aspiración del Constituyente de 1949 fue la de colocar los mecanismos judiciales de control de la función administrativa a la par de los derechos fundamentales del ciudadano. Con la reforma al artículo 49, mediante la Ley No. 3124 de 25 de junio de 1963, la arquitectura constitucional del control de legalidad por parte del juez contencioso administrativo, observó un giro fundamental. Gracias a su redacción actual, el control judicial sobre la función administrativa puede ser pleno, no tiene por qué limitar las pretensiones que puedan atenderse (declarativas, de condena, de dar o hacer). El control de legalidad de la función administrativa (acto, vía de hecho, material o formal, omisiva o activa, etc.) lo demanda el Constituyente en el más amplio sentido (legalidad formal y ejercicio de discrecionalidad).

La jurisprudencia costarricense ha sido receptiva a esta perspectiva. En su resolución N^o 205-99 de las 10:30 horas del 16 de junio de 1999, el

que afectarlo a un proceso, con la finalidad de procurar al juez los medios necesarios para llevar a buen término un juicio ejecutivo.⁽⁵⁾

El objeto sobre el cual se puede hacer recaer ha sido un tópico tratado con la mayor importancia, por la doctrina del Derecho privado. El principio establecido ha sido que todos los bienes del deudor –y sólo los bienes del deudor– son susceptibles de ser embargados, sean éstos cosas u objetos corporales, o bien ideales como los derechos. Precisamente, el principio de embargabilidad universal de los bienes de un deudor tiene importantes excepciones fijadas por el propio ordenamiento jurídico, en tanto el embargo represente para el deudor un perjuicio importante para sus derechos fundamentales, frente al interés del acreedor (por ejemplo: artículo 984 del Código Civil).

El patrimonio del Estado ha gozado de un privilegio de inembargabilidad. Esta protección de los bienes estatales suele estar apoyada en argumentos de diversa índole: la presunción de solvencia del Fisco –que aseguraría el éxito de todo reclamo patrimonial–, el respeto al principio de separación de los Poderes, y el interés público,⁽⁶⁾ y la falta de competencia del juez para desafectar bienes.⁽⁷⁾ El privilegio de inembargabilidad responde también a la necesidad de poner limitaciones a las ejecuciones judiciales contra el patrimonio de la Administración Pública, por el desorden que hubiere originado la indisciplina presupuestaria al contraerse obligaciones no previstas en

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, ha señalado: *“En nuestro medio, de la combinación adecuada de los artículos 11, 33, 39, 41, 49 y 153 de la Constitución Política, se extrae con facilidad su existencia y contenido, los que han sido corroborados por la consolidada jurisprudencia de la Sala Constitucional. Es éste, un derecho de contenido complejo, que se manifiesta, entre otras muchas formas, en la posibilidad de acceder a los Tribunales de Justicia; de obtener una decisión bien fundada de Juez predeterminado por la Ley, y de ejecutar en el tiempo razonable y de forma adecuada, la resolución que el Tribunal dicte”.*

(5) GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Editorial Civitas S.A., cuarta edición, 1998, tomo I, pág. 387.

(6) GUASP, Jaime. *Op. cit.*, pág. 393.

(7) MARIENHOFF, Miguel. *Tratado del Dominio Público*. Buenos Aires, Editorial Tipográfica Argentina S.A., 1960, pág. 231.

los correspondientes presupuestos; la inembargabilidad sería el remedio para prevenir un mal mayor, como sería la eventual disipación de los patrimonios de las entidades públicas.⁽⁸⁾

La prohibición para decretar embargo sobre los bienes del Estado puede enfocarse como un privilegio surgido en una época permeada del particular liberalismo patrio de fines del siglo XIX, en que la función administrativa, reducida a cometidos básicos, justificó que sus bienes tuvieran una protección especial y reforzada. Actualmente, el privilegio me mantendría fundado en por razones distintas, como sería los efectos en las finanzas públicas.

2. Inembargabilidad de bienes del Estado en el derecho costarricense

El marco jurídico aplicable en Costa Rica, a fines del siglo XIX, confería fundamento para decretar embargo en bienes del Estado. El párrafo segundo del artículo 261 del Código Civil que nos rige desde 1888, se refiere a las “cosas privadas” como aquellas que no están destinadas de un modo permanente a un servicio de utilidad general o al provecho público, y expresa que estos bienes, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, “... *como personas civiles, no se diferencian de los de cualquier otra persona*”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 730 del Código Fiscal de 1885, los bienes muebles del Estado que a juicio del Poder Ejecutivo “...*no sean necesarios para el servicio público*”, podrían ser enajenados presentando, entonces, la condición básica de la embargabilidad que es la posibilidad de disponer del bien.

Las dudas se clarifican bajo la Presidencia de don Ricardo Jiménez Oreamuno, al promulgarse la Ley No. 70 del 9 de febrero de 1925, cuyo artículo único dispone: “*Artículo único.- Salvo las excepciones previstas en los contratos y convenios celebrados o que celebre el Gobierno, los bienes del Estado no son susceptibles de embargo*”. En pocos renglones se resolvió el punto. A partir de este momento, queda descartado cualquier problema interpretativo sobre la verdadera situación de estos bienes frente a sus acreedores; a pesar de su naturaleza de dominio privado y

(8) SÁNCHEZ SERRANO, Luis. *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997, tomo I, pág. 473.

enajenabilidad, la norma transcrita estableció que los bienes del Estado no podrían ser susceptibles de embargo en razón de la sola titularidad estatal.⁽⁹⁾ En lo atinente a las municipalidades, el artículo 63 del Código Municipal señala que los bienes, derechos, licencias o patentes municipales no podrán ser objeto de embargo ni de remate judicial.

-
- (9) De acuerdo con las facultades que le confirió la Constitución Política de 1917, el Presidente golpista Federico Tinoco sancionó el 26 de setiembre de 1918, la Ley No. 12 aprobada por el Senado de la República, que estableció la inembargabilidad de los bienes propiedad del Estado, bajo las siguientes consideraciones: *“Que es conveniente y de urgencia preceptuar lo necesario para poner fuera de toda duda que los bienes dedicados al mantenimiento del Estado están por su naturaleza exceptuados del embargo, y que su derecho a percibirlos no puede someterse al régimen común de compensación de créditos”*. Su artículo 1º se emitió en los siguientes términos:

“Artículo 1º.—Salvo las excepciones previstas en los contratos o convenios celebrados o que celebre el Gobierno, los bienes destinados directamente a los servicios públicos del Estado, de los gobiernos locales y de las Juntas de Educación, no son susceptibles de embargo por sus particulares acreedores”.

Esta ha sido una norma con una vigencia atormentada. Depuesto Tinoco, don Francisco Aguilar Barquero, como Presidente Provisional de la República, declara nula y sin ningún valor ni efecto la Constitución Política de 1917, así como la *“nulidad radical”* de todas las leyes, decretos, acuerdos, órdenes, resoluciones, etc. basados en dicha Constitución y comprendidos entre el 27 de enero de 1917 y el 3 de setiembre de 1919; todo ello mediante Decreto No. 4 del 29 de octubre de 1919. No obstante, se tienen por firmes y valederas las disposiciones que *“favorezcan al Fisco”*. Posteriormente, se emite una Ley de Nulidades, No. 41 de 21 de agosto de 1920, que también declara absolutamente nulos y sin ningún valor desde su origen tanto la Constitución Política de 1917, como los códigos y leyes comprendidos entre el 27 de enero de 1917 hasta el 2 de setiembre de 1919, exceptuando, entre otras, las disposiciones que *“favorezcan al Fisco”*, pero sólo en cuanto le aprovechen” (artículo 2, inciso h). Para 1963, la vigencia de la Ley No. 12 de 1918 se entendía incólume, pues sus efectos fueron “suspendidos” por Ley No. 3257 del 12 de diciembre de 1963, para permitir la compensación de obligaciones, únicamente. Igual sentido tuvo la Ley No. 3356 del 7 de agosto de 1964.

Antes de la promulgación de la Ley No. 70 del 9 de febrero de 1925, el Congreso Constitucional había aprobado el 29 de octubre de 1924, la Ley

Esta sucesión de normas ha llevado a que la inembargabilidad de bienes del Estado sea confundida con un principio general del Derecho público. La inembargabilidad absoluta de los bienes del Estado nunca ha sido un principio general en el Derecho público costarricense. Tanto así, que es necesaria una respuesta del ordenamiento jurídico positivo

No. 15, que fue devuelta sin la sanción del Poder Ejecutivo. Se pretendía con esta ley establecer la inembargabilidad de los bienes del Estado, pero excepcionando el caso en el que no se hubiere satisfecho el pago a que condenaran sentencias ejecutorias en los seis meses posteriores a la fecha en que quedaran firmes y se hubiere presentado el reclamo respectivo a la Secretaría de Hacienda. Asimismo, la inembargabilidad no se extendía a los bienes del Banco Internacional de Costa Rica ni a los del Banco Nacional de Seguros “...por las responsabilidades que pudieran corresponderles en el giro de sus propios negocios”.

El punto ha sido objeto de una línea legislativa reiterada. Tal y como lo destaca la Procuraduría General de la República (OJ-110-98 del 22 de diciembre de 1998), son numerosas las normas que han confirmado la inembargabilidad:

“En relación directa con normas que plantean la inembargabilidad de bienes de órganos del Estado, o instituciones descentralizadas tenemos la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda N° 7052 del 13 de noviembre de 1986, en su artículo 86 cuando señala las prerrogativas del sistema y señala: “...ch) Inembargabilidad de sus bienes, depósitos, fondos y rentas, salvo que contractualmente renuncie a este beneficio para obtener facilidades crediticias determinadas”. La Ley Orgánica de JAPDEVA, Ley N° 5337 del 27 de agosto de 1973, señala en su artículo 43: “Los bienes inmuebles de JAPDEVA y de los ferrocarriles del Atlántico, serán inembargables”. La Ley Orgánica del Instituto Costarricense de Ferrocarriles N° 7001 del 19 de setiembre de 1985, señala en su artículo 38: “El patrimonio y los demás bienes del Instituto serán inembargables”. La Ley Constitutiva del la Caja Costarricense del Seguro Social, Ley N° 17 del 22 de octubre de 1943, dispone en su artículo 48 lo siguiente: “...d) Inembargabilidad de sus bienes, fondos y rentas”. La Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, Ley N° 7801 del 30 de abril de 1998, señala en su artículo 24: “...d) Inembargabilidad de sus bienes, depósitos, rentas y fondos”. La Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley N° 7648 del 9 de diciembre de 1996, en su artículo 35 señala: “...d) Inembargabilidad de sus bienes, depósitos, rentas y fondos”. La Ley del Instituto de Desarrollo Agrario, Ley N° 6735 del 29 de marzo de 1982, en su artículo 7 dice: “...c) Inembargabilidad de sus bienes, depósitos, fondos y rentas;...”. La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593 del 9 de agosto de 1996, dice en su artículo 61: “El

para asegurar los bienes del Estado, desde la Ley N° 70 del 9 de febrero de 1925, como de las normas que han reiterado este privilegio a lo largo de los años.

La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme sobre la situación del patrimonio del Estado frente a los reclamos que pueden generar un embargo. Como tesis general, las decisiones se han inclinado por reconocer la inembargabilidad.⁽¹⁰⁾ No obstante, en la sede contencioso-administrativa existe un genuino cuestionamiento del privilegio. Me

patrimonio general de la Autoridad Reguladora será inembargable y, en ninguna forma, podrá ser traspasado al Gobierno Central o sus instituciones ni usado por ellos". Y por último el Código Municipal, Ley N° 7794 del 30 de abril de 1998, dispone en su artículo 63: "Salvo los casos contemplados en este código, los bienes, derechos, licencias o patentes municipales no podrán ser objeto de embargo ni de remate judicial".

- (10) "El Estado es inmune a la medida cautelar de embargo sobre bienes de su propiedad, por lo que el decreto de embargo sobre esos bienes ningún resultado produciría al estar el Juez Ejecutor obligado a abstenerse de hacerlo, y en caso de que lo hiciera, deberá de levantarlo de oficio, la autoridad que lo decretó; esto conforme a las normas de procedencia que establecen la inembargabilidad de los bienes estatales, la doctrina de los privilegios de la Administración Pública y la presunción de solvencia de giro privatístico (...)" Así: Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 5203 de las 9:10 horas del 11 de noviembre de 1981.

En otro caso se acude a negar la posibilidad de embargo, invocándose el principio general de inembargabilidad de los bienes del Estado: "En el caso que nos ocupa, un vehículo del Estado causó daños y por disposición del artículo 41 de la Ley de Tránsito, estos vehículos están sujetos a esta normativa que establece como regla general, que los vehículos causantes de la colisión responden por los daños causados. Sin embargo, ante el principio de la inembargabilidad de los bienes del Estado, la captura ordenada no es procedente". Así: Tribunal Superior Primero Civil, No. 1955 del 10 de noviembre de 1989.

En un tiempo fue perseguido por los acreedores el derecho otorgado a los particulares para el uso de una línea telefónica, hasta que la Sala Constitucional resolvió esta confusa situación, al establecer que se trataba de un derecho que no pertenecía al deudor sino al Estado y, por ende, era inembargable. En su resolución No. 312-E, de las 14:00 horas del 24 de abril de 1996, el Tribunal Superior Primero Civil confirmó un auto por el cual se denegaba la posibilidad de sacar a remate un derecho telefónico haciendo cita de las siguientes sentencias de la Sala

refiero a un fallo en el cual hay un notable esfuerzo interpretativo para llevar adelante la posibilidad del embargo en bienes de la Administración Pública.⁽¹¹⁾

3. Necesidad de una revisión de este privilegio

En el caso del patrimonio de la Administración Pública, las normas para su protección deben ser valoradas frente a la eficacia de las sentencias dictadas a favor del ciudadano, de tal forma que los privilegios

Constitucional: “III. Con base en ese mismo artículo 14 de la Ley General de la Administración Pública, debe advertirse a la autoridad recurrida que en materia de servicios públicos, como lo es el telefónico, las limitaciones al usuario pueden consistir en la suspensión temporal del servicio (generalmente por falta de pago y hasta que se cancele el monto adeudado), pero no en su negación o supresión definitiva. De donde se desprende, que el retiro definitivo del servicio telefónico a la recurrente es ilegítimo y contrario a las normas básicas que rigen los servicios públicos, establecidas en la Ley General de la Administración Pública y los artículos 50 y 121, inciso 14, aparte c), de la Constitución Política” (Sala Constitucional, Voto 5775-93). “De lo externado en los votos supracitados se tiene que en materia de Telecomunicaciones no procede la pérdida del servicio telefónico dado que se trata de un servicio público, propiedad del Estado y como tal no es sujeto de derecho de propiedad, por lo tanto el servicio telefónico no es traspasable, no es embargable ni será sujeto de ninguna acción que se deriva directamente del derecho que concede la propiedad” (Sala Constitucional, Voto No. 3067-95).

- (11) “En el presente recurso, el apelante se alza contra la negativa del Juzgado de instancia a decretar embargo sobre un vehículo propiedad de la Caja Costarricense de Seguro Social, por considerar que a esa Institución le son aplicables las normas de la Ley No. 70 de 6 de febrero de 1925, que prohíbe el embargo en los bienes del Estado. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 261 del Código Civil, son cosas públicas las que, por ley están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Las cosas públicas están fuera del comercio; y no pueden entrar en él mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas (Artículo 262 ibídem). En este caso se trata del vehículo de una Institución que en sentido lato forma parte de la Administración Pública y ese bien es necesario como medio instrumental para cumplir los fines de la institución que son la seguridad social y la salud; pero no todos los bienes muebles

no se conviertan en excesivos, frustrando con ello otro valor del Estado Social y Democrático de Derecho, como es la satisfacción de las pretensiones de los ciudadanos por medio de tribunales, de manera pronta y cumplida, según proclama el artículo 41 de la Constitución Política.

La inembargabilidad de los bienes no tiene origen constitucional. Es el Derecho Administrativo, como ordenamiento exorbitante de la Administración Pública, el que ha introducido este beneficio. La legalidad financiera tampoco lo fundamenta. La ausencia de cobertura presupuestaria de las obligaciones del Estado es sancionada con la nulidad absoluta, pero ello no enerva los derechos del particular a una reparación por los daños que no esté obligado a soportar, ni la sanción de nulidad logra prevenir siempre que se incurra en el vicio de adquirir compromisos sin contenido económico en el presupuesto. En todo caso, los mecanismos de gestión de los fondos públicos poseen hoy controles mucho más refinados que detectarían la ausencia de previsión presupuestaria con mayor probabilidad que en los años en que la inembargabilidad fue la medida para prevenir la indisciplina presupuestaria de contraer obligaciones sin presupuesto.

La inembargabilidad absoluta del patrimonio estatal es un beneficio que coloca en desigualdad al particular. Frente a la Administración Pública, su patrimonio puede ser objeto de mandamientos judiciales de embargo y posterior remate, pero no a la inversa, lo cual afecta negativamente la posibilidad de hacer efectiva una tutela judicial, así como el derecho fundamental de obtener la reparación integral de todos los daños que hubiere sufrido por actuaciones de la Administración. Como apunta GARCÍA DE ENTERRÍA, no es posible que en una economía que busca insertarse en el comercio internacional, uno de sus

pertencientes al Estado gozan de la condición excepcional de ser considerados como “bienes públicos”, sino que ese tratamiento se guarda para aquellos no reemplazables o bien únicos, o los que constituyen el fundamento o esencia del servicio público (carácter permanente); por otra parte y fundamentalmente para el caso en estudio, el artículo 41 de la Ley de Tránsito expresamente desafecta los vehículos del Estado como de sus instituciones, para que respondan por las obligaciones que ese cuerpo legal dispone. Así las cosas, en lo que ha sido objeto del recurso, debe revocarse la resolución recurrida y en su lugar disponer que se decrete embargo sobre el vehículo (...). Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, No. 1669 de las 8:45 horas del 23 de noviembre de 1989.

más importantes agentes económicos posea la desproporcionada alternativa de convertir en facultativas sus obligaciones pecuniarias, sin que existan mecanismos para compeler a un pago oportuno.⁽¹²⁾

Por otro lado, si la Administración Pública ha emprendido una “huida” hacia el Derecho privado, con la finalidad de alivianar las cargas que el Derecho público le impone y mejorar su eficiencia en ciertos sectores de actividad, ello no le ha impedido llevar consigo algunas de sus prerrogativas más preciadas, como es la inembargabilidad de sus bienes.

Una razón adicional se puede aprovechar a favor de la tesis de la revisión de este privilegio. Si la Administración Pública puede gravar e incluso, enajenar sus bienes en tanto no se encuentren afectados a un fin público,⁽¹³⁾ ninguna razón se encuentra para que no respondan ante las sentencias que condenen al pago de una suma de dinero. La facultad de la Administración Pública para disponer del bien y convertirlo en dinero efectivo, no es congruente con la de su inembargabilidad.

La posibilidad de embargar bienes de la Administración Pública no es una posición novedosa ni tampoco una concepción revolucionaria. Ya la doctrina ha puesto en evidencia el punto,⁽¹⁴⁾ censurando la permanencia del *privilegium fisci* ante lo que se denomina “*empréstitos forzosos*” a favor de la Administración por la tenacidad para no pagar sus deudas.

4. Bienes embargables

En el ámbito del Derecho Público la cuestión acerca del género de bienes estatales sobre los que puede hacerse recaer un embargo, no es sencilla. Se imponen, al menos, reglas jurídicas que establezcan un

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid, Editorial Civitas S.A., segunda edición ampliada, 1992, pág. 120.

(13) *Ley de Contratación Administrativa*, No. 7494 de 24 de abril de 1995, artículos 41, 68 y 69.

(14) CANO MATA, Antonio. *Ejecución judicial de sentencias contencioso-administrativas. El embargo a la Administración como manifestación efectiva del principio de tutela judicial efectiva*, en: *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero-abril,

marco dentro del cual pueda ejecutarse el apremio sobre bienes de la Administración, permitiendo a la autoridad judicial un margen de apreciación, sin que sea prudente una previsión legislativa tasada de bienes o un sistema de “lista cerrada”.

Para despejar la cuestión crucial acerca del ámbito patrimonial de la Administración Pública susceptible de ser objeto de embargo, el parámetro que ha de prevalecer no atiende a tomar como único punto de partida un aspecto basado en la naturaleza del sujeto titular de los bienes –el Estado– sino a un criterio objetivo, relacionado con la funcionalidad del bien, sea que su uso es indispensable para el servicio público o que su inmovilización y potencial salida del dominio de la

Año 1984, No. 103, pág. 28. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1993, pág. 309. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva...*, pág. 127. BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)*, en: Revista de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril, 1999, número 148, págs. 195 y siguientes. ESCRIBANO, Francisco. *Los presupuestos generales del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Derecho Financiero Constitucional, Estudios en Memoria del Profesor Jaime García Añoveros, Civitas Ediciones S.L., 2001, pág. 346.

Aparte de los clamores doctrinales en procura de una revisión del privilegio, la jurisprudencia ya había empezado a decretar un giro importante. En la Sentencia 166/1998 del Tribunal Constitucional, no se modificó la línea en cuanto a la legitimidad constitucional del privilegio de inembargabilidad referido a dinero, valores o créditos y bienes patrimoniales orientados a un fin público; sin embargo, esa prerrogativa es desautorizada en la medida en que se extienda a bienes que sean patrimonio de las Administraciones, pero ajenos a cualquier finalidad pública, declarando inconstitucional el párrafo “y bienes en general” del artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales. Este precepto actualmente ha sido modificado por la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con el siguiente tenor: “*Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda Local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades Locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público*”. Así: BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *Op. cit.*, pág. 207.

respectiva Administración, pueden causar grave perjuicio para la función administrativa.⁽¹⁵⁾

a. Patrimonio no afecto a un uso o servicio público

Son los llamados bienes de dominio privado la primera categoría jurídica que sería llamada a responder para el pago de las obligaciones pecuniarias de la Administración Pública, en contraposición a los de dominio público entendidos como bienes destinados al uso común y general, que son, por naturaleza, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Por no es de un trazo sencillo la línea que separa el dominio público de los bienes de dominio privado que también se encuentren vinculados funcionalmente a un servicio público.

El régimen jurídico del dominio público viene definido por un conjunto de reglas tendentes a conceder a los bienes demaniales una especial protección frente a los riesgos del tráfico privado. Ante todo, el bien de dominio público es *res extra commercium* con independencia del procedimiento de ingreso al dominio estatal (compra, expropiación, donación) o de la existencia de una afectación legal expresa.⁽¹⁶⁾ Por ello, el núcleo central del dominio público no se encuentra en que sea fuente de riqueza, ni en la forma de apropiación del bien, sino en su afectación a un uso común.⁽¹⁷⁾ Cuando el concepto de dominio público es

(15) ARIÑO RUIZ, Gaspar. *La afectación de bienes al servicio público*. Madrid, Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, 1973, págs. 80 y siguientes. Señala GONZÁLEZ GARCÍA: “*La demanialización de una categoría de bienes no deja de ser una opción de carácter funcional. El bien en sí, como realidad física, no es nada para el Derecho Administrativo; su valor deriva de las funciones que allí se desarrollan*”; así: *La titularidad de los bienes de dominio público*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, págs. 15-16.

(16) Aunque no exista norma expresa que así los califique, puede afirmarse que existen bienes muebles de dominio público cuando están destinados al uso público, como es el caso de los cuadros de los museos o los libros de las bibliotecas públicas. En ese sentido se pronuncian MAZEAUD, Henri y otros. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, volumen I, pág. 342.

(17) ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General*. San José, Editorial EUNED, 1999, pág. 355. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Op. cit.*, pág. 69.

relacionado con su pariente cercano, el servicio público, enfrenta un continuo replanteamiento, pues el servicio público es una categoría que parece desdibujarse día a día.⁽¹⁸⁾ Dado el nivel actual de la tecnología, la heterogeneidad de las cosas, valores, objetos, derechos, propiedad intelectual, y demás, que puede comprenderse bajo un patrimonio indisponible, en tanto afecto a un servicio público, pone en crisis las concepciones clásicas que lo perfilaron doctrinariamente. De ahí que bienes que en apariencia son de dominio privado, deberían encontrarse cubiertos, por la función instrumental que prestan, a la misma afectación de que gozan los bienes de dominio público. De esta forma, los equipos

-
- (18) El servicio público vive momentos agitados. El advenimiento de economías liberalizadas, la sustitución del servicio público por los denominados “mercados de interés general”, las tendencias privatizantes, la ideología de un Estado mínimo, son las aguas en que navega y que, lo han impactado severamente.

Un sector importante en la doctrina española proclama que su formulación original sirvió a sociedades menos favorecidas, rurales, sin educación, económicamente protegidas, sin servicios de salud o transportes, pero que su permanencia está en entredicho una vez modificado el escenario social, económico y político que lo vio nacer: *“El servicio público es merecedor de un gran elogio ya que fue instrumento de progreso, y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy –como dice José Luis Villar– hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan más que la ideología o la política y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales –también los políticos y culturales– sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló felizmente”*. Así: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada, Editorial Comares, 2001, pág. 558.

Esta opinión no es compartida y suscita una gran polémica. Sosa Wagner responde: *“¿Qué queda del viejo servicio público? Queda obviamente el cuidado y atención de determinadas necesidades colectivas ¿Qué se añade? Pues el hecho de su asunción no por la Administración ni por el tradicional concesionario sino por uno o varios agentes privados que actúan en un mercado básicamente liberalizado (oligopolizado en la mayoría de los casos) y también el hecho de que, en principio, los costes de ese servicio universal, que recae en uno de los prestadores, lo afronta bien éste como dominante o bien conjuntamente los operadores de ese*

informáticos que posee la Administración Pública para operar y controlar el suministro de energía eléctrica, deben reputarse bienes indisponibles e inembargables en paridad de condiciones respecto de las “*fuerzas que puedan obtenerse de las aguas*”, claramente declaradas como bien demanial en nuestro régimen constitucional según el artículo 121, inciso 14, pues sin esos equipos ni la tecnología que aplica, no hay posibilidad alguna de aprovecharse de esas fuerzas ni de hacer efectivo el servicio público. De igual forma, estos mismos bienes muebles podrían dejar de encontrarse afectados al dominio público por el desuso.⁽¹⁹⁾

Como puede apreciarse, el parámetro no se cimenta, únicamente, en la distinción de bienes de dominio público y bienes de dominio

*mercado. Queda también, porque no se ha evaporado, la intensa presencia de una Administración pública que adopta nuevas formas pero que reglamenta, controla, inspecciona, impone nuevas obligaciones, todo ello con el objeto de asegurar precisamente la universalidad y la accesibilidad a las prestaciones por parte de quienes las necesiten, razón ésta que motivó, como bien se sabe, el nacimiento de la técnica del servicio público. Como quiera que en la sociedad hay una buena parte de la población que, por razones económicas o geográficas, depende de servicios baratos y, además, éstos cada vez adquieren una complejidad mayor, la vieja Administración y sus viejas maneras, la vieja idea del absolutismo, el viejo servicio público se han debido transformar para hacer frente a nuevos compromisos pero, de paso, también para ofrecer un nuevo testimonio de que, cuando se observa el asunto con proximidad, “nada hay nuevo bajo el sol”, tal y como se puede leer en el *Eclesiastés*”. Así: SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid, Civitas Ediciones, S.L., quinta edición, 2002, pág. 76.*

No puede estimarse que el servicio público se encuentre herido de muerte. Como bien señala Muñoz Machado, los únicos servicios públicos “atacados” por las reglas del mercado son los de carácter económico, no los que requieren del empleo de la autoridad estatal, ni los de carácter social. Asimismo, los que abogan por su desaparición no indican a qué servicios públicos se refieren, dentro de la amplia variedad que se presenta actualmente (monopolizados, en competencia, sujetos al Derecho público o al privado, en manos de la Administración o gestionados por particulares, etc.). Cfr: MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., tomo I, pág. 26 y siguientes.

(19) Sobre el tema en materia de ferrocarriles: *Procuraduría General de la República*, dictamen C-016-97 de 27 de enero de 1997.

privado, que constituye la *summa divisio* del patrimonio de la Administración Pública. Existen bienes que no tienen esa condición o calificativo de dominio público, pero se encuentran afectos a la prestación instrumental, directa e inmediata, de un servicio público por lo que todos los objetos que, material y funcionalmente, sean necesarios para esa prestación, deben encontrarse sometidos a la misma reserva de inembargabilidad mientras dure esa afectación.⁽²⁰⁾ De ahí que deba prevalecer un criterio funcional del bien para reputarlo como indisponible y por ende, inembargable.

b. Bienes de las empresas públicas

El Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo en su artículo 165, inciso a), establece la regla de su embargabilidad. Si bien no es posible extender los alcances de la Ley No. 70 del 9 de febrero de 1925 a las empresas públicas, la posibilidad de tratar su patrimonio en total igualdad al de un sujeto de Derecho Privado, no me parece aceptable. Las empresas públicas tienen un rol estratégico en la vida económica de una Nación (telecomunicaciones, energía eléctrica, transportes, etc.) por lo que el interés público se encuentra comprometido en el giro que fijan sus estatutos o reglas de constitución. Esto nos lleva a oponernos a que las acciones propiedad del Estado en las empresas públicas sean susceptibles de embargo. Ha de optarse por declararlas inembargables expresamente, modificándose el inciso b) del artículo 165 del Proyecto, que cita como embargable la participación accionaria o económica de la Administración condenada en empresas públicas o privadas.

(20) La inserción del Derecho privado en la Administración Pública nos da un ejemplo. En el contrato de *leasing*, los bienes son utilizados por la entidad pública sin que sean de su propiedad, pero si estos bienes se encuentran asignados o son necesarios para la prestación de un servicio público, no debe admitirse el embargo que pretenda un tercero, acreedor del contratista de la Administración Pública, al quedar en entredicho la satisfacción del interés público. Ello haría inaceptable el uso del *leasing* para la adquisición de equipos y tecnología para telecomunicaciones y energía eléctrica, pues al ser asignados a un servicio público, deben quedar cubiertos por el régimen de protección de estos bienes. Pero la realidad es que la Administración Pública se procura de bienes por medio de este contrato, propio del ambiente mercantil privado como una alternativa para promover la colocación de sus mercancías en un ente público sujeto a restricciones presupuestarias para adquirir por compraventa, o por razones de conveniencia frente a veloces erosiones tecnológicas que hacen más aconsejable el uso de este contrato.

c. Dinero

Este es un tema crítico. El patrimonio financiero de la Administración Pública está constituido por los fondos públicos, valores, derechos y obligaciones de contenido económico. La liquidez de este patrimonio lo convierte en una apetecida pieza de caza para satisfacer una ejecución a favor del administrado, pero también, esa misma condición, lo hace sensible para el funcionamiento de la gestión administrativa que puede ponerse, muy rápidamente, en serios aprietos. No parece prudente que las cuentas bancarias de la Administración Pública sean prenda común de sus acreedores,⁽²¹⁾ pues con ello se trastorna el giro normal de toda una entidad pública. Otra posibilidad, menos traumática, es que el juez tenga capacidad para comprometer el presupuesto de la Administración Pública.⁽²²⁾ El compromiso tendría el efecto de hacer una separación de los fondos de manera que las partidas sean utilizadas por la Administración Pública una vez considerado el compromiso, judicialmente decretado, y respecto de las previsiones restantes no cubiertas por el mandato del Tribunal. Técnicamente no es un embargo, pero tiene efectos similares. Este es el sentido que tiene el artículo 162 del Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo cuando señala que: “...*la sentencia firme producirá, automáticamente, el compromiso presupuestario de los fondos pertinentes para el ejercicio fiscal en que se produzca la firmeza del fallo*”.

5. Bienes excluidos

El artículo 166 del Proyecto de Código Procesal Administrativo declara inembargables los bienes de titularidad pública destinados al

(21) En sentido contrario, o sea admitiendo la posibilidad de embargar cuentas corrientes: HINES CÉSPEDES, César. *Un proyecto de reforma al artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*, Revista IUSTITIA, Año 7, No. 75, 1993, pág. 13. Apoyando la posibilidad de embargo se pronunció el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en su resolución número 1552 de las 8:20 horas del 11 de setiembre de 1984: “*Los bienes embargados no constituyen bienes públicos y por ende son embargables, ya que se trata de dineros depositados en una cuenta corriente, los cuales ni se encuentran definidos expresamente por el precepto constitucional como tales, ni están sujetos a la prestación de ningún servicio*”.

(22) El vocablo “compromiso” tiene un significado presupuestario, distinto al que pueda dársele en el lenguaje jurídico.

uso y aprovechamiento común, aquellos vinculados directamente con la prestación de servicios públicos esenciales, los bienes de dominio público por los cuales un particular explota un servicio público, los fondos de la Hacienda Pública con una finalidad determinada expresamente por la ley, aquellos presupuestados para el servicio de la deuda pública –tanto principal como intereses–, los recursos para el pago de servicios personales (salarios), así como los necesarios para la atención de estados de necesidad y urgencia así como los destinados a dar efectividad al sufragio.

De igual forma, el patrimonio cultural, científico o histórico, debería ser protegido frente a las acciones de embargo. El arte tiene valor y muchas instituciones públicas poseen de obras de destacados autores; no todas ellas pueden considerarse un patrimonio indisponible para el Estado por lo que esa calificación debe ser producto de una valoración efectuada dentro de parámetros objetivos y técnicamente fundados, que en este momento no están contemplados en el Proyecto.

Es interesante referir que la doctrina excluye, también, los bienes que los particulares arriendan a la Administración Pública para que éste los utilice, afectándolos a la prestación de un servicio público (tribunales, correos, escuelas, hospitales), o aquéllos, propiedad del concesionario que éste incorpora al servicio público.⁽²³⁾ De igual manera se extiende a las propiedades privadas en las cuales, sin perjuicio del aprovechamiento de su dueño, existe un marcado interés público de diversa naturaleza (cultural, histórico, ecológico) que impone para ellos un régimen de protección similar al de los bienes demaniales.⁽²⁴⁾

III. LA LEGALIDAD FINANCIERA Y PRESUPUESTARIA

1. La legalidad financiera

Para la Administración Pública existe un estatuto jurídico dirigido a regular el uso y disposición de su patrimonio financiero, que se ocupa de lo relacionado con el ingreso, presupuestación, custodia, gasto, inversión y traslado de los fondos públicos. El propósito de esta

(23) MARIENHOFF, Miguel. *Op. cit.*, pág. 233.

(24) PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997, tomo III, pág. 12.

normativa es establecer un orden que garantice la correcta disposición de los recursos que la sociedad ha confiado al Estado destinados al cumplimiento de sus fines, previniendo desviaciones en perjuicio de éstos y asegurar un esquema de transparencia y probidad dentro del cual ha de actuar el funcionario público. Son temas propios de este marco de legalidad dentro del cual ha de llevarse a cabo la actividad financiera de la Administración Pública, la recaudación de impuestos y demás rentas, los registros contables, el proceso presupuestario (planificación, formulación, aprobación, ejecución, control y evaluación), tesorería y endeudamiento público.

La legalidad financiera comprende el sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento jurídico sobre la creación, perfeccionamiento y contenido de sus obligaciones pecuniarias así como la realización material del pago.⁽²⁵⁾ En los artículos 176 a 181 se fijan las normas de orden presupuestario que han de regir la ejecución de los gastos públicos, disponiéndose como mandato fundamental que el presupuesto “...constituye el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado”.

Es la legalidad presupuestaria –como especie de la legalidad financiera– la que posee importancia para la efectividad de las sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. El carácter normativo del presupuesto público y la validez de la función administrativa

En cuanto a egresos, el presupuesto cumple con la función de autorizar la realización de los gastos públicos. Esta habilitación tiene un componente fundamental, que va más allá de lo meramente financiero, ya que la Administración se encontrará autorizada para llevar a cabo la función administrativa que posea dotación presupuestaria (principio de legalidad presupuestaria contenido en el artículo 180 de la Constitución Política).

(25) La legalidad financiera no es más que una derivación del principio de legalidad de la Administración Pública, pero como se verá, la relación entre ambos debe ser analizada con detenimiento. Sobre el tema: BAYONA DE PEROGORDO, Juan José. *El derecho de los gastos públicos*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1991, págs. 177-186.

En cuanto a los ingresos, el efecto en el presupuesto público es el de un simple cálculo contable, completamente desprovisto de vinculación jurídica. Esa estimación de los ingresos, por ende, no es objeto de la aprobación legislativa. Su incorporación en la Ley de Presupuesto aspira a formar un juicio integral sobre el destino que se da a los ingresos y a la necesaria observancia del principio de equilibrio en los términos y alcances en que se postula actualmente.

La Ley de Presupuesto Nacional no tiene la vocación para normar la gestión financiera pública, para organizar las dependencias administrativas, ni regular el contenido o efectos de las relaciones jurídico-públicas del Estado con los particulares. La Ley de Presupuesto es una ley instrumental para hacer cumplir la ley material. El valor o contenido normativo de la Ley de Presupuesto Nacional se circunscribe a tres ámbitos:

- a. Constituye una limitación a la acción de la Administración Pública pues sólo se podrá llevar a cabo la que posea respaldo presupuestario, lo que se manifiesta en la observancia del principio de especialidad convirtiendo en la ejecución del gasto en una potestad reglada en tres órdenes: i) Cuantitativamente, en relación con el monto máximo de recursos que pueden comprometerse. ii) Cualitativamente, ya que la aplicación del gasto debe corresponder al objeto descrito en la partida⁽²⁶⁾ y iii) Temporalmente, en cuanto al lapso (un año) por el cual la Administración Pública puede acudir a los recursos de que dispone.

(26) Dispone la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, en el inciso f) de su artículo 5: *“f) Principio de especialidad cuantitativa y cualitativa. Las asignaciones presupuestarias del presupuesto de gastos, con los niveles de detalle aprobados, constituirán el límite máximo de autorizaciones para gastar. No podrán adquirirse compromisos para los cuales no existan saldos presupuestarios disponibles. Tampoco podrán destinarse saldos presupuestarios a una finalidad distinta a la prevista en el presupuesto, de conformidad con los preceptos legales y reglamentarios”.*

Si bien existe un principio de especificación o especialidad en el gasto que ha de observarse en la ejecución del presupuesto, es lo cierto que la dinámica del gasto público impone que ciertas partidas no presenten una descripción tan detallada que introduzca rigideces innecesarias para la Administración Pública. Lo que interesa es que la descripción presupuestaria sea lo suficientemente clara para facilitar una evaluación y control del gasto, sin detrimento del margen de apreciación que debe poseer la Administración Pública.

- b. Constituye requisito de validez del acto administrativo, en tanto no puede perfeccionarse una obligación por una entidad pública que no posea recursos disponibles y debidamente presupuestados, ni prestarse un servicio público que no cuente con recursos económicos para hacerle frente.⁽²⁷⁾

(27) Tradicionalmente se sanciona con nulidad absoluta el acto administrativo por el cual se generan obligaciones para la Administración Pública, cuando la cobertura presupuestaria es inexistente o insuficiente. En Costa Rica la infracción recae sobre el numeral 180 de la Constitución Política, en tanto señala que el presupuesto es el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los fondos (fuerza restrictiva del presupuesto). El artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa castiga con la nulidad absoluta una obligación sin contenido presupuestario, pero limitado a la esfera contractual. Asimismo, el artículo 110 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, impone responsabilidad administrativa sobre el funcionario que contraiga obligaciones sin contar con el contenido presupuestario suficiente, o dé a las partidas fines distintos a los previstos.

Ciertamente se deben ponderar los verdaderos alcances y peso de la fuerza anulatoria del vicio consistente en la ausencia de previsión presupuestaria. La obligación puede nacer válidamente sin cobertura suficiente y la subsanación o la ineficacia transitoria del acto, podrían ser aceptables según la naturaleza de asunto que se trate y el estado de ejecución material de una obligación, en tanto resulte una medida proporcionada a la celeridad de un proceso de compra, la adopción de un acto administrativo o por problemas de tesorería. La idea es evitar que se adquieran obligaciones cuyo cumplimiento no pueda asegurarse del todo, pero no que la cobertura presupuestaria sea una formalidad que no pueda atemperarse.

El punto no está exento de polémica. BOHOYO CASTAÑAR efectúa precisiones muy interesantes:

“Cuando se dicta un acto administrativo y éste es la causa del nacimiento de una obligación económica para la Hacienda pública, si no existe crédito presupuestario para hacer frente a esta obligación, debemos enjuiciar la eficacia o ineficacia del acto distinguiendo:

a) Obligaciones unilaterales.

Si el acto administrativo, nulo de pleno derecho por falta de crédito presupuestario, lleva consigo la adquisición de un compromiso de gasto y el consiguiente nacimiento de una obligación para la Hacienda

- c. Por último, las normas generales que contiene el Presupuesto Nacional son auténticas normas jurídicas, pero limitadas al periodo de su vigencia y en tanto sean útiles y necesarias para su ejecución, liquidación o evaluación, no así para modificar la legislación ordinaria.

El presupuesto público hace efectiva la función administrativa que impone el bloque de legalidad, al dotar a la Administración Pública, en función de un determinado ingreso, del plan de gastos a desarrollar durante el año correspondiente para satisfacer los fines que el ordenamiento jurídico sustantivo le fija.

Lo expuesto confirma que la Ley de Presupuesto Nacional es una ley instrumental de la gestión pública, sujeta a la legislación ordinaria,

pública y a favor de un tercero, sin que para éste implique contraprestación alguna, consideramos que este acto puede declararse nulo e impedir que surta efectos de ninguna clase. Por tanto, en cualquier momento puede suspenderse el procedimiento de pago de tal obligación. Incluso, si por alguna circunstancia anómala llegase a realizarse el pago, éste podría considerarse indebido con la posibilidad de reclamar al acreedor el reintegro de las cantidades cobradas.

b) Obligaciones bilaterales y recíprocas.

Si el acto administrativo nulo de pleno derecho ha dado lugar al nacimiento de obligaciones bilaterales recíprocas en las que el tercero acreedor de la Hacienda pública ha realizado o está en vías de realización de la contraprestación a que se comprometió consideramos que este acto administrativo nulo no puede considerársele sin efectos. Su efecto principal era generar la obligación recíproca, una vez nacida ésta, el tercero obligado realizando una actuación legítima ha iniciado el cumplimiento de la misma o ha cumplido en su totalidad por el acreedor de la Hacienda pública consideramos que el acto administrativo ha tenido los efectos para los que fue producido, por tanto su validez o nulidad es irrelevante para la relación jurídica creada pues ésta puede tener vida propia, con independencia de los efectos que la falta de crédito presupuesto puede tener para el cumplimiento de la misma, máxime cuando la Hacienda pública ha recibido la contraprestación correspondiente”.

Así: BOHOYO CASTAÑAR, Francisco. *El principio de legalidad financiera como presupuesto de validez del acto administrativo*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986, págs. 286-287.

que no puede derogar ni desaplicar para casos concretos. Al momento de estimar ingresos han de utilizarse las reglas tributarias preestablecidas (no pueden crearse impuestos por esta vía para mejorar las previsiones en las que se formuló) y, al momento de ordenar los gastos han de respetarse las obligaciones, contratos y demás compromisos que el ordenamiento jurídico sustantivo reconoce como válidos y eficaces. Esta relación entre la “*legalidad presupuestaria*” y la “*legalidad ordinaria*” debe ser tratada con más detalle como se expone seguidamente.

3. Presupuesto y bloque de legalidad

La tesis predominante ha establecido que la ley que aprueba el Presupuesto Nacional es una verdadera ley, en sentido formal y material.⁽²⁸⁾ A de esta afirmación es posible cuestionarse si el propio legislador, al discutir la Ley de Presupuesto Nacional, no se sienta obligado por las normas que promulgó como legislador ordinario, por lo que pueda, válidamente, modificarlas o desconocerlas.⁽²⁹⁾ La Sala Constitucional deslizó esa posibilidad cuando afirmó que la Ley de Presupuesto Nacional podría “...modificar el derecho objetivo precedente en

(28) Fue opinión disidente del exmagistrado de la Sala Constitucional, doctor RODOLFO PIZA ESCALANTE, el tema de la naturaleza de la ley que aprueba el Presupuesto Nacional: “...*la llamada Ley de Presupuesto es en Costa Rica ley solamente en el sentido formal, no en el material, o por decirlo mejor, no es tal ley sino un acto administrativo de autorización emanado del Poder Legislativo en una función administrativo-constitucional de tutela preventiva de la Administración Pública*” (Ver voto salvado en la resolución No. 121-89 de 23 de noviembre de 1989).

(29) Al efecto, sostiene Dromi: “La aprobación del presupuesto por el Legislativo constituye una actividad normal de su actividad legislativa, no un acto aprobatorio que pasa a integrar un acto administrativo. Ello implica que la ley de presupuesto puede crear o modificar el derecho objetivo, puesto que no existen más limitaciones a la acción del Legislativo que las establecidas en la Constitución. Nada impide que la ley de presupuesto establezca o modifique tributos existentes, pues no existe disposición constitucional de carácter limitativo, y en este sentido las limitaciones contenidas en las leyes ordinarias carecen de eficacia respecto del Legislativo, son autolimitaciones que el Congreso puede modificar en cualquier momento”. DROMI, Roberto. *Presupuesto y cuenta de inversión*. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Talleres de la Imprenta Fareso S.A., 1997, pág. 91.

cuanto éste pretende afectar el ingreso impositivo a un objeto determinado, por lo que el legislador es libre para distribuir los gastos, salvo que se trate de “fondos atados” que tengan origen constitucional”.⁽³⁰⁾

La posición por la que se sostiene que el ordenamiento jurídico precedente, contenido en la legislación ordinaria, pueda ser modificado por la Ley de Presupuesto, debe rechazarse. El legislador presupuestario no cuenta con la posibilidad para desconocer el contenido de las normas que ha promulgado como legislador ordinario por cuanto la Ley de Presupuesto Nacional posee una doble reserva: por materia y por procedimiento; de ahí que el legislador que debate y discute esa ley no posee, en ese momento, facultades para disponer en contra de los mandatos del bloque de legalidad sustantivo. Por ende, la necesaria conformidad del Presupuesto Nacional a la ley ordinaria es clara, no sólo desde una perspectiva jurídica, sino también desde la óptica de la división de funciones entre los Poderes del Estado.

La misma solución se presenta cuando el presupuesto público no tiene naturaleza de ley, sino de acto administrativo, como es el caso de los presupuestos de las instituciones autónomas y las municipalidades, pero por razones un tanto diferentes. En primer término por el carácter de acto administrativo de alcance general que posee el presupuesto de esos entes, pues constituye el antecedente, básico y fundamental, de indefinibles actos administrativos concretos posteriores, que deberán ajustarse al contenido y condiciones del respectivo presupuesto (monto, naturaleza del compromiso y vigencia temporal). En segundo lugar, de igual manera que el legislador presupuestario queda sometido al derecho sustantivo, el presupuesto que es acto administrativo debe respetar los términos de actos administrativos de fondo precedentes. No puede entenderse legitimada la Administración Pública, durante el proceso de trámite y aprobación presupuestario, para desaplicar o derogar los actos administrativos que reconozcan derechos patrimoniales, ni tácita ni expresamente, por medio del presupuesto, aún cuando éste posea igualmente la potencia y resistencia de un acto administrativo.

La relación que se produce entre el “principio de legalidad” entendido como la necesaria habilitación del ordenamiento para dictar un acto o prestar un servicio, y un “principio de legalidad presupuestaria”, es de fin respecto de sus medios, en razón de que el

(30) Sala Constitucional, resolución No. 5754-94 de las 14:54 horas del 4 de octubre de 1994.

presupuesto (sea ley o acto administrativo) no es más que un mecanismo o instrumento para hacer efectiva la función administrativa que el principio de legalidad establece.⁽³¹⁾ No se trata con ello, de plantear un quebranto en la escala jerárquica de las fuentes del Derecho Administrativo, ni que la Ley de Presupuesto Nacional sea una “ley menor”; en realidad el ordenamiento que rige la actividad financiera del Estado aspira a satisfacer el interés público y el bien común en forma indirecta, en tanto constituye el andamiaje económico de todos los programas y actividades que han de llevarse a cabo. El ordenamiento financiero-presupuestario no es parapeto para condicionar o afectar la legalidad sustantiva. Son contenidos de regulación que operan en ámbitos distintos y surgen en ejercicio de competencias muy diferentes.

Presupuestar y pagar son actuaciones con un contenido y una trascendencia muy distintas, tanto desde el punto de vista jurídico como para la contabilidad pública. Pagar puede ser toda salida de fondos, independientemente de una finalidad extintiva de obligaciones.

4. Legalidad presupuestaria y facultades del juez

El juez contencioso-administrativo no se encuentra limitado por las regulaciones de orden financiero-presupuestario, en la misma forma, grado y alcance en que lo está la función administrativa. La legalidad financiera está dirigida hacia la función administración, no hacia la jurisdiccional. Caso contrario, estaría en manos de la entidad pública demandada que pueda declararse con lugar una condena de pago en su contra, pues deberá el juez verificar la existencia de las previsiones

(31) Dice el profesor HERNÁNDEZ VALLE: *“Entre las leyes preexistentes y la Ley de Presupuesto subsiste una relación de instrumentalidad, en el sentido de que la actuación de aquéllas, en su aspecto financiero, requiere la intervención de ésta; por ello es justamente que la Ley de Presupuesto se encuentra en relación de subordinación frente a la legislación preexistente, en el sentido de que no puede modificarla y más bien debe asegurar su actuación”*. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Instituciones de Derecho Público Costarricense*. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1992, pág. 105. Un ejemplo ilustrativo de ese carácter instrumental, es que no puede invocarse el presupuesto público (sea ley o acto administrativo) como mecanismo de creación de derechos subjetivos (ver resolución de la Sala Constitucional No. 513-95 de las 11:42 horas del 27 de enero de 1995).

presupuestarias pertinentes y la omisión deliberada podría frustrar la validez de la sentencia, lo que no es admisible. Asimismo, no puede admitirse que regulaciones administrativas, como las directrices sobre límites de gasto, o sobre el número máximo de modificaciones presupuestarias a formular durante un año, sean oponibles al cumplimiento de un fallo judicial.

a. La paralización de los trámites presupuestarios

De conformidad con los numerales 77 y 78 de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), cuando la Administración Pública fuere condenada al pago de una suma líquida, deberá verificar el pago de inmediato.

El numeral 162 del Proyecto impone, con la misma redacción, ese pago inmediato, pero con la particularidad de que la sentencia firme tendrá como efecto el compromiso presupuestario de los fondos en la partida respectiva, que deberá identificar la autoridad judicial con ajuste al principio de especialidad, de tal forma que se garantice la separación de los recursos. No obstante, el numeral 168 del Proyecto permite que, si el cumplimiento de la sentencia significa la provisión de fondos para los cuales no es posible allegar recursos sin afectar el interés público o provocar trastornos graves a su situación patrimonial, la Administración obligada al pago pueda fraccionarlo, hasta un máximo de tres anualidades, mediante solicitud debidamente fundada al Juez Ejecutor.

Las reglas que contiene la LRJCA posibilitan un mecanismo por el cual se paraliza todo trámite de documentos presupuestarios ante la Contraloría General de la República, hasta tanto la entidad pública condenada al pago, no incorpore el contenido económico suficiente para dar cumplimiento a la sentencia. La medida conlleva para la entidad pública morosa severas consecuencias, por lo que los efectos prácticos de este mecanismo para forzar la presupuestación de las sumas a que ha sido condenada por sentencia firme, han sido favorables para el administrado.

En lo que toca a la Administración descentralizada y municipal, por así preverlo el artículo 78 de la LRJCA, es posible paralizar los trámites de aprobación de documentos presupuestarios una vez transcurridos tres meses de la comunicación que expida la autoridad judicial sin que se hubiere satisfecho la inclusión del pago en los

presupuestos de la entidad pública, necesario para el cumplimiento de la sentencia. Pero, uno de los reparos que formula al esquema de ejecución de sentencias actual, estriba en que el mecanismo de paralización de los procedimientos presupuestarios, tiene su efectividad restringida a las entidades que se encuentran sometidas al trámite de aprobación presupuestaria a cargo de la Contraloría General de la República.⁽³²⁾

Este reproche no es correcto. El artículo 78 LRJCA se refiere, puntualmente, tanto a los trámites que se cumplen en la Contraloría General de la República, como en la Oficina de Presupuesto (actualmente Dirección General de Presupuesto Nacional), que es el departamento especializado a que alude el 177 de la Constitución Política con competencia, para lo propio, con el Presupuesto de la Administración Central, por lo que el mecanismo de paralización no está restringido a la Administración descentralizada. Es claro que la paralización de las potestades constitucionales del Poder Legislativo en materia de aprobación del Presupuesto Nacional no es lo que puede afectar el citado artículo 78, sino, más bien, los trámites administrativos que ha de cumplir la Dirección General de Presupuesto Nacional en la confección y preparación del anteproyecto de Ley de Presupuesto.

Lo que ha sucedido es que no se ha colocado en su sitio la potestad de que goza el juez para ordenar a la Oficina de Presupuesto Nacional para que proceda a la paralización de todo trámite administrativo relativo a los anteproyectos de Ley de Presupuesto,⁽³³⁾ y el correlativo deber del Presidente y de su Ministro, para cumplir con los fallos de los tribunales (artículo 140, inciso 9 de la Constitución Política).

(32) ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Justicia Administrativa Costarricense (cuatro estudios)*. San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1990, pág. 194.

(33) En el *Boletín Judicial*, No. 188 del 1º de octubre de 2001, fue publicada la Circular No. 097-2001, en la cual el Consejo Superior del Poder Judicial comunica a los Despachos Judiciales que a la Contraloría General de la República deben remitirse los mandamientos de paralización a que se refieren los artículos 77 y 78 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en los casos relacionados con los entes que están sometidos a la aprobación presupuestaria de este Órgano contralor: “Consecuentemente, –expresa la Circular– no se deben remitir a la Contraloría General, los mandamientos de este tipo relacionados con los ministerios de gobierno, los cuales deben enviarse, apropiadamente a la Oficina de Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda, para su debido trámite”.

El defecto principal del mecanismo de paralización presupuestaria no es que se encuentre limitado a las entidades públicas descentralizadas o a las municipalidades, sino que la medida lo que obtiene es la sola presupuestación, no el pago, de las sumas adeudadas y, con ello, la entidad demandada logra el levantamiento de la orden de paralización de los trámites de aprobación presupuestaria, independientemente de que los fondos lleguen a manos del actor. La inserción del crédito en el presupuesto puede convertirse en un ejercicio de ingenuidad que no impide la mora de la Administración Pública.

El Proyecto conserva la medida de paralización del trámite presupuestario para la Administración Pública. El problema estriba en que la orden se giraría sólo a la Contraloría General de la República, con lo cual reviven, con mayor energía, las debilidades que se acusan a la actual normativa procesal. Lo correcto es que el mandamiento de paralización se dirija tanto al Órgano Contralor, como a la Dirección de Presupuesto Nacional para lo propio con el presupuesto del Gobierno Central.

La paralización presupuestaria puede ser graduada por el Juez Ejecutor, de tal forma que no afecte la totalidad de las actividades y partidas de la Administración. Como señala el mismo numeral 164 del Proyecto, la medida puede ser ajustada con el fin de no afectar la gestión sustantiva de la entidad, ni los intereses legítimos o los derechos subjetivos de terceros.

Otro aspecto que merece comentario es el momento en que debe levantarse la medida de paralización presupuestaria. En su última versión, el Proyecto señala que ello se producirá una vez que se incluya la partida presupuestaria. Una redacción anterior⁽³⁴⁾ propuso que la medida desaparecería cuando las sumas fueran puestas a la orden de la autoridad judicial con el fin de evitar que la incorporación presupuestaria de los recursos para honrar el fallo no fuera más que eso, una mera presupuestación. Con la sola aparición del rubro en el presupuesto de la Administración, ésta lograría el levantamiento de la paralización, sin que los términos del Proyecto aseguren el efectivo pago al interesado. Presupuestar y pagar son cosas muy diferentes y, para efectos del reclamante le pueden separar años-luz una de la otra.

(34) *Ibidem*, artículo 149.

b. La incidencia de los principios presupuestarios en la ejecución de sentencias

Frente a los derechos fundamentales del administrado para una tutela judicial efectiva, el régimen jurídico para el uso y disposición de los fondos públicos en sede administrativa, no puede representar un valladar por el cual el pago de una suma adeudada al administrado sólo deba ser efectuado por la Tesorería Nacional, pues esta exigencia, meramente formal o procedimental, no puede ser sobrepuesta a otros preceptos constitucionales. El interés que se hace valer en la ejecución no es distinto ni opuesto a los fines que persigue la propia Administración Pública. Usualmente el administrado es colocado como la contraparte natural del Estado y, por ende, poseedor de un interés incompatible con el interés general. En realidad el interés que ejecuta el juez no es ya un interés individual, sino que, desde el momento en que ese interés particular ha sido acogido por los mecanismos procesales que lo han declarado conforme a Derecho y merecedor de protección jurídica por el propio Estado, por medio del Poder Judicial, se convierte en un interés público que debe ser sostenido por todo el ordenamiento jurídico. Los principios presupuestarios y las normas sobre administración financiera, no han tenido como norte la tutela de los derechos o intereses legítimos de los administrados pues no forman parte de la estructura normativa que soporte los mecanismos de garantía; sencillamente, constituyen un ordenamiento especializado y técnico por el que se busca la obtención y aplicación de los recursos públicos conforme con los principios de legalidad, eficiencia, economía y eficacia, asegurar mecanismos de información contable fiables y, en suma, el orden y control en el uso y disposición de los fondos públicos. Sin que sea su culpa, son normas que se han pensado “a espaldas” del proceso judicial y del ciudadano que busca satisfacer sus pretensiones ante los Tribunales. Las reglas hacendarias sirven al Estado como recaudador, presupuestador, custodio, administrador, inversionista y ejecutor de fondos públicos, pero su ámbito de aplicación hace que no se tome en cuenta la forma en cómo pueden afectar otros órdenes normativos.

En lo que hace al principio de especialidad, esencial relevancia es el rubro presupuestario al cual se va a cargar un pago ordenado en sentencia. Realmente, si la partida para el pago de sentencias no está dotada de suficiente provisión para satisfacer la condena judicial, el egreso puede ser cargado al rubro presupuestario que posea el mismo objeto (pretensión) que fue debatido en el proceso judicial. Esto es, que si el actor ha buscado el pago de lo adeudado por alquiler, bien pueda

sufragarse de la partida respectiva para el pago de alquileres, respetando sumas ya comprometidas o contratos en ejecución, pero sin que sea necesario aferrarse a que el cargo debe ser soportado sólo por el rubro destinado al cumplimiento de sentencias judiciales.

La prohibición de compensar ingresos con egresos y viceversa, derivada del principio de universalidad, hace que no sea posible que el administrado logre extinguir una obligación a su cargo cuando posee una sentencia judicial firme que ubica a la Administración Pública su deudora por el mecanismo de compensación. La regla de la no-compensación de egresos con ingresos, atiende a fines distintos a los que se persigue con una tutela judicial efectiva, pues son razones de orden y control las que exigen su cumplimiento, pero de ninguna manera se puede entender que esos propósitos de orden fiscal sean incompatibles con la posibilidad de facilitar la ejecución de un fallo.⁽³⁵⁾

Considerando el contenido del principio de universalidad y el de caja única, la forma en cómo hacer efectivo el embargo de bienes de la Administración puede presentar problemas de orden presupuestario, ya que se trata de egresos que no se efectuarían de acuerdo con las reglas procedimentales para el pago, ni tampoco queda reflejado en el presupuesto. De igual forma, se deja de lado la competencia que posee la Tesorería Nacional que, por norma constitucional, es el centro de operaciones de las rentas nacionales y “...*el único que tiene facultad legal para pagar a nombre del Estado*” (artículo 185 de la Constitución Política). No existe quebranto alguno de esos principios presupuestarios. Primero, el pago que efectúa la Tesorería Nacional es el último acto del proceso inherente al presupuesto; pero el pago que recibe el acreedor como resultado del remate es parte de la función jurisdiccional, no forma parte del proceso administrativo de ejecución presupuestaria.⁽³⁶⁾ La legalidad financiera y, concretamente la presupuestaria, no se dirigen a

(35) El artículo 106.6 de la Ley No. 29/1998 del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, permite la compensación de ingresos con egresos, sin resquemores, en los siguientes términos: “*Cualquiera de las partes podrá solicitar que la cantidad a satisfacer se compense con créditos que la Administración ostente contra el recurrente*”.

(36) “Es claro entonces que la jurisprudencia ha establecido que el remate no es un contrato de compraventa, que el Juez no contrata ni es apoderado de ninguna de las partes. Es una venta forzosa, en que el Juez preside

normar la función jurisdiccional, sino la función administrativa. El “pago” de una sentencia, una vez efectuado el remate, es una función jurisdiccional pues corresponde al Poder Judicial resolver definitivamente sobre las causas sometidas a su conocimiento “...y ejecutar las resoluciones que pronuncie” (artículo 153 constitucional).

c. Ajustes a la ejecución del fallo

Claro está, no se trata de provocar dislocaciones graves en las finanzas del Estado. Cuando el cumplimiento de la sentencia signifique la provisión de fondos con lo cual pueda ponerse en entredicho el interés público, la prestación de servicios públicos esenciales o provocar trastorno o “*detrimento grave de la Hacienda Pública*”,⁽³⁷⁾ la Administración Pública obligada al pago podrá solicitar, motivadamente, que el Tribunal le autorice dilatar temporalmente el pago o bien, fraccionarlo. Incluso, razones de interés público pueden determinar la suspensión de la ejecución.

5. En particular sobre las sentencias de condena y la sustitución judicial de la Administración Pública

Con la revisión del modelo actual del control judicial, centrado en la figura del acto y limitado a su anulación, se impulsa en el Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo la plena justiciabilidad de la función administrativa, lo que incluye las actuaciones materiales, la inactividad y la omisión de actividades debidas. Procesalmente esto se traduce, entre otros instrumentos, en la configuración de pretensiones de condena o prestacionales en las que se pretende lograr un hacer, un omitir o un soportar.⁽³⁸⁾ De esta forma, la sentencia puede condenar a

la diligencia dándole el sello de legalidad que requiere, es un acto de jurisdicción en que el Poder Público, por medio de los Tribunales, sustrae un bien del dominio del deudor y lo hace vender para pagar al acreedor o acreedores (...)” Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 12 de las 10:00 horas del 17 de enero de 1990.

(37) GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Op. cit.*, tomo II, pág. 794.

(38) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Op. cit.*, pág. 323.

“...realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el Ordenamiento Jurídico” (artículo 122, inciso g) del Proyecto).⁽³⁹⁾

La posibilidad de que el Tribunal pueda ordenar un comportamiento o conducta es un aporte que supera el perfil, reaccional y casatorio, que ha prevalecido en la jurisdicción contencioso-administrativa costarricense. Pero una sentencia que acoja una pretensión de condena, puede representar una presión financiera tan grave que ponga en riesgo la legalidad financiera. Primero, “no hay nada tan terco como la realidad”⁽⁴⁰⁾ y, sin que tengamos la perspicacia del célebre detective inglés, es fácil advertir que la realidad económica de las instituciones públicas muestra estrecheces importantes que deben ser sopesadas. Crear *gasto* es muy diferente a crear *fuentes de gasto*, afectando ejercicios presupuestarios futuros indefinidamente, por cuanto para desarrollar una conducta impuesta por el fallo, prestar un servicio público, o mejorar el estándar de prestación por ser inferior al mínimo o básico que puede exigirse en un marco de igualdad y universalidad, la entidad pública habrá de dotarse de recursos en forma permanente, en especial si debe crear nuevos cargos con remuneración salarial. Una sentencia de condena, que no está referida ahora sólo al acto de pagar sino a una conducta administrativa, podría llevar a una reformulación del presupuesto y, en suma, a una alteración de las metas y objetivos que el plan fijaba. Aquí es preciso un equilibrio entre el interés del actor victorioso y el interés público que puede ser afectado.

La norma contenida en el artículo 180 constitucional, por la que el presupuesto constituye el límite de acción de los poderes públicos, es una norma dirigida a la función administrativa, no a la jurisdiccional.⁽⁴¹⁾ Es claro, entonces, que el juez no puede encontrarse limitado para acoger una demanda por las previsiones presupuestarias que hubiere

(39) Sobre el tema: JINESTA LOBO, Ernesto. *El ámbito y las pretensiones de la jurisdicción contencioso administrativa: la necesidad urgente de su reforma*, en: Revista IUSTITIA, año 12, números 141-142, setiembre-octubre, 1998, pág. 48.

(40) CONAN DOYLE, Arturo. *El perro de Baskerville*, Cap. X.

(41) “Pues bien, al igual que no cabe plantear la exigencia de cumplimiento por parte del Juez ejecutor de las normas administrativas de ejecución del presupuesto de gastos, tampoco parece que pueda serle exigido el cumplimiento de las previas exigencias administrativas de legalidad presupuestaria”. Así: BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, *op. cit.*, pág. 221.

efectuado la entidad pública. Pero si se ha buscado reorientar el control judicial con una tutela más amplia, estableciendo, entre otras, las pretensiones de condena para obligar a la Administración Pública a llevar a cabo una actividad material, las conductas que deban llevarse a cabo en cumplimiento de un fallo que acoja pretensiones de esa naturaleza, deben encontrarse sujetas al principio de legalidad presupuestaria, también de rango constitucional. Bajo esta perspectiva, no puede equipararse la condena de daños y perjuicios como mera obligación de pago (creación de un *gasto concreto*) ocasionados a un proveedor por el cese en la ejecución de un contrato administrativo, a que se ejerza una pretensión tendiente a la prestación o mejora de un servicio en condiciones de continuidad, eficiencia e igualdad (creación de una *fuentes de gasto*), cuando financieramente ese servicio es insostenible para el Estado, por más derecho prestacional que se tenga.

La dificultad no sólo un problema de carestía de recursos. La ejecución de sentencias de condena no deja de tener, también, reparos de orden constitucional que deben superarse. Si se interpreta que el artículo 122 de la Constitución Política lo que permite reconocer a cargo del Tesoro Público son “*obligaciones*” (creación de gasto), contrayendo el sentido de ese término a las de orden pecuniario tal y como las entiende el Derecho civil, la consecuencia es que la potestad del juez para afectar el presupuesto público está vedada para otros supuestos, como pueden ser los derivados de las sentencias de condena (en tanto sean fuentes de gasto). Lo que podría admitirse, para despejar este problema, es que el Juez, de previo a acoger una pretensión que conlleve creación de “*fuentes de gasto*”, deba acreditar la suficiencia de rentas que se establecerán para satisfacerla y su sostenibilidad.⁽⁴²⁾ Para

(42) En cuanto a la función jurisdiccional, un notable estudio del profesor RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE analiza la existencia de sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional que, de alguna manera, representen una innovación en el ordenamiento jurídico que genere gasto a la Administración Pública condenada, afectando el principio de equilibrio presupuestario, sin que puedan los tribunales, a diferencia del Poder Legislativo, señalar o crear las rentas para sufragar los gastos fiscales que originen sus sentencias: “*De esa forma se puede concluir que el respeto de la Sala Constitucional, en relación con el principio constitucional del equilibrio presupuestario, se traduce en la existencia de una limitación, en perjuicio suyo, que consiste en la prohibición para alterar el equilibrio de los gastos autorizados y los ingresos probables incluidos en la Ley de Presupuesto, mediante la emanación de las denominadas sentencias aditivas*”. Así: HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *La tipología de las sentencias*

ello podrá procurarse dictámenes sobre la efectividad fiscal de los ingresos, de la misma manera como lo debe hacer la Asamblea Legislativa cuando decide incrementar los gastos presupuestados, por medio de un informe de la Contraloría General de la República (artículo 179 constitucional). De lo contrario la ejecución apareja imponer el Derecho, pero con lesión del Derecho mismo.

La sustitución de la Administración por el juez contencioso-administrativo, ante la rebeldía de aquélla para satisfacer lo mandado en el fallo, despejados los nubladados constitucionales, presenta las mismas dificultades recién apuntadas. El juez llevaría a cabo una serie de conductas sustitutivas que conlleven costos que ha de sufragar el presupuesto de la entidad pública, no del Poder Judicial. Esta capacidad de comprometer el presupuesto de otra Administración Pública, debe tener en consideración que la estructura presupuestaria afecta el feliz desenlace de la ejecución. El juez puede establecer constitucionalmente gasto concreto, pero no fuentes de gasto.

Nuevamente, lo propio es que de previo a la sustitución, sea preciso que el juez conozca la disponibilidad de las partidas a las cuales sería preciso recurrir, que esas partidas sean las idóneas de acuerdo con el principio de especialidad, recurriendo a la tesorería y a la contabilidad internas para los pagos, que no se origine una lesión al equilibrio del presupuesto y, en suma, el plan operativo que el presupuesto plasma no se vea sustancialmente alterado por consideración al interés general que pueda verse afectado al modificar las condiciones en que fue concebido en un inicio.

constitucionales con efectos fiscales. En: *La Jurisdicción Constitucional*. San José, Editorial Juricentro S. A., 1993, pág. 129.

El tema no se contrae al plano teórico. La Sala Constitucional, al conocer un caso en el que se reclamaba el derecho de un paciente a recibir medicamentos citotóxicos en su casa ya que su estado le dificultaba acudir al centro hospitalario, impuso a la Caja Costarricense de Seguro Social la obligación de hacerlo, bajo ciertas condiciones. Pero advirtió que el derecho a la salud no podría ser condicionado por razones de orden presupuestario: “...si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pudiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida de los demás derechos resultarían inútiles”. Sala Constitucional, resolución No. 5130-94 de las 17:33 horas del 7 de setiembre de 1994.

En efecto, es función jurisdiccional la ejecución de sentencias y, por ende, también lo es la sustitución judicial de la Administración Pública, pero ¿es razonable una exoneración tan radical de las reglas presupuestarias para llevar adelante lo que, en el fondo, no es más que conducta administrativa pura, vicariamente ejercida por el Juez? La entrada de las potestades jurisdiccionales sustitutivas no puede dejar a su paso, un caos presupuestario. La sustitución ha de considerarse como una medida que lleve aparejada una serie de condiciones que aseguren la eficacia de la ejecución –provisión de fondos necesarios, afectando las partidas correctas–, y la expresa prohibición de que el juez pueda utilizar el presupuesto con reglas propias, creadas para el caso. En el fondo, el juez que sustituye a la Administración Pública, realiza verdadera función administrativa, y bajo esa consideración tal vez no rigurosamente técnica, pero elemental, no se puede reputarlo inmune a principios básicos que rigen la Hacienda Pública. Bien se sabe que, desde hace mucho tiempo, viene el Derecho Administrativo luchando contra inmunidades.

IV. CONCLUSIONES

La existencia de un Derecho de la Hacienda Pública, como un ordenamiento propio y especializado para la actividad financiera de la Administración Pública, no debe constituirse en una parcela del bloque de legalidad, aislada y autocontenida en sus propios principios y finalidades, a tal grado que pueda afectar, negativamente, otras áreas del ordenamiento como es lo relacionado con los mecanismos para asegurar una tutela judicial efectiva.

Uno de los temas que ha de revisarse es lo relativo a la excesiva protección del patrimonio de la Administración Pública, a tal grado que se ha invocado un privilegio de inembargabilidad. Llevar este privilegio a alturas insospechadas puede comprometer la tutela judicial efectiva como derecho fundamental. Además no ha existido en el ordenamiento jurídico costarricense, un principio general de inembargabilidad absoluta de los bienes de la Administración Pública. El privilegio se ha cimentado en normas de rango legal.

Una revisión de la justicia administrativa ha de abarcar una revisión muy equilibrada de este privilegio. No se trata de abogar por una supresión total, sino establecer una serie de reglas que conjuguen tanto el interés en que las sentencias sean efectivas, con la buena marcha de la gestión administrativa en general.

La identificación de bienes embargables ha de ser cuidadosa. Frente a una lista de bienes, parece prudente la presencia de reglas generales que deban ser aplicadas por el juez de acuerdo con las condiciones del patrimonio de entidad pública sobre el cual deba decretarse apremio. Las distinciones de dominio público o privado, o la naturaleza de Derecho privado o público del sujeto titular del bien, no constituyen parámetros fiables para ubicar un patrimonio sobre el cual decretar apremio. Ha de procurarse un criterio funcional: la específica relación del bien con el servicio público, de tal forma que esa funcionalidad es tan directa e inmediata que su continuidad y eficiencia puedan ser afectados.

Ello no excluye que existan pronunciamientos legislativos expresos respecto de ciertos bienes cuya protección frente a acreedores del Estado, deba quedar nítidamente resguardada. A saber: la participación accionaria del Estado en las empresas públicas no debe ser susceptible de embargo y posterior remate, en tanto se corre el riesgo de poner en manos privadas, actividades económicas de importancia estratégica para el país.

La legalidad presupuestaria debe ser objeto de ajustes. Actualmente, los mecanismos procesales coaccionan al logro de la presupuestación de las sumas que deben sufragarse al administrado. Pero una cosa es lograr que la suma a que resulta condenada la Administración se incorpore en el presupuesto y otra, muy distinta, es lograr que el pago llegue a manos del actor victorioso. Por ello la paralización en los trámites presupuestarios ante la Contraloría General de la República debería levantarse, por orden expresa de la autoridad judicial, una vez que se encuentre depositada, a su orden, la suma correspondiente. De igual forma, la medida debe abarcar los trámites que se cumplen ante la Dirección General de Presupuesto, en relación con la Administración Central, sin que exista por ello, lesión constitucional a las facultades del Poder Ejecutivo y Legislativo en la confección y aprobación.

La finalidad de los principios presupuestarios es lograr un sano manejo de las finanzas públicas y en esa aspiración deben permanecer. La especialidad del gasto puede ser comprendida en forma menos rígida, de tal forma que el egreso que demanda el cumplimiento de un fallo no tenga que ser cargado, irremisiblemente, a la partida de indemnizaciones –que casualmente, no es boyante–, sino a otras partidas, en tanto guarden relación con el objeto de la pretensión. Si lo demandado es el pago de una compra de equipo de cómputo o un

reajuste de precios, no hay por qué esperar a que se refuerce la partida de indemnizaciones, pues podrá recurrirse a los rubros pertinentes para el pago de ese contrato o del respectivo reajuste, sin que con ello se quebrante el principio de especialidad.

Como lo hace el Proyecto, hay que descartar que la autoridad judicial pueda encargar, a título comisarial, a la Contraloría General de la República modificar un presupuesto para dar satisfacción al fallo. Las normas constitucionales que regulan los alcances de las facultades del Órgano Contralor son de aprobación o improbación, no de modificación del presupuesto, toda vez que es una intromisión en el sujeto controlado inadmisibles para el citado Órgano Contralor.

Salvedad hecha de la materia tributaria para efectos de extinguir obligaciones, tradicionalmente se ha vedado la posibilidad de compensar egresos con ingresos. Razones de orden y adecuado control de los gastos públicos contribuyen a esta prohibición; no obstante, bien puede sopesarse una modificación, con la finalidad de contar con una alternativa muy simple a favor del particular, siempre bajo reglas adecuadas para el control interno y el registro contable y presupuestario. Esta posibilidad, que contempla el ordenamiento español, bien pudiera aplicarse en el costarricense.

La legalidad financiera es instrumental de la función administrativa, o sea, debe encontrarse al servicio de la legalidad sustantiva, no a la inversa. Si la sentencia no busca más que hacer efectivo el imperio del principio de legalidad, no hay razón para pensar que la función jurisdiccional deba estar limitada por el principio de legalidad financiera en paridad de condiciones, ni que deba esperar a que la Administración demandada deba completar las previsiones presupuestarias al momento de emitir el fallo para la creación de un gasto concreto.

Cuando el juez sustituye a la Administración ante su renuencia para acatar una sentencia de condena, ejerce una atribución de naturaleza jurisdiccional como lo es la fase de ejecución del fallo, pero materialmente es una conducta administrativa, ejercida vicariamente. El juez que asume función administrativa sustituyendo a la Administración, no debe considerarse exento de observar las reglas que el ordenamiento jurídico establece en el uso y disposición de sus fondos.