

**LO PUBLICO Y LO PRIVADO
EN LA CONSTITUCION POLITICA**

Dr. Mauro Murillo Arias

Abogado costarricense

SUMARIO:

1. Introducción
2. Marco constitucional
 - 2.1. Aparato público
 - 2.2. Régimen jurídico
3. Posibilidades de innovación

INTRODUCCIÓN

1. Básicamente a partir de los años 90 se formulan serios planteamientos sobre el rol del Estado y los medios de acción, lo que conducirá necesariamente a una reformulación del Derecho Público y en especial del Administrativo (ver DROMI, *Nuevo Estado Nuevo Derecho*, Bs. As., 1994). De todos modos, la Administración Pública está particularmente asfixiada por un saco de normativa, preocupada más por controlarla y limitarla que por su eficacia, lo que requiere un serio ajuste.

Las ideas innovadoras están a la orden del día y se ha soltado la imaginación creadora o la simple copia de soluciones adoptadas en otros lares. El problema es que la Constitución sigue sin ajustarse y la cuestión es, entonces: ¿hasta dónde la Carta Fundamental es un tope infranqueable?

Las principales inquietudes de reforma han venido girando en torno a favorecer la descentralización territorial, pero más entorno a la utilización de los instrumentos del Derecho común y a la cesión de espacios al sector privado. Es entonces imprescindible tener claro el marco constitucional que define lo público.

Difícilmente puede aquí agotarse el tema, pero sí intentamos plantear las principales cuestiones, respecto de un asunto que, para variar, no tiene ninguna bibliografía criolla.

2. Veamos como la Constitución configura un aparato público administrativo y el régimen jurídico que le asigna, lo cual delimita lo público respecto de lo privado.

2.1. En el artículo 9 se elude a un Estado central compuesto por órganos fundamentales, al referirse a los "Poderes del Estado". El título X se dedica al Poder Ejecutivo, que es el que típica y genéricamente ejerce la administración de ese Estado, como se deduce de las atribuciones conferidas en el artículo 140.

La concepción de la Administración Descentralizada quedó plasmada en el artículo 49; estaría compuesta por municipalidades, instituciones autónomas y semiautónomas. O sea: entes descentralizados territorial y políticamente, y entes descentralizados meramente por función; dentro de estos últimos habrían dos categorías: instituciones autónomas y semiautónomas (que serían el resto, aunque llegaron por ley a ser una categoría específica de ese resto).

Con la reforma del 49 se habló de “Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público” con lo cual de paso se constitucionalizó la diferencia entre entes (públicos menores) estatales y no estatales. Esto a partir de 1963, casi 14 años después.

Al estar constitucionalizada la categoría de “entes estatales”, hay necesariamente que atribuirle un concepto, asunto que es grave porque ello puede llevarnos eventualmente a concluir en la inconstitucionalidad de algunas figuras. Por supuesto que no puede ser que no estatal sea todo aquello que así lo haya (a la libre) ubicado el legislador, pues vaciaría el concepto de toda sustancia y lo dejaríamos en pura forma. La categoría de estatal siempre se refirió a entes directamente ligados a la política del Ejecutivo o en general a los fines esenciales del Estado; la de no estatal prácticamente se utilizó para ubicar a los colegios profesionales, que no estaban sujetos a la contratación pública ni al control de la Contraloría General de la República y que no solo funciones públicas atendían, pues tenían también un carácter gremial. El grupo de no estatales se ensanchó artificialmente y se desvirtuaron sus contornos. En la L.G.A.P. ni siquiera se utilizó la diferenciación.

Que sólo pueden crearse los entes públicos por ley es algo que parece no presentar dudas a la luz de lo dispuesto por el artículo 121 inciso 20, según el cual corresponde a la Asamblea Legislativa “crear ...los organismos para el servicio nacional”, de donde no pueden crearse por convenio, por decreto ejecutivo ni por decisión institucional.

● La Constitución sólo define el modelo organizativo de las municipalidades (art. 169). A las universidades más bien les otorgó autonomía organizativa, además de la administrativa y de la de gobierno (art. 84); a las municipalidades las declara “autónomas” (art. 170); a la CCSS le atribuye el gobierno y administración de los seguros sociales (art. 73), y a las restantes instituciones autónomas les asegura sólo la autonomía administrativa, luego de la reforma de 1968 (art. 188). De las otras entidades públicas no se ocupó, en cuanto a su autonomía.

2.2. El artículo 11 de la Constitución Política se refiere a los funcionarios públicos, que son los que lógicamente actúan por cuenta y a nombre del aparato público y como parte de su estructura, lo que se logra con el nombramiento o elección. Según dicho artículo, están sujetos al principio de legalidad; “son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede”. Podría decirse que se pensó en los servidores que ejercen “autoridad”,

nada más, que respondería a un concepto que rigió hasta antes de la L.G.A.P., sea el de funcionario como diferente del mero servidor o empleado público. Aparte la idea de sujeción a la ley en general (v. art. 11 L.G.A.P.), puede sostenerse que están implícitas dos ideas adicionales: la "autoridad" se ejerce sólo por funcionarios públicos y la "autoridad" se ejerce sólo previa autorización por ley. Ejercer "autoridad" es sencillamente disponer o actuar con afectación de la libertad de que goza de principio el habitante.

Por supuesto que la sujeción al principio de legalidad alude también a que la Administración por regla tiene un régimen jurídico diferente al común, especialmente cuando ejerce "autoridad". Ese régimen es precisamente el Derecho Administrativo.

Cuando en el artículo 191 de la Constitución Política se prescribe un servicio civil, la referencia será respecto de los "servidores públicos", concepto más amplio que el de "funcionarios públicos". De allí resulta el régimen público de empleo de principio, con posibilidades de excepciones razonables (v. gr: trabajadores en actividad de empresa que no implique gestión pública, como lo tiene admitido la Sala Constitucional). De la naturaleza pública del empleo resulta la imposibilidad de suscribir convenciones colectivas de trabajo y (en contra la jurisprudencia de la Sala Constitucional) debió igualmente derivarse la solución de las diferencias en la vía judicial contencioso-administrativa.

En cuanto a contratos, el 182 de la Constitución Política sienta el principio de licitación o concurso para seleccionar al contratista. Literalmente se refiere a "Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas" y es una norma restrictiva. No obliga a la existencia de una única ley de contratación pública, aunque la jurisprudencia constitucional exige como principio la sujeción a la misma ley de parte de todos los entes estatales.

Sobre presupuestos, para el Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, se dispone una presupuestación sujeta a los principios de anualidad, universalidad y equilibrio (art. 176). En el 180 se dispone el principio de legalidad presupuestaria.

El control administrativo financiero queda a cargo de la Contraloría aunque el 183 se refiere sólo a la Hacienda Pública, que es la del Estado. Al regular las atribuciones concretas de la Contraloría, el 184 le concede visar todos los gastos (uno a uno) del Estado, refrendar sus

obligaciones (esto la Sala lo extendió, como refrendo de contratos, a toda la Administración sujeta a la Ley de Contratación Administrativa), aprobar los presupuestos municipales y de las instituciones autónomas y fiscalizar su ejecución y liquidación.

Como parte del régimen jurídico debe también señalarse la existencia de algunos derechos fundamentales específicamente ligados a la función pública administrativa: libertad de petición (27), acceso a los departamentos administrativos (30), principios de tipicidad para sancionar y debido proceso en los procedimientos (39), etc., garantizados con el recurso de amparo (48) ante la Sala Constitucional.

El artículo 121 inciso 13) distingue entre impuestos nacionales y locales y deben agregarse también los institucionales, todos a crear o aprobar por la Asamblea Legislativa. Se sabe que impuesto es un pago que el aparato público exige sin referencia a una contraprestación individualizada y para sufragar en general sus egresos. Un impuesto puede tener un destino específico, pero siempre sería un impuesto a percibir por el aparato público, quien administraría su recaudación, aunque al final su producto deba transferirlo a un privado, lo que de todos modos deberá ser razonable.

La revisión judicial de los actos de la Administración se debe hacer en la jurisdicción contencioso-administrativa (49), pero no habría objeción a que sólo se atribuyan al contencioso-administrativo las causas relativas a la gestión pública del ente y no las originadas en su gestión (eventual) de Derecho Privado, lo cual es lógico aunque complicado.

3. Es nuestro entender que no ofrece dudas que el constituyente parte de un principio elemental en la materia que nos ocupa: las funciones públicas administrativas se ejercen por la Administración Pública central y descentralizada. Con ello no se excluye la utilización por parte de los entes públicos, del Derecho Común, en tanto sea razonable, pero sí se excluye como regla el ejercicio privado de funciones públicas de "autoridad", con el concepto ya dicho.

El Sector Público puede desarrollar empresas (art. 50 C.P.) e incluso en monopolio (art. 46), y nada impide que los particulares presten bajo concesión servicios públicos (figura prevista en el 140 inciso 14, pero sería una actividad privada; pues el contrato prestador-usuario sería privado), ni se impide que algunos particulares por razones técnicas (v. gr: notario), porque no queda otra (capitanes de barco) o por razones

religiosas (matrimonio por curas), todos casos tradicionales. excepcionales y marginales, sean legalmente habilitados para prestar una función de naturaleza pública.

Pero constituir por ley un ente privado para que ejerza "autoridad" no parece poderse, como regla general, porque sería burlar el régimen que la Constitución dispuso para los entes públicos y sus servidores. De todos modos, la afiliación obligatoria no podría prescribirse respecto de entes privados (art. 25).

El ente público tiene capacidad de Derecho Público y de Derecho Privado, como dice el artículo 1 de la L.G.A.P. Pero los particulares en forma natural sólo tienen capacidad de Derecho Privado. Por eso solo este Derecho es el que se llama "común".

Por supuesto que no hay un *numerus clausus* en la lista de los entes públicos menores, pero no parece que el legislador pueda configurar libremente entes públicos no estatales. Eso sí, existe reserva de ley en la creación de entes públicos.

Ya sabemos que por principio el régimen de empleo es público, respecto de todo ente público y que la única excepción hasta ahora admitida es la de quienes laboran en actividades empresariales de Derecho Común.

En cuanto al régimen contractual, en nuestro criterio, es posible abrir un espacio frente a entes que no sean municipalidades o instituciones autónomas o en todo caso (razonablemente) disponer para ciertos entes un régimen no idéntico al de la ley general sobre la materia, pero respetando los principios básicos de concurso, de transparencia, de publicidad, de igualdad de oportunidades y de selección de la mejor oferta, que son principios derivables incluso de otras normas y principios constitucionales (igualdad, interdicción de la arbitrariedad, buen funcionamiento).

Dado el dictado literal de la Constitución, también cabrá tener entes con presupuestos no aprobados por la Contraloría y que respondan a principios más bien empresariales.

El artículo 3 de la L.G.A.P. tiene una norma que podría conducirnos a un planteamiento trascendental. Se ha intentado el ente público vaciado casi totalmente de publicidad. Según dicho artículo, por

principio la organización y la actividad (que es todo) de los entes públicos se rige por el Derecho Público, "salvo norma expresa en contrario", permite la regulación por el Derecho Privado sólo respecto de la actividad de empresa que pudo igualmente ser desarrollada por particulares. En realidad difícilmente se justifica un ente regido en su organización por el Derecho Privado (caso de la sociedad anónima-ente público) ni tampoco en la parte de su actividad que no sea propiamente de empresa. Podría así sostenerse que por principio (elevable a rango constitucional y salvo excepciones razonables, la organización y la actividad de los entes públicos deben regirse por el Derecho Público, entendiéndose que fórmulas (como la de la sociedad-ente público) en las que el Derecho Mercantil rige la organización, aun subsidiariamente, son inadmisibles.

Por último, ya quedó claro que establecer impuestos a percibirse directamente por entes privados, no cabe.