

San José, 12 de agosto del 2021

Criterio N° DJ-C- 449-2021

Licenciada

Silvia Navarro Romanini

Secretaria General de la

Corte Suprema de Justicia

S. D.

Estimada Señora:

Me refiero a su oficio N°6586-2021 del 23 de julio de 2021, emitido por esa Secretaría, mediante el cual se nos comunicó el acuerdo tomado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en sesión N° **59-2021** celebrada el **15 de julio del 2021**, que en lo conducente dice:

“Solicitar a la Dirección Jurídica que emita criterio en relación con la viabilidad legal de que la institución pueda solicitar, a las personas servidoras judiciales que decidieron no vacunarse contra el COVID-19, sin estar justificadas en temas de salud, llenar un formulario (consentimiento informado) en que se exima a la institución de toda responsabilidad, en cuanto a las potenciales consecuencias que le podría generar el contagio del citado virus. Lo anterior en razón que en su momento el Poder Judicial hizo un gran esfuerzo y proporcionó las herramientas para que la población judicial se vacunara.”

Al respecto esta esta unidad asesora se permite manifestar lo siguiente:

Con el fin de dar debida respuesta a su solicitud de criterio, debemos atender a las características propias de la responsabilidad administrativa, en tanto que posee una regulación propia que trasciende la responsabilidad civil extracontractual entre sujetos de derecho privado.

En este sentido, la responsabilidad propia del derecho civil, parte de criterios de imputación subjetiva, en donde para que opere, debería existir, impericia,

negligencia, dolo o culpa o imprudencia. Este tipo de responsabilidad es aplicable a las relaciones propias de sujetos de derecho privado.

Empero, con el tiempo, la responsabilidad subjetiva indicada y prevalente ha ido cediendo en diferentes supuestos, en donde lo que se privilegia es una responsabilidad objetiva que surge en razón de la creación de una actividad riesgosa y el rompimiento del equilibrio de la ecuación patrimonial de la persona afectada. En este sentido, el artículo 1048 del Código Civil – aplicable a los dueños de vehículos-, la Ley de Protección al Consumidor y en particular al caso, la Ley General de la Administración Pública, contemplan esta última responsabilidad, dentro de un marco protector en donde la persona es el eje del deber de indemnizar.

Por consiguiente, en el caso de la responsabilidad administrativa, estamos en presencia de una responsabilidad objetiva, sin criterios de imputación subjetiva.

En este sentido, la misma se divide en:

- Responsabilidad Contractual: es aquella donde debe existir una relación previa y en el incumplimiento de dicha relación nace el deber de indemnización como lo indica el Código Civil:

“Art. 702 C.C: El deudor que falte al cumplimiento de su obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.”

- Responsabilidad Extracontractual: es de naturaleza objetiva, sin vínculo contractual previo. Procede aplicar la Ley General de Administración Pública y es la que nos compete en este caso.

La responsabilidad extracontractual administrativa se enmarca en un régimen objetivo que engloba su funcionamiento en los siguientes fundamentos:

Derecho a una adecuada prestación de servicios públicos

Teoría del Riesgo

Teoría del equilibrio en la ecuación patrimonial

Conforme a lo anterior, corresponde a la Administración responder cuando se genera un daño efectivo, evaluable e individualizable, vinculado por un nexo causal con una conducta u omisión anormal o ilegal por parte de una persona servidora.

Con respecto a lo anterior, el Voto N° 05207 – 2004 del 18 de Mayo del 2004 a las 2:55 p. m. de Sala Constitucional indica:

“IV.- PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. Nuestra Constitución Política no consagra explícitamente el “principio de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por las lesiones antijurídicas que, en el ejercicio de la función administrativa, le causen a los administrados. Empero, este principio se encuentra implícitamente contenido en el Derecho de la Constitución, siendo que puede ser inferido a partir de una interpretación sistemática y contextual de varios preceptos, principios y valores constitucionales. En efecto, el artículo 9°, párrafo 1°, de la Carta Política dispone que “El Gobierno de la República es (...) responsable (...)”, con lo cual se da por sentada la responsabilidad del ente público mayor o Estado y sus diversos órganos –Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial-. El ordinal 11°, de su parte, establece en su párrafo primero la “(...) responsabilidad penal (...)” de los funcionarios públicos y el segundo párrafo nos refiere la “(...) responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes (...)”. El artículo 34 de la Constitución Política ampara los “derechos patrimoniales adquiridos” y las “situaciones jurídicas consolidadas”, los cuales solo pueden ser, efectiva y realmente, amparados con un sistema de responsabilidad administrativa de amplio

espectro sin zonas inmunes o exentas cuando sean vulnerados por las administraciones públicas en el despliegue de su giro o desempeño público. El numeral 41 ibidem, estatuye que “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales (...)”, este precepto impone el deber al autor y responsable del daño de resarcir las lesiones antijurídicas efectivamente sufridas por los administrados como consecuencia del ejercicio de la función administrativa a través de conductas positivas por acción o negativas por omisión de los entes públicos, con lo cual se convierte en la piedra angular a nivel constitucional para el desarrollo legislativo de un sistema de responsabilidad objetiva y directa en el cual el resarcimiento no depende del reproche moral y subjetivo a la conducta del funcionario público por dolo o culpa, sino, única y exclusivamente, por habersele inflingido o recibido, efectivamente, “(...) injurias o daños (...) en su persona, propiedad o intereses morales (...)”, esto es, una lesión antijurídica que no tiene el deber de soportar y, por consiguiente, debe serle resarcida. El numeral 41 de la Constitución Política establece un derecho fundamental resarcitorio a favor del administrado que haya sufrido una lesión antijurídica por un ente –a través de su funcionamiento normal o anormal o su conducta lícita o ilícita- y la obligación correlativa, de éste de resarcirla o repararla de forma integral, el acceso a la jurisdicción previsto en este mismo precepto constitucional, se convierte, así en un derecho instrumental para asegurar, forzosamente, el goce y ejercicio del derecho resarcitorio del damnificado cuando el sujeto obligado a la reparación incumpla voluntariamente con la obligación referida. El artículo 45 de la Carta Magna acoge el principio de la intangibilidad del patrimonio al disponer que “La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley (...)”, se reconoce, de esta forma, por el texto fundamental que los sacrificios especiales o las cargas singulares que el administrado no tiene el deber de soportar o tolerar, aunque devengan de una actividad lícita –como el ejercicio de la potestad expropiatoria- deben resarcirse. El artículo 49, párrafo 1º, de la Constitución Política en cuanto, de forma implícita, reconoce la personalidad jurídica y, por consiguiente, la posibilidad de demandar en estrados judiciales a los entes públicos, cuando incumplan con sus obligaciones constituye un claro basamento de la responsabilidad administrativa. De su parte el párrafo in fine del ordinal 49 ya citado dispone que “La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”, siendo que una de las principales formas de garantía de éstos lo constituye un régimen de responsabilidad administrativa objetivo, directo, amplio y acabado.”

En el anterior orden de ideas, debe tomarse en consideración que el fundamento constitucional de la responsabilidad administrativa se desprende de los

principios de responsabilidad de los poderes públicos, igualdad, derecho de acceso a una justicia pronta y cumplida, intangibilidad de los actos propios.

Al respecto, la Constitución Política establece en los siguientes artículos:

“ARTÍCULO 9º.-El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

ARTÍCULO 18.- Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos.

ARTÍCULO 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

(Así reformado por el artículo 1º de la Ley No.7880 de 27 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

ARTÍCULO 45.- La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

Artículo 50.-El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho.

La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.”

Respecto a lo anterior, se estima procedente indicar que la regulación a nivel legal en la materia se establece en la Ley General de Administración Pública, en su artículo 190, en tanto establece:

“1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente.”

Complementario con lo anterior, debe tomarse en consideración lo dispuesto en el Tribunal Contencioso Administrativo en su resolución N°00059 - 2014 del 11 de Julio del 2014 que dispone al respecto lo siguiente:

“a) Existe una responsabilidad objetiva de la Administración, cuando con motivo de una acción u omisión de uno o varios de los servidores públicos a cargo de la dirección administrativa o académica de los estudiantes involucrados, se presente, mantenga o reafirme una situación de agresión en el marco indicado ut supra. En este orden de ideas, la prestación del servicio de educación pública, entraña, no sólo la actividad propiamente como tal, sino cautelar la vida, seguridad e integridad física, psicológica y moral de los educandos frente a los propios funcionarios y terceros. Así las cosas, debe la Administración Pública, garantizar como parte de los principios propios del servicio que la actividad docente y las relaciones que se suscitan en el marco del centro educativo, sean acordes con la tutela de los derechos fundamentales de los niños y su interés superior, por lo que es necesario una reacción eficaz y eficiente ante el menor indicio o duda de una situación de acoso escolar, dadas las serias consecuencias que podrían devenir del mismo. Por ende, -el acoso escolar será necesariamente generador de responsabilidad de la Administración Pública, en las condiciones indicadas anteriormente.”

En el anterior texto se refleja el deber del Estado de indemnizar o resarcir el daño producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Este deber de indemnizar es una consecuencia objetiva, que se deriva del hecho que causa el daño, en consecuencia, no se puede exigir, que los daños o perjuicios fueran previstos o previsibles.

Por consiguiente, se parte de la responsabilidad administrativa por el acaecimiento mismo del hecho dañoso debidamente demostrado y es carga de la Administración, romper ese deber mediante la necesaria demostración de la inexistencia del daño o bien del rompimiento o inexistencia de un nexo causal.

Mediante voto del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo de redacción del suscribiente como Juez de Juicio del mismo, se indicó al respecto, lo siguiente:

"VIII.- SOBRE EL NEXO CAUSAL COMO REQUISITO INDISPENSABLE PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA ADMINISTRACIÓN Y EL CASO CONCRETO: Al analizar la imputación del daño, necesariamente debe entenderse que ésta comprende un ámbito fáctico y un ámbito jurídico. El primero refiere a la causalidad, que es el vínculo que une la causa a un efecto, es el ligamen entre el daño antijurídico y la conducta de la Administración; y que presenta el problema de los criterios que habrán de utilizarse para el establecimiento de la existencia de ese nexo, sobre todo cuando, alrededor del daño existe una diversidad de hechos o de condiciones que pudieron ocasionar la lesión, lo cual indudablemente dice sobre la complejidad para el operador jurídico en el ejercicio de su función en orden a determinar la existencia del nexo causal. Sobre el particular, se han manejado diversas teorías, como la de la causalidad adecuada, la cual parte de que la conducta de la Administración debe ser la apropiada, de acuerdo con las circunstancias, para producir la lesión; o la teoría de la equivalencia de condiciones, conforme a la cual, si el hecho o la condición contribuye a producir el resultado final, deberá considerarse causa. "Una consideración abstracta del problema así planteado podría llevar a responder que cualquiera de estos hechos o condiciones, en la medida en que todos ellos contribuyen a producir el resultado final (ya que si faltara uno sólo de ellos no se produciría, al menos de la misma manera ...) deben ser calificados como causas. Así lo entiende la teoría de la equivalencia de condiciones, que cuenta con especial raigambre en el campo del derecho Penal. Es obvio, sin embargo, que una aplicación rígida de esta tesis conduciría muchas veces a resultados difíciles de aceptar en términos de justicia. Por ello se suele afirmar que para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo. Sólo en estos casos (causalidad adecuada) puede decirse, con rigor, que la actividad tomada en consideración constituye la causa eficiente, la causa próxima del daño (in iure nom remota causa, sed proxima spectatur), la causa verdadera del mismo. La cuestión, sin embargo, no es tan fácil de resolver (...). No es posible olvidar, en efecto, que a la producción de un resultado lesivo determinado pueden contribuir varias causas." (García De Enterría Eduardo. Curso de Derecho Administrativo II. Novena Edición. Civitas. Madrid. 2004. p.400).

En el caso de los Tribunales nacionales, la Sala Primera ha expresado de forma reiterada, decantarse por la teoría de la causalidad adecuada: "Otro aspecto esencial es la existencia de un nexo de causalidad, el cual es valorado por los jueces de conformidad con las probanzas que las partes, o el mismo órgano jurisdiccional, de conformidad con sus poderes de ordenación, hayan allegado al proceso. Para tales efectos, tal y como lo ha dispuesto esta Sala en otras ocasiones, la teoría que resulta más conveniente para determinar si es posible vincular el daño con la conducta es la de causalidad adecuada, la cual postula que esto se da "cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda" (resolución 300-F-2009 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009). Sin embargo, este nexo puede ser eliminado en caso de que el demandado demuestre la concurrencia de una causa eximente de responsabilidad (fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de tercero). Esto por cuanto su presencia descarta que la lesión sufrida por el afectado fuera producida por la conducta del Estado objeto del proceso. Finalmente, según lo ya expuesto, es dable afirmar que la legislación costarricense opta por un esquema de responsabilidad objetiva moderada, el cual reconociendo las particularidades de las funciones y tareas encomendadas a la Administración, obliga a que se valore la conducta desplegada por el aparato estatal con la finalidad de determinar si existió un funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo". (Sala Primera, N°1367-2012, de las 08:40, del 18 de octubre del 2012) (En igual sentido ver, entre otras, las sentencias N°467-F-2008, de las 14:25, del cuatro de julio del 2008 y 1008-F-2006, de las 09:30, del 21 de diciembre del dos mil seis). Luego, al analizar el nexo de causalidad, debe dilucidarse si hay algún vínculo entre la conducta de la Administración y el daño alegado por el particular, implicando ello el establecer si aquella conducta es la causa adecuada que contribuyó a producir la lesión que da origen al reclamo, en cuanto haya potenciado el menoscabo sufrido. No obstante, como ya se indicó, ello no resulta para nada sencillo, sobre todo si consideramos que un resultado dañoso, frecuentemente tiene lugar con la concurrencia de varias causas, que pueden incluso originarse en la conducta de sujetos distintos, entre los cuales, además de la Administración, puede contarse la propia víctima. Así, para la imputación de responsabilidad, y ante la enorme probabilidad de que una lesión o un daño tenga como origen una pluralidad de eventos, habrá de determinarse en cada caso concreto cuál o cuáles de ellos efectivamente resultan próximos a la generación del daño, e incluso plantearse si el daño habría sucedido si alguno de esos eventos no hubiese acaecido, y a partir de allí, determinar la existencia o no del necesario vínculo o ligamen con el sujeto (persona física o jurídica, pública o privada) al que se le imputa el daño, y si en la producción de éste no ha intervenido la propia víctima, un tercero o la fuerza mayor..."

Consecuentemente, no operaría la responsabilidad administrativa cuando se dé un rompimiento del nexo causal, el cual es la relación de causalidad del hecho,

por acción u omisión con la lesión antijurídica provocado al administrado. Para ello tenemos las siguientes causas de exclusión del nexo causal:

- a) Fuerza mayor: un hecho por la naturaleza, por ende, está fuera del Ente Público y es inevitable.
- b) Culpa de la Víctima: *"es una forma de auto-responsabilidad, razón por la cual al Administración Pública respectiva queda exenta de responsabilidad, puesto que el administrado determino, exclusivamente, la lesión antijurídica en su esfera patrimonial, al haber incurrido en una falta subjetiva que puede ser el dolo o la culpa, en sus manifestaciones de negligencia, imprudencia o impericia"*¹
- c) Hecho de un tercero: es aquel donde la lesión antijurídica le es imputable a otro sujeto diferente a un ente público, como podría ser otro particular.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV en su Resolución N° 00061 - 2014 del 21 de Julio del 2014, al indicar lo siguiente:

" VI.- No cualquier daño da pie a la obligación de resarcir. Para tal efecto, han de confluír, básicamente las siguientes características para ser un "daño resarcible": A) Debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales. El daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; asimismo, no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio, pues el primero está referido a aquél que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generador del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, ello constituye un extremo de incumbencia subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de una excesiva susceptibilidad. B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente

^{1 1} **Tratado de Derecho Administrativo: Tomo II (1° Edición ed.). (2005). Biblioteca Jurídica Diké. pág. 107**

relevante y merecedor de amparo. Así puede haber un damnificado directo y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso, y el segundo serán los sucesores de la víctima. C) Deberá ser causado por un tercero, y subsistente, esto es, sí ha sido reparado por el responsable o un tercero (asegurador) resulta insubsistente. D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño. VII.- Dentro de las clases de daños, se encuentra en primer término el daño material y el corporal, siendo el primero el que incide sobre las cosas o bienes materiales que conforman el patrimonio de la persona, en tanto el segundo repercute sobre la integridad corporal y física. En doctrina, bajo la denominación genérica de daño material o patrimonial, suelen comprenderse las específicas de daño corporal y de daño material, en sentido estricto. La segunda parece ser la expresión más feliz, pues el daño corporal suele afectar intereses patrimoniales del damnificado (pago de tratamiento médico, gastos de hospitalización, medicamentos, etc.), ganancias frustradas si el daño lo ha incapacitado para realizar sus ocupaciones habituales (perjuicios), etc.. Esta distinción nació en el Derecho Romano, pues se distinguía entre el daño inferido a las cosas directamente (damnum) y el que lesionaba la personalidad física del individuo (injuria). En el daño patrimonial el menoscabo generado resulta ser valorable económicamente ”. De conformidad con lo anterior, no es suficiente invocar un daño, sino que se debe demostrar fehacientemente su existencia y el nexo de causalidad que le une con la conducta u omisión del ente responsable. En el caso concreto de la vía de hecho es menester indicar que la misma corresponde a una conducta administrativa anormal de la Administración, constituyéndose una actuación material arbitraria, tema sobre el cual el Tribunal Constitucional se pronunciado de la siguiente forma: "Dentro de las hipótesis de la coacción administrativa ilegítima o de las simples actuaciones materiales se encuentran los siguientes: a) cuando no existe un acto ejecutorio de base válido y eficaz, dictado en el ejercicio de la autotutela declarativa de la Administración, que le da cobertura a las actuaciones materiales o técnicas; b) cuando se produce un exceso en la ejecución del acto administrativo y se va más allá de la habilitación que brinda éste; c) cuando no existe un servicio público autorizado por el ordenamiento jurídico que justifique el despliegue de las actuaciones materiales; d) cuando no existe una situación de hecho que justifique el ejercicio de la coacción directa para la autodefensa administrativa, prevenir los delitos o mantener el orden público; e) cuando no median circunstancias anormales o excepcionales que justifiquen la sustitución o desaplicación provisional del ordenamiento jurídico vigente por uno adecuado a aquellas (estado de necesidad o de urgencia administrativos). Por consiguiente, habrá vía de hecho cuando la Administración Pública ejerce coacción sin un acto administrativo o un servicio público que le otorgue cobertura o fundamento, o bien, si no median las circunstancias propias que motivan el ejercicio de la coacción directa o anómala. Cuando se trata de las Administraciones Públicas, el principio general es que sólo resultan legítimas las actuaciones opuestas a los derechos o intereses del

administrado cuando son ejecución fiel y directa de un acto administrativo previo, el cual tiene que estar fundado en una potestad abstracta, concedida a la Administración por una norma expresa, sea una ley formal o un reglamento ejecutivo en virtud de los principios de legalidad y de reserva de ley. Adicionalmente, entre el acto de ejercicio de la potestad y su ejecución debe mediar, para legitimar a la última, otra potestad que autorice la ejecución." (voto 10680 de las 8:30 horas del 18/08/2005). Por su parte, la doctrina nacional indica al respecto lo siguiente: " Cuando se trata de Administración Públicas, el principio general es que sólo resultan legítimas sus actuaciones opuestas a los derechos o intereses del administrado cuando su ejecución fiel y directa de un acto administrativo previo, el cual tiene que estar fundando en una competencia, la que, a su vez, se sustenta en un potestad abstracta, concedida a la Administración por norma expresa, sea una ley formal o un reglamento ejecutivo en virtud de los principios de legalidad y reserva de ley." (Jinesta Lobo Ernesto Tratado de derecho Administrativo tomo I, pág 262). De conformidad con lo anterior, las vías de hecho o actuaciones materiales ilegítimas resultan reprochables a la Administración Pública, quien solo puede proceder conforme se lo autorice previamente la ley (artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública). Ante el acaecimiento de una manifestación de la Administración Pública que configure una vía de hecho debidamente demostrada en juicio y que genere un daño, necesariamente podrá operar su responsabilidad por dicho funcionamiento anormal, habida cuenta que opera un rompimiento tanto del principio de legalidad, como de los principios básicos propios del servicio administrativo. En este orden de ideas, todo administrado tiene el derecho a esperar la satisfacción del interés público en el actuar de la Administración Pública y de guardar una confianza legítima ante sus actuaciones, por lo que el rompimiento de esta expectativa, materializado en una vía de hecho generadora de daño, deviene en el deber de indemnizar por la Administración correspondiente"

Claramente este rompimiento del nexo causal no va a proceder del Estado directamente, es ahí donde se relaciona la conducta del funcionario público, que con su actuar provocara el rompimiento, la doctrina nos indica:

"En el Derecho Administrativo, la responsabilidad, como regla, es por hechos de tercero y no propios(indirecta), por cuanto las administraciones publicas al ser personas jurídicas o morales ni actúan oír su mismas, sino que requieren, sino que requieren de la energía psico-física de sus funcionarios o servidores (órgano-individuo) para ejercer las competencias y presentar los servidores públicos asignados por el ordenamiento jurídico. Es el funcionario público, el que con su conducta

*provoca un daño por conducta lícita o ilícita o funcionamiento normal o anormal”.*²

Sobre la aplicación de la normativa legal citada con carácter prevalente a la causal del rompimiento del nexo causal culpa de la víctima la resolución del Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII N° 00069 – 2014 del 01 de agosto del 2014, se pronunció en su momento, al indicar lo siguiente:

“[...] en criterio de ésta Cámara la causa próxima, eficiente y adecuada del eventual daño que se pudo causar a la profesional, no lo constituyen los yerros procedimentales en que incurrió la citada Fiscalía de Santa Cruz, sino en la propia actuación de la accionante al aceptar el cargo desconociendo la naturaleza del peritaje requerido por la parte actora civil y en rendir bajo su propio iniciativa y riesgo una pericia que resultó inútil para el objeto del proceso. Si bien no se puede desconocer la existencia de un error del Despacho Judicial al designar a la actora como perito, obviando la especialidad de la pericia requerida por la parte actora civil de manera expresa y de no solicitar a la actora que definiera el monto de sus honorarios para prevenir su depósito, es lo cierto que estos yerros, no pueden fundamentar el reconocimiento por parte del Estado del monto de los honorarios correspondientes al avalúo realizado del inmueble, según lo reclama la Arquitecta Ugarte Ulate. Lo anterior toda vez que la actora omitió el cumplimiento de deberes esenciales del perito como Auxiliar de la Administración de Justicia, siendo que el daño reclamado es consecuencia de su propia incuria. Al margen del error por parte del despacho Judicial, es lo cierto que constituye un deber esencial de la persona que es designada como perito el estudiar el expediente judicial con el fin de verificar el objeto de la pericia y que este resultaba conforme con su formación profesional. En este sentido, el artículo 24 del Reglamento para Regular la Función de los Ejecutores y Peritos en el Poder Judicial es claro al determinar que ningún perito debe aceptar la designación, si no es competente para ello. Conforme consta en autos, la actora acepta que no tenía conocimiento de que la pericia requerida lo era de un perito actuarial matemático, lo cual evidencia que de previo a aceptar su designación como perito no analizó el expediente judicial con el objeto de determinar el objeto de la pericia, y si obedecía a su especialidad profesional. Lo anterior le hubiera permitido determinar si estaba en capacidad o no de aceptar el cargo para rendir el estudio económico para cuantificar los daños y perjuicios que reclamaba la parte actora civil en el proceso y no aventurarse a realizar un avalúo del inmueble que constituye una pericia que nunca fue solicitada. Además, debió haber informado al Despacho Judicial el monto de sus honorarios a efecto de que se previniera su depósito a la parte actora civil, de previo a

² *Tratado de Derecho Administrativo: Tomo II (1° Edición ed.). (2005). Biblioteca Jurídica Diké. pág. 44*

rendir la respectiva pericia. Las omisiones o yerros en el trámite seguido por la Fiscalía de Santa Cruz, no constituyen base suficiente para endilgar al Estado la responsabilidad civil reclamada respecto del monto de los honorarios que en razón del avalúo del inmueble solicita la parte actora le sea reconocida en este proceso, así como los daños materiales relacionados con los gastos en que debió incurrir para realizar las gestiones cobratorias, siendo que la pericia rendida obedeció a la iniciativa propia de la perito por lo que esos honorarios deben ser cubiertos por la parte actora civil y no por el Estado. Conforme lo dicho, es criterio de éste Tribunal que la propia omisión de la actora ha generado una ruptura del nexo causal que debe existir entre la conducta acusada y el daño sufrido por la víctima, lo que supone la no generación de responsabilidad administrativa en el caso en concreto. (Doctrina del artículo 190.1 de la Ley General de la Administración Pública), por lo que la indemnización civil pretendida por la actora deberá ser rechazada.”

Respecto a lo citado en la anterior resolución, vemos como al haberse incurrido en una falta, existió la culpa de la víctima y con ello se liberó al Estado de su responsabilidad objetiva. Por tal razón, si bien es cierto que el Estado tiene responsabilidad y debe indemnizar el daño provocado, podemos entender que cuando el funcionario por sus decisiones rompa el nexo causal que conecta con el Estado directamente la conducta o situación, queda liberada total o parcialmente la responsabilidad administrativa. Lo anterior sujeto siempre a la respectiva carga probatoria y no partiendo de una presunción per se.

Asimismo, la Ley General de Administración Pública en su artículo 194 inciso uno indica:

“Artículo 194.- 1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.”

[...]

Relacionado al tema de indemnización en actos lícitos y por su funcionamiento normal la resolución del Tribunal Contencioso Administrativo Sección V N° 00006 – 2016 del 20 de Enero del 2016, indica:

[...]

“En efecto, sólo es indemnizable la lesión que confrontada con la globalidad del Ordenamiento, pueda reputarse como antijurídica en su base; lo contrario llevaría, a decir de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia a afirmar la compensación por acción dañosa frente a un menoscabo que el Ordenamiento no reprocha y que, por el contrario, tolera y consciente como normal y justificado, lo que llevaría a una inminente quiebra del Estado, que en el contexto nacional, se encuentra vinculado directa o indirectamente con un gran número de áreas de acción. Dicho en términos más simples, existe antijuricidad de base siempre que un mandato legal establezca la obligación de reparar una lesión contraria a derecho que la víctima no deba soportar, al margen del parámetro de imputación. Aún lo indicado, cabe destacar que no todo daño es indemnizable, sino solo aquel que sea efectivo, evaluable e individualizable. La amplitud del marco de tutela del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración no es óbice del deber de acreditar que el daño es consecuencia de un proceder público. A su vez, debe demostrarse el marco fáctico a partir del cual, es viable desprender la lesión a los bienes extra patrimoniales. No basta alegar la existencia de padecimientos internos, debe demostrarse al menos, los hechos que en teoría, han originado tal detrimento. Ello viene como derivación del principio de carga de la prueba, que dimana del ordinal 317 del Código Procesal Civil, al establecer la necesidad de quien alega tener un derecho, de probar los hechos constitutivos de aquel. No se trata de una inversión de la carga probatoria en una materia que se sustenta en la reparación integral del daño y tiene como pilares el daño y el riesgo creado, sino de la comprobación mínima de los criterios de imputación y hechos que dan origen al daño, como presupuestos elementales de la atribución de responsabilidad y con ello del surgimiento de la obligación reparadora. El ordinal 82 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece como una de las finalidades del proceso, determinar la verdad real de los hechos, mediante cualesquiera medios de prueba. Empero, ello no releva a la parte que aduce tener un derecho oponible a un tercero, como es el caso del derecho de reparación de un daño, de acreditar los fundamentos fácticos que sustentan ese derecho, así como de la existencia misma de la lesión.”

Conforme a los razonamientos empleados ut supra, podemos determinar lo siguiente:

I.- Al poseer la Administración una responsabilidad extracontractual de tipo objetivo no resulta procedente que a priori se de una liberación total de la misma, bajo cualquier tipo de manifestación de voluntad ex ante. Lo anterior, en tanto que la Administración responde por el acaecimiento del hecho generador del daño,

indistintamente de si existe algún criterio de imputación subjetivo a alguno de sus funcionarios.

II.- Conforme lo anterior, el daño ocasionado con motivo o durante el ejercicio de la función pública podría ser indemnizable, si se demuestra una ocasionalidad causal y no se advierten concausas que puedan ralentizar esa responsabilidad. En este orden de ideas, debe determinarse la existencia de una causa eficiente del daño y para tal efecto, puede emplearse la técnica de la exclusión hipotética a efecto de determinar si el hecho que se reputa que genera el daño es efectivamente aquel que lo provoca de manera objetiva y cierta.

III.- Por consiguiente, no es dable una liberación ex ante de responsabilidad, sin tener en consideración las circunstancias objetivas propias del caso, dado que riñe con la responsabilidad objetiva de la Administración Pública en cualquiera de sus manifestaciones.

IV.- Empero es evidente que, de demostrarse una circunstancia eximente de responsabilidad, podría romperse total o parcialmente el nexo de causalidad y por ende cualquier deber de indemnizar. Para el caso de análisis, podría eventualmente determinarse que la negativa de vacunación junto con el incumplimiento de las medidas de prevención y seguridad, podrían romper total o parcialmente el nexo causal, como hecho de la víctima, si se llegara a determinar que el contagio de la persona se dio durante o con motivo de la prestación del servicio.

V.- En el anterior orden de ideas, la firma o no de un documento en tal sentido, resulta innecesaria e irrelevante al existir norma expresa en la materia y al estar condicionada la demostración del rompimiento de la causalidad, a una serie de elementos de valoración en cada caso en particular.

Consecuentemente, no estimamos recomendable la rúbrica de un contrato que pretenda ser “liberatorio” de responsabilidad, toda vez que sus efectos son muy limitados en términos procesales y en cuanto a poseer una efectiva virtud de romper

la responsabilidad administrativa, per se, sin una valoración previa del caso en particular.ⁱ

Empero si es deseo del Consejo Superior, realizar algún tipo de documento en donde quede claro lo anterior, podría optarse por hacer un acto administrativo de carácter general – acuerdo convertido en circular- en donde se aclare la posición institucional de que la negativa de vacunación *podría* tener como efectos romper el vínculo causal de responsabilidad en caso de comprobarse un contagio a la persona servidora durante o con ocasión del servicio, al aplicarse el hecho de la víctima al caso en particular, siempre y cuando la persona se demuestre que no haya adoptado también las medidas complementarias de seguridad dispuestas por el Ministerio de Salud.

Lo anterior, toda vez que conforme se ha indicado en medios de comunicación, la vacunación no asegura el 100% de protección ante un eventual contagio, por lo que debe seguirse las medidas complementarias establecidas y no levantadas por el Ministerio de Salud. ⁱⁱ

Por consiguiente, obligar a una liberación ex ante total de responsabilidad no sería procedente, conforme a los criterios de la ciencia y la técnica y los principios propios de la lógica y la conveniencia.

Ahora bien, si a pesar de los razonamientos indicados, el Consejo Superior, estimare siempre a su criterio, necesaria la rúbrica del documento objeto de consulta, debe tomarse en consideración lo siguiente:

- ❖ La rúbrica del documento debe ser voluntaria, en tanto que podría implicar suministrar datos sensibles de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales.
- ❖ La rúbrica debería consignar que la persona es conocedora que su negativa a vacunarse implica que podría eventualmente romperse el nexo causal por hecho de la víctima, en caso de demostrarse el

contagio del Covid-19 durante o con ocasión del servicio, de comprobarse que no se acató las otras medidas de prevención que disponga el Ministerio de Salud y que consecuentemente se expuso a la enfermedad, a pesar de los controles institucionales.

- ❖ El uso de la información suministrada tendrá un solo efecto, sea informativo, y no podrá tener efectos disciplinarios u otro tipo de efecto adverso a los derechos o intereses de la persona.
- ❖ No se podrá dar divulgación de la negativa de la persona hacia otras personas servidoras o terceros.
- ❖ Podría consignarse en el documento que la persona es conocedora que en caso de demostrarse, previo debido proceso, de manera fehaciente y con una causalidad comprobada, de que con motivo de su negativa a vacunarse y usar las medidas de salud preventivas, él o ella contagió a otras personas o terceros usuarios, se podría generar responsabilidad disciplinaria en su contra.

Como se advierte en cualquiera de los supuestos indicados, no sería procedente una liberación absoluta y ex ante de la responsabilidad administrativa, sino que más bien debe plantearse en términos que la persona es consciente que con su propia decisión de no vacunarse -legítima y constitucional- se está poniendo ella misma en ejercicio de su autonomía de la voluntad, en una situación que eventualmente podría llegar a determinar un eventual rompimiento del nexo causal generador de responsabilidad administrativa, de determinarse que las afectaciones que llegue a sufrir se dieron durante o con motivo de la prestación de servicio y en el entendido de que no adoptó las medidas preventivas establecidas por el Ministerio de Salud.

Todo lo anterior, tendría que demostrarse sea en sede administrativa o jurisdiccional, en tanto que no podría operar ningún tipo de presunción en contra de la persona no vacunada, habida cuenta que estamos en presencia de la responsabilidad objetiva de la Administración, que no admite una exclusión genérica

y apriorística de su deber de indemnizar si no hay demostración del indicado rompimiento del nexo causal.

No es óbice recordar que esta unidad asesora ha indicado que, al día de hoy, no existe una obligación legal de vacunación contra el COVID 19 – excepto en los supuestos establecidos por el órgano competente del Ministerio de Salud- y consecuentemente, este último mantiene una serie de medidas -uso de mascarilla, distanciamiento, aforos, burbujas sociales- como suficientes para evitar el contagio de la respectiva enfermedad. Debido a lo anterior, la Administración tendría la carga procesal de demostrar que la persona servidora se puso en el estado suficiente y necesario para ser contagiado, a pesar de la adopción de las medidas respectivas por parte de la Administración, en complemento a la propia conducta u omisión de la persona servidora.

Conclusión:

De conformidad con los razonamientos realizados, esta unidad asesora concluye lo siguiente:

- I. Por la naturaleza de la responsabilidad objetiva estatal no es procedente una exclusión de la misma a priori que tenga efectos jurídicos válidos, toda vez que dependiendo de las circunstancias objetivas del caso, podría operar o no la misma total o parcialmente y consecuentemente el deber de indemnizar, o eventualmente darse un rompimiento del nexo causal, debidamente demostrado.
- II. La eventual demostración de un hecho de la víctima, de un tercero o de fuerza mayor podría romper total o parcialmente el nexo causal, de demostrarse en sede administrativa o jurisdiccional que la persona servidora se puso en el estado de ser contagiado por falta de vacunación y de adopción de medidas preventivas complementarias. Consecuentemente habría un efecto liberatorio total o parcial de responsabilidad si se llegare a demostrar lo anterior y no haya

demonstración de una conducta u omisión administrativa que concurra como causa eficiente del daño. No obstante, esto no se libera per se y de manera a priori por un documento rubricado por la persona servidora, sino que depende de las circunstancias objetivas del caso, debidamente demostradas.

- III. La rúbrica de un documento en el sentido indicado se torna innecesaria e irrelevante, toda vez que existe suficiente marco normativo en el sentido indicado, así como sendas resoluciones del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Tribunales Civiles y Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia sobre el efecto liberatorio del hecho de la víctima – debidamente comprobado- y los pobres efectos jurídicos de avisos o manifestaciones de voluntad ex ante que pretendan impedir el nacimiento de la responsabilidad del sujeto afecto a responsabilidad objetiva.
- IV. En caso de que el órgano consultante estimare que sí debe hacerse rubricar el documento objeto de consulta, debe tomar en consideración que el mismo debe ser de carácter voluntario, toda vez que tendría implícito el suministro de datos sensibles y deberá adoptarse una serie de previsiones a efecto de que el mismo no lesione derechos fundamentales de las personas y tenga una exclusiva finalidad no sancionatoria.
- V. En todos los supuestos que se quiera generar un efecto jurídico adverso hacia la persona servidora por no vacunarse, sea intentando relevarse de responsabilidad o imponiendo responsabilidad disciplinaria, en el caso de que se genere un contagio hacia otras personas servidoras o usuarios de su parte, la Administración tiene la carga procesal de demostrar el nexo causal entre la presunta conducta u omisión de la persona servidora y la consecuencia dañosa producida.

VI. Debe tomarse en consideración que las anteriores consideraciones también le serían aplicables a aquellas personas que, aunque vacunadas, no sigan las medidas de protección y prevención establecidas por el Ministerio de Salud y se vean contagiadas por tal motivo, lo cual se ha estimado plausible por parte de los órganos técnicos.

Dejamos así evacuada su solicitud de criterio al respecto.

Atentamente,

MSC. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo
Director Jurídico a.i.

Ref: 874-2021

Elaborado con la colaboración:

Licda: Laura Moreira Barrantes

ⁱ Un equiparación para efectos didácticos, es la improcedencia liberatoria de los anuncios que se llegó a estilar poner en parqueos de centros comerciales en donde se consignaba que el lugar no se hacía responsable por los daños causados. Al respecto, ver votos **000467-F-S1-2008** de las catorce horas veinticinco minutos del cuatro de julio de dos mil ocho y **00036-F-S1-2014** de las nueve horas quince minutos del dieciséis de enero de dos mil catorce de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

ⁱⁱ Al respecto, puede verse las siguientes informaciones de las Naciones Unidas:

<https://news.un.org/es/story/2021/02/1488042>, <https://news.un.org/es/story/2020/12/1486062>.