



Informe de Investigación

Título: LA FIGURA DEL SECRETARIO DEL CONCEJO MUNICIPAL.

Rama del Derecho: Derecho Municipal	Descriptor: Atribuciones Municipales
Tipo de investigación: Simple	Palabras clave: Secretario, Concejo Municipal
Fuentes: JURISPRUDENCIA	Fecha de elaboración: 09/2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Normativa.....	1
a) Código Municipal.....	2
3 Jurisprudencia.....	2
a) Criterios emitidos por la Procuraduría General de la República.....	2
Potestades del Secretario del Concejo.....	3
Naturaleza del puesto de Secretario del Concejo.....	14
Sobre la participación del Secretario del Concejo en la decisión de procedimientos administrativos.....	18
b) Criterio de la Sala Primera.....	36
Sobre el nombramiento del organo director en procedimiento administrativo municipal.....	36

1 Resumen

El siguiente informe de investigación recopila los criterios de los tribunales y de la Procuraduría General de la República sobre el tema la función del Secretario del Concejo Municipal, de este modo se analiza la naturaleza de su puesto y de sus funciones.

2 Normativa



a) Código Municipal

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹

CAPÍTULO VII

Secretario del Consejo

Artículo 53. — Cada Concejo Municipal contará con un secretario, cuyo nombramiento será competencia del Concejo Municipal. El Secretario únicamente podrá ser suspendido o destituido de su cargo, si existiere justa causa. Serán deberes del Secretario:

- a) Asistir a las sesiones del Concejo, levantar las actas y tenerlas listas dos horas antes del inicio de una sesión, para aprobarlas oportunamente, salvo lo señalado en el artículo 48 de este código.
- b) Transcribir, comunicar o notificar los acuerdos del Concejo, conforme a la ley.
- c) Extender las certificaciones solicitadas a la municipalidad.
- d) Cualquier otro deber que le encarguen las leyes, los reglamentos internos o el Concejo Municipal.

3 Jurisprudencia

a) Criterios emitidos por la Procuraduría General de la República



Potestades del Secretario del Concejo

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]²

Dictámen: C-134-98

13 de julio de 1998.

Licenciada Anabelle Barboza Castro.

Auditora.

Municipalidad de La Unión.

Estimada Auditora.

Con la aprobación del Procurador General de la República, me es grato contestar la consulta por usted hecha mediante oficio de 15 de junio de 1998.

No exigimos la opinión legal de la Municipalidad por tratarse del órgano supervisor de las finanzas municipales y responderemos por separado cada uno de los temas planteados.

1.-Si en la Municipalidad existe el cargo de Auditor y el de Contador, ¿puede interpretarse el art. 71 del nuevo Código Municipal en el sentido de que las certificaciones de deudas tributarias, serán extendidas por el Contador, o también las pueden extender otros funcionarios? El nuevo Código Municipal estipula lo siguiente:

"ARTICULO 51.-

Cada municipalidad contará con un contador; además, aquellas con ingresos superiores a cien millones de colones deberán tener además un auditor.

"ARTICULO 52.-

Según el artículo anterior, toda municipalidad nombrará a un contador o auditor, quienes ejercerán las funciones de vigilancia sobre la ejecución de los servicios o las obras de gobierno y de los presupuestos, así como las obras que les asigne el Concejo. Cuando lo considere necesario para el buen funcionamiento de los órganos administrativos, la municipalidad solicitará al Concejo su intervención. El contador y el auditor tendrán los requisitos exigidos para el ejercicio de sus funciones.

Serán nombrados por tiempo indefinido y solo podrán ser suspendidos o destituidos de sus cargos por justa causa, mediante acuerdo tomado por una votación de dos tercios del total de regidores del Concejo, previa formación de expediente, con suficiente oportunidad de audiencia y defensa en su favor.

"ARTICULO 71.-

Las certificaciones de los contadores o auditores municipales relativas a deudas por tributos municipales, constituirán título ejecutivo y en el proceso judicial correspondiente solo podrán oponerse las excepciones de pago o prescripción." Por su parte el Código Municipal que quedará derogado a partir del 18 de julio de 1998, decía sobre los mismos puntos:

"Artículo 60.-

En toda municipalidad habrá un Contador, distinto del Tesorero. En las que tengan ingresos ordinarios superiores a diez millones de colones, deberá haber además un Auditor.

La violación a lo dispuesto en el párrafo precedente traerá como consecuencia necesaria la improbación, por parte de la Contraloría General de la República, de cualquier presupuesto de la municipalidad omisa. (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 6890 de 14 de setiembre de 1983).

Artículo 61.-

El Auditor o el Contador, cuando no hubiere Auditor, será nombrado por el Concejo y sólo podrá ser suspendido o removido con justa causa, por la mayoría de las dos terceras partes de los regidores. Artículo 83.-

Las deudas por concepto de impuestos, contribuciones o tasas municipales constituirán hipoteca legal preferente sobre los respectivos inmuebles.

Artículo 84.-

Las certificaciones de los Contadores Municipales relativas a deudas por impuestos, contribuciones o tasas municipales serán título ejecutivo y en el juicio correspondiente sólo podrá oponerse excepción de pago o de prescripción."

Es claro entonces que en las Municipalidades donde existe un Auditor, será el Contador quien emita las certificaciones sobre deudas tributarias puesto que el Auditor cumpliría funciones de supervisión general.

Ahora bien, sobre la potestad de certificación de deudas tributarias ha dicho la Procuraduría en el dictamen C-077-94:



"II. Análisis del Caso y Conclusión.

La potestad certificante del Estado y sus instituciones se encuentra contemplada, de modo genérico, en el artículo 65 de la Ley General de la Administración Pública, el cual preceptúa:

"Artículo 65.

Todo órgano será competente para realizar las tareas regladas o materiales necesarias para la eficiente expedición de sus asuntos.

La potestad de emitir certificaciones corresponderá únicamente al órgano que tenga funciones de decisión en cuanto a lo certificado o a su secretario."

Sobre el contenido de la misma, la doctrina se ha pronunciado en los siguientes términos:

"Puede estructurarse la función administrativa certificante como aquella desarrollada por el Estado de forma exclusiva o por entidades públicas o paraestatales e incluso personas físicas por su concesión, que tiene por objeto la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas o relaciones, en intervenciones de las relaciones jurídicas individuales, o en intervenciones jurídico-públicas, por razones de seguridad jurídica e interés general." (MARTINEZ JIMENEZ, José Esteban, La Función Certificante del Estado, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, p. 21)" Y en el dictamen C-116-96, dijo la Procuraduría:

"Delimitado el concepto jurídico de la certificación y de la constancia, constituyendo esta última una razón de certeza que da el depositario de la fe pública, es conveniente reproducir lo que esta Dependencia(3), expresó sobre una consulta similar (Dictamen C-046-92. En igual sentido C-053-94 y C-077-94):

"...esta Procuraduría y concretamente mediante pronunciamientos números 48-73 de 24 de setiembre de 1973 (C-047-82 de 17 de marzo de 1982) y C-131-79 de 9 de julio de 1979, sostuvo, en los dos primeros, "que las certificaciones, constancias o informes deben necesariamente ser expedidos por la oficina en cuyos archivos o registros aparezca en forma fehaciente y pormenorizado el dato que debe hacerse constar...", y por el tercero, que "el punto específico sobre quién puede certificar, queda resuelto por la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 del 2 de mayo de 1978, la que en su artículo 65, inciso 2), establece textualmente lo que sigue: "... La potestad de emitir certificaciones corresponderá únicamente al órgano que tenga funciones de decisión en cuanto a lo certificado o a su secretario".

En igual sentido esta Procuraduría se pronunció en Dictamen C-053-94).



" (...) Sobre esta última afirmación, es menester recordar que la potestad de emitir este tipo de certificaciones constituye, como bien lo dijo esta Procuraduría en el citado dictamen, una "típica potestad de imperio" que, además, eventualmente integra el ámbito de competencias externas de un determinado órgano administrativo.

Sobre este tipo de potestades, dispone la Ley General de la Administración Pública que la competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de las mismas (artículo 59)...

La función certificante es aquella "desarrollada por el Estado de forma exclusiva o por entidades públicas o paraestatales e incluso personas físicas por su concesión, que tiene por objeto la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas o relaciones, en intervenciones de las relaciones jurídicas individuales, o en intervenciones jurídico-públicas, por razones de seguridad jurídica e interés general" (José Esteban Martínez Jiménez, "La función certificante del Estado", Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977, p. 21). El acto de certificación "es una declaración de conocimiento con la finalidad de asegurar la verdad de lo que en él se contenga y que la Administración conoce. La Administración, para emitir estos actos, constituye unos datos que, por razones de seguridad jurídica e interés general, va a declarar son ciertos. Esta declaración la realiza mediante un acto administrativo de certificación en el que manifiesta ser verdad (real o formal) aquello que conoce y es objeto de dicho acto" (ibid., p. 97).-

Ciertamente, el acto de certificación se verifica en ejercicio de una potestad conservativa, que son aquellas que, en oposición a las innovativas, "se ordenan a conservar, tutelar, realizar situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o extinguirlas" (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo", tomo I, Madrid, Civitas, 1975, p. 259). Dicho acto de certificación, entonces, no innova sino simplemente refrenda hechos o actos que preexisten, pero que sin ese refrendo son dubitables: "Todo acto de certificación se limita, por naturaleza, a investir de un alto grado de certeza su contenido, lo cual, y ya en cuanto a su posible utilización por el poder judicial, le otorga igualmente un alto valor probatorio" (José Esteban Martínez Jiménez, op. cit., p. 98).-

En relación con este último aserto, cabe resaltar que las certificaciones de adeudo tributario, al igual que las contempladas en el numeral 210 de la Ley General de Administración Pública, no sólo gozan de ese valor probatorio privilegiado ante estrados judiciales de los hechos constatados, sino que en sí mismas son base suficiente para iniciar acción ejecutiva contra el administrado. De ahí que, con claridad meridiana, puedan conceptualizarse como la manifestación de actos decisorios externos, que traducen la majestad imperial del Estado;

por lo cual, resulta más que prudente reservar su titularidad al jerarca correspondiente, tal y como expresamente lo contempla la mencionada disposición de la Ley General de la Administración Pública.-

Los órganos externos en cualquier organización administrativa, son aquellos que, a diferencia de los internos, "manifiestan y declaran la voluntad, el conocimiento o el juicio de la organización a los

terceros" (José Antonio García-Trevijano Fos, op. cit., p. 226). Indudablemente, tiene tal carácter el jerarca correspondiente y, en las hipótesis en que coexista con otros órganos de la misma naturaleza, los actos de éstos últimos son plenamente recurribles ante aquél, salvo norma en contrario o desconcentración operada por ley o reglamento (artículos 83 y 106 de la Ley General de la Administración Pública). Es decir, en principio los actos decisorios externos corresponden al jerarca, bien por provenir directamente de él, bien por ser recurribles ante el mismo.-

Coherentemente con lo expuesto y dado que la emisión de certificaciones de adeudo tributario es un acto definitivo que causa estado, debe entenderse legalmente reservada a la órbita competencial del jerarca. No cabiendo, entonces, contra este tipo de acto impugnación alguna en sede administrativa, la expedición de esos documentos públicos es del exclusivo resorte del jerarca respectivo que, en el caso que nos ocupa, es el Director General de Tributación Directa. Así ha de de la organización administrativa correspondiente.-

En abono a las anteriores conclusiones, téngase en cuenta que el artículo 65 de la Ley General de la Administración Pública establece, en su párrafo segundo, lo siguiente: "La potestad de emitir certificaciones corresponderá únicamente al órgano que tenga funciones de decisión en cuanto a lo certificado o a su secretario".-

Dicho órgano, en la especie, no puede ser otro que el Director General de la Tributación Directa. Como jerarca de esa administración tributaria, es el órgano que tiene funciones de decisión en relación con lo certificado, es decir, el adeudo tributario".

En este caso, cabe aplicar esos criterios a las certificaciones que, por deudas tributarias, deba expedir la Municipalidad de La Unión.

2.-Como segunda cuestión, se nos consulta si los ingresos de la municipalidad pueden ser mayores a los egresos, pues esto no lo especifica el art. 91 del Código Municipal.

Consideramos que no existe ninguna prohibición legal para que se gaste menos de los presupuestado para un período fiscal, porque el presupuesto constituye una autorización de gasto, no una obligación ineludible. Así, los fondos no utilizados pasarán al siguiente presupuesto.

Por otra parte, este fenómeno podría causar otros efectos no presupuestarios, como serían las responsabilidades personales del Alcalde y de otros funcionarios municipales encargados de ejecutar los proyectos o programas reflejados en el presupuesto, quienes tendrían que explicar a los concejales las razones de ello.

3.-Si el art. 100 párrafo segundo prohíbe modificar el presupuesto para crear nuevas plazas y aumentar salarios, ¿Pueden crearse nuevas plazas y aumentarse salarios con el presupuesto extraordinario? Los artículos 93, 100 y 101 del nuevo Código Municipal dicen:



"ARTICULO 93.-

Las municipalidades no podrán destinar más de un cuarenta por ciento (40%) de sus ingresos ordinarios municipales a atender los gastos generales de administración.

Son gastos generales de administración los egresos corrientes que no impliquen costos directos de los servicios municipales.

"ARTICULO 100.-

Dentro de un mismo programa presupuestado, las modificaciones de los presupuestos vigentes procederán, cuando lo acuerde el Concejo. Se requerirá que el Concejo apruebe la modificación de un programa a otro, con la votación de las dos terceras partes de sus miembros.

El presupuesto ordinario no podrá ser modificado para aumentar sueldos ni crear nuevas plazas, salvo cuando se trate de reajustes por aplicación del decreto de salarios mínimos o por convenciones o convenios colectivos de trabajo, en el primer caso que se requieran nuevos empleados con motivo de la ampliación de servicios o la prestación de uno nuevo, en el segundo caso.

Los reajustes producidos por la concertación de convenciones o convenios colectivos de trabajo o cualesquiera otros que impliquen modificar los presupuestos ordinarios, sólo procederán cuando se pruebe, en el curso de la tramitación de los conflictos o en las gestiones pertinentes, que el costo de la vida ha aumentado sustancialmente según los índices de precios del Banco Central de Costa Rica y la Dirección General de Estadística y Censos."

"ARTICULO 101.-

Los gastos fijos ordinarios solo podrán financiarse con ingresos ordinarios de la municipalidad.

Los ingresos extraordinarios solo podrán obtenerse mediante presupuestos extraordinarios, que podrán destinarse a reforzar programas vigentes o nuevos. Estos presupuestos podrán acordarse en sesiones ordinarias o extraordinarias." Del análisis de estas normas podemos concluir que no existe una prohibición absoluta de crear nueva plazas o para aumentar salarios, sino que ello está condicionado la comprobación de ciertas condiciones.

En el caso de las nuevas plazas, podrían aprobarse siempre que se hayan abierto nuevos servicios o que se amplíen los ya existentes. Así, la norma pretende que el acto por el que el Concejo Municipal crea nuevas plazas, deba necesariamente estar fundamentado en estudios que demuestren que es deficiente la prestación de un determinado servicio, porque lo prestan menos empleados de lo necesario. También deberá demostrar el Concejo que las nuevas plazas creadas obedecen a la apertura de un servicio no prestado hasta ese momento.



Estos requisitos de validez de los acuerdos municipales en esta materia, son un mecanismo de fiscalización ideado por el legislador para concentrar los ya de por sí exigüos recursos municipales hacia obras y servicios públicos.

Asimismo, está previsto el aumento de salarios pero conforme al decreto sobre salarios mínimos que el Poder Ejecutivo dicta cada seis meses, o como cumplimiento de convenios colectivos de trabajo, y se haya comprobado el aumento del costo de la vida "según los índices de precios del Banco Central de Costa Rica."

Por otra parte el artículo 101 presenta un elemento condicionante sobre estos posibles aumentos de salarios o sobre la posibilidad de creación de nuevas plazas, y es que los gastos fijos ordinarios sólo pueden financiarse con el presupuesto ordinario, y además el artículo 93 impone el 40% como límite para el gasto ordinario general de la administración municipal en relación con el total del presupuesto.

Entonces, no podrán aumentarse salarios ni crearse nuevas plazas si los gastos administrativos ordinarios fijos ya han llegado al tope del 40% respecto del presupuesto total, y si no han aumentado los ingresos ordinarios de la Municipalidad.

En sentido contrario, cuando aumente la recaudación de impuestos, tasas y precios y las nuevas cifras de los gastos de administración ordinarios municipales no superan el 40% del presupuesto, sí podrán aumentarse salarios y crear nuevas plazas para ampliar servicios existentes o abrir nuevos.

Por último, no es posible financiar gastos ordinarios como salarios, con ingresos extraordinarios. En este sentido, el Código pretende que esos ingresos como lo son los créditos, sean empleados en obras específicas.

4. ¿Si en la municipalidad hay auditor, debe firmar las nóminas de pago a que se refiere el art. 104 del Código Municipal? El artículo 104 debe interpretarse en relación con el art. 51, puesto que si el presupuesto no es superior a los 100 millones de colones, no habrá un auditor además del contador. Entonces si se cumple este requisito, el contador asumiría las funciones de recibir las nominas de pago; todo bajo la fiscalización del auditor.

5.-¿Quiere decir el artículo 122.a) que ningún salario de la municipalidad será inferior al salario mínimo? Y si es así, ¿A cuál salario mínimo se refiere el Código? Pese a que existe un régimen general de salarios mínimos regulado por la Ley N°832 de 1949 y sus reformas, y que cada 6 meses el Consejo Nacional de Salarios dicta los salarios mínimos que regirán para el Gobierno de la República, el régimen laboral de las municipalidades es completamente autónomo, como autónomas son también las municipalidades.

Véase lo resuelto por esta Procuraduría sobre el tema: "Según lo establece el numeral 170 de la Constitución Política, las corporaciones municipales son autónomas. Además dispone la misma, en su artículo 175, que las Municipalidades dictarán sus presupuestos, los cuales requerirán de la aprobación de la Contraloría General de la República para su vigencia.

Dentro del marco de dicha autonomía, encuentra asidero la fijación de los salarios de los funcionarios municipales, con los límites que la Constitución y la ley determinen.

Es así como el Código Municipal -Ley No.4574 del 4 de mayo de 1970 y sus reformas -, dispone:

"Artículo 21.-

Son atribuciones del Concejo: (...)

d) Celebrar convenios, comprometer los fondos o bienes y autorizar los egresos de la municipalidad, con la salvedad de los gastos fijos y de las adquisiciones de bienes y servicios, hasta por los siguientes montos, los cuales estarán bajo la competencia del Ejecutivo Municipal: (...)" (El resaltado no es del original).

El recién citado numeral establece que los gastos fijos, dentro de los que se encuentran los salarios, son competencia del Ejecutivo Municipal. Es así como en detalle el artículo 142 del mismo cuerpo normativo especifica que:

"Artículo 142.-

El Ejecutivo elaborará y mantendrá al día un Manual Descriptivo de Empleos que contendrá una descripción clara de las labores, deberes y requisitos mínimos de cada puesto, y el salario respectivo. El Manual y la Escala de Sueldos deberá ser aprobada por el Concejo.

Para elaborar y actualizar el Manual, y la Escala de Sueldos, el Ejecutivo podrá solicitar la colaboración de la Dirección General del Servicio Civil, la cual estará obligada a prestarla." (El resaltado no es del original).

En virtud de la norma recién citada, es evidente que el Ejecutivo Municipal puede elaborar y modificar el Manual Descriptivo de Empleos dentro del cual se especificará el salario respectivo de cada puesto de la municipalidad. Sin embargo, el Manual y la escala de salarios deberán ser aprobados por el Concejo Municipal." Dictamen C-015-96.

Como criterio adicional, cabe citar este otro dictamen de la Procuraduría: "Resulta entonces que las corporaciones municipales son las competentes para regular la estructura salarial propia, de manera autónoma en relación con las disposiciones de la Autoridad Presupuestaria, a la luz de lo



preceptuado en el artículo 142 y concordantes del Código Municipal (**). En el ejercicio de tal potestad, los órganos correspondientes deberán atenerse a los principios constitucionales que son propios de las relaciones de empleo público, regidas por el Derecho Administrativo (artículo 112.1 de la Ley General de la Administración Pública), a la luz de la jurisprudencia constitucional en esta materia." (Dictamen N° C-033-94, de 24 de febrero de 1994).

Así las cosas, el salario mínimo para cada categoría de puestos será fijado por cada municipalidad, cumpliendo las reglas fijadas en el Código Municipal y atendiendo las particularidades de cada cantón.

6.-¿Cómo se interpreta el artículo 146 respecto de los plazos para computar el derecho a las vacaciones de los empleados municipales? El texto del artículo 146 tiene como antecedente el art. 153 del Código de Trabajo, que estableció el año de trabajo en 50 semanas pero para efecto del derecho a disfrutar de vacaciones. Según esta fórmula, después de 50 semanas de trabajo el empleado tiene derecho a dos semanas de vacaciones. Así se completa el año calendario. Pero el nuevo Código Municipal amplió el período de vacaciones conforme avanza el tiempo laborado, de modo que hasta los primeros 4 años y 50 semanas de trabajo, el funcionario municipal tendrá derecho a quince días hábiles anuales de vacaciones. Esto, por supuesto, sobrepasa el año calendario.

Cuando se cumplan 50 semanas laboradas del quinto año, y hasta las 50 semanas del noveno año, el funcionario tendrá derecho a 20 días hábiles de vacaciones. Por último, cuando se cumplan las 50 semanas del décimo año, los funcionario disfrutarán de 30 días hábiles de vacaciones.

Visto así lo dispuesto por el artículo 146 incisos i, ii y iii , no consideramos que ha quedado al descubierto un año por cada período de trabajo como se nos consulta.

7.-Si el artículo 170 del Código Municipal dice que las Municipalidades deben aportar el 3% de sus ingresos ordinarios anuales a los comités cantonales de deportes, pero la Ley General del Deporte establece que la partida será del 1.5%, ¿Cuál Ley se aplica? El Código Municipal , Ley N°7494, fue publicado en La Gaceta del 18 de mayo de 1998 y la Ley de Creación del Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación y del Régimen Jurídico de la Educación Física, el Deporte y la Recreación, N°7800, fue publicada en el Alcance N°20 a La Gaceta N°103 de 29 de mayo de 1998. El texto del artículo 170 del Código Municipal es este:

"ARTICULO 170.-

Los comités cantonales de deportes y recreación coordinarán con la municipalidad respectiva lo concerniente a inversiones y obras en el cantón. Las municipalidades deberán asignarles un mínimo de un tres por ciento (3%) como mínimo de los ingresos ordinarios anuales municipales, que se distribuirá en un diez por ciento (10%) máximo para gastos administrativos y el resto para programas deportivos y recreativos. Además, deberá proporcionarles local que será su sede y todas las facilidades para el cabal cumplimiento de sus fines." Como puede apreciarse, esta norma constituye una obligación para el Concejo Municipal de reservar "un mínimo" del 3% de sus



ingresos ordinarios anuales para transferirlos a los comités cantonales de deportes. Conforme al artículo Transitorio III, el Código entrará en vigor dos meses después de publicado en el Diario Oficial, esto es el 18 de julio de 1998.

Por su parte la Ley N°7800 estipula en los artículos 67 y 68:

"ARTICULO 67.-

Las municipalidades de la República, incluyendo los concejos municipales de distrito, podrán incluir en sus presupuestos ordinarios anuales, una subvención para los programas deportivos, así como para programas de actividad física, recreación y deporte para todos, en la respectiva jurisdicción; dicha subvención no será inferior al uno y medio por ciento (1,5%), conforme al Código Municipal, con la finalidad de que estos programas puedan ser organizados por los comités cantonales.

La municipalidad podrá proporcionarles un funcionario administrativo, un local que será su sede y todas las facilidades para el cumplimiento cabal de sus fines.

ARTICULO 68.-

La subvención referida en el artículo anterior, deberá girarse directamente a los comités cantonales, los cuales podrán disponer de esas sumas únicamente para los programas que contemple el respectivo plan de trabajo anual, debidamente aprobado por el Consejo.

Asimismo, los comités cantonales deberán rendir informes trimestrales al Instituto y a la municipalidad respectiva, donde se especifique, entre otros asuntos que fijará su reglamento, la actividad promocionada y su costo." En cuanto al plazo de vigencia el Transitorio VI de la Ley 7800 dice que entrará en vigor el día primero de agosto de 1998. Entonces tenemos que el Código Municipal es una Ley General sobre municipalidades y es anterior tanto en su promulgación como en su fecha de vigencia, y tenemos que la Ley 7800 es una Ley especial sobre el deporte, y es posterior en su publicación y en su fecha de vigencia, de manera que prevalece la última ley publicada que regula exactamente el mismo punto jurídico.

Esta solución está avalada por lo dispuesto por el artículo 129 párrafo quinto, de la Constitución cuyo texto es el siguiente: "Artículo 129...

La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario." No fue prevista una norma similar en el Código Municipal, ni en la Ley General de la Administración Pública. Pero esta última remite al derecho privado como complemento final de la legislación sobre las instituciones públicas (artículos 2.2 y 9.2). Entonces podemos recurrir al art. 8 del Código Civil, que debe aplicarse como norma supletoria del Código Municipal:

"Artículo 8 Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse ni costumbre o práctica en contrario.

La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.

Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado." Por ello es que hemos concluído que la Ley 7800 es un norma especial sobre deportes y es posterior al Código Municipal, para el que el deporte es un tema secundario; de manera que prevalece la Ley N°7800.

Definido este punto formal, cabe indicar que con ello se produce un gran cambio en la materia, puesto que el art. 170 del Código Municipal estableció una obligación sobre la municipalidad y definió una transferencia mínima del 3% de los ingresos ordinarios anuales; en tanto la Ley 7800 define una posibilidad, no una obligación, de contribuir con los comités cantonales de deportes y disminuyó la contribución a un mínimo del 1.5% "conforme al Código Municipal", esto es, de los ingresos ordinarios anuales (art. 170). En otras palabras, a partir del 1° de agosto de 1998, las municipalidades "podrán" destinar un mínimo del 1.5% de sus ingresos ordinarios anuales, para el funcionamiento de los comités cantonales de deportes que operen en el cantón.

8.-¿quiénes ocuparán los cargos de Alcaldes Suplentes y cuáles son los requisitos de elección, su relación de trabajo con la municipalidad? Sobre los Alcaldes suplentes dice el artículo 14 del Código municipal: "ARTICULO 14.-

Denomínase alcalde municipal al funcionario ejecutivo indicado en el artículo 169 de la Constitución Política.

Existirán dos alcaldes suplentes, quienes sustituirán al Alcalde Municipal en sus ausencias temporales y definitivas, además de cumplir las otras funciones asignadas en este código.

Los funcionarios mencionados en los párrafos anteriores serán elegidos popularmente, mediante elecciones generales que se realizarán el primer domingo de diciembre, inmediatamente posterior a la elección de los regidores. Tomarán posesión de sus cargos el primer lunes del mes de febrero siguiente a su elección. Podrán ser reelegidos y sus cargos serán renunciables.

El Tribunal Supremo de Elecciones repondrá al alcalde propietario que cese en su cargo o sea destituido por las causas previstas en este código, con los suplentes del mismo partido político, siguiendo el orden de elección de estos." Pese a ello, y por tratarse de materia electoral, considera la Procuraduría General de la República que la interpretación de estas normas es competencia exclusiva del Tribunal Supremo de Elecciones como lo resuelve claramente el artículo 102.3 de la Constitución, de modo que no podremos definir las demás cuestiones que se nos consultan sobre



estos funcionarios.

9.-Si el artículo Transitorio III garantiza la inamovilidad de los funcionarios actuales de las municipalidades, respecto de los nuevos requisitos legales, ¿Permanecerán en sus cargos los auditores municipales nombrados por inopia sin los requisitos legales? ¿Gozan de la inamovilidad a que se refiere el art. 15 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República? Es claro que si los auditores municipales habían sido nombrados por inopia bajo las reglas del Código anterior, y ya gozaban de la protección que establece el art. 15 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, no existe ninguna razón para considerar que deberán dejar el cargo o que no continuarán protegidos por esa norma.

Es decir, no por el hecho de haber sido nombrados por inopia bajo las reglas del Código anterior, quedan desprotegidos frente a actos ilegales de destitución en su contra. Ver los artículos 51 y 52 del nuevo Código.

10.-¿De quién depende el Secretario del Concejo Municipal? Conforme al artículo 53 del Código Municipal, el Secretario del Concejo Municipal depende de este órgano, sobre todo porque el artículo 152 expresamente lo excluye del todo el régimen disciplinario que ejerce el Alcalde Municipal sobre los demás funcionarios o empleados. La frase final de este artículo dice: "El concejo Acordará las acciones que afectan a los funcionarios directamente dependientes de él." Quedan así respondidas todas las cuestiones presentadas por la auditora municipal de La Unión.

Naturaleza del puesto de Secretario del Concejo

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]³

Dictamen: DC-153-2003

29 de mayo del 2003

Señora

María Teresa Marín Coto

Auditora Interna

Municipalidad de Oreamuno

S. O.

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, me es grato referirme a su oficio 019-AI-03 de 12 de los corrientes, a través del cual solicita el criterio de la Procuraduría General de la República sobre si el puesto de secretario es de confianza y si es un puesto político, o sea que puede ser cambiado cada cuatro años, cuando se renueva el Concejo.

I.-ANTECEDENTES.

A.-Criterio de la Asesoría Legal del órgano consultante.

En vista de que la consulta se plantea con fundamento en el artículo 45 de la Ley General de Control Interno, Ley N° 8292 de 27 de agosto del 2002, mediante el cual se modificó el artículo 4° de nuestra Ley Orgánica, no se adjunta el criterio legal respectivo.

B.-Criterios de la Procuraduría General de la República.

El Órgano Asesor, en diversas oportunidades, se ha pronunciado sobre temas afines. En efecto, en el dictamen C-134-98 de 13 de julio de 1998, expresamos, en lo que interesa, lo siguiente:

"10.-¿De quién depende el Secretario del Concejo Municipal?

Conforme al artículo 53 del Código Municipal, el Secretario del Concejo Municipal depende de este órgano, sobre todo porque el artículo 152 expresamente lo excluye del todo el régimen disciplinario que ejerce el Alcalde Municipal sobre los demás funcionarios o empleados. La frase final de este artículo dice: 'El concejo Acordará las acciones que afectan a los funcionarios directamente dependientes de él.'"

II.-SOBRE EL FONDO.

El artículo 53 de la Ley N° 7794 de 30 de abril de 1998, Código Municipal, dispone lo siguiente:

"SECRETARIO DEL CONCEJO

ARTÍCULO 53.-

Cada Concejo Municipal contará con un secretario, cuyo nombramiento será competencia del Concejo Municipal. El Secretario únicamente podrá ser suspendido o destituido de su cargo, si existiere justa causa. Serán deberes del Secretario:

a) Asistir a las sesiones del Concejo, levantar las actas y tenerlas listas dos horas antes del inicio

de una sesión, para aprobarlas oportunamente, salvo lo señalado en el artículo 48 de este código.

b) Transcribir, comunicar o notificar los acuerdos del Concejo, conforme a la ley.

c) Extender las certificaciones solicitadas a la municipalidad.

d) Cualquier otro deber que le encarguen las leyes, los reglamentos internos o el Concejo Municipal."

Por su parte, el numeral 118 de ese cuerpo normativo, indica lo siguiente:

"ARTÍCULO 118.-

Los servidores municipales interinos y el personal de confianza no quedarán amparados por los derechos y beneficios de la Carrera administrativa municipal, aunque desempeñen puestos comprendidos en ella.

Para los efectos de este artículo, son funcionarios interinos los nombrados para cubrir las ausencias temporales de los funcionarios permanentes, contratados por la partida de suplencias o por contratos para cubrir necesidades temporales de plazo fijo u obra determinada y amparada a las partidas de sueldos por servicios especiales o jornales ocasionales.

Por su parte, son funcionarios de confianza los contratados a plazo fijo por las partidas antes señaladas para brindar servicio directo al alcalde, el Presidente y Vicepresidente Municipales y a las fracciones políticas que conforman el Concejo Municipal."

De la normativa transcrita, se infiere, con un alto grado de certeza, que el secretario del Concejo no es un funcionario de confianza y, por ende, no puede ser removido aduciendo como motivo de tal acto la integración de un nuevo Concejo, debido al cambio que se produce en él cada período de cuatro años. En primer lugar, porque, a diferencia de lo que ocurre con los funcionarios de confianza, los cuales, según la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueden ser removidos libremente, sin sujeción alguna, ni trámite ni procedimiento (véanse, entre otros votos los números 5778-94, 5222-94 y 1692-90); en el caso que nos ocupa, la suspensión o sustitución sólo puede ser acordada cuando exista justa causa. De lo anterior se desprende, que estamos en presencia de puestos de naturaleza diferente y, por ende, el cargo de secretario no puede ser subsumido dentro de la categoría de puestos de confianza.

En segundo término, el hecho de que se dé una nueva integración del Concejo no constituye una justa causa para remover a su secretario, toda vez que ese acto es ajeno a él y, por consiguiente, no le puede ser imputado. Así las cosas, cuando el legislador habla de justa causa hay que partir, necesariamente, de la premisa de que se trata de actos realizados por el secretario que ameritan su suspensión o separación del cargo.

Por otra parte, cuando en el numeral 118 del Código Municipal se habla de puestos de confianza, no se menciona el de secretario del Concejo. Si esa hubiera sido la intención del legislador, dentro de la lista que ahí se indica se le hubiera incluido. Empero, más bien se excluyó de los órganos



municipales que pueden contar con funcionarios de confianza, al Concejo. Así las cosas, resulta también claro que el secretario de ese órgano no es un funcionario de confianza.

Por último, es importante traer a colación lo que la Procuraduría General de la República ha señalado sobre los empleados de confianza, apoyada en los votos del Tribunal Constitucional. En el dictamen C-096-1999 del 20 de mayo de 1999, se indicó al efecto lo siguiente:

"En este sentido, la autorizada jurisprudencia patria, ha señalado que los empleados de confianza por la clase de función que realizan 'se caracterizan principalmente porque interviene en la dirección y en la vigilancia de la empresa pero, además, participa de manera directa e inmediata en la realización de sus fines, relacionándolo con la vida misma de ella y con sus intereses.' Sala Segunda de la Corte. N° 195 de 9:40 horas del 21 de agosto de 1992.

Por otra parte, la autorizada doctrina los ha definido como aquellos altos empleados que: '...ocupan puestos de vigilancia superior y se encuentran investidos de funciones directivas, con amplia libertad en su gestión dentro de la empresa, por fiscalizar la actividad de los empleados inferiores y tener además potestad disciplinaria, causa por la cual su propia condición los releva del cumplimiento de horarios estrictos; y si bien muchas veces las necesidades de la empresa hacen que deban superar la jornada máxima, en general pueden organizar su actividad y disponer de su tiempo con la mayor latitud.' (...) CABANELLAS, Guillermo. 'Tratado de Derecho Laboral' Editorial Heliasta R.L. Buenos Aires, 1988, T.II, Vol. 2."

Pero, además, existe otro criterio para la determinación de la naturaleza de los puestos de confianza, cual es la libre elección y remoción de los funcionarios. En el dictamen N° C-133-98 del 13 de julio de 1998, se indicó al respecto lo siguiente:

"...en materia de administración de personal la idoneidad -que incluye el concurso- se convierte en el elemento esencial y característico de los nombramientos de los servidores de carrera; mientras que en lo relativo al acceso a los puestos de confianza, si bien puede concurrir la exigencia de ciertos requisitos para el desempeño del puesto (en aquellos casos donde se justifique), lo que priva es el libre nombramiento -y la correlativa libertad de remoción-. De ahí que resulte del todo irrazonable, así como contrario a los principios de conveniencia y sana administración, el ingreso a puestos de carrera (con la estabilidad que ello presupone) de quienes fueron nombrados libremente en cargos de confianza, o sea, sin sujeción al requisito de la "idoneidad comprobada" que exige categóricamente nuestra Constitución..."

III.-CONCLUSIÓN.

El secretario del Concejo no es un puesto de confianza; por consiguiente, no puede ser removido de su cargo aduciendo como motivo el cambio en la integración de ese órgano.

De usted, con toda consideración y estima,



Sobre la participación del Secretario del Concejo en la decisión de procedimientos administrativos.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁴

Dictamen: C-277-2005

4 de agosto de 2005

Señora

Annia Picado Mesén

Secretaria Municipal a.i.

Municipalidad de Pérez Zeledón

S. O.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, nos referimos a su oficio número TRA-400-05-USM de fecha 9 de junio de 2005, recibido en esta Procuraduría el día 13 de junio siguiente.

I. Objeto de la consulta:

La Municipalidad de Pérez Zeledón, mediante acuerdo del Concejo Municipal tomado en la sesión ordinaria número 162-05 artículo 7), inciso 3), celebrada el día 7 de junio de 2005, dispuso lo siguiente:

“Conocido el documento presentado por el órgano director del caso del Local No. 15 de la Terminal de Buses y Mercado Municipal, referido a la Relación de Hechos probados y no probados, se conoce el mismo y previo a emitir el acto final que resuelva este asunto de conformidad con el artículo 173 (sic), Ley General de Administración Pública. Trasládese el expediente Administrativo íntegramente a la Procuraduría General de la República, para que rinda el dictamen vinculante acerca de la Nulidad Absoluta, Evidente y Manifiesta de los actos que se conocen en este proceso Administrativo ”



Se adjunta el expediente administrativo levantado al efecto.

II. Antecedentes:

Con vista en el expediente administrativo, número AMD-015-02-USM, que se ha hecho llegar a este Órgano Asesor, y por lo que se manifestará más adelante, resulta de importancia reseñar los siguientes hechos:

1. Mediante acuerdo del Concejo Municipal de Pérez Zeledón tomado en el artículo 5 inciso 5) de la sesión 128-00 del 27 de junio de 2000, se acordó autorizar al señor Carlos Navarro Zúñiga el traspaso del local número 15 de la Terminal de Buses Municipal, que venía siendo ocupado por la Empresa GAFESO; así como el cambio de línea de venta de tiquetes a carnicería. (Relación de hechos visible a folio 50 del expediente administrativo).
2. Mediante Acuerdo Municipal que consta en el acta número 019-02, artículo 6) inciso 4.D) del 10 de setiembre del 2002, se conforma el órgano director del procedimiento para: "...dar tratamiento al caso del local número 15 de la Terminal de Buses y Mercado Municipal..." ocupado por el señor Carlos Navarro Zúñiga, quedando conformado por los siguientes regidores municipales: Roxana Campos Cubillo, Isidro Montealegre Rodríguez y Marina Mora Acuña. La última funcionaria citada fue sustituida posteriormente por el señor Manuel Ureña Rojas quien ostenta el puesto de Presidente Municipal. (folios 5 y 42 del expediente administrativo).
3. Mediante oficio número OFI-001-04-ODP de fecha 01 de octubre de 2004, el órgano director del procedimiento emite el acto inicial del procedimiento, realizando al efecto la relación de hechos que se examinan en el procedimiento administrativo y emplazando a las partes para que señalen lugar para atender notificaciones. El referido oficio fue notificado a las partes involucradas en el procedimiento (folios 40 a 74 del expediente administrativo).
4. Mediante oficio OFI-004-04-ODP de fecha 29 de noviembre de 2004. el órgano director del procedimiento convocó a una audiencia oral y privada a las 8 horas del día 11 de enero de 2005. Dicha resolución fue comunicada a las partes (folios 94 a 101 del expediente administrativo).
5. Que el día 11 de enero de 2005 se celebró la audiencia oral y privada. El órgano director levantó un acta de la referida audiencia según consta a folios 141 a 153 del expediente administrativo. Dicha acta fue puesta en conocimiento de las partes según consta a folios 154 a 169 del expediente administrativo.
6. Que mediante resolución de la Sala Constitucional dictada a las catorce horas treinta y nueve minutos del nueve de mayo pasado, se le dio curso al recurso de amparo interpuesto por el señor Jorge Monge Agüero contra el Presidente del Concejo Municipal de Pérez Zeledón y el Presidente del órgano director del procedimiento administrativo de estudio (folios 173 y 174 del expediente



administrativo). A la fecha el referido recurso no ha sido resuelto.

Tal y como se desprende de la enumeración de actuaciones indicadas supra, el procedimiento iniciado guarda relación con la situación de un local del Mercado Municipal de Pérez Zeledón, específicamente el local número 15, por lo que es conveniente, previo a examinar los aspectos propios del procedimiento para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, referirnos a la naturaleza de los mercados municipales.

III. Sobre la naturaleza de los mercados municipales:

Los mercados municipales son bienes de dominio público, en los términos dispuestos en los numerales 261 y 262 del Código Procesal Civil, al estar destinados al uso y utilidad común de la población.

La Sala Constitucional ha reconocido esa naturaleza demanial en el voto número 4675-97 de las 15 horas 45 minutos del 13 de agosto de 1997, en el que retoma los argumentos esbozados en los votos números 5231-94 de las 15 horas 18 minutos del 13 de setiembre de 1994, 3212-96 de las 12 horas 48 minutos del 28 de junio de 1996 y 3527-96 de las 17 horas 21 minutos del 10 de julio del mismo año, en los términos que se indican de seguido:

"IV.-

NATURALEZA DE LOS MERCADOS MUNICIPALES Y EL ARRENDAMIENTO DE SUS LOCALES
: Considera esta Sala importante para la resolución de este asunto, transcribir textualmente algunos extractos de sentencias, en las cuales se ha tratado este punto:

La sentencia N° 5231-94 de 15:18 horas del 13 de setiembre de 1994 determina la naturaleza de los mercados municipales como bienes de dominio público, en razón del fin al que están dedicados, y, en consecuencia, el régimen de administración y explotación al que quedan sujetos. Se dispuso en esa sentencia que:

'De conformidad con lo que se establece en el párrafo primero del artículo 262 del Código Civil, son cosas públicas y por ello fuera del comercio (artículo 262 id.), las que por ley estén destinadas en un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general y las que de todos modos, pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. La forma de definir las cosas públicas, configura el sistema que sigue nuestro ordenamiento jurídico para conceptualizarlas e implica que el uso público determinante de la dominialidad del bien, no sólo es directo, sino también indirecto, porque el concepto esencial de nuestro régimen es que el bien esté afecto a cualquier servicio de utilidad general; son, a no dudarlo, expresiones del servicio público, entendiéndose que se trata de satisfacer necesidades de los administrados, por cualquier prestación positiva de la Administración. Lo anterior quiere decir, que si un bien determinado (edificio del Estado o municipal) está destinado a la utilidad o comodidad común en el ejercicio de la respectiva actividad, el titular del bien debe actuar como persona del derecho público y no como persona del derecho privado, porque entonces



se trataría de un dominio de servicio público, es decir destinado por la municipalidad al cumplimiento de fines de interés público. Lo que se explica quiere decir que los mercados municipales integran el grupo de bienes de dominio público en razón del fin al que están dedicados y en consecuencia, el régimen de administración y explotación, queda sujeto al Derecho Público’.

Por su parte, en las sentencias número 3212-96 y 3527-96, de las 12:48 horas del 28 de junio de 1996 la primera, y de 17:21 horas del 10 de julio del mismo año la segunda, se conceptualiza el arrendamiento de locales municipales como ‘derechos reales administrativos’, cuyo ejercicio no constituye una simple relación de alquiler sometida al derecho privado, pues conlleva para el particular una forma de uso y aprovechamiento de una cosa pública que tiñe de carácter público determinadas facetas del servicio prestado’. Veamos el criterio de la Sala en esas oportunidades:

‘Ahora bien, la Administración titular de bienes demaniales, puede constituir derechos de goce y disfrute sobre ellos, como el ejercicio de atributos inherentes al dominio, en la misma forma que cualquier propietario, pero bajo las formas y procedimientos que establece el Derecho Público, principalmente por la figura de la concesión. En otras palabras, la concesión se entiende como el acto administrativo por medio del cual la autoridad administrativa faculta a un particular para utilizar bienes del Estado (sentido lato), dentro de los límites y condiciones que señala la ley. Se constituyen así los llamados derechos reales administrativos, de los que el alquiler de locales en mercados, es una expresión. Todo lo anterior para concluir en que los mercados municipales son bienes que integran el dominio de servicio público y en consecuencia, deben sujetarse al régimen especial que los regula’. (El resaltado no es del original).

‘...resulta importante recordar lo ya expresado por esta Sala en la Sentencia No.893-93 de las nueve horas treinta y tres minutos del veinte de febrero de mil novecientos noventa y tres, en un recurso de amparo en el que se analizó la misma materia: «Establecido el carácter demanial del bien, va de suyo que la explotación de un puesto en el mercado no constituye una simple relación de alquiler, pues conlleva para el particular una forma de uso y aprovechamiento de una cosa pública que tiñe de carácter público determinadas facetas del servicio prestado. En efecto, quien explota el tramo desempeña una actividad comercial privada, ciertamente, pero en un lugar municipal ad hoc y con una inmediata finalidad -la causa misma de que el puesto se le adjudique-: el mantener un centro de intercambio local para facilitar el expendio y abastecimiento de artículos de primera necesidad, un servicio municipal típico y tradicional...Por lo demás, si examinamos ahora el caso bajo el ángulo de las normas que rigen la relación entre la administración municipal y el titular del puesto, encontramos un clausulado reglamentario expresión de la inmediata finalidad pública de la adjudicación, lo que la caracteriza como constreñida al derecho público, pues el régimen privado es regido por la autonomía de la voluntad (artículo 28 constitucional) y hay aquí una relación reglamentaria exorbitante de derecho común...Sentado lo anterior, las formalidades relativas al trámite de "arrendamiento" de los tramos, previstos por la propia Ley 7027, cuyo artículo 5 es invocado para fundamentar el presente recurso, son relativas al ‘arrendamiento’ de un bien demanial de las municipalidades y el propio concepto de ‘arrendamiento’ no es feliz, o mejor dicho, no es expresivo del conjunto de relaciones derivadas de la adjudicación, habida cuenta del haz de obligaciones impuestas al titular del puesto...» De todo lo anterior resulta que el arrendamiento de locales comerciales en los mercados municipales, es materia sujeta al Derecho Público; por ello no le son aplicables las reglas del Código Civil en cuanto a arrendamientos, ni las de la Ley de Subsistencias y sus reformas, en lo que corresponda y en consecuencia, los titulares de los

derechos reales administrativos sobre los locales comerciales, no están en condiciones de igualdad con los titulares de contratos de inquilinato...’ (El resaltado no es del original)

De los anteriores precedentes jurisprudenciales, tenemos entonces que ya esta Sala ha estimado que los mercados municipales son bienes de dominio público y, consecuentemente, la Administración -como titular de esos bienes demaniales-, puede constituir derechos de goce y disfrute sobre ellos, como el ejercicio de atributos inherentes al dominio, en la misma forma que cualquier propietario, pero bajo las formas y procedimientos que establece el Derecho Público, principalmente por la figura de la concesión, que es el acto administrativo por medio del cual la autoridad administrativa faculta a un particular para utilizar bienes del Estado, dentro de los límites y condiciones que señala la ley, constituyéndose derechos reales administrativos, de los que el alquiler de locales en mercados es una expresión, de forma que los titulares de los derechos reales administrativos sobre los locales comerciales, no están en condiciones de igualdad con los titulares de contratos de inquilinato.” (El subrayado no es del original)

Conforme a los criterios jurisprudenciales citados, se desprende que, en nuestro medio, el carácter demanial de los mercados municipales viene a ser una elaboración de la propia Sala Constitucional. Dicho carácter atribuye las características a dichos inmuebles de inembargables, imprescriptibles e inalienables cuya utilización privativa se permite, única y exclusivamente, de conformidad con la ley, mediante un acto administrativo de concesión. Precisamente, las características de éstos bienes deben ser resaltadas a los efectos de un procedimiento administrativo relacionado con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, en especial en lo que se relaciona al plazo de los cuatro años con que cuenta la Administración para analizar el vicio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta.

IV. Consideraciones sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta:

Este Órgano Asesor ha emitido múltiples pronunciamientos en relación con lo que prescribe el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, y la prerrogativa acordada a la Administración Pública para emitir una declaración de nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto administrativo declaratorio de derechos sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad.

Sobre el particular se ha indicado:

"Interesa citar, al menos como precedente jurisprudencial administrativo, el Dictamen C-117 de fecha 13 de mayo de 2002, mediante el cual, esta Procuraduría, conceptualiza el criterio seguido para establecer la nulidad del acto administrativo declarativo de derechos, como a continuación se expone:

"De conformidad con los artículos 158 y 159 de la Ley General de la Administración Pública, el criterio seguido para establecer la nulidad del acto administrativo está referido a la falta, defecto o

desaparición de algún requisito o condición del acto administrativo, señalándose que será inválido el acto que sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico. Las causas de invalidez pueden ser cualesquiera infracciones sustanciales a éste.

Estas disposiciones dan los lineamientos generales de lo que constituirán vicios del acto que pueden acarrear su nulidad.

Acerca de las clases de nulidades, establece la Ley General de la Administración Pública en sus artículos 165 (sic), 167 y 168 respectivamente:

"Artículo 166. - Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Artículo 167. - Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta.

Artículo 168. - En caso de duda sobre la existencia o calificación e importancia del vicio deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto."

De la relación de los anteriores artículos, concluyó el Lic. Ortíz Ortíz lo siguiente:

Hay nulidad absoluta cuando falte totalmente -desde un ángulo real o jurídico- un elemento del acto.

Hay, a la inversa, nulidad relativa cuando algún elemento está sustancialmente viciado o es imperfecto.

Habrá nulidad absoluta, en todo caso, si el mero defecto o vicio de un elemento existente es tan grave que impide la realización del fin del acto, como si faltara totalmente un elemento esencial de éste.

En caso de duda, se debe estar por la solución más favorable a la conservación y eficacia del acto. (ORTÍZ ORTÍZ, Eduardo, "Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública (Costa Rica)" en Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1981, p 445.)

Entonces, habrá nulidad absoluta de un acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente, o cuando la imperfección de uno de esos elementos impida la realización del fin.

Ahora bien, cuando se está en presencia de una nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos, la Ley General no le otorga a la Administración el ejercicio de la potestad de autotutela, sino que ésta debe proceder a declarar la lesividad del acto, y solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa la declaración de nulidad. (La lesividad se encuentra regulada en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.)

Para hacer uso de la potestad de autotutela administrativa, que le permite declarar la nulidad de un acto en vía administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, no basta que el acto se encuentre viciado de nulidad absoluta, sino que, además, ésta debe ser evidente y manifiesta. En otras palabras, es aquella que es clara y notoria, y que no requiere de una exhaustiva interpretación legal.

En cuanto a los caracteres de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, esta Procuraduría General ha precisado en forma amplia y completa sus alcances. A modo de ejemplificación, y con el fin de no caer en repeticiones innecesarias, se transcriben, sólo algunos dictámenes que se han referido a dicha nulidad.

En Dictamen C-019-87 de fecha 27 de enero de 1987, se expuso al respecto:

"I. - LA NULIDAD ABSOLUTA, EVIDENTE Y MANIFIESTA:

La idea de apuntar esos dos calificativos en la transcrita norma fue del Lic. Eduardo Ortíz Ortíz, quien en la Comisión de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa, que estudiaba el proyecto de ley por él redactado, en lo que interesa, dijo:

" Si en lugar de hablar de la nulidad absoluta pusiéramos así; "La declaración de nulidad absoluta que no sea manifiesta", en otras palabras, para acentuar el hecho de que el administrado cuando sea evidente la nulidad no tiene derecho al juicio de lesividad. Es decir, (sic) "La declaración de nulidad absoluta cuando la nulidad absoluta sea evidente y manifiesta, podrá hacerse la declaración de la misma por el Estado, es decir, eliminar simplemente el hecho de que la nulidad sea absoluta, puede ser que sea absoluta, pero si no es manifiesta, obvia, entonces jugará el principio de lesividad. ¿Entiende la modalidad que le estoy dando? Estoy restringiendo el concepto ya ni en los casos de nulidad absoluta, sino en los casos de nulidad manifiesta y evidente. En esos casos no juega la garantía de lesividad, pero en los otros casos donde la nulidad no es manifiesta ni es evidente, aunque sea absoluta, lo que es difícil pero puede ocurrir, ahí juega el principio de lesividad".

Fue a partir del anterior razonamiento del Lic. Eduardo Ortíz Ortiz que nuestro legislador acogió la idea de calificar, en la forma supracitada, la nulidad absoluta que puede ser declarada por la Administración en vía administrativa.

Por otra parte, en cuanto a esos dos adjetivos (sic) el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en relación con las acepciones que nos interesan expresa:

"evidente (del Lat. evidens, - entis) adj. Cierto, claro, patente, y sin la menor duda"

Manifiesto, ta. (Del lat. Manifestus) pp. irreg. de Manifestar 2 adj. Descubierto, patente, claro".

En forma acorde con el espíritu del legislador y con el significado de los adjetivos "evidente" y "manifiesta", debe entenderse que la que aparece de manera clara, sin que exija un proceso dialéctico su comprobación, por saltar a primera vista.

Lo anterior nos induce a pensar que, para efectos de la declaratoria de las nulidades, dentro de nuestro derecho podemos distinguir tres categorías de nulidades, que son: la nulidad relativa, la nulidad absoluta, y la nulidad absoluta evidente y manifiesta.

La última categoría es la nulidad de fácil captación y para hacer la diferencia con las restantes tenemos que decir, que no puede hablarse de nulidad absoluta evidente y manifiesta cuando se halla muy lejos de saltar a la vista de su comprobación, comprobación cuya evidencia y facilidad constituyen el supuesto sustancial e indeclinable que sirve de soporte fundamental a lo que, dentro de nuestro derecho, podemos denominar la máxima categoría anulatoria de los actos administrativos....."

De igual modo, en Dictamen C-104-92 de 3 de julio de 1992, se consignó:

".... podemos concluir que este tipo de nulidad está referida a la existencia de vicios del acto que sean notorios, claros, de fácil esfuerzo y análisis para su comprobación, ya que el vicio es evidente, ostensible, que hace que la declaratoria de la nulidad absoluta del acto sea consecuencia lógica, necesaria e inmediata, dada la certeza y evidencia palpable de los vicios graves que padece el acto de que se trate."

Por otro lado, en Dictamen C-051-96 de 28 de marzo de 1996, se estableció al respecto:

"Como se ha comprobado, la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, no solo implica la ausencia de un elemento esencial del acto administrativo, sino también que el mismo tenga una característica especial, cual es su notoriedad y claridad, razón por la cual no se requiere un

esfuerzo y análisis profundo para su comprobación."

Asimismo, conviene tener presente que la jurisprudencia y legislación española -ordenamiento jurídico que sirvió de inspiración para nuestro país-, se han pronunciado sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta. Es así como en Dictamen C-045-93 de 30 de marzo de 1993 se señaló lo siguiente:

"En la misma línea de pensamiento, el criterio sostenido por este órgano consultivo en cuanto a las condiciones requeridas para determinar si estamos o no en presencia de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta, viene a ser conforme con lo estipulado por la jurisprudencia española. Así, Garrido Falla nos ilustra:

"... Sobre qué debe entenderse por ilegalidad manifiesta, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1961,

"la que es declarada y patente, de suerte que se descubra por la mera confrontación del acto administrativo con la norma legal, sin necesidad de acudir a la interpretación o exégesis". (GARRIDO FALLA, FERNANDO "Tratado de Derecho Administrativo", Volumen I, Parte General, 3 Edición, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1982, página 602).

En términos similares apunta González Pérez:

".....a) Que la infracción sea manifiesta: Aquí puede aplicarse la jurisprudencia recaída en otros supuestos de infracción manifiesta, como el 47.1 a) y artículo 110 LPA. Es necesario "una manifiesta y patente infracción, sin dar lugar interpretación y exégesis" (Ss. de 26 de abril de 1963, 6 de noviembre de 1964 y 5 de marzo de 1969)...." (GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", Civitas S.A., Madrid, 1979, p. 1291)."

Sobre el concepto de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, en el mismo sentido que este Organismo Asesor, que:

"... un acto declaratorio de derechos solamente puede ser declarado nulo por la propia administración, cuando se esté en presencia de una nulidad absoluta, manifiesta y evidente. Por manera que no se trata de cualquier nulidad absoluta, sino de aquella que se encuentre acompañada de una nota especial y agravada, consistente en que la nulidad absoluta sea perceptible fácilmente, lo que es igual, sin necesidad de forzar las circunstancias para concluir con ello. De no estarse en presencia de este tipo de nulidad absoluta, la administración debe recurrir al instituto de la lesividad, solamente declarable por un juez."



(Resolución N° 1563-91 de 14 de agosto de 1991)". (Dictamen número C-169-2002 de 26 de junio del 2002, retomado en el dictamen número C-353-2004 de 25 de noviembre de 2004)

De conformidad con lo citado, la Administración cuenta con la potestad para anular sus propios actos firmes y declaratorios de derechos, sin recurrir al proceso jurisdiccional de lesividad, únicamente cuando se trate de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta en los términos dispuestos en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. Para ejercer la referida potestad, la Administración debe seguir un procedimiento administrativo que cumpla con todas las garantías del debido proceso, toda vez que se trata la consecuencia lógica de la eventual declaratoria de invalidez implicaría la supresión de los derechos otorgados.

Asimismo, esa potestad anulatoria se encuentra limitada en el tiempo, esto es, que la Ley prevé en su artículo 173 inciso 5) un plazo cuatrienal dentro del cual puede ser ejercida validamente la potestad anulatoria.

En este punto cabe precisar que tratándose de bienes de dominio público, como es el caso de los mercados municipales, no resulta de aplicación el plazo cuatrienal señalado, toda vez que se trata de bienes imprescriptibles por lo que el Estado se encuentra legitimado para llevar a cabo las acciones pertinentes para conservar dichos bienes.

La anterior precisión adquiere relevancia en el caso en cuestión al observarse que el acto que se presume origina el procedimiento administrativo de marras fue dictado en el año 2000. No obstante, a pesar de haber transcurrido sobradamente el plazo cuatrienal referido, ése no resulta de aplicación al tratarse de un bien de dominio público.

Sobre el particular este órgano Asesor ha indicado:

“ No aplicación del plazo de caducidad de cuatro años del artículo 173.5 LGAP respecto actos administrativos de disposición de bienes de dominio público.

La Ley General de la Administración Pública establece que la potestad de revisión oficiosa que consagra el artículo 173, caduca cuatro años después de dictado el acto cuya nulidad se pretende declarar en la vía administrativa. En este caso, el acuerdo de la junta directiva adoptado en el artículo primero de la sesión ordinaria 42-00, fue aprobado el día 12 de junio del año 2000, con lo cual el plazo legal venció el 12 de junio del 2004.

Según consta en la documentación remitida, el acuerdo de la Junta Directiva del IDA mediante el cual se dispuso enviar el expediente administrativo a la Procuraduría, fue aprobado desde el día 13 de junio del año 2003. No obstante, no es hasta el 10 de mayo del 2004 que se remite la solicitud respectiva, con lo cual a la fecha de emisión de este dictamen, el plazo que establece el artículo 173.5 LGAP, ya transcurrió. En efecto, esta circunstancia se debe al atraso de 11 meses en la

tramitación del procedimiento, y al hecho de que esta Procuraduría contara con escasos 20 días para estudiar el expediente administrativo, emitir su dictamen y, -dentro de ese mismo plazo- comunicar su pronunciamiento al IDA para el dictado del acto final.

Ahora bien, la convalidación del acto administrativo de adjudicación a un particular de un bien demanial, por vencimiento de los plazos para anularlo, implicaría admitir que es posible el cambio de titularidad del bien a favor de un sujeto de derecho privado, lo cual es contradictorio con el carácter inalienable que tienen estos bienes y que para el caso de la zona fronteriza, estableció la ley de tierras y colonización en su artículo 7. A menos que haya una ley de desafectación, aquellos actos administrativos de disposición de bienes dominicales no pueden convalidarse por el paso del tiempo, como ocurriría si no pudieran anularse ni administrativa ni judicialmente. De allí que, respecto de estos, no sea aplicable el plazo de caducidad de los cuatro años a que se refiere el artículo 173.5 de la LGAP. “ (Dictamen C-346-2004 de 25 de Noviembre de 2004 . El Subrayado no es del original)

Bajo este contexto procedemos a dar respuesta a su consulta.

V. Imposibilidad de emitir el dictamen favorable que establece el artículo 173 de la Ley General de Administración Pública:

De la revisión detallada del expediente administrativo que se aporta, este Órgano Asesor detecta vicios que impiden emitir el dictamen que se solicita por parte de esa Corporación Municipal. De seguido, pasamos a detallar los mismos

a) Vicio en la integración del órgano director del procedimiento .

Se desprende del expediente administrativo, que el Concejo Municipal de Pérez Zeledón, mediante Acuerdo consignado en el acta número 019-02, artículo 6) inciso 4.D) del 10 de setiembre del 2002, conforma un órgano director para dar tratamiento al caso del local número 15 de la Terminal de Buses y Mercado Municipal, el cual estaría integrado por tres regidores municipales: Roxana Campos Cubillo, Isidro Montealegre Rodríguez y Marina Mora Acuña, ésta última sustituida por el señor Manuel de Jesús Ureña Rojas.

Si bien resulta reiterada la jurisprudencia administrativa en el sentido de que el Concejo Municipal es el órgano competente, dentro de la estructura de las corporaciones municipales, para iniciar los procedimientos de nulidad absoluta, evidente y manifiesta de actos declaratorios de derechos, es también reiterado que los órganos colegiados, como es el caso de los Concejos Municipales, solo pueden delegar la instrucción de los procedimientos administrativos en la figura de su Secretario, en aplicación del artículo 90 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 53 del Código Municipal.

No obstante lo anterior, en caso de observarse circunstancias especiales, debidamente acreditadas en el expediente correspondiente, el Concejo Municipal, mediante acto motivado, podría delegar la instrucción del procedimiento en un Secretario Ad Hoc.

Este criterio ha sido expuesto por este Órgano Asesor en el dictamen número C-294-2004 de 15 de octubre del 2004, reiterado en el dictamen C-353-2004 de 25 de noviembre de 2004, al indicar lo siguiente:

“ (...) II. Sobre el Órgano Director del Procedimiento

El objeto de la presente consulta versa esencialmente sobre aspectos de integración y nombramiento del órgano director del procedimiento administrativo.

Al respecto este Órgano Asesor se ha referido en anteriores pronunciamientos a la indicada figura, realizando una diferenciación entre órgano decisor y órgano director del procedimiento, y analizando, entre otros aspectos, la conformación y nombramiento del órgano director, aspectos que, por su importancia, resultan conveniente mencionar a continuación.

En ese sentido, la jurisprudencia ha sido conteste en señalar que el órgano decisor, es aquel que dentro de la estructura organizativa de la entidad, posee la competencia para emitir el acto final, es decir, es quien decide, por ende, resulta ser el competente para iniciar el procedimiento administrativo .

Como órgano decisor puede instruir el procedimiento administrativo, no obstante, puede delegar la fase de instrucción en un órgano director nombrado por él, de ahí resulta la distinción entre órgano director y órgano decisor. Al respecto, esta Procuraduría ha señalado:

“ (...) En primer término, debe rescatarse que la jurisprudencia administrativa emitida por este Órgano Asesor ha sido insistente en indicar que el órgano director del procedimiento actúa por delegación del órgano decisor. Recientemente, también se precisó que el órgano decisor puede resolver llevar él mismo el procedimiento respectivo. Al respecto se señaló:

“Al respecto, interesa indicar que dentro del procedimiento administrativo existen dos órganos de importancia: el órgano decisor y el órgano director, ambos con funciones diferentes.

El órgano decisor, conforme a la jurisprudencia administrativa de este Órgano Asesor (Véanse al respecto, entre otros, los pronunciamientos C-173-95 de 7 de agosto de 1995, C-343-2001 de 11 de diciembre del 2001, C-353-2001 de 20 de diciembre de 2001 y C-261-2001 de 27 de setiembre del 2001.) , será el órgano competente para dictar la decisión final de un asunto determinado; es quien debe iniciar el procedimiento administrativo, (Según lo ha sostenido la Sala Constitucional, la



competencia de la formación del procedimiento administrativo, corresponde al jerarca, que es quien debe tomar la decisión final (Voto número 7190-94 las 15:24 hrs. del '6 de diciembre de 1994) . 'y en principio, tiene la competencia para instruirlo; no obstante lo anterior, puede delegar la instrucción del mismo en un órgano director del procedimiento." (La facultad primordial que tendrá ese órgano director será la de instruir el procedimiento, pues pese a que tiene otras atribuciones y deberes (consultarse al respecto los pronunciamientos C-173-95 de 7 de agosto de 1995, C-055-96 de 12 de abril de 1996, C-062-96 de 2 de mayo de 1996, C-065-96 de 3 de mayo de 1996, C-88-96 de 7 de junio de 1996, O.J.-047-2000 de 10 de mayo del 2000, C-353-2001 de 20 de diciembre de 2001), su competencia se limita a la instrucción del expediente administrativo (Véase al respecto, entre otras, la resolución N° 0910-93 de las 10:24 horas del 20 de febrero de 1993, de la Sala Constitucional, así como la resolución N° 595 de las 11:50 horas del 18 de agosto del 2000, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y la N° 176-00 de las 11:00 horas del 23 de junio del 2000, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda). Véase también al respecto SOSTO LOPEZ, Federico, en Revista "Seminario sobre Procedimientos Administrativos"; Órgano Director: integración, facultades y responsabilidades, Imprenta Nacional, año 2000, pág. 116). (Dictamen C-323-2003 de 9 de octubre del 2003)

La tesis anterior también ha sido sostenida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en resolución N° 000398-F-02 de las 15:10 horas del 16 de mayo del 2002, en la que se indicó:

"- Para determinar la competencia de un órgano de la Administración debe acudirse, en primer término, a la ley, y en ausencia de ella, al reglamento, a lo que se haya acordado sobre delegación para un tipo de acto o para un acto determinado, y por último a los lineamientos impuestos por el jerarca a la luz de la estructura organizativa de la entidad. El órgano de mayor jerarquía se identifica, por disposición expresa o implícita de la ley, atendiendo a la naturaleza de sus funciones, entre ellas, la potestad de delimitar las tareas de los demás órganos que le están subordinados según la materia que a cada cual corresponde y justifica o define su propia existencia. El jerarca supremo suele actuar como decisor y, por lo general, agota la vía administrativa. (...) Es así como resulta incuestionable, a tenor de la citada Ley General, la obligación de la Institución, en materia de contratación, de averiguar la verdad real de los hechos mediante el correspondiente procedimiento administrativo dentro del cual, todo acto debe ser dictado por el órgano competente o por aquél a quien se le haya delegado "en las condiciones y límites indicados por esa ley" (artículos 59, 70, 89 y 129). Este procedimiento administrativo es, en algunos casos, un precedente obligado para la validez del acto que en definitiva se adopte, pero no siempre deben concurrir en un mismo sujeto la instrucción y la decisión. Sin embargo, cuando el acto final deba ser adoptado por una Junta Directiva, el procedimiento sólo puede ser delegado en su Secretario, por así disponerlo el artículo 90 inciso e) ibídem. Cabe entonces preguntarse qué ocurre, cuando, cómo en la especie sucedió, la instrucción no sólo no recayó en el Secretario, sino en un funcionario no designado por la Junta Directiva ni por una instancia a quien ésta delegara hacer ese nombramiento? Desde un punto de vista sustancial, la doctrina ius administrativista es conteste en afirmar que el sujeto es un elemento esencial del acto administrativo, lo que recoge a su vez el ordinal 129, privilegiando la tesis de que el sujeto es uno sólo, esto es, que el órgano instructor y el decisor deben ser uno sólo (artículos 90 y 314 ibídem), respondiendo a su vez a los principios de oralidad e intermediación de la prueba previstos en los numerales 309 y 314 ibídem. En el caso concreto esa tarea fue encomendada al Ingeniero Víctor Rodríguez Araya, nombrado para ese efecto por el Gerente Administrativo, sin que en autos conste, autorización o delegación alguna para hacerlo. Esta situación provoca sin duda una irregularidad en el nombramiento del órgano del procedimiento



pues su designación fue hecha por un funcionario sin competencia para ello, lo que vicia el acto en uno de sus elementos esenciales. El artículo 182 ibídem, en lo conducente establece: “1. El Juez no podrá declarar de oficio la invalidez del acto, salvo que se trate de infracciones sustanciales relativas al sujeto, al procedimiento o la forma, casos en los cuales deberá hacerlo. 2.- Para efectos de este artículo el sujeto se entenderá como elemento comprensivo de la existencia del ente y su capacidad, de la existencia del órgano y su competencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de ésta y de la regular investidura del servidor público...” (Lo resaltado no es del original). Esta norma debe relacionarse a su vez, con lo dispuesto en el ordinal 129 en cuanto dispone: “El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia”. Determinado el vicio, que en sus agravios reprocha el casacionista, es preciso establecer si con ello se produce una nulidad absoluta o relativa. En tesis de principio, la nulidad por la nulidad misma no existe, para que ello ocurra, es menester que se hayan omitido formalidades sustanciales, entendiendo por tales, aquellas “cuya realización correcta hubiere impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o cuya omisión causare indefensión” (artículos 166 y 223 ibídem) situaciones que, en la especie, se echan de menos. El recurrente no procuró prueba en ese sentido y su derecho de defensa, en los aspectos a que el recurso se contrae, fue respetado como más adelante se expone. Por otra parte, la Junta Directiva, al adoptar el acto final, no hizo reparo alguno a lo actuado, subsanando cualquier irregularidad en el procedimiento, lo cual es legalmente posible en consideración a que no se trata de la inexistencia del elemento sujeto como para sustentar una nulidad absoluta (166 ibídem) sino de su imperfección, en atención únicamente al origen de su nombramiento (167 ibídem), siendo importante destacar aquí que se trató de un profesional ligado al objeto en discusión y con conocimiento sobre la materia. Finalmente y al amparo de la teoría finalista, es claro que los actos cuestionados cumplieron el fin esencial del actuar administrativo, sea la satisfacción del interés público (113 ibídem). En consecuencia, en criterio de la Sala, al haber sido dictado el acto final por la Junta Directiva de la Caja, órgano competente para hacerlo (artículos 129 y 319 ibídem), no haberse causado indefensión, pues se respetó el debido proceso, se satisfizo el interés público no es procedente declarar la nulidad por la nulidad misma, por lo que el recurso, en cuanto a este agravio, debe rechazarse.”

(Los resaltados no son del original)

Es clara la tesis sostenida por la Sala Primera de la Corte en la resolución supra transcrita, en el sentido de que el “órgano decisor” y “el instructor” son el mismo; pero que en aplicación de la figura de la delegación puede haber una separación entre ambos.

De otra parte, y sin pretender que exista una línea clara al respecto, la Sala Constitucional, en resolución número 6379-2002 de las 15:22 horas del 26 de junio del 2002, indicó:

“Para el accionante el artículo 55 del Reglamento transgrede el debido proceso desde dos aspectos; en primer término en relación con el principio imparcialidad del juzgador -en este caso administrativo- al encomendarle a la Jefatura del Departamento de Relaciones la instrucción del proceso y la imposición de la sanción. En segundo término, el principio de legalidad, al estimar que ese artículo se aparta del numeral 102 de la Ley General de la Administración Pública, que en

relación a la potestad jerárquica desarrolla contenidos constitucionales. La Sala estima, en relación con el primer reproche, que el hecho de concentrar en un mismo órgano la instrucción y el dictado de la resolución final no violenta el principio de imparcialidad del juzgador, todo lo contrario, este sistema no resulta ilegítimo, en tanto permite la inmediatez de los elementos probatorios. Precisamente por este motivo en el proceso penal -que es el que sirve de inspiración al proceso administrativo sancionatorio- el juicio oral concentra la recepción de prueba y el dictado de la sentencia en un acto procesal -el debate-, dejando para casos excepcionales la incorporación de prueba producida fuera del proceso. En este punto tampoco encuentra la Sala enfrentamiento con el orden constitucional" (Dictamen número C-122-2004 de 22 de abril de 2004. Lo resaltado no es del original) (...)

En el caso de los órganos colegiados, como lo son los Concejos Municipales, la instrucción del procedimiento puede ejercerla el Concejo mismo, o bien, delegarla en la figura del Secretario Municipal, de conformidad con el numeral 90 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública en relación con el numeral 53 del Código Municipal:

"(...) se adiciona el dictamen C-261-2001 del 27 de setiembre del 2001, en el sentido de que el Concejo Municipal puede conocer, instruir y resolver un determinado procedimiento administrativo, o bien delegar la instrucción del procedimiento en su secretario.

(...)

En conclusión, la Municipalidad en el caso excepcional de requerir integrar el órgano director con funcionarios ajenos en principio a la Administración, deberá seguir los procedimientos legales establecidos para la contratación de profesionales. Por ejemplo, cuando se proceda de esa forma, deberá contarse con la subpartida presupuestaria que ampare el egreso. La violación de lo estipulado puede generar la suspensión del funcionario responsable y la reincidencia será causa justa de separación, según lo establece el artículo 127 del Código Municipal. Además, debemos recordar que la Contraloría General de la República puede eventualmente improbar los proyectos de presupuesto que reciba de conformidad con el artículo 125 del Código Municipal.

El nombramiento deberá efectuarlo el Concejo Municipal mediante Acuerdo debidamente razonado y aquéllos en quienes recaiga la designación deberán aceptar el cargo y ser debidamente juramentados." (C- 173-95 de 7 de agosto de 1995. (Lo resaltado no es del original)

De conformidad con lo indicado en el dictamen antes citado, el órgano director puede ser unipersonal o colegiado; puede ser integrado por funcionarios públicos, e inclusive, por particulares en casos excepcionales, cuando la realización del fin público así lo requiera, para lo cual deberá dictarse un acto motivado que justifique la decisión. Sin embargo, atendiendo a la transcripción que se realizara del criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en punto a la delegación de la tarea instructiva que hace el órgano director de procedimiento en tratándose de un órgano colegiado, cabe hacer la siguiente precisión:

Atendiendo la literalidad del artículo 90 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública, la instrucción de un procedimiento administrativo sólo podría delegarse en el secretario. Sin

embargo, la claridad del texto no resuelve situaciones, que bien cabe calificar de excepcionales, en donde ese funcionario esté imposibilitado de cumplir la tarea (v.g., configuración de una causal de abstención -artículo 230 de la Ley General-). Dado el imperativo de la continuidad en el ejercicio de las competencias públicas, y atendiendo al ya citado precedente de la Sala Primera, cabría pensar en la posibilidad de que el Concejo Municipal, atendiendo a los motivos de impedimento que recaen en su secretario, nombrar a un funcionario ad-hoc para que realice la instrucción de un procedimiento administrativo. Ello, claro está, bajo el entendido de que la decisión que se adopte en tal sentido debe estar plenamente respaldada en un acto debidamente motivado, que haga patente la necesidad del nombramiento excepcional de un tercero a los efectos del trámite que interesa.

Se deriva de lo indicado en el párrafo precedente que debemos precisar y adicionar el dictamen C-175-93 supra transcrito en el siguiente sentido: el órgano director, tratándose de un asunto de competencia del Concejo Municipal, puede estar conformado por el propio Concejo, o bien éste puede delegar tal competencia en el secretario municipal. Excepcionalmente, y atendiendo a la justificación que se consigne en el acto administrativo que al efecto se emita, podrá nombrarse un secretario ad hoc, siendo que en éste último supuesto dependerá de las específicas circunstancias que deban ser analizadas a través del procedimiento, el que se llame a otro funcionario municipal, o bien, a un tercero que no tenga relación de servicio con el ente corporativo(...)” (El subrayado no es del original).

Atendiendo al criterio expuesto, el Concejo Municipal únicamente puede delegar la instrucción del procedimiento en su Secretario- de conformidad con el artículo 90 inciso e) citado, o bien, ante circunstancias excepcionales, debidamente acreditadas, y mediante un acto suficientemente motivado, puede delegar la instrucción en un secretario ad hoc. En el caso que nos ocupa, se desprende que el Concejo Municipal actuó en contravención a lo indicado, esto es, delegó la instrucción del procedimiento en un órgano director integrado por tres regidores municipales, sin que conste en el expediente administrativo, acto motivado alguno, que justifique la delegación de la competencia en personas distintas a la figura del Secretario.

En ese sentido, reiteramos que el Ordenamiento prevé que sea al secretario del órgano colegiado a quien se le delegue la fase instructiva del procedimiento, figura que no es asimilable con la de los regidores municipales. Consecuentemente, debe precisarse que, tratándose de los Consejos Municipales, dicho órgano puede instruir por sí mismo -en pleno- un procedimiento administrativo, pero no puede delegar dicha competencia en uno o varios de sus miembros, toda vez que, tal situación contraviene el artículo 90 inciso e) referido.

Así las cosas, en el caso de estudio, el acto de nombramiento del órgano director encuentra un vicio de nulidad al contravenir el artículo 90 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública.

b) Expediente incompleto: No se incorpora el Acuerdo del Concejo Municipal que ordena el inicio de un procedimiento administrativo tendiente a la declaratoria de nulidad absoluta, evidente y manifiesta.



Tal y como se mencionó antes, el órgano competente para ordenar la apertura de un procedimiento administrativo para la declaratoria que establece el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, lo es el jerarca de la entidad, que en el caso de las Municipalidades lo es el Concejo Municipal.

Sobre el particular, nuestra jurisprudencia administrativa ha establecido que la decisión de iniciar el procedimiento debe constar en un acto administrativo, que en el caso de las Municipalidades se traduce en un acuerdo municipal.

Dicho acuerdo debe establecer la necesidad de abrir un procedimiento administrativo para la declaratoria de nulidad contenida en el artículo 173 de la Ley General de Administración Pública, de suerte que, el o los actos declarativos de derechos que se pretenden anular deben quedar individualizados de forma clara y precisa. Asimismo, debe indicarse los motivos por los cuales la Administración estima que el acto contiene un vicio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, así como el carácter y fines del proceso, y las posibles consecuencias jurídicas de dicha anulación . (En ese sentido vea se - entre otros - los dictámenes números C-211-2004 del 29 de junio 2004 y C-263-2004 del 09 de setiembre, ambos del 2004 y C-013-2005 del 14 de enero y C-075-2005 del 18 de febrero, ambos del 2005 y C-118-2005 de 31 de marzo del 2005).

Lo anterior, resulta indispensable para que el procedimiento administrativo requerido dentro del trámite a que se refiere el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública permita el efectivo cumplimiento del debido proceso y particularmente, respetar el principio de intimación e imputación cuya finalidad se dirige a garantizar la debida comunicación al administrado de los motivos que hacen dudar a la Administración sobre la validez del acto. Sobre el principio antes indicado, y con vista en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, hemos señalado:

"IV.-El principio de intimación pretende garantizar dos aspectos: a) que a la persona investigada, se le comuniquen de manera exacta los hechos que dan origen al proceso que se interesa, con la finalidad de que pueda proveer a su defensa, y b) que en el pronunciamiento de fondo se de una identidad entre lo intimado y lo resuelto. En la especie, no se observa que se haya configurado una violación a este principio en perjuicio del amparado, pues del expediente administrativo que se ha tenido a la vista se desprende que el órgano director del procedimiento, le ha informado de manera clara sobre los hechos que sirvieron de base para iniciar en su contra un proceso disciplinario..."

(Resolución 216-I-98 de 14 abril de 1998)

De las anteriores resoluciones, se desprende con claridad meridiana, la importancia que la Sala Constitucional le ha otorgado a la obligación de la Administración de indicar con detalle la relación de hechos, los cargos, el carácter y los fines del procedimiento.

Es por ello que no basta, "...con señalar que el procedimiento a seguir es el regulado en el numeral 173 ya citado, sino que además, se deben indicar los hechos y razones que motivan la apertura del procedimiento y aquellas por las cuales se considera que el acto en cuestión contiene un vicio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, esto es, debe realizarse una indicación individual, por ejemplo, de cuál es el requisito que no cumplen." (Dictamen C-049-99 de 5 de marzo de 1999)" (Dictamen C-028-2004 del 23 de enero del 2004)

En el caso de estudio, se echa de menos un Acuerdo Municipal que satisfaga las anteriores prescripciones; únicamente se observa a folio 5 del expediente administrativo el Acuerdo consignado en el Acta número 019-02, artículo 6) inciso 4.D) del 10 de setiembre del 2002, que determina la conformación de un órgano director para “dar tratamiento al caso del local número 15 de la Terminal de Buses y Mercado Municipal”, sin que de modo alguna pueda establecerse que el acuerdo indicado sea el que ordena iniciar el procedimiento. Al efecto, destacamos que dicho acto se limita a indicar quienes integran el órgano director. Evidentemente resulta ser omiso en cuanto al objeto, fin y posibles consecuencias jurídicas del procedimiento que se pretende iniciar.

Así las cosas, no consta en el expediente administrativo el acto administrativo, dictado por el Consejo Municipal, en el que se establezca la necesidad de la apertura del procedimiento administrativo para la declaratoria de nulidad establecida en el artículo 173 de reiterada cita. Ello implicaría la plena identificación del acto que se cuestiona -mismo que, a su vez, debe constar debidamente certificado en el expediente-, así como las razones por las cuales se estima que aquel se encuentra viciado de nulidad en los términos del artículo 173 de la Ley General de Administración Pública.

No está de más indicar que el Consejo Municipal, como órgano decisor, debe determinar, de forma clara y precisa, los elementos antes señalados en el acto que ordena la apertura del procedimiento (objeto, fin, consecuencias jurídicas y las razones por las cuales se estima que se trata de una nulidad, absoluta, evidente y manifiesta) en virtud de que esas precisiones delimitan el ámbito de acción del órgano director, no pudiendo éste último suplir la voluntad del órgano decisor (ver, en este sentido, el Dictamen C-118-2005 del 31 de marzo del 2005, en cuanto concluyó: “ En primer término, el acuerdo no indica cuál es el acto declaratorio de derechos que se pretende anular, y tampoco se establecen los reproches jurídicos sobre la supuesta nulidad absoluta, evidente y manifiesta del acto. Así, deviene indispensable que desde el inicio del procedimiento administrativo se establezca correctamente el acto declaratorio de derechos, debidamente individualizado y que conste fehacientemente en el expediente, que se pretende declarar su nulidad absoluta, evidente y manifiesta, de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, así como el carácter y fines del proceso, y las posibles consecuencias jurídicas de dicha anulación.”

VI. Conclusión

Esta Procuraduría General se encuentra imposibilitada para emitir el dictamen que prescribe el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, en virtud de la constatación de vicios en la tramitación del expediente administrativo (indebida conformación del órgano director al estar constituido por regidores municipales, indebida identificación del acto, motivos de presunta nulidad absoluta, evidente y manifiesta de aquel)

Asimismo, se indica que tratándose de bienes de dominio público como es el caso de los locales de los Mercados Municipales el plazo cuatrienal establecido en el numeral 173 inciso 5) de la Ley General de la Administración Pública no resulta de aplicación para esa Municipalidad.



b) Criterio de la Sala Primera

Sobre el nombramiento del organo director en procedimiento administrativo municipal

[SALA PRIMERA]⁵

Resolución: 000398-F-02

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las quince horas diez minutos del dieciséis de mayo del año dos mil dos.

Acumulación de proceso ordinario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por "EDIFICADORA CONTINENTAL C Y C, SOCIEDAD ANONIMA", representada por su apoderado generalísimo sin límite de suma, Leonel Centeno Madrigal, divorciado, Ingeniero Civil; contra "CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL", representada por su apoderado general judicial, Guillermo Alberto Mata Campos. Las personas son mayores de edad, vecinos de San José y con las salvedades hechas soltero y abogado.

RESULTANDO:

1°.-Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció demanda ordinaria cuya cuantía se fijó como inestimable; asimismo, solicitó en sus tres peticiones conforme a la acumulación realizada, que en sentencia se declare: Petitoria Primera: "I. ... la demanda con lugar en todos sus extremos. II. Que se declare nulidad de los siguientes actos dictados por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social y funcionarios administrativos del ente demandado: a. Acuerdo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, dictado en el Artículo N° 23 de la sesión número 6989 celebrada el 09 de enero de 1996, por cuanto resolvió negativamente nuestro reclamo administrativo y en consecuencia dio por agotada la vía administrativa. b. Acuerdo con fecha 23 de abril de 1996, la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el Artículo N° 17 de la Sesión N° 7014, celebrada en día 09 de abril en curso, en cuanto rechazan nuestro recurso administrativo alegatorio de reconsideración. c. Actos administrativos absolutamente nulos que ordenaron la ejecución de las garantías de cumplimiento de las Licitaciones Públicas números 94-031 y 94-036 sin el debido proceso. Actos administrativos absolutamente nulos que ordenaron la ejecución de las garantías de cumplimiento de las Licitaciones Públicas números 94-031 y 94-036 sin el debido proceso. III. Que en razón de lo anterior, se condene a la Caja Costarricense de Seguro Social a pagar los daños y perjuicios ocasionados, así como las costas procesales y personales de este proceso. Asimismo, solicito se ordene a la demandada afianzar las costas respectivas." Petitoria Segunda: "I. Que se declare la demanda con lugar en todos sus extremos. II. Que se declare la nulidad de

los siguientes actos dictados por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social y sus funcionarios: a. Acuerdo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, dictado en el artículo sexto de la sesión 7033 celebrada el 11 de junio de 1996, donde resuelve el contrato número 1475 “Construcción del Servicio de Nutrición del Hospital Calderón Guardia” suscrito entre la Caja Costarricense de Seguro Social y la Empresa Edificadora Continental C y C, S. A. “. El recurso citado de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social fue formalmente recusado por mi representada mediante el recurso Administrativo de reconsideración, reposición, revocatoria y nulidad concomitante y suspensión de efectos “que fue recibido por la Caja Costarricense de Seguro Social el 31 de julio de 1996 y que a la fecha aún no ha sido resuelto, con lo cual de acuerdo a nuestra legislación en el silencio, se ha agotado la vía administrativa. b. Actos Administrativos absolutamente nulos que ordenaron la ejecución de la garantía de cumplimiento. c. Todos los actos señalados en el presente escrito de deducción de la demanda que se señalan expresamente como nulos y tomados en contra de nuestro marco jurídico. d. Actos administrativos absolutamente nulos en el nombramiento y procedimiento del Organismo del Procedimiento Administrativo.”. Petitoria Tercera: “I. Que se declare la demanda con lugar en todos sus extremos. II. Que se declare nulidad de los siguientes actos dictados por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social y sus funcionarios: a) Acuerdo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, dictado en el artículo 22 de la sesión 7032m celebrada el 04 de junio de 1996, donde resuelve el contrato N° 1440, Construcción de la Clínica de Pital de San Carlos, suscrito entre Edificadora Continental C y C, S.A. y la Caja Costarricense de Seguro Social. b) Acuerdo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, dictado en el artículo 24 de la sesión 7032, celebrada el 04 de junio de 1996, donde resuelve el contrato N° 1439, Construcción de la Clínica de Puerto Viejo de Sarapiquí, suscrito entre la Caja Costarricense de Seguro Social y la Empresa Edificadora Continental C y C, S.A. c) Que los actos administrativos son absolutamente nulos en el nombramiento del órgano director del procedimiento administrativo. d) Que se condene a la demanda al pago de daños y perjuicios que se liquidarán en ejecución de sentencia. e) Que se condene al pago de las costas.”.

2°.-La parte accionada contestó negativamente y por separado cada una de las demandas e interpuso la excepción de falta de derecho.

3°.-El Juez, Lic. Vernor Perera León, en sentencia N° 682-98 de las 15:00 horas del 30 de octubre de 1998, resolvió: “Se declara inadmisibles las pretensiones de anular el acto administrativo contenido en el artículo diecisiete de la Sesión Siete mil catorce de nueve de abril de mil novecientos noventa y seis. Se declara sin lugar las excepciones interpuestas de falta de derecho. Se declara parcialmente con lugar la acción, y en consecuencia, se declaran nulos: el acuerdo contenido en el artículo veintitrés de la Sesión seis mil novecientos noventa y seis; el nombramiento de Víctor Rodríguez Araya como órgano director del procedimiento administrativo; y se declaran nulos los siguientes acuerdos de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social: A. Acuerdo contenido en el artículo sexto de la sesión Siete mil treinta y tres, celebrada el once de junio de mil novecientos noventa y seis, donde se resolvió el contrato número Mil cuatrocientos setenta y cinco de “Construcción del Servicio de Nutrición del Hospital Calderón Guardia”; B. Acuerdo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, dictado en el artículo veintidós de la sesión Siete mil treinta y dos, celebrada el cuatro de junio de mil novecientos noventa y seis, donde se resolvió el contrato número Mil cuatrocientos cuarenta de “Construcción de la Clínica Pital de San Carlos”; y C. Acuerdo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, dictado en el artículo Veinticuatro de la sesión Siete mil Treinta y dos, celebrada el cuatro de junio de mil



novecientos noventa y seis, donde se resolvió el contrato número Mil cuatrocientos treinta y nueve de “Construcción de la Clínica Puerto Viejo de Sarapiquí”. Se condena a la Caja Costarricense de Seguro Social a pagarle a Edificadora Continental C y C S.A., todos los gastos no pagados por la construcción de las tres obras, salvo la contratación a la empresa IMNSA. Se condena a la demandada a pagarle a la actora todos los gastos no pagados generados por la morosidad de la Administración al no pagar por falta de contenido presupuestario, montos que se determinarán en ejecución de sentencia, mediante auxilio pericial. Se declaran absolutamente nulas las decisiones de ejecutar las garantías de cumplimiento de las tres obras, y en consecuencia la demandada deberá reintegrarle a la actora los montos de las garantías de cumplimiento. No ha lugar al pago de indemnización alguna por daño moral, padecimiento afectivo ni lesión al prestigio profesional y comercial de la empresa. No ha lugar a reconocer a la empresa constructora derecho a finalizar las obras. Son ambas costas a cargo de la Caja Costarricense de Seguro Social.”. (sic).

4°.-Inconforme con la sentencia, la parte accionada apeló y El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, integrado por los Jueces, Horacio González Quiroga, Cristina Víquez Cerdas y Lilliana Quesada Corella, en sentencia N° 183-2000, de las 16:00 horas del 20 de julio del 2000, y con nota de la segunda, dispuso: “Se modifica la sentencia apelada para que se lea así: Se acoge parcialmente la defensa de falta de derecho. Se declara sin lugar la demanda en todos sus extremos salvo en cuanto se anula el acuerdo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social dictado en el artículo veintitrés de la Sesión seis mil novecientos ochenta y nueve del nueve de enero de mil novecientos noventa y seis, en cuanto resolvió negativamente el reclamo por gastos de paralización por falta de presupuesto y se otorga por ese concepto, una indemnización a la actora de dieciséis millones quinientos veinte mil trescientos cincuenta y tres colones cuarenta y cuatro céntimos, que deberá pagar la demandada. Se condena a la Caja Costarricense de Seguro Social a pagar los intereses correspondientes a partir de la firmeza de la sentencia y ambas costas de la acción.”. (sic)

5°.-El señor, Centeno Madrigal, en su expresado carácter, formula recurso de casación por la forma y por el fondo. Alega violación de los numerales 155 inciso 3 aparte ch) del Código Procesal Civil; 98 de la Ley de Administración Financiera de la República, 6 inciso 4 del Decreto Ejecutivo N° 4428, 90, 129, 166, 140 y 172 de la Ley General de la Administración Pública.

6°.-Para efectuar la vista se señalaron las 9:00 horas del 23 de noviembre del 2001. Asistieron el recurrente, Leonel Centeno Madrigal y su abogado, Lic. Juan José Echeverría Brealey, quien hizo uso de la palabra. A las 9:22 horas se dio por terminada la diligencia.

7°.-En los procedimientos se han observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada León Feoli; y,

CONSIDERANDO:



I.-En 1994 la Caja Costarricense del Seguro Social (Caja en lo sucesivo) adjudicó a Edificadora Continental C y C, S.A. (Edificadora en adelante), las licitaciones públicas Nos. 94-031, 94-036 y 94-037, correspondientes por su orden a la construcción de las Clínicas de Pital de San Carlos, Puerto Viejo de Sarapiquí y ampliación del Servicio de Nutrición del Hospital Dr. Rafael Angel Calderón Guardia. La Institución resolvió los contratos, ejecutó las garantías de cumplimiento y denegó los reclamos sobre gastos por labores extraordinarias y costos de paralización. Edificadora interpuso tres procesos contencioso administrativos que fueron acumulados. En lo medular, pretende, en sentencia, se declare la nulidad de los acuerdos de la Junta Directiva de la Caja en que se dispuso la resolución de los tres contratos de construcción, se ordenó la ejecución de las garantías de cumplimiento de las tres licitaciones y el acto de nombramiento del órgano director. Pide, además, daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de los pagos que se le adeudan y daño moral. La demandada se opuso a lo pretendido e interpuso la excepción de falta de derecho . El juzgado rechazó esa excepción y declaró parcialmente con lugar la acción. Anuló el acuerdo que denegó el recurso administrativo y dio por agotada la vía administrativa, el nombramiento del órgano director del procedimiento, las resoluciones contractuales y la ejecución de las tres garantías de cumplimiento. Condenó a la accionada al pago de todos los gastos adeudados por la construcción de las tres obras, -excepto la contratación de la empresa IMNSA-, y por la morosidad ocasionada por falta de contenido presupuestario, lo cual difirió a la etapa de ejecución del fallo. Denegó la indemnización por daño moral, padecimiento afectivo o lesión al prestigio profesional y comercial de la empresa y el derecho a finalizar las construcciones. Impuso las costas a la Institución. Esta apeló y el actor se adhirió pero, posteriormente, desistió. El Tribunal modificó lo resuelto, acogió parcialmente la excepción de falta de derecho. Declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos, salvo la pretensión de nulidad del acuerdo en el que se rechazó el reclamo por gastos de paralización por falta de presupuesto, y otorgó una indemnización de ¢16.520.353,40 más los intereses correspondientes a partir de la firmeza de la sentencia. Obligó a la accionada al pago de ambas costas. El actor formula recurso de casación por la forma y por el fondo.

RECURSO POR MOTIVOS PROCESALES:

II.-Por vicios procedimentales aduce un único motivo. Alega quebranto del artículo 155 inciso 3 aparte ch) del Código Procesal Civil. A juicio del recurrente el Tribunal denegó prueba admisible porque al conocer de la apelación, omitió analizar uno de los legajos de los incidentes de suspensión de los efectos del acto, que contiene importantes pruebas, entre ellas, un informe pericial del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, donde se determina el monto que debe pagar la Administración por avance de la obra, trabajos extras y reajuste, así como el estado de las construcciones y demás situaciones que incidieron en el plazo de entrega. En apoyo a su agravio y con el carácter de prueba para mejor resolver, aporta dos certificaciones del Juzgado que evidencian, el Tribunal resolvió el asunto sin tener a la vista el referido legajo.

III.-El recurrente alega violación del numeral 155 inciso 3 aparte ch del Código de rito para fundamentar una eventual denegatoria de prueba. Esta Sala en reiteradas oportunidades ha indicado que, la transgresión de ése artículo, sólo da entrada al recurso de casación por motivos de forma, en concreto por el vicio de incongruencia. Por otro lado, el fundamento del agravio radica en la omisión de análisis de uno de los legajos de los incidentes de suspensión de los efectos del acto el cual contiene importantes pruebas. Esto, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, configura un quebranto por el fondo, concretamente, por violación indirecta de la ley por error de derecho al

preferirse dicha probanza. En todo caso, no se cumple con los requerimientos técnicos del recurso para su análisis al no citar las normas de fondo ni de valor conculcadas y omite indicar en que consiste su violación de conformidad con el artículo 595 inciso 3 en relación a los ordinales 596 y 597 ibídem. En ese sentido, resulta claro que el recurso interpuesto deviene en informal.

IV.-A mayor abundamiento de razones, de acuerdo con el artículo 293 del Código Procesal Civil, después de la demanda y contestación, no se admitirán más documentos salvo los de fecha posterior a esos escritos, los anteriores que jure la parte no haber conocido antes, los que no se pudieron adquirir con anterioridad por causas no imputables al interesado, o sirvan para combatir excepciones del demandado o constituyan una prueba complementaria. El numeral 609 ibídem establece que ante la Sala de Casación no se podrá proponer ni recibir prueba ni se podrá admitir para mejor resolver, salvo se trate de documentos públicos de influencia efectiva en la decisión de la litis, o bien traer por vía de ilustración cualesquiera otros procesos o expedientes relacionados con el asunto. Por otra parte, para que exista “denegación de prueba” como motivo de casación, debe estarse en presencia de prueba admisible según las leyes y su desatención pueda causar indefensión. En ese sentido, es manifiesto, su ocurrencia tiene que ver con un mal uso del juzgador de los poderes conferidos por la ley. La denegación, como la admisión, es una potestad del juez, y sólo incurre en ese yerro el juzgador que arbitrariamente la desestima. Si el rechazo es fundado, porque, verbigracia, la autoridad considera que el elemento de juicio ofrecido no es conducente a la solución del caso, no hay incorrección (Sala Primera sentencias No. 95 de las 14 horas del 4 de setiembre de 1996 y No. 354-01 de las 10 horas 50 minutos del 18 de mayo del 2001). En el caso bajo estudio, conviene referir que, en los escritos de formalización de la demanda, el actor no hizo mención alguna a las probanzas del citado legajo, según puede constatarse a folios 251, 401, 402 y 587, tampoco se refirió a ellas al ofrecer prueba, ordenarse su recepción, al concluir esa fase, en el escrito de conclusiones, o ante el Tribunal donde desistió de la apelación adhesiva (folios 611, 631, del 639 al 693 y 817). Esta omisión, achacable sólo al recurrente, unida a que el incidente de suspensión se tramita en pieza separada, según lo preceptúa el numeral 92 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, impedían al juzgador incorporar al expediente principal, cualquier pieza probatoria de ese legajo. A lo anterior, debe agregarse que, de la razón de 5 de febrero de 1999 puesta al ser recibido el expediente en apelación y visible a folio 845, se colige la irregularidad ahora reprochada por el casacionista, quien nada protestó ante el órgano sentenciador, requisito obligado a tenor de los ordinales 597 y 598 del Código de rito para dar paso a la censura en esta sede. Queda entonces claro que, la prueba en mención, nunca fue propuesta y sometida a conocimiento del juzgador para valorar su admisibilidad y procedencia en la solución del asunto principal, no se trata, por ende, de prueba admisible, de manera que no puede recriminarse su denegación. Resta indicar que, en todo caso, el recurrente se limita a esgrimir, sin ningún análisis y en términos genéricos, la existencia de pruebas importantes “como por ejemplo, un estudio pericial”, pero no hace un señalamiento puntual, y la forma en que algún elemento probatorio en concreto podía haber influido en la decisión adoptada. La conjugación de las situaciones apuntadas, conducen al rechazo tanto de la prueba ofrecida, como del reproche planteado.

RECURSO POR MOTIVOS DE FONDO:

V.-La formulación de los cargos de orden sustantivo es sumamente extensa y dispersa, con transcripciones parciales de lo resuelto en primera instancia. En algunos casos, olvida relacionar



las censuras formuladas con las disposiciones normativas que acusa infringidas y en otros, ni siquiera hace referencia a estas últimas. Tampoco distingue la violación directa de la indirecta, todo lo cual dificulta su comprensión. Pese a ello, la Sala, para un mejor entendimiento de todo cuanto se dirá, procede a su reordenación. Por violación indirecta se identifican cuatro agravios. Primero: Recrimina mala valoración de las pruebas en cuanto a la ampliación del servicio de comedor del Hospital Calderón Guardia. Según indica, el Tribunal, pese al reconocimiento de la propia Caja, no valoró como corresponde que los atrasos en la construcción se debieron a: 1.-

el desalojo del terreno, la naturaleza del suelo (era blando), los tanques sépticos estaban sin entubar, indefinición de aspectos de ruta crítica, obligando a la empresa a laborar en actividades colaterales, no productivas pero que incrementaban los costos; 2.-

la demora en la atención del alineamiento de la construcción; 3.- en los permisos de construcción, al exigir la Municipalidad el pago de impuestos que, según el cartel, no correspondía pagar; y, 4.- la paralización del proyecto por falta de servicios de agua, electricidad y evacuación de las aguas residuales así como descoordinación institucional para darles solución. Segundo: Protesta error en la apreciación de las pruebas relativas a la construcción de la Clínica de Pital de San Carlos. El Tribunal, en su criterio, no tomó en cuenta aspectos importantes anotados en bitácora, y puestos en conocimiento de la contratante, que incidieron en el plazo de entrega y son imputables a la Administración, a quien debió obligar a asumir su responsabilidad. Refiere como tales la necesidad de contratar un topógrafo para identificar el lote, problemas con la medida y diseño de los planos, necesidad de un relleno por tener el lote un nivel inferior al de la calle, atraso en resultados y pruebas de compactación y arena, ampliaciones de áreas, rediseños, paralización de trabajos por falta de presupuesto e intervención de la obra. Esgrime infringidos los artículos 98 de la Ley de Administración Financiera de la República y 6 inciso 4 del Decreto Ejecutivo N° 4428. Tercero: Endilga al fallo error en la apreciación de las pruebas concernientes a la Clínica de Puerto Viejo de Sarapiquí. Expresa el recurrente, la Institución debe responder de los atrasos presentados en la entrega por haber incurrido en una indebida planificación, cambios en las salas de cirugía y maternidad, ampliación de áreas, demora en las pruebas de compactación de terrazas, falta de nuevos planos constructivos, de autorización de los nuevos costos y de presupuesto. Estas circunstancias, afirma, paralizaron la obra y luego de unos meses de negociación, la Caja reconoció su responsabilidad y extendió el plazo de entrega, sin embargo, resultaron necesarias unas reparaciones que requerían de un tiempo adicional y la petición formulada no fue respondida, ocasionándole una difícil situación financiera. Se creó una comisión que recomendó acoger algunos extremos del reclamo. Luego se dieron cambios en la construcción como demoliciones y rediseños. Finalmente se nombró al órgano director del procedimiento, se evacuaron pruebas sin haberle dado participación, se intervino el proyecto y se le impidió continuar. Cuarto: Señala el casacionista que el Tribunal se contradice al momento de establecer la responsabilidad contractual en punto a la previsión presupuestaria. Esto por cuanto, por una parte, aduce la existencia de una culpa concurrente porque la Administración no sabía, si por atrasos en las construcciones, se pasaría a otro periodo fiscal, y por otra, razona en el sentido de que las dificultades obedecieron a medidas externas del Ministerio de Planificación y Política Económica como si se tratara de un caso de fuerza mayor. Se desatendió, agrega, la obligación Institucional de tomar las medidas pertinentes. Critica que el monto de la indemnización se base sólo en el estudio contable de la demandada que no comprende todos los aspectos del reclamo económico y no en el que él aportara que sí analiza la totalidad de lo discutido.



VI.-La violación indirecta, según lo ha manifestado esta Sala “Sucede cuando el agravio sobreviene por yerros en la apreciación de la prueba. A su vez, ésta se subdivide en errores de hecho y de derecho. El de hecho opera cuando los Tribunales incurren en equivocaciones materiales al apreciar la prueba, el caso típico sería deducir de la declaración de un testigo un hecho no manifestado por éste, o de un perito poner como expresada una calificación no indicada por él, o bien extraer de un documento un contenido inexistente. En tal eventualidad el recurrente no está obligado a señalar las normas probatorias infringidas, pues por tratarse de un error material del juzgador al apreciar la prueba no infringe normas de prueba sino, por el contrario, se equivoca leyendo mal o en sentido contrario de cuanto consta en esas pruebas. La expresa acusación del yerro y la simple constatación le basta a la Sala de Casación para otorgarle competencia para proceder a su estudio y análisis, determinando si en la especie se encuentra o no el reproche probatorio planteado. El error de derecho, por el contrario, consiste en otorgarle a las pruebas un valor distinto al otorgado por el ordenamiento jurídico, o dejar de concederles el valor atribuido a ellas por las mismas leyes, en este caso el recurrente deberá indicar en forma clara la prueba específica conculcada y explicar el yerro, pero además deberá señalar las normas legales infringidas sobre el valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente. Pero aparte de lo común de ser precisos con la prueba cuya valoración ha sido errónea y calificar técnicamente el error acusado, y con la única salvedad del error de hecho de citar las normas procesales conculcadas, también resulta común a ambos, la obligación de expresar en forma clara y precisa las leyes de fondo infringidas, y los argumentos de como ello sucede, como consecuencia de la equivocada apreciación reclamada. Esto implica no sólo citar los artículos, o transcribirlos, sino señalar técnicamente la violación infringida al ordenamiento jurídico en las normas de fondo con la errónea apreciación”. Véase entre otras, las sentencias Nos. 55 de las 14 horas 30 minutos del 29 de mayo de 1998, 678 de las 9 horas 45 minutos del 5 de noviembre de 1999 y 752 de las 16 horas del 19 de setiembre del 2001.

VII.-En su exposición, el recurrente no indica en cada caso si se trata de un error de hecho o de derecho en la valoración de la prueba. Hace referencias constantes a la sentencia de primera instancia, ajena al recurso casacional, y detalla minuciosamente las situaciones presentadas en el desarrollo de las tres obras adjudicadas, sin embargo, no llega a puntualizar los errores en la ponderación de la prueba y la violación de disposiciones sustantivas en que incurre el Tribunal. En general, no hace cita de artículos sobre el valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente (requisito exigido por el numeral 595 inciso 3 ibídem) tampoco analiza en qué consisten los quebrantos cometidos. En síntesis, el recurso no señala la prueba específica que se estima mal apreciada, la forma en que el Tribunal incurrió en la equivocación material y cómo las normas de fondo resultaron infringidas a consecuencia de los errores de apreciación reclamados, todo lo cual riñe con lo dispuesto en los artículos 596 y 597 del Código Procesal Civil, en cuanto exige expresar “con claridad y precisión en qué consiste la infracción”. Su planteamiento se asemeja más a un recurso de alzada que a uno de casación. Por consiguiente, al no ajustarse a la técnica que para el caso debe respetarse, las censuras resultan informales, y se impone su rechazo.

VIII.-Por violación directa, pueden identificarse los siguientes cargos: Primero: nulidad absoluta del acto de investidura del órgano director. Para el recurrente, la Junta Directiva como órgano decisor, era la única competente para designar al director del procedimiento administrativo. Al nombrarlo el Gerente, expresa, se infringió el principio de competencia y el Tribunal, al denegar la nulidad,

basándose para ello en disposiciones de la Ley Constitutiva de la Caja, desatendió lo establecido en los artículos 90, 129, 166 y 172 de la Ley General de la Administración Pública cuya infracción acusa. Segundo: violación al debido proceso, indefensión y falta de aplicación del artículo 140 ibídem. Para sustentar este agravio, indica: 1.- no se le comunicó el acto de nombramiento del órgano director; 2.- se inició el procedimiento sin haberle notificado; 3.- no se le avisó del acta notarial levantada en la construcción de Puerto Viejo por lo que no se atendió su punto de vista sobre lo sucedido y las causas sobre la paralización de la obra, impidiéndose determinar la verdad real; 4.- la Junta Directiva no resolvió el recurso de queja y nulidad en que reclamaba la falta de pronunciamiento sobre esa designación, por lo que al no recusarlo de manera oportuna, pudo continuar con la investigación; 5.- se rechazaron las impugnaciones formuladas, aduciéndose, no se indicaba a qué contrato se refería; 6.- en la resolución final, el órgano director no tomó en cuenta las pruebas de descargo referidas a factores de atraso en la entrega de las edificaciones tales como información en las bitácoras, paralización de las obras, falta de pago de planillas y de presupuesto de la Caja, ampliación del contrato por inadecuado planeamiento y diseño original, extras a consecuencia de modificaciones y demoliciones. A pesar de esas circunstancias, advierte, tanto el órgano director como el Tribunal, afirman que la falta de contenido presupuestario obedeció al incumplimiento del plazo de entrega. Tercero: violación al debido proceso en la ejecución de garantías de cumplimiento. Afirma el recurrente, luego de una transcripción parcial de lo resuelto en primera instancia, que el Tribunal omitió referirse a la forma en que se ejecutaron las garantías de cumplimiento. Estima, no se consideró que no se abrió un procedimiento, no se dio audiencia, señalamiento de los hechos imputados y oportunidad para ofrecer prueba. Cuarto: Violación a la jurisprudencia de la Sala Constitucional. A tenor de lo dispuesto por esa Sala, en voto N° 233-I-95 de las 14 horas 28 minutos del 10 de mayo de 1995 y del cual reproduce algunas consideraciones, el casacionista sostiene que, la suma fijada por el Tribunal a título de indemnización debió establecerse determinando el valor de la obligación a la fecha de su exigibilidad y proyectarse al día de pago, adicionándole la rentabilidad comercial que habría producido hasta el momento de su cancelación total. En consecuencia, afirma, si se reconoció únicamente el valor nominal y sus intereses, se vulneró lo dispuesto por la Sala Constitucional y por ende ese pronunciamiento es nulo.

IX.-Para determinar la competencia de un órgano de la Administración debe acudir, en primer término, a la ley, y en ausencia de ella, al reglamento, a lo que se haya acordado sobre delegación para un tipo de acto o para un acto determinado, y por último a los lineamientos impuestos por el jerarca a la luz de la estructura organizativa de la entidad. El órgano de mayor jerarquía se identifica, por disposición expresa o implícita de la ley, atendiendo a la naturaleza de sus funciones, entre ellas, la potestad de delimitar las tareas de los demás órganos que le están subordinados según la materia que a cada cual corresponde y justifica o define su propia existencia. El jerarca supremo suele actuar como decisor y, por lo general, agota la vía administrativa. En el caso de la Caja Costarricense del Seguro Social, el artículo 14 de su Ley Constitutiva le confiere esa condición a la Junta Directiva, asignándole las tareas de dirigir la institución y fiscalizar sus operaciones, así como nombrar a los Gerentes de División quienes “tendrán a su cargo la administración en sus respectivos campos de competencia, la cual será determinada por la Junta Directiva” (artículo 15). Estas gerencias, con la reforma introducida al artículo 55 ibídem, por Ley N° 6914 de 28 de noviembre de 1983, resuelven, también, con apelación ante la Junta Directiva, las controversias surgidas con motivo de la aplicación de esa ley y sus reglamentos. Es importante referir, y en lo que al tema interesa, que por Decretos Ejecutivos Nos. 8979-P de 28 de agosto y 9469-P de 18 de diciembre, ambos meses de 1978, la Ley Constitutiva de la Caja y la materia de contratación administrativa, están exceptuados de la aplicación de los procedimientos administrativos previstos



en la Ley General de Administración Pública lo que, desde luego, no limita la vigencia y obligado respeto a sus principios generales garantes del debido proceso y su correlativo derecho de defensa, así como su aplicación supletoria en aquellos casos en que, por laguna o insuficiencia, sea necesario integrar el derecho, lo que resulta relevante, al no existir norma expresa en la Ley de la Caja, en la de la Administración Financiera de la República (aplicable al caso por la fecha en que sucedieron los hechos) y en el Reglamento de Aproveccionamiento (al que remite en materia de contratación la ley de última cita), sobre el procedimiento que debe seguirse para resolver contratos en ejecución. Es así como resulta incuestionable, a tenor de la citada Ley General, la obligación de la Institución, en materia de contratación, de averiguar la verdad real de los hechos mediante el correspondiente procedimiento administrativo dentro del cual, todo acto debe ser dictado por el órgano competente o por aquél a quien se le haya delegado “en las condiciones y límites indicados por esa ley” (artículos 59, 70, 89 y 129). Este procedimiento administrativo es, en algunos casos, un precedente obligado para la validez del acto que en definitiva se adopte, pero no siempre deben concurrir en un mismo sujeto la instrucción y la decisión. Sin embargo, cuando el acto final deba ser adoptado por una Junta Directiva, el procedimiento sólo puede ser delegado en su Secretario, por así disponerlo el artículo 90 inciso e) *ibídem*. Cabe entonces preguntarse qué ocurre, cuando, cómo en la especie sucedió, la instrucción no sólo no recayó en el Secretario, sino en un funcionario no designado por la Junta Directiva ni por una instancia a quien ésta delegara hacer ese nombramiento? Desde un punto de vista sustancial, la doctrina *ius administrativista* es conteste en afirmar que el sujeto es un elemento esencial del acto administrativo, lo que recoge a su vez el ordinal 129, privilegiando la tesis de que el sujeto es uno sólo, esto es, que el órgano instructor y el decisor deben ser uno sólo (artículos 90 y 314 *ibídem*), respondiendo a su vez a los principios de oralidad e inmediatez de la prueba previstos en los numerales 309 y 314 *ibídem*. En el caso concreto esa tarea fue encomendada al Ingeniero Víctor Rodríguez Araya, nombrado para ese efecto por el Gerente Administrativo, sin que en autos conste, autorización o delegación alguna para hacerlo. Esta situación provoca sin duda una irregularidad en el nombramiento del órgano del procedimiento pues su designación fue hecha por un funcionario sin competencia para ello, lo que vicia el acto en uno de sus elementos esenciales. El artículo 182 *ibídem*, en lo conducente establece: “1. El Juez no podrá declarar de oficio la invalidez del acto, salvo que se trate de infracciones sustanciales relativas al sujeto, al procedimiento o la forma, casos en los cuales deberá hacerlo.

2.-Para efectos de este artículo el sujeto se entenderá como elemento comprensivo de la existencia del ente y su capacidad, de la existencia del órgano y su competencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de ésta y de la regular investidura del servidor público...” (Lo resaltado no es del original). Esta norma debe relacionarse a su vez, con lo dispuesto en el ordinal 129 en cuanto dispone: “El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia”. Determinado el vicio, que en sus agravios reprocha el casacionista, es preciso establecer si con ello se produce una nulidad absoluta o relativa. En tesis de principio, la nulidad por la nulidad misma no existe, para que ello ocurra, es menester que se hayan omitido formalidades sustanciales, entendiendo por tales, aquellas “cuya realización correcta hubiere impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o cuya omisión causare indefensión” (artículos 166 y 223 *ibídem*) situaciones que, en la especie, se echan de menos. El recurrente no procuró prueba en ese sentido y su derecho de defensa, en los aspectos a que el recurso se contrae, fue respetado como más adelante se expone. Por otra parte, la Junta Directiva, al adoptar el acto final, no hizo reparo alguno a lo actuado, subsanando cualquier irregularidad en el procedimiento, lo cual es legalmente posible en



consideración a que no se trata de la inexistencia del elemento sujeto como para sustentar una nulidad absoluta (166 ibídem) sino de su imperfección, en atención únicamente al origen de su nombramiento (167 ibídem), siendo importante destacar aquí que se trató de un profesional ligado al objeto en discusión y con conocimiento sobre la materia. Finalmente y al amparo de la teoría finalista, es claro que los actos cuestionados cumplieron el fin esencial del actuar administrativo, sea la satisfacción del interés público (113 ibídem). En consecuencia, en criterio de la Sala, al haber sido dictado el acto final por la Junta Directiva de la Caja, órgano competente para hacerlo (artículos 129 y 319 ibídem), no haberse causado indefensión, pues se respetó el debido proceso, se satisfizo el interés público no es procedente declarar la nulidad por la nulidad misma, por lo que el recurso, en cuanto a este agravio, debe rechazarse.

X.-También invoca Edificadora una nulidad del procedimiento administrativo por violación al derecho de defensa. El propósito de esta instrucción, es conciliar el cumplimiento de los fines de la Administración y el respeto a los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, siendo su objeto más importante verificar la verdad real de los hechos que servirán de motivo al acto final, de ahí que las partes tengan garantizado su derecho de defensa, pudiendo para ese efecto, conocer el expediente y alegar todo cuanto estimen pertinente a sus intereses y aportar la prueba correspondiente (artículos 214 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública). El inicio del procedimiento administrativo se produce, no con la designación del órgano instructor, porque éste es un acto interno sin efectos en la esfera de los administrados, sino cuando el órgano designado así lo decreta, convocando a las partes a una comparecencia oral y privada enumerando brevemente y poniendo a disposición la documentación que obre en su poder, previniéndoles que aporten toda su prueba antes o durante la comparecencia. Allí la parte tiene, además, derecho a que ésta se admita, aclare, amplíe o a reformar su defensa, proponer alternativas probatorias y formular conclusiones acerca de ellas y de los resultados de la diligencia. Concluida esa fase, queda el asunto listo para el dictado del acto final (artículos 308 y siguientes de la ley en mención). Antes de esa convocatoria, la Administración tiene la potestad de realizar una investigación previa para determinar, entre otros, si es pertinente la apertura del procedimiento, y justificar su motivación, etapas en las cuales, no está obligada a darle participación al administrado, sin perjuicio desde luego de poner a su disposición la prueba recabada en la forma en que se ha expuesto (Sala Constitucional, voto N° 598, de las 17 horas 12 minutos del 1° de febrero de 1995). En este sentido, no hay quebranto al derecho de defensa por no haber sido comunicados a la contratista los actos de nombramiento del órgano director y su consecuente integración y del que dispone constituir prueba mediante acta notarial en la construcción de Puerto Viejo, por cuanto al no afectar derechos o intereses de la parte, la notificación que se echa de menos no es pertinente, según se obtiene del artículo 239 ibídem. Las restantes censuras, incorporadas en este agravio, relativas a la falta de pronunciamiento de la Junta Directiva de los recursos de nulidad y queja interpuestos, el rechazo de una apelación aduciendo que no se identificó el proceso y por estimar, no fueron tomadas en cuenta las pruebas de descargo, resultan informales al no ajustarse a la técnica de casación, en los términos que de seguido se exponen.

XI.-Cuando los reparos son de orden sustantivo, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 596 del Código Procesal Civil, se debe señalar con precisión y claridad en qué consiste el quebranto. Si bien el numeral 595 inciso 1) ibídem no establece la forma en que se produce esta infracción, por vía jurisprudencial se ha establecido que ello ocurre cuando se irrespeta una ley, se aplica indebidamente o en forma errónea. Así, el Juez incurre en ese error cuando no aplica la ley concreta, resuelve en contra de lo que ésta dispone o no acata lo que ésta manda, o bien cuando



se apoya en una norma no aplicable al caso. El error no estriba en los hechos, sino en la aplicación de la norma jurídica, o en su contenido y alcance cuando, tratando de desentrañarla por falta de claridad, le da un sentido diferente o inadecuado. En cualesquiera de estos supuestos, el casacionista está obligado a identificar la equivocación y explicar en qué consiste para que la Sala pueda atender el vicio que acusa.

XII.-En el penúltimo de los cargos el casacionista hace una transcripción de lo resuelto en primera instancia y un reproche al Tribunal por no valorar aspectos propios del debido proceso que, agrega, no fueron respetados por la Institución aseguradora al ejecutar las garantías de cumplimiento. Finalmente protesta el no acatamiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional para establecer la indemnización que se le otorga. En ninguno de estos agravios, se menciona la ley o leyes infringidas, por lo que tampoco indica con claridad y precisión por qué fueron conculcadas. Estas omisiones, acorde con lo expuesto en el considerando anterior, tornan la censura en informal y obligan a su rechazo.

XIII.-En mérito de lo expuesto, procede declarar sin lugar el recurso, con sus costas a cargo de la parte que lo interpuso (artículo 611 del Código Procesal Civil).

POR TANTO :

Se rechaza la prueba para mejor proveer ofrecida por el actor. Se declara sin lugar el recurso, con sus costas a cargo del recurrente.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Código Municipal. Ley : 7794 del 30/04/1998 Fecha de vigencia desde: 18/05/1998
- 2 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-134-1998. 13 de julio de 1998.
- 3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-153-2003 29 de mayo del 2003
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-277-2005 4 de agosto de 2005
- 5 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 000398-F-02. San José a las quince horas diez minutos del dieciséis de mayo del año dos mil dos.