



El Quórum del Concejo Municipal

Rama del Derecho: Derecho Municipal.	Descriptor: Acuerdo Municipal.
Palabras Clave: Quórum necesario para acuerdos, Sesiones del Concejo, Sustituciones en los miembros del Concejo, Desarrollo de las Sesiones.	
Fuentes: Jurisprudencia, Dictámenes PGR. Fecha de elaboración: 10/09/2013.	

El presente documento contiene jurisprudencia sobre el quórum necesario para las sesiones del Concejo Municipal, y con ello determinar la validez de los acuerdos tomados en dichos órganos municipales. Se aporta una jurisprudencia que analiza el quórum para tomar acuerdos y varios dictámenes de la Procuraduría General de la Republica en los cuales se aclaran estos conceptos.

Contenido

JURISPRUDENCIA	2
Análisis respecto al quórum necesario en los acuerdos municipales	2
DICTAMENES DE LA PGR.....	6
1. Suplencias en el Concejo Municipal. Dictamen: 213 del 17/09/2012.....	6
2. Sesiones y Quorum, Dictamen: 179 del 24/06/2009 (ACLARADO)	10
3. Desarrollo de las sesiones del Concejo Municipal, Dictamen: 427 del 03/12/2008.....	21
4. El Quorum en las Sesiones del Concejo, Opinión Jurídica: 009-J del 21/01/2005.....	32

JURISPRUDENCIA

Análisis respecto al quórum necesario en los acuerdos municipales

Sentencia: 1172. Expediente: 08-000517-1027-CA. Fecha: 28/11/2008.Hora: 10:20 a.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III.

Voto de mayoría:

“IV.- SOBRE EL FONDO. Quórum Necesario. La doctrina ha definido tres tipos de quórum, así: El quórum **Integral** que exige la presencia de todos sus integrantes para garantizar la validez de sus reuniones y la toma de los acuerdos de los órganos colegiados, el cual no es de aplicación a los Concejos Municipales. Por otra parte, se tiene el **Estructural**, que refiere a la presencia de un mínimo de miembros de un órgano colegiado, necesario para que éste sesione, constituyéndose un elemento de organización del órgano estrechamente relacionado con la regularidad de la actividad administrativa siendo un requisito necesario para el ejercicio de la competencia, de modo que solo la reunión del quórum fijado por ley permite que el órgano se constituya válidamente, delibere y emita actos administrativos, ejercitando sus competencias (artículo 182.2 de la Ley General de la Administración Pública). Este tipo de quórum, en torno a los ayuntamientos, de conformidad con el artículo 37 del Código Municipal, es de la mitad más uno de los miembros que integran el Concejo, cantidad que según refiere el artículo 21 del mismo cuerpo normativo, depende del porcentaje de población del cantón respecto a la población total nacional. Por último, el quórum **Funcional**, sea la mayoría necesaria para adoptar una decisión, por lo que resulta evidente que el quórum estructural es condicionante del funcional, en tanto el número de miembros mínimo necesario para iniciar y desarrollar la sesión, limita la votación de un asunto al romperse el quórum y por ende no se puede realizar la votación. Pero, bien podría darse el caso de que aún habiéndose constituido el quórum estructural, una norma jurídica disponga un quórum funcional mayor, como lo sería cuando se determina para un aspecto en concreto la verificación de una mayoría calificada. En el caso de marras, lo recurrentes alegan que el día 24 de junio de 2008, en la sesión del Concejo Municipal de Coto Brus número 112, al ser las 13:10 horas, el Presidente del órgano decretó un receso para almorzar, del cual se indica fue de treinta minutos, lo que se sustenta, según los recurrentes, en la costumbre de ese órgano y además, en las tomas que realizaba un canal local de televisión. De ello, no se probaron las supuestas grabaciones, y en cuanto a otras sesiones, se presenta a folio 57 del expediente la certificación de la número 113 celebrada el 1 de julio de 2008, en la que al ser las 12:30 horas se dictó un receso para almuerzo indicándose que se reanudaría a la 1:30 (una hora de receso), hora en que efectivamente se inició la segunda parte de la sesión mencionada (folio 62). Mas, en el caso que nos ocupa, únicamente se

hizo referencia en el acta (folio 52) "que se hace un receso para ir a almorzar", sin que se previera de antemano la hora de inicio posterior. Ahora bien, en la misma certificación del acta de sesión 112, de seguido se consigna que al ser las 2:10 pm los Regidores Gabriela Fernández Venegas, Félix Alfonso Madrigal Ureña, Luis Angel Carranza Steller, Víctor Julio Mora Acuña, y los síndicos Eliecer Villegas Prendas y Gerardo Roberto Carranza Montes, dejaron constancia de la inexistencia de quórum, manifestando que ya había sucedido en otras ocasiones e informaban que no integrarían esa sesión. En la misma acta, se indica que al ser las 2:17 pm, se reanuda la misma con la presencia de los regidores Nardo Pérez Morales, Ricardo Azofeifa Arias, Wilfrido Fallas Barrantes, Marco Tulio Castillo Agüero, Alba Rosa Fuentes Canales, Miriam Cortés Elizondo y los Síndicos Orlando Sancho Masís y Walter Gerardo Mora Pérez. Como parte de los alegatos de la apelación que nos ocupa, los recurrentes indican que la sesión estaba suspendida y que por esa razón no podía continuar como se hizo. Para ello, hay que partir de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Municipal, según el cual es competencia del Presidente del Concejo, entre otros aspectos, "...a) Presidir las sesiones, abrirlas, suspenderlas y cerrarlas...". Siendo que, el Presidente Municipal de Coto Brus lo es el señor Wilfrido Fallas Barrantes, quien no está en la lista de los Regidores que manifestaron su presencia a la 1:30 de la tarde de ese día y por el contrario, sí estaba dentro del grupo que reanudó la sesión a las 2:17 pm, debe entenderse que técnicamente no pudo existir una suspensión de la sesión por quienes no ostentan la competencia necesaria para ello. Por otra parte, si lo pretendido es que se entienda de esa forma, derivado del contenido del artículo 38 del Código Municipal, no puede ser de recibo, toda vez que, si bien se establece una restricción de carácter temporal para la constitución de la sesión, en la especie de 15 minutos, lo cierto es que transcurrido ese tiempo, sin que hubiere quórum (se refiere al estructural), se dejará constancia en el libro de actas y se tomará la nómina de los miembros presentes, a fin de acreditarles su asistencia para efectos del pago de dietas. Así, correctamente debe entenderse que esta norma establece la posibilidad de sustitución de los Regidores ausentes en una sesión, ello con el fin de permitir la participación de los suplentes, mas nunca sinónimo o posibilidad, como se alega en este caso, de que una minoría de Regidores disponga una "suspensión" no por inasistencia, sino por el hecho de un atraso en el inicio de la sesión a la hora supuestamente fijada. Tanto así, que el mismo artículo permite que ante la ausencia de un regidor titular, su puesto sea ocupado por un suplente, quien tendrá derecho a permanecer como miembro del Concejo toda la sesión, si la sustitución hubiere comenzado después de los quince minutos referidos supra o si, aunque hubiere comenzado con anterioridad, el propietario no se hubiere presentado dentro de esos quince minutos. Se trata de una norma habilitadora de sustitución y nunca un motivo de suspensión. De esa forma, los quince minutos indicados por el numeral 38, constituyen no solamente un punto de referencia para el establecimiento del quórum, sino además en una norma de orden en las acciones de los regidores, en tanto aún cuando sea titular, si desatiende este formalismo de tiempo, se produce una sustitución temporal de su condición representativa, trasladando los derechos de remuneración de dieta al regidor suplente que ocupó el lugar en la sesión, siempre que se encuadre dentro de uno de los supuestos indicados. En este punto, cabe aplicar al caso el quórum estructural, sea el requisito de legitimación para que el Concejo se reúna, la mitad más uno que se indica en el numeral 37 del Código. Ahora bien, en cuanto al cantón de Coto Brus, tal y como lo establece el artículo 21 del Código

Municipal, el Tribunal Supremo de Elecciones en resolución 1284-E-2006 de las 14:30 horas del 5 de abril de 2006, realizó la declaratoria de los regidores que integrarían esa municipalidad, para el período comprendido del 1 de mayo de 2006 al 30 de abril de 2010, determinado en siete Regidores propietarios y siete suplentes, declarando como Regidores Propietarios a: Alba Rosa Fuentes Canales, Wilfrido Fallas Barrantes, Ricardo Azofeifa Arias, Felix Alfonso Madrigal Ureña, Gabriela Fernández Venegas, Luis Angel Carranza Steller y Marco Tulio Castillo Agüero. Asimismo, los suplentes Miriam Cortes Elizondo, Nardo Pérez Morales, Marlen Hidalgo, Victor Julio Mora Acuña, Maylin Bravo, German Rodríguez y Numa María Porras. Así, el día 24 de junio de 2008, el Presidente Municipal de Coto Brus señor Wilfrido Fallas Barrantes, tal y como corresponde, reabrió la sesión al ser las dos de la tarde con diecisiete minutos, contando con la presencia de cuatro Regidores propietarios y dos suplentes. Si como se indicó, la declaratoria del Tribunal Supremo de Elecciones para este ayuntamiento fue de siete Regidores, la mitad más uno de los mismos corresponde a cuatro, lo que se cumplió para la mencionada sesión, máxime si aunado a ello, se contabilizan los dos suplentes que, ante la ausencia de los otros Regidores que minutos antes habían manifestado su malestar, participaron en la sesión con voz y voto en su carácter sustitutivo, con lo cual evidentemente se cumplió con el requisito mínimo de Regidores para completar el quórum, poder sesionar y tomar decisiones.

V.- NULIDAD DE LOS ACUERDOS. También, se alega la nulidad de los acuerdos tomados, aduciendo los recurrentes que se violentó en la especie el numeral 38 del Código Municipal y que la sesión estaba suspendida. Si bien, en tesis de principio, la ausencia de quórum en un órgano colegiado incide en la validez de los acuerdos que se adopten, como lo ha sostenido la Sala Constitucional en la sentencia 1994-02580, cuando indicó: "No lleva razón la recurrente al afirmar que se ha lesionado en su perjuicio la garantía constitucional al debido proceso, toda vez que el hecho de que se hubiese suspendido la primera de las audiencias señaladas -por la no asistencia de la totalidad de los miembros del órgano director-, no resulta ilegal, pues en el supuesto de que se hubiese celebrado en esas condiciones -sin que se reuniera el quórum requerido al efecto-, sí se produciría un menoscabo a sus garantías fundamentales, pues el acto estaría viciado de nulidad por haberlo llevado a cabo un órgano que no estaba debidamente constituido". En el caso de los Concejos Municipales, el numeral 42 del código que regula la materia; especifica como regla general, que los acuerdos deberán adoptarse por mayoría absoluta de los miembros presentes, salvo cuando por norma expresa se establezca otra mayoría. Esta modalidad encuadra dentro de la referencia al quórum funcional para la adopción de acuerdos, es decir, la mayoría se establece respecto de los miembros presentes, en estos términos, necesariamente, la mitad más uno de los miembros que integran el colegio deberán estar presentes para la deliberación y la votación, asistencia sobre la cual se computa el funcional requerido en cada caso. Sobre el quórum funcional, la Procuraduría General en el dictamen C-077-2000 de 12 de abril del 2000, indicó en lo que interesa: "Conforme se podrá apreciar, la regla general para la adopción de acuerdos por parte de los órganos colegiados, entre ellos los Concejos Municipales, es el de la mayoría absoluta -equivalente a la mitad más uno- de los miembros presentes. A manera de ejemplo, si a una sesión del Concejo Municipal de Santa Bárbara comparecieran todos sus

integrantes (7), para la adopción de un acuerdo se requeriría el voto de 4 regidores. Por el contrario, si sólo sesionaran 5, el quórum funcional -necesario para la validez de los acuerdos que se adopten- lo formarían 3 miembros. Ahora bien, es importante destacar que a diferencia del quórum estructural que es fijo -en el caso del Concejo Municipal de Santa Bárbara se conforma con la presencia de un mínimo de 4 regidores--, el quórum funcional varía dependiendo del número de regidores que asistan a las sesiones y de la materia que se conozca. En efecto, como bien lo advierte la norma en estudio, el Código Municipal puede exigir para la aprobación de determinados acuerdos relacionados con materias o asuntos que el legislador consideró especiales, una mayoría diferente, normalmente mayor. Por ejemplo, para convocar a los electores del cantón a un plebiscito para la destitución del alcalde, el acuerdo respectivo debe ser aprobado por un mínimo de tres cuartas partes de los regidores integrantes (artículo 19); para conocer de asuntos no incluidos en la convocatoria a sesiones extraordinarias, se requiere un acuerdo aprobado por unanimidad (artículo 36); para declarar un acuerdo como definitivamente aprobado, se requiere una mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Concejo (artículo 45); lo mismo para suspender o sustituir de sus cargos al contador y al auditor (artículo 52, párrafo segundo) y para la aprobación de préstamos (artículo 82, párrafo segundo). En ese sentido, podría presentarse la situación de que un determinado Concejo Municipal cuente con el mínimo de regidores necesario para sesionar válidamente (quórum estructural), pero insuficientes para adoptar un determinado acuerdo (quórum funcional). Por ejemplo, en el caso de una sesión ordinaria del Concejo Municipal de Santa Bárbara a la que sólo asistan 4 regidores, a pesar de que la sesión es válida por contar con el quórum estructural necesario para ello, no sucedería lo mismo para la adopción de un acuerdo que disponga la destitución del auditor puesto que para ello requeriría una mayoría calificada, concretamente, de 5 votos." Sustentado en todo lo indicado, se tendría que ninguno de los aspectos esbozados fueron violentados en este caso, toda vez que, no existió la alegada suspensión, ya que no fue decretada por el Presidente Municipal como parte de sus competencias y además, las manifestaciones de los Regidores que estaban a la hora que supuestamente se había fijado como de inicio de la segunda parte de la sesión número 112, no limita bajo ningún supuesto, la reapertura que el Presidente decretó minutos después contando con el quórum necesario para hacerlo, tal y como se indicó en el considerando anterior y por ello, los asuntos aprobados, contarían con el quórum estructural y funcional necesario, por tanto válidos. Además, no puede ser de recibo, el argumento de que los acuerdos tomados en esa segunda parte de la sesión cuestionada, fueron aprobados en detrimento del interés público, y con la supuesta intención de beneficiar a particulares, sin que se haya señalado en el recurso que nos ocupa, cuál de los acuerdos específicamente tendría esos vicios.

VI.- Dado lo expuesto, se debe confirmar que en la segunda parte de la sesión número 112 celebrada el día 24 de junio de 2008 por el Concejo Municipal de Coto Brus, se contó con el quórum necesario tanto para constituirse como órgano deliberativo, y para adoptar los acuerdos propuestos. Debiéndose dar por agotada la vía administrativa al no existir recurso ulterior. “

DICTAMENES DE LA PGR

1. Suplencias en el Concejo Municipal. Dictamen: 213 del 17/09/2012

C-213-2012, 17 de setiembre, 2012

Señora R.C.F, Secretaria del Concejo Municipal

Municipalidad de Poás

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, procedo a dar respuesta a su oficio N° 329-SCM-2009 del 1° de julio de 2009, mediante el cual se consulta sobre el procedimiento que debe seguirse para la constitución de un Directorio Provisional.

Específicamente, la principal inquietud se relaciona con la validez de la posibilidad de que un regidor suplente pueda integrar el Directorio Provisional del artículo 29 del Código Municipal. Esto en el supuesto de que tanto el Presidente como el Vicepresidente del Concejo renuncien a sus cargos.

En este sentido, la Municipalidad Consultante señala que el artículo 29 CM establece que el Directorio Provisional debe ser integrado con los regidores presentes de mayor edad, pero sin embargo, mantiene duda de si los regidores suplentes deben ser considerados a efectos de determinar cuáles son los regidores de mayor edad, o si por el contrario, la regla del artículo 29 del Código Municipal implica que solamente deben considerarse los regidores propietarios.

Conforme lo exige el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se ha aportado el criterio del Departamento Legal de la Municipalidad de Poás –oficio A.L. 0033-2009 del 29 de mayo de 2009–, en el cual se concluye que, ante la renuncia del Presidente y del Vicepresidente del Concejo Municipal, resulta imperativo conformar un Directorio Provisional para proceder con los respectivos nombramientos en los puestos vacantes, conformación que debe hacerse según lo dispuesto por el numeral 29 del Código Municipal, con base en el cual, el Directorio Provisional del Concejo estará formado por los regidores de mayor edad.

Para atender la consulta planteada, se ha estimado oportuno abordar los siguientes extremos: I. En orden a los regidores suplentes II. En orden a la integración del Directorio Provisional.

I. EN ORDEN A LOS REGIDORES SUPLENTES

La figura del Regidor Suplente ha sobrevivido en el Código Municipal de 1998 (CM).

El artículo 21 CM establece con toda claridad que en cada municipalidad habrá regidores suplentes y propietarios.

En este orden de ideas, el artículo 28 de ese mismo Código, establece que los regidores suplentes están sometidos, en lo que aplique, al mismo régimen que los propietarios, pero sin embargo, precisa que existen importantes diferencias.

En primer lugar, la función esencial de los suplentes es sustituir a los propietarios de su propio partido político que se ausenten temporal u ocasionalmente.

De otro lado, el artículo 28 CM prescribe que si bien es un deber de los regidores suplentes el asistir a todas las sesiones del Concejo Municipal, lo cierto es que, en principio, no integran al órgano colegiado y solamente tienen un derecho de participación limitado:

Artículo 28. — Los regidores suplentes estarán sometidos, en lo conducente, a las mismas disposiciones de este título para los regidores propietarios. Sustituirán a los propietarios de su partido político, en los casos de ausencias temporales u ocasionales.

Los suplentes deberán asistir a todas las sesiones del Concejo y tendrán derecho a voz. Para las sustituciones, serán llamados de entre los presentes, por el presidente municipal, según el orden de elección. En tal caso, tendrán derecho a voto.

Las diferencias elementales entre la figura del regidor propietario y suplente, han sido examinadas por la jurisprudencia administrativa de este Órgano Superior Consultivo en su dictamen C-208-2008 de 17 de junio de 2008.

Así las cosas, es claro que tanto la jurisprudencia administrativa como el Ordenamiento Legal y Constitucional distinguen entre las figuras del regidor propietario y el regidor suplente. La diferencia fundamental entre ambas estriba en que el regidor suplente, es el que sustituye al propietario durante las ausencias de éste. Por consiguiente, el regidor propietario es quien goza de la plena capacidad para ejercer las competencias de miembro integrante del Concejo Municipal.

Por consiguiente, en tesis de principio, el regidor suplente no es titular de las facultades previstas en el numeral 27 del Código Municipal, mucho menos del derecho al voto. Por ende, al regidor suplente no le asiste, per se, el derecho a presentar mociones ni proposiciones. Solamente cuando el regidor suplente, sustituya un propietario durante su ausencia, podrá ejercitar el derecho a mocionar.

Es decir, al regidor suplente le asiste únicamente un derecho de participación limitado en los debates municipales. Ciertamente, el ordinal 28 del Código Municipal obliga a los regidores suplentes a atender todas las sesiones del Concejo, pero esto no implica por sí mismo que pueda intervenir.

Es decir que el regidor suplente, si bien tiene la obligación legal de atender las sesiones del Concejo Municipal, carece, por si mismo, de un derecho de participación que le permita formular mociones, presentar apelaciones o requerir revisiones de los acuerdos municipales, mucho menos votar los asuntos. Por el contrario, debe circunscribirse al derecho de voz.

Debe insistirse. El regidor suplente solamente integra el Concejo con plena capacidad como miembro cuando es llamado por la Presidencia Municipal para sustituir a un propietario ausente. (Ver dictamen C-179-2009 de 24 de junio de 2009)

En el dictamen C-50-2011 de 3 de marzo de 2011 se advirtió con claridad:

Así las cosas, resulta palmario que el Concejo Municipal está compuesto por los regidores propietarios y únicamente lo conforman los suplentes cuando están sustituyendo al titular .

Corolario de lo anterior: en principio, solamente los regidores propietarios pueden ser electos para el Directorio Definitivo – Presidencia y Vicepresidencia - del Concejo Municipal.

No cabe duda que sería un contrasentido que un miembro suplente – con un derecho de participación limitado – ejerciera de forma definitiva la función de la presidencia o vicepresidencia, las cuáles implican un amplio poder de dirección sobre la actividad del Concejo y de sus sesiones. Este amplio poder de la Presidencia se encuentra regulado en el artículo 34 del Código Municipal.

Valga advertir que la cuestión ha sido objeto de examen en un dictamen anterior, sea el C-441-2008 de 16 de diciembre de 2008:

En el numeral 29 de dicho cuerpo normativo, se ha dispuesto que dichos cargos sean ocupados por los regidores propietarios, pues en su párrafo tercero se ordena lo siguiente:

“Artículo 29. — (...)

Realizada la juramentación, los regidores propietarios elegirán en votación secreta, al Presidente y el Vicepresidente definitivos, escogidos de entre los propietarios. Para elegirlos se requerirá la mayoría relativa de los votos presentes. De existir empate, la suerte decidirá.” (La negrita no es del original)

Resulta entonces, que los únicos que pueden elegir al Presidente y Vicepresidente del Concejo y ocupar alguno de dichos cargos, son los regidores propietarios. Al regidor suplente, le está negada la posibilidad siquiera de intervenir en la elección de dichos puestos. Este tema puntual ha sido abarcado por este órgano asesor con anterioridad en varios dictámenes.

No cabe duda al respecto. El artículo 29 CM contiene una norma de orden público que establece que los miembros del Directorio Definitivo son elegidos por votación secreta de los propietarios, y expresamente dispone que solamente pueden ser elegidos entre esos mismos regidores propietarios:

Artículo 29. — Los regidores y síndicos tomarán posesión de sus cargos el primer día del tercer mes posterior a la elección correspondiente. A las doce horas, deberán concurrir al recinto de sesiones de la municipalidad los propietarios y suplentes, quienes se juramentarán ante el Directorio Provisional, luego de que este se haya juramentado ante ellos. El Directorio Provisional estará formado por los regidores presentes de mayor edad que hayan resultado electos. El mayor ejercerá la

Presidencia y quien le siga, la Vicepresidencia. El Tribunal Supremo de Elecciones, al extender las credenciales respectivas, indicará, de acuerdo con este artículo, cuáles regidores deberán ocupar los cargos mencionados.

Corresponderá al Directorio Provisional comprobar la primera asistencia de los regidores y síndicos, con base en la nómina que deberá remitir el Tribunal Supremo de Elecciones.

Realizada la juramentación, los regidores propietarios elegirán en votación secreta, al Presidente y el Vicepresidente definitivos, escogidos de entre los propietarios. Para elegirlos se requerirá la mayoría relativa de los votos presentes. De existir empate, la suerte decidirá.

II. EN ORDEN A LA INTEGRACION DEL DIRECTORIO PROVISIONAL DEL CONCEJO MUNICIPAL

Debe insistirse en que la función esencial de los regidores suplentes es sustituir a los propietarios que se ausenten.

Dicha función es de gran relevancia, pues tiene por objetivo garantizar la continuidad de la actividad del Concejo Municipal. (Ver C-208-2008 de 17 de junio de 2008)

Tómese nota de que tanto el quórum estructural como el funcional que la Ley exige para la validez de las sesiones del Concejo Municipal es bastante rígido. Esto conforme los artículos 37 y 42 del Concejo Municipal.

Es decir que la figura de los regidores suplentes tiene por finalidad asegurarse que en las sesiones municipales siempre se cuente con el número de regidores necesarios para tener quórum estructural y funcional.

Por consiguiente, es claro que en aquellos supuestos en que un regidor suplente es llamado a sustituir a un regidor propietario, debe entenderse que aquel ejerce la función de regidor con la plena capacidad del artículo 27 CM.

Sin embargo, en este punto, debe hacerse un importante distingo.

El artículo 29, párrafo in fine, no solamente constituye un impedimento para que pueda elegirse a un regidor suplente como Presidente ni Vicepresidente del Concejo. La disposición expresamente establece que la posibilidad de elegir a los miembros del Directorio del Concejo es una potestad privativa de los regidores propietarios.

Por consecuencia, el artículo 29 CM constituye un impedimento para que un regidor suplente - aún en el caso de que uno de los propietarios se ausente - pueda integrar el Concejo durante la sesión de elección de su Directorio. Mucho menos participar del acto de elección.

Inferencia de lo anterior, no es procedente tampoco que un regidor suplente ejerza la función de Presidente o Vicepresidente provisionales del Concejo durante la sesión que se convoque para elegir al Directorio Definitivo. Esto, se repite, ni siquiera en el supuesto de que uno de los propietarios se ausente de esa sesión.

En efecto, es claro que si el artículo 29 CM excluye totalmente a los regidores suplentes del derecho de elegir a los miembros del Directorio del Concejo Municipal, debe entonces entenderse que tampoco pueden ejercer un cargo en el Directorio Provisional, toda vez que es notorio que ese Directorio ejerce un gran poder de dirección sobre la sesión de elección: abre y cierra la sesión, concede y retira la palabra y sobre todo comprueba la asistencia de los regidores y síndicos.

Doctrina de los artículos 29 y 34 Código Municipal.

Se debe ser enfático. El artículo 29 CM, párrafo in fine, contempla una gravísima limitación de los poderes de participación del regidor suplente. Limitación que no desaparece ni siquiera en el supuesto de ausencia de un propietario: en ningún caso, puede participar con voto de la elección del Directorio del Concejo Municipal ni tampoco ser elegido para dicho cargo o ejercer un cargo en el Directorio Provisional destinado a dirigir la votación de elección del Presidente y Vicepresidente definitivos. Lo anterior a pesar de que sobrevive su obligación de asistir a la sesión. Al respecto, conviene citar nuevamente el dictamen C-441-2008:

Resulta entonces, que los únicos que pueden elegir al Presidente y Vicepresidente del Concejo y ocupar alguno de dichos cargos, son los regidores propietarios. Al regidor suplente, le está negada la posibilidad siquiera de intervenir en la elección de dichos puestos.

Así las cosas, el artículo 29 del Código Municipal debe ser entendido en el sentido de que el Directorio Provisional debe estar integrado por los regidores presentes de mayor edad – regla de vetustez – siempre que se trate de regidores propietarios.

III. CONCLUSION

Con fundamento en lo expuesto, se concluye:

- De conformidad con el artículo 29 del Código Municipal, existe un impedimento para que los regidores suplentes ejerzan ningún cargo dentro del Directorio Provisional. Esto ni siquiera en el supuesto de que alguno de los regidores propietarios se ausente.
- También de conformidad con el artículo 29 del Código Municipal, el Directorio Provisional debe estar integrado por los regidores presentes de mayor edad – regla de vetustez – siempre que se trate de regidores propietarios.

Atentamente,

Jorge Oviedo Álvarez Priscilla Zamora Rojas

Procurador Adjunto Asistente de Procuraduría

2. Sesiones y Quorum, Dictamen: 179 del 24/06/2009 (ACLARADO)

C-179-2009, 24 de junio, 2009

Lic. M.E.C.O, Auditor Interno

Municipalidad de Curridabat

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República nos es grato referirme a su oficio n.º AIMC-083/2008 [debe ser 2009] del 22 de mayo del 2009, a través del cual solicita el criterio de la Procuraduría General de la República sobre los siguientes aspectos:

“1. ¿Cómo se debe interpretar el artículo 17 inciso m) en relación con el artículo 37, del Código Municipal, con respecto a lo siguiente: si las convocatorias, de los alcaldes municipales, a sesiones extraordinarias, en lugar diferente a la sede social del Concejo Municipal, deben realizarse en el lugar designado por los alcaldes, sin requerir un acuerdo del Concejo Municipal, aceptando el cambio de sede?

2. ¿En tal caso, al no hacerse presentes los regidores propietarios, están facultados los regidores suplentes para formar el quórum y sesionar válidamente?

3. ¿Cuál es la situación legal, de una sesión ordinaria del Concejo Municipal, que fuera levantada por el Presidente, con justificada razón, sin completar el orden del día? ¿Se puede reabrir de seguido, nombrando como Presidente a.i. al regidor de mayor edad, invocando el artículo 27 incisos d) y e) del Código Municipal?”

I.- ANTECEDENTES

A.- Criterio de la Asesoría Legal de 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.º 8292 de 27 de agosto del 2002, mediante el cual se modificó el artículo 4º de nuestra Ley Orgánica, no se adjunta el criterio de la Asesoría Legal del órgano consultante.

B.- Criterios de la Procuraduría General de la República

Revisando el Sistema Nacional de Legislación Vigente este Órgano Asesor no ha emitido ningún pronunciamiento en cuanto a las convocatorias de los alcaldes a sesiones extraordinarias para sesionar en lugar diferente a la sede de la corporación municipal.

Sin embargo, en algunas ocasiones se ha referido a ciertos otros temas que aquí se consultan, es por ello que en el desarrollo de la presente consulta citaremos, entre otros, los dictámenes n.º OJ-115-99 de 5 de octubre de 1999 y n.º C-245-2008 de 15 de julio de 2008.

II.- SOBRE EL FONDO

En vista de que son varias las interrogantes que se nos plantean, por razones lógicas y de orden, las vamos a tratar de manera separada.

A.- ¿Cómo se debe interpretar el artículo 17 inciso m) en relación con el artículo 37 del Código Municipal, con respecto a lo siguiente: si las convocatorias de los alcaldes municipales, a sesiones extraordinarias, en lugar diferente de la sede social del Concejo, deben realizarse en el lugar designado por los alcaldes, sin requerir un acuerdo del Colegio, aceptando el cambio de sede?

Según el Código Municipal, las sesiones extraordinarias, son aquellas que se convocan para conocer de un asunto específico en hora y días distintos de las sesiones ordinarias. Para tal propósito, tal sesión debe convocarse por lo menos con veinticuatro horas de anticipación. El artículo 36 establece que el objeto de este tipo de sesiones debe ser indicado por medio de acuerdo municipal.

Sin embargo, es posible también, que el Alcalde Municipal convoque a esta clase de sesiones al Concejo por *motu proprio* (por iniciativa propia) o cuando se lo solicitan, con veinticuatro horas de anticipación, por lo menos la tercera parte de los regidores propietarios (inciso m del artículo 17 del Código Municipal). En las sesiones extraordinarias solo pueden conocerse los asuntos incluidos en la convocatoria, además, de lo que, por unanimidad, acuerden conocer los miembros del Concejo (artículo 36).

Los numerales mencionados en la primera pregunta que se plantea en la presente consulta, literalmente expresan lo siguiente:

“Artículo 17. — Corresponden al alcalde municipal las siguientes atribuciones y obligaciones:

(...)

m) Convocar al Concejo a sesiones extraordinarias o cuando se lo solicite, con veinticuatro horas de anticipación, por lo menos la tercera parte de los regidores propietarios.

(...)”

“Artículo 37. — Las sesiones del Concejo deberán efectuarse en el local sede de la municipalidad. Sin embargo, podrán celebrarse sesiones en cualquier lugar del cantón, cuando vayan a tratarse asuntos relativos a los intereses de los vecinos de la localidad.

El quórum para las sesiones será de la mitad más uno de los miembros del Concejo.”
(Lo resaltado no pertenece al original)

Esta Procuraduría considera que los artículos anteriores deben de interpretarse tomando en cuenta lo establecido en el Reglamento interior de orden, dirección y

debates del Concejo de la Municipalidad de Curridabat, el cual, en relación a lo consultado, indica lo siguiente:

“Artículo 8. – Las sesiones del Concejo se celebran en el Salón de Sesiones José Figueres Ferrer, ubicado en el Edificio Municipal Peregrina Madrigal Granados. El Concejo podrá acordar la celebración de sesiones ordinarias y extraordinarias en lugares diferentes a la Sala citada, pero dentro de la jurisdicción del Cantón de Curridabat, con el fin único de tratar asuntos relativos a los intereses de los vecinos del distrito donde se realice la sesión, excepto que por unanimidad de votos el Concejo acuerde conocer otro asunto.” (Lo resaltado no pertenece al original)

Como puede apreciarse de las normas anteriores, notamos que el Código Municipal permite que las sesiones se celebren en cualquier lugar del cantón, sin indicar que para decidir ello se requiera del acuerdo del Concejo. No obstante, el Reglamento interior de orden, dirección y debates del Concejo de Curridabat, a pesar de que de igual forma permite que las sesiones -tanto ordinarias como extraordinarias- sean celebradas en un lugar distinto a la sede social del Concejo, esta norma señala que “*el Concejo podrá acordar*”, es decir, el Reglamento interno sí habla de un acuerdo del Concejo para este tipo de situaciones. Siendo así debemos interpretar que el ordenamiento jurídico faculta al Concejo para que mediante acuerdo decida el cambio de lugar para celebrar tanto sesiones ordinarias como extraordinarias.

En virtud del artículo 17 inciso m), es atribución y obligación del Alcalde Municipal convocar al Concejo a sesiones extraordinarias o bien convocar cuando así se lo solicite con veinticuatro horas de anticipación por lo menos la tercera parte de los regidores propietarios, no obstante, la normativa no faculta al Alcalde Municipal a cambiar el lugar para celebrar tanto las sesiones ordinarias como las extraordinarias. Nótese que la obligación del Alcalde es la de convocar al Concejo a sesiones respetando las normas legales y reglamentarias que para los efectos aplican, no estando facultado para designar e imponer a su arbitrio el lugar en que se celebrará la sesión. A nuestro criterio, es claro el Reglamento interno en cuanto a que las sesiones se deben celebrar en el lugar señalado en su artículo 8, dejando así la posibilidad de que el Concejo acuerde la celebración de las sesiones en lugares diferentes al que establece la norma reglamentaria.

El cambio de lugar para sesionar sin previo acuerdo del Concejo puede ocasionar situaciones relacionadas con el funcionamiento anormal del órgano, ya que podría ocasionar problemas con la asistencia de los miembros a la sesión e incluso problemas respecto al pago de dietas.

Al respecto, es pertinente llamar la atención, sin pretender inferir en alguna situación particular que haya acaecido en ese Municipio, que las sesiones celebradas por el Concejo deben ser llevadas de manera ordenada para evitar que se den situaciones que puedan perjudicar a los miembros del Concejo, que como en el caso que nos ocupa, por múltiples razones quizá no estén de acuerdo con el cambio de lugar para sesionar. Así, el orden de las sesiones debe ser desde la convocatoria hasta el desarrollo y la conclusión de la misma, ello en aras de garantizar un buen funcionamiento del órgano. Al respecto, este Órgano Asesor ha dictaminado lo siguiente:

“(...) Partiendo de lo anterior, somos del criterio de que el Presidente del Concejo es el principal llamado, como director del debate en las sesiones, a vigilar la efectiva y ordenada celebración de cada sesión. De suerte que, no podría admitirse defectos tales como los que se enuncian en la presente consulta, los cuales revelan un funcionamiento anormal del Órgano Colegiado en sus sesiones, lo que se separa evidentemente de los principios que deben regir la actuación administrativa, de manera que, resulta indispensable la rectificación de conductas como las descritas.

Sin perjuicio de lo antes indicado, no está demás señalar que de la interpretación de los artículos 26 y 27 del Código Municipal, es posible afirmar que los señores regidores, como parte del Concejo Municipal, están también llamados a ejercer una función activa dentro del desarrollo de las sesiones del Concejo. De suerte que, es dable interpretar que estos deben ejercer una función de vigilancia a efecto de que las sesiones del Concejo se desarrollen en estricto orden y con apego al ordenamiento jurídico, pudiendo formular mociones y proposiciones, pedir la revisión de acuerdos municipales, apelar ante el Concejo las resoluciones del Presidente Municipal e inclusive, llamar al orden al Presidente Municipal, cada vez que en el desempeño de su cargo, se separe de las disposiciones del Código o los reglamentos internos de la municipalidad. (...)” (Dictamen C-427-2008 del 3 de diciembre de 2008)

En apego a la normativa y antecedentes mencionados debemos concluir que el Alcalde no tiene facultades para cambiar de sede, aunque sí para convocar a sesiones extraordinarias al Concejo, ya que para ello se requiere de un acuerdo del colegio aceptando el cambio de sede, lo cual garantiza que sus actuaciones sean llevadas a cabo conforme al ordenamiento jurídico y respetando el principio de legalidad.

B.- ¿Al no hacerse presentes los regidores propietarios, están facultados los regidores suplentes para formar el quórum y sesionar válidamente?

Sobre la figura del regidor suplente y su relación con el regidor propietario sabemos que la función del regidor suplente ha sido la de sustituir al regidor propietario durante sus ausencias, siendo que únicamente pueden ejercer todos los derechos en el seno del Concejo cuando se encuentren en labores de suplencia de un miembro propietario.

Respecto a este tema, este Órgano asesor se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, así, mediante opinión jurídica n.º OJ-115-1999 de 5 de octubre de 1999, manifestamos lo siguiente:

“Finalmente, en cuanto a los regidores suplentes, el Código Municipal establece que están sometidos a las mismas disposiciones que los regidores propietarios, siendo que en las ausencias temporales u ocasionales de aquéllos, les corresponde sustituir al titular de su mismo partido político. Para ello, deben asistir a todas las sesiones del Concejo, pero mientras se mantengan en la condición de suplentes, carecen de voto (artículo 28), y no forman parte del Concejo Municipal. En cuanto a la naturaleza jurídica de la suplencia, la doctrina ha indicado que:

“Con carácter general, la suplencia es una técnica al servicio de la continuidad en el funcionamiento de las Administraciones Públicas en los supuestos en los que tal continuidad es imposible con el mantenimiento de la situación ordinaria -el elemento causal de la imposibilidad del ejercicio de la competencia, con la involuntariedad a él

inherente, es, así, el rasgo individualizador de la suplencia respecto de otras figuras similares-. Ahora bien, tal imposibilidad puede afectar; bien a la persona física titular del órgano, supuesto en el que ésta es suplida por otra, sin traslación competencial ínter orgánica, en la denominada suplencia personal o de titular o suplencia por excelencia; bien al órgano mismo, caso en el que tal traslación tiene lugar en virtud de la llamada suplencia orgánica. (...)

La suplencia es la sustitución temporal y personal del titular de un órgano -sobrevinidamente imposibilitado para el ejercicio de las competencias de éste- por otra persona en tal ejercicio. Supone, por consiguiente, la existencia de un solo órgano administrativo y de dos (o más) personas que asumen sucesivamente su titularidad,..."

En cuanto a los efectos de este instituto del derecho administrativo, se indica:

"El efecto básico de la suplencia consiste en que, en su virtud, corresponde al suplente el ejercicio de las competencias del órgano de que se trate, con los mismos efectos jurídicos que si obrara el suplido. (...) Por otra parte, y desde la estricta perspectiva jurídico-formal, el suplente no está sometido a las órdenes o instrucciones del suplido, ni ha de rendirle cuentas, ni éste ha de ratificar sus actos. En fin, la suplencia tiene carácter temporal y se extingue automáticamente al cesar su causa, cuando se produce el regreso o curación del suplido o la toma de posesión del nuevo titular." (OJ-115-1999 del 5 de octubre de 1999).

En la situación que nos ocupa, en virtud de que en el caso de que el Alcalde haya convocado a sesiones extraordinarias al Concejo en un lugar distinto a la sede social sin previo acuerdo de este aceptando el cambio de sede, resulta improcedente que esa sesión se lleve a cabo; de ser así la celebración de misma deviene en absolutamente nula, así como todos los acuerdos que en ella se adopten (véase el numeral 52, inciso 4, de la Ley General de la Administración Pública –interpretación y aplicación a contrario sensu-).

Debe tomarse en cuenta que los regidores propietarios en el caso que se plantea, no están asistiendo a una sesión que de por sí ya está viciada de nulidad, por lo tanto en realidad nadie puede ni debe presentarse a sesionar, mucho menos en este caso que los regidores abran la sesión y los suplentes formen quórum, ya que reiteramos estarían sesionando sin validez alguna.

Las sesiones extraordinarias tienen un objeto específico, y como requisito de validez el que se haya convocado a ella a la totalidad de los miembros del órgano. Así, mediante el dictamen n.º C-245-2008 de 15 de julio de 2008 señalamos lo siguiente:

"... la omisión de la convocatoria de todos los miembros significa un vicio de constitución del órgano, y trae aparejada la nulidad de sus actos, aún si el quórum está asegurado por los miembros presentes..."

(4).

--- NOTA (4): DIEZ (Manuel María), *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1963, página 202. ---

Para que exista quórum a efecto de realizar la sesión del Concejo Municipal es necesario que estén presentes, al menos, la mitad más uno de los miembros del Concejo (artículo 37). La ausencia de quórum en un órgano colegiado (al igual que sucede con la falta de convocatoria de alguno de sus miembros) incide en la validez de los acuerdos que se adopten. Así lo ha sostenido la Sala Constitucional al resolver:

"No lleva razón la recurrente al afirmar que se ha lesionado en su perjuicio la garantía constitucional al debido proceso, toda vez que el hecho de que se hubiese suspendido la primera de las audiencias señaladas -por la no asistencia de la totalidad de los miembros del órgano director-, no resulta ilegal, pues en el supuesto de que se hubiese celebrado en esas condiciones -sin que se reuniera el quórum requerido al efecto-, sí se produciría un menoscabo a sus garantías fundamentales, pues el acto estaría viciado de nulidad por haberlo llevado a cabo un órgano que no estaba debidamente constituido" (5).

--- NOTA (5): Voto n° 2580-94 de las 10:27 horas del 24 de junio de 1994. ---

Así las cosas, consideramos que la sesión extraordinaria del Concejo convocada para realizarse en lugar distinto a la sede social sin que haya acuerdo de aceptación del cambio de sede por parte del colegio, acarrea la nulidad de la sesión en caso de que la misma se llegue a celebrar, así como la de los acuerdos que adopten. Por ende, ninguno de los miembros está autorizado por el ordenamiento jurídico a presentarse a la misma a sesionar; todo lo contrario, si se presentara estaría cometiendo un acto ilegal.

En este caso, la sesión extraordinaria que se celebre en lugar distinto a la sede social indicada en el Reglamento, únicamente será válida si al momento de la convocatoria todos los miembros del Concejo Municipal hayan manifestado su acuerdo de aprobación del cambio de sede.

3.- ¿Cuál es la situación legal, de una sesión ordinaria del Concejo, que fuera levantada por el presidente, con justificada razón, sin completar el orden del día? Se puede reabrir de seguido, nombrando como presidente a.i. al regidor de mayor edad, invocando el artículo 27 incisos d) y e) del Código Municipal?

Las sesiones ordinarias, por disposición legal, deben efectuarse como mínimo una vez a la semana. Para tal efecto, el Concejo debe acordar hora y día y publicarlo previamente en el Diario Oficial La Gaceta (artículo 35 del Código Municipal). La validez de los acuerdos tomados en las sesiones ordinarias girará en torno a que el quórum requerido esté completo.

Sabemos que es atribución del presidente dirigir las sesiones del Concejo, lo cual implica abrirlas, suspenderlas y cerrarlas, recibir las votaciones y anunciar la aprobación o rechazo del asunto, conceder el uso de la palabra, vigilar el orden de las sesiones y, firmar junto con el secretario las actas respectivas.

Ahora bien, el tema consultado fue resuelto por el Órgano Asesor en la opinión jurídica n.º OJ-112-00 de 11 de octubre del 2000, en la que indicamos, en lo que interesa, lo siguiente:

“El artículo 34 del Código Municipal regula lo que en doctrina se conoce como las funciones de dirección del debate en un órgano colegiado [1] . En el caso que nos ocupa, el ordenamiento jurídico se las asigna a un órgano individual (el Presidente del Concejo) y consisten en las siguientes: presidir las sesiones, abrirlas, suspenderlas y cerrarlas; recibir las votaciones y anunciar la aprobación o el rechazo de un asunto; conceder la palabra y retirarla a quien haga uso de ella sin permiso o se exceda en sus expresiones; y, vigilar el orden en las sesiones y hacer retirar de ellas a quienes presencien el acto y se comporten indebidamente.

Estas atribuciones el Presidente del Concejo las ejerce en forma exclusiva. Además, al estar atribuidas por ley y para que el órgano colegiado pueda desenvolverse normalmente, no pueden ser limitadas por el Concejo o mediante un acto normativo de rango inferior a la ley (reglamento de sesiones del Concejo).

Al tratarse de competencias exclusivas del Presidente del Concejo, estas no pueden ser sustraídas por actos del órgano colegiado, ya que si ello fuera posible se estaría admitiendo que mediante actos de rango inferior a la ley se deje sin contenido o funciones a un órgano que el legislador considera clave para la buena marcha del órgano colegiado.

Esta postura ha sido conteste en nuestro ordenamiento jurídico. Basta con citar tan solo los artículos 31, que le da las funciones de dirección del debate al Presidente de la República en el Consejo de Gobierno, y el artículo 49, que también le otorga esas mismas funciones a los presidentes de los órganos colegiados, ambos de la Ley General de la República, así como los artículos 27, 56 y 71 del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

Establecidos los alcances del artículo 34, en lo que interesa, nos abocamos ahora a responder a las interrogantes que se nos plantean.

1. - ¿Si procede una vez levantada la sesión municipal por la presidencia del Concejo renudarla a través de una moción?

Evidentemente la respuesta es negativa. Las razones de la anterior afirmación se apoyan en los siguientes argumentos. Dada la naturaleza política del Concejo, al igual que lo que ocurre con los órganos colegiados del Parlamento, el legislador, en aras de la seguridad jurídica, y con el fin de preservar y fortalecer los institutos que se derivan del principio democrático [2] , el que, según la Sala Constitucional, tiene rango constitucional, estableció un conjunto de reglas muy claras sobre la organización, el funcionamiento y los procedimientos del Concejo. Estas se encuentran en capítulo V del Código Municipal, a las que se ha hecho referencia en la primera parte de esta opinión jurídica.

Por otra parte, una vez que ha levantado la sesión o cerrado, en el lenguaje del Código Municipal, esta no puede ser reabierta, por la sencilla razón de que no existe ninguna norma del ordenamiento jurídico que autorice al Presidente o al Concejo a realizar tal acto. El abrir la sesión es una atribución exclusiva del Presidente. Mientras que la convocatoria a sesiones extraordinarias es una potestad exclusiva del Concejo, siempre y cuando se observen, en todos sus extremos, las reglas que establece el Código para su convocatoria.

La situación que usted nos narra, de darse en un determinado Concejo, constituiría un acto al margen del ordenamiento jurídico y, por ende, arbitrario, lo que provocaría, irremediablemente, por violación del principio democrático y sus componentes y el de legalidad (artículo 11 de la Carta Fundamental y 11LGAP), la nulidad absoluta de los acuerdos que se adopten en ese lapso de tiempo que va desde el cierre de la sesión válida hasta la conclusión de la “sesión reanudada”. Sobre el principio de legalidad es oportuno hacer mención a lo que hemos expresado en el dictamen C-007-2000 del 25 de enero del año en curso.

“Como tesis de principio, en el análisis del punto que se somete a consideración del órgano asesor, debemos afirmar que la Administración Pública [3] está sometida al principio de legalidad. Con base en él, aquella solo puede realizar los actos que están previamente autorizados por el ordenamiento jurídico (todo lo que no está permitido está prohibido). En efecto, señala el artículo 11 LGAP, que la Administración Pública debe actuar sometida al ordenamiento jurídico y sólo puede realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.”

Por su parte, la Sala Constitucional, en el voto N° 440-98, ha sostenido la tesis de que, en el Estado de Derecho, el principio de legalidad postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, “...toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso –para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que este constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general; el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto [4].”

En otra importante resolución, la N° 897-98, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

“Este principio significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídicos – reglamentos ejecutivos y autónomos especialmente; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el ‘principio de juridicidad de la Administración’. En este sentido es claro que, frente a un acto ilícito o inválido, la Administración tiene, no solo el deber sino la obligación, de hacer lo que esté a su alcance para enderezar la situación.”

Por consiguiente, mientras no exista una norma que autorice al Concejo a reabrir una sesión a través de una moción, ese órgano no puede realizar tal acto; de actuar en tal dirección, estaría quebrantado el ordenamiento jurídico de una forma abierta y evidente.

2. - ¿Ese acuerdo puede efectuarse con regidores suplentes y propietarios?

Por lo que hemos expresado anteriormente, la adopción de un acuerdo en tal dirección jurídicamente no es posible, por lo que resulta irrelevante la condición que ostenta el regidor (propietario o suplente) para adoptar el referido acuerdo.

3. - *¿Se considera continuación de la sesión ordinaria o una extraordinaria?*

Al haberse levantado la sesión, jurídicamente no es posible que pueda continuar, ya que esa situación solo es posible cuando estamos frente a un caso de suspensión de la sesión o receso, no así cuando la sesión se ha levantado, en cuyo caso no es posible su reanudación. Ante tal hecho, los miembros del Concejo deben esperarse a la celebración de la próxima sesión, la cual puede ser ordinaria o extraordinaria, siempre y cuando, en este último supuesto, se hayan cumplidos los requisitos que exige el ordenamiento jurídico para su convocatoria.

4. - *¿El levantar la sesión es una facultad exclusiva de la presidencia?*

Efectivamente así lo dispone el artículo 34 del Código Municipal en forma clara. Al ser una atribución exclusiva de ese órgano unipersonal concedida mediante ley y en beneficio del buen funcionamiento del órgano colegiado, no puede ser sustraída mediante un acuerdo del Concejo, por la sencilla razón de que dejaría de ser exclusiva, de que se estaría quebrantando el precepto legal y, por último, se estaría vulnerando el principio de la inderogabilidad singular de la norma, el cual, según el Tribunal Constitucional, en la opinión jurídica 2009-95, tiene rango constitucional. En efecto, sobre el principio aludido, la Sala Constitucional expresó lo siguiente:

“A juicio de la Sala, el principio general de Derecho que establece que las normas jurídicas obligan incluso a la autoridad que las ha dictado y, dentro de su competencia, a su superior, implica que la ley que disciplina el funcionamiento de la Asamblea Legislativa para el ejercicio de una competencia también constitucional, la vincula en los casos concretos en ó haya de ejercerla, lo cual no es más que aplicación del principio general de la inderogabilidad singular de la norma para el caso concreto; principio general de rango constitucional, como que es aplicable a la totalidad del ordenamiento jurídico, como derivación y a la vez condición del Estado de Derecho en su integridad.”

Consecuentemente, el levantar la sesión del Concejo es una atribución exclusiva de la Presidencia.

IV.- CONCLUSIONES

1. - *Mientras no exista una norma que autorice al Concejo a reabrir una sesión a través de una moción, ese órgano no puede realizar tal acto; de actuar en tal dirección, estaría quebrantando el ordenamiento jurídico de una forma abierta y evidente.*

2. - *El levantar la sesión del Concejo es una atribución exclusiva de la Presidencia”.*

En el caso de la municipalidad de Curridabat, en el reglamento interior de orden, dirección y debates del Concejo, encontramos una norma donde expresamente se le autoriza al presidente del Concejo a levantar la sesión. En efecto, el numeral 36 de ese cuerpo normativo indica que cuando la presidencia, estando en debate un asunto, levante la sesión, este se debe de incluir en el primer lugar del capítulo

correspondiente de la siguiente sesión. En este caso, el presidente, al iniciar de nuevo la discusión del asunto pospuesto, debe de conceder el uso de la palabra según el orden que había quedado al momento en que se suspendió la discusión.

Por consiguiente, el numeral 10 de ese cuerpo normativo que señala que las sesiones del Concejo duran hasta que se agote la agenda, no pudiendo pasar de las 12 de la noche, debe de entenderse en el tanto y cuanto el presidente del Concejo no levante la sesión.

III.- CONCLUSIONES

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

1.- En virtud del artículo 37 del Código Municipal y el artículo 8 del Reglamento interior de orden, dirección y debates del Concejo de Curridabat, las convocatorias de los alcaldes a sesiones extraordinarias, en lugar diferente a la sede social del Concejo Municipal, son actos ilegales, toda vez que para el cambio de sede se requiere del acuerdo del Concejo.

2.- Las sesiones que se celebren en lugar distinto al de la sede social sin haber existido acuerdo del Concejo, son contrarias a Derecho, por lo tanto, nadie puede ni debe presentarse a sesionar. En igual sentido, no están facultados los regidores suplentes para sustituir a los regidores propietarios y sesionar; además, los acuerdos que se adoptaren en esta situación carecerían de validez.

3.- Una vez que el presidente del Concejo ha levantado la sesión, no es posible jurídicamente reabrir la por ningún motivo.

Atentamente,

Dr. Fernando Castillo Víquez, Procurador Constitucional

Licda. Carolina Muñoz Vega, Asistente de Procuraduría

[1] RAMÍREZ ALTARIMANO (Marina). Manual de Procedimientos Parlamentarios. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 194, página 57.

[2] En la opinión consultiva n.º 3513-94 la Sala Constitucional señaló como componentes del principio democrático el pluralismo político o el principio de publicidad. Además de estos están: el respeto a las minorías, la igualdad jurídica de los actores políticos en el seno de los órganos del Estado, etc.

[2] "... la facultad del Poder Ejecutivo para convocar al período de sesiones extraordinarias es una potestad..."

[3] “La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado.” (Artículo 1° de la Ley General de la Administración Pública).

[4] Véase el voto n.º 440-98 de la Sala Constitucional.

3. Desarrollo de las sesiones del Concejo Municipal, Dictamen: 427 del 03/12/2008

C-427-2008, 3 de diciembre de 2008

Sra. D.P.A. Auditoría Interna

Municipalidad de Coto Brus

Estimada señora:

Con la aprobación de la Sra. Procuradora General de la República, nos referimos a su oficio número AI-176-2008 de fecha 17 de julio de 2008, recibido en esta Procuraduría el día 22 de julio siguiente.

De previo a dar respuesta a las inquietudes por Ud. planteadas, sírvase aceptar nuestras disculpas ante la tardanza en la atención de la presente consulta, motivada por el volumen de trabajo que atiende esta Procuraduría.

I. Objeto de la Consulta:

Mediante el oficio arriba indicado, manifiesta la consultante que, en atención al Plan de Trabajo de esa Auditoría para el año 2008, que contempla el efectuar advertencias a la Administración conforme al numeral 22 inciso d) de la Ley número 8292, se solicita criterio en torno aspectos relacionados con las sesiones del Concejo Municipal y el pago de dietas. Concretamente se consulta lo siguiente:

“1. En el caso que el Concejo Municipal decrete un receso para ir a almorzar y no se deja constando en el acta de cuánto tiempo sería el receso y algunos miembros del Concejo regresan pero al darse cuenta que el Presidente Municipal y otros miembros no regresan estos se van y además el resto de miembros tampoco regresa y no se reinicia la sesión, y consecuentemente no se cierra esa sesión, tienen derecho al pago de la dieta los miembros del Concejo que estuvieron presentes en la sesión antes del receso?”

2) En caso de que el Concejo Municipal decrete un receso para ir a almorzar y no se deja constando en el acta de cuánto tiempo sería el receso y algunos miembros del Concejo Municipal (entre ellos tres Regidores propietarios de los siete que componen el Concejo Municipal) regresan a la hora que creían que se debía reiniciar la sesión, y llaman a la Secretaria del Concejo para que tome nota de que dejan constando que no

se reinició la sesión a tiempo y se van, y a los pocos minutos regresa el presidente Municipal y otros miembros del Concejo (entre ellos el Presidente Municipal y tres Regidores propietarios). Y tomando en cuenta que existe quórum reinician la sesión; se consulta, si los miembros del Concejo que se fueron antes de reiniciada la sesión tiene derecho al pago de dieta, y si los miembros que reiniciaron la sesión después del receso tiene derecho al pago de dieta; y además se consulta si los acuerdos tomados después de reiniciada la sesión son legales o no?"

De la lectura del planteamiento de la presente consulta, resulta evidente que los supuestos planteados son sumamente casuísticos, y en alguna medida podrían referirse a una situación concreta que esta Procuraduría no podría entrar a examinar. En razón de ello, procedemos a dar trámite a la consulta, pero la misma será evacuada en términos generales a efecto de no interferir en situaciones que podrían estarse conociendo en esa Municipalidad y cuya decisión corresponde a la misma Corporación Municipal como Administración activa.

II. Aspectos generales relativos a las sesiones del Concejo Municipal:

La consulta que se plantea se encuentra vinculada, en primera instancia, con el tema del funcionamiento y desarrollo de las sesiones del Concejo Municipal, por ello, resulta oportuno referirnos a este tema, para luego examinar lo relativo al pago de dietas.

Respecto al funcionamiento del Concejo Municipal y sus sesiones, este Órgano Asesor se ha pronunciado en anteriores oportunidades, abordando aspectos como convocatoria a la sesión, quórum, funciones de dirección del Presidente del Concejo, entre otros aspectos, en los siguientes términos:

"(...) II. CONCEJO MUNICIPAL. NATURALEZA Y CONSIDERACIONES GENERALES EN CUANTO A SU FUNCIONAMIENTO:

El artículo 169 de la Constitución Política establece que la Administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado por un cuerpo deliberante -integrado por regidores municipales de elección popular- y un funcionario ejecutivo.

El Código Municipal vigente, Ley n° 7794 de 30 de abril de 1998, acatando el mandato Constitucional citado, creó las figuras del Concejo Municipal y del Alcalde Municipal, como órganos deliberativo y ejecutivo respectivamente, los cuales, en definitiva, son los que integran el Gobierno Municipal (artículo 12).

Así pues, el Concejo Municipal es el órgano deliberativo del Gobierno Municipal. Señala don Eduardo Ortiz que por deliberación debe entenderse "... aquella resolución interna, oral y después documentada en acta, en virtud de la cual se regula el contenido de otro acto, que será adoptado por órgano ejecutivo distinto, normalmente con un amplio margen de discrecionalidad" (1). Agrega ese mismo autor que de dicha deliberación y en virtud del principio de "Deliberación Antecedente", surge una especie de norma (obligatoria para el órgano ejecutivo) aplicable a los casos similares que en el futuro debe resolver la Municipalidad (2).

--- NOTA (1): ORTIZ ORTIZ (Eduardo), *La Municipalidad en Costa Rica*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, página 123.

NOTA (2): *Ibid.*---

En cuanto a las atribuciones del Concejo, las mismas se encuentran reguladas en el artículo 13 del Código Municipal; no obstante, su enunciación no es de carácter taxativo. Así lo ha indicado la Sala Constitucional:

"... en cualquier entidad de carácter corporativo (como el Estado o los Municipios) las potestades residuales, valga decir, las competencias de la entidad que no estén atribuidas expresamente por la Constitución o la ley, según el caso, a un órgano específico, le corresponde ejercerlas siempre y sin excepción al jerarca, entendiéndose por tal en el sistema democrático al órgano de mayor representación democrática y pluralista. En el Estado, a la Asamblea Legislativa, en el caso de las Municipalidades al Concejo Municipal, en las Personas Jurídicas Corporativas no estatales, a las Asambleas correspondientes. El valor de éste principio se refuerza con el general de derecho público de que las competencias residuales de toda persona jurídica pública le corresponden al jerarca (Junta Directiva -si es ésta o su equivalente-.)" (3).

--- NOTA (3): Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto n° 3683-94 de las 8:48 horas del 22 de julio de 1994.---

Ahora bien, por vía de acuerdo, el Concejo Municipal debe decidir el día y la hora en que realizará sus sesiones ordinarias, siendo que deben efectuar, al menos, una de ellas semanalmente. La información referente al día o días de la semana y la hora en que se realizarán las sesiones debe ser publicada en La Gaceta (artículo 35).

Las sesiones extraordinarias deben ser convocadas con una anticipación no menor de 24 horas, indicándose el objeto de la reunión.

En la sesión sólo pueden conocerse los asuntos incluidos en la convocatoria, salvo los que por unanimidad acuerden conocer los miembros del Concejo (artículo 36). Nótese que la norma requiere la unanimidad de los miembros del Concejo para conocer asuntos no incluidos en la convocatoria, lo que podría generar dudas acerca de si lo que se requiere es unanimidad de los miembros presentes o de la totalidad de ellos. En consideración de este Órgano Superior Consultivo, técnico jurídico, la última de las opciones es la correcta por dos razones: la primera de ellas radica en que de conocerse un asunto diverso al de la convocatoria en ausencia de alguno de sus miembros, se estaría afectando la constitución misma del órgano; y la segunda, que en los casos en que el Código habla de los miembros presentes, así lo dice expresamente (Véase, por ejemplo, los artículos 39 y 42 del Código Municipal).

Es requisito además, para la validez de las sesiones extraordinarias, que se haya convocado para ella a la totalidad de los miembros del Órgano. Así lo ha sostenido la doctrina al afirmar:

"... la omisión de la convocatoria de todos los miembros significa un vicio de constitución del órgano, y trae aparejada la nulidad de sus actos, aún si el quórum está asegurado por los miembros presentes..." (4).

--- NOTA (4): DIEZ (Manuel María), Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1963, página 202.---

Para que exista quórum a efecto de realizar la sesión del Concejo Municipal es necesario que estén presentes, al menos, la mitad más uno de los miembros del Concejo (artículo 37). La ausencia de quórum en un órgano colegiado (al igual que sucede con la falta de convocatoria de alguno de sus miembros) incide en la validez de los acuerdos que se adopten. Así lo ha sostenido la Sala Constitucional al resolver:

"No lleva razón la recurrente al afirmar que se ha lesionado en su perjuicio la garantía constitucional al debido proceso, toda vez que el hecho de que se hubiese suspendido la primera de las audiencias señaladas -por la no asistencia de la totalidad de los miembros del órgano director-, no resulta ilegal, pues en el supuesto de que se hubiese celebrado en esas condiciones -sin que se reuniera el quórum requerido al efecto-, sí se produciría un menoscabo a sus garantías fundamentales, pues el acto estaría viciado de nulidad por haberlo llevado a cabo un órgano que no estaba debidamente constituido" (5).

--- NOTA (5): Voto n° 2580-94 de las 10:27 horas del 24 de junio de 1994.---

En cuanto al orden del día, es atribución de la Presidencia del Concejo prepararlo (artículo 34, inciso b), y sólo puede modificarse o alterarse mediante acuerdo adoptado por dos terceras partes de los miembros presentes del Concejo :

"Artículo 39.-

Las sesiones del Concejo se desarrollarán conforme al orden del día previamente elaborado, el cual podrá modificarse o alterarse mediante acuerdo aprobado por dos terceras partes de los miembros presentes".

Igualmente, es atribución del Presidente dirigir las sesiones del Concejo Municipal, lo que implica abrirlas, suspenderlas y cerrarlas; recibir las votaciones y anunciar la aprobación o rechazo del asunto; conceder el uso de la palabra; vigilar el orden de las sesiones, y; firmar, junto con el secretario, las actas respectivas (artículo 34).

Las sesiones del Concejo deben ser públicas, con lo cual se asegura a los munícipes enterarse de los asuntos debatidos (6) (artículo 41). **Los acuerdos, salvo disposición legal en contrario, se aprueban por mayoría absoluta de los miembros presentes.** De existir empate, el asunto debe ser votado de nuevo en la misma sesión, o en la sesión ordinaria siguiente, momento en el cual, de persistir el empate, debe tenerse por desechado el asunto (artículo 42). Es claro que al regularse de esa forma el procedimiento a seguir en casos de empate, debe considerarse inaplicable la figura del voto privilegiado del presidente.

--- NOTA (6): Sobre el "principio de publicidad" la Sala Constitucional ha dicho: "El principio de publicidad garantiza el derecho de los asistentes a la sesión a que se les conceda la palabra para que puedan activamente participar, exponiendo -de viva voz- ante los miembros del Concejo lo que deseen manifestar. Es este, pues, el mecanismo

previsto por la Ley para que los vecinos puedan expresar su anuencia o inconformidad con lo que el Concejo considera para su aprobación."

(Voto n° 1199-94 de las 12:27 del 2 de marzo de 1994).---

Los acuerdos adoptados adquieren firmeza con la aprobación del acta respectiva, lo cual debe ocurrir (salvo causas de fuerza mayor (en la sesión ordinaria inmediata posterior a la que fueron adoptados (artículo 48). Sin embargo, cuando así lo decidieren dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Concejo, los acuerdos recién adoptados pueden ser declarados firmes (artículo 45). En consideración de este Despacho, antes de la firmeza de los acuerdos, aún cuando sean favorables al particular, no debe considerarse que otorgan a aquél derecho alguno, pues el acto es aún susceptible de ser variado a raíz de una solicitud de revisión planteada por un miembro del Concejo, sin que esa variación implique responsabilidad alguna para el Municipio (7).

--- NOTA (7): La Sala Constitucional, aún cuando ha reconocido la posibilidad de dejar sin efecto el acuerdo no firme, ha dicho que de éste se deriva un derecho precario o temporal: "...los acuerdos que tome el concejo adquieren firmeza y ejecutoriedad en el momento en que se apruebe el acta respectiva, salvo que el propio concejo y de conformidad con el artículo 49 del mismo Código, por mayoría calificada, declare tales acuerdos como definitivamente aprobados. En el caso que nos ocupa el acuerdo tomado por el Concejo Municipal de Upala, no se encontraba firme, cuando fue comunicado al recurrente, (ver folio 8 y 16 del expediente), toda vez que en la misma sesión número 56-94, se establece como acuerdo simple y no quedará en firme hasta que en la sesión ordinaria siguiente no sea interpuesta su revisión y el acta quede debidamente aprobada, por lo que se trata de un derecho precario, incluso temporal, que fue dejado sin efecto, en la sesión ordinaria siguiente, número 57-94, de 5 de agosto del presente año, de acuerdo con las facultades que le otorga al Concejo, el Código Municipal, y que fueron anteriormente analizadas."

(Voto n° 6066-94 de las 12:57 horas del 14 de octubre de 1994) (...)" **O.J -115-99 de 5 de octubre de 1999, reiterado en el dictamen C-245-2008 (Lo resaltado no es del original).**

Más concretamente, sobre el quórum necesario para sesionar válidamente se ha puntualizado lo siguiente:

"(...) a) Que los Concejos Municipales son los órganos deliberativos de los Gobiernos Municipales. Se trata de órganos colegiados, integrados por el número de regidores que determine la ley -todos ellos de elección popular-, quienes colocados en una situación de igualdad, se encargan de manifestar la voluntad del Concejo Municipal.

b) Que para el ejercicio de su competencia y atribuciones, los Concejos Municipales necesitan reunir el quórum estructural y funcional exigido por las normas que regulan su actividad.

c) Que el párrafo segundo del artículo 37 del Código Municipal, se encarga de establecer el quórum estructural, es decir, el número de regidores que deben estar

presentes al inicio y durante el desarrollo de la sesión para que los Concejos Municipales puedan **sesionar válidamente** .

d) Que la disposición de que constituyen quórum "la mitad más uno de los miembros del Concejo", es un principio general aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, equivalente al de la mayoría absoluta, es decir, la mayoría que no puede ser superada. De conformidad con dicho principio, el quórum para **sesionar válidamente** se produce cuanto esté presente la mayoría absoluta, es decir, la mitad más uno de la totalidad de los miembros del Concejo. Por ejemplo, en un Concejo Municipal integrado por siete miembros, el quórum para sesionar lo constituirían cuatro regidores." (Puede verse OJ 153-99, OJ-112-2000, C-077-2000, entre otros).

En lo que interesa, debemos resaltar de los criterios antes transcritos, que para el ejercicio de su competencia y atribuciones, los Concejos Municipales necesitan reunir el quórum estructural y funcional exigido por las normas que regulan su actividad, que en el caso de los Concejos Municipales se encuentra previsto en el artículo 37 del Código Municipal. Además, corresponde al Presidente del Concejo Municipal el ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 34 del Código de rito, referidas en lo fundamental a la dirección de las sesiones del Concejo.

En este último aspecto, y visto el planteamiento de la consulta de análisis, resulta de vital importancia llamar la atención sobre las atribuciones conferidas al Presidente del Concejo Municipal en orden a la dirección de las sesiones de ese órgano.

Tal y como lo indica el numeral 34 del Código Municipal, el Presidente del Concejo Municipal tiene la **función de director del debate**, asignándose la función de elaborar el orden del día o agenda que se conocerá cada sesión, así como dirigir las mismas, lo que supone, en otros aspectos, la constatación del quórum, la apertura de la sesión, **su eventual suspensión, su cierre**; recibir las votaciones y anunciar la aprobación o rechazo del asunto; conceder el uso de la palabra; vigilar el orden de las sesiones, y firmar, junto con el secretario, las actas respectivas.

Se trata de atribuciones que ejerce el Presidente del Concejo en forma exclusiva, y que al estar establecidas en norma de rango legal, no pueden ser limitadas por el Concejo o mediante un acto normativo de rango inferior a la ley.

Bajo tales atribuciones, resulta claro la responsabilidad que sobre el Presidente del Concejo pesa, en punto al buen funcionamiento del órgano durante el desarrollo de sus sesiones, funciones que implican, en términos generales, vigilar que las sesiones se celebren en orden y apegadas al principio de legalidad (al respecto ver dictamen C-077-2008).

Lo anterior, resulta de importancia, en el tanto la consulta formulada por la Sra. Auditora de la Municipalidad de Coto Brus refiere a situaciones relacionadas con el desarrollo de las sesiones del Concejo de esa Municipalidad, que ponen de manifiesto un funcionamiento anormal de dicho órgano, concretamente se alude al decreto de recesos sin indicar su duración y la fijación de la hora en que se reanudará la sesión, lo que se ha ocasionado problemas con la asistencia de los miembros al reinicio de ésta y dudas respecto al pago de dietas.

Al respecto, es pertinente llamar la atención, sin pretender interferir en alguna situación particular que haya acaecido en ese Municipio, que de acuerdo a las normas y los antecedentes que hemos invocado anteriormente, las sesiones celebradas por el Concejo Municipal deben ser llevadas a cabo de manera ordenada para evitar que se den situaciones como las que en este caso se mencionan. Valga indicar que, si durante el desarrollo de la sesión se decretan recesos, sin que se determine –y se deje constancia en el acta- su duración y la fijación de la hora de reinicio de la sesión, tal omisión puede desembocar en problemas no solo en el desarrollo mismo de la sesión, sino también, en la toma de acuerdos y en el pago de dietas.

Partiendo de lo anterior, somos del criterio de que el Presidente del Concejo es el principal llamado, como director del debate en las sesiones, a vigilar la efectiva y ordenada celebración de cada sesión. De suerte que, no podría admitirse defectos tales como los que se enuncian en la presente consulta, los cuales revelan un funcionamiento anormal del Órgano Colegiado en sus sesiones, lo que se separa evidentemente de los principios que deben regir la actuación administrativa, de manera que, resulta indispensable la rectificación de conductas como las descritas.

Sin perjuicio de lo antes indicado, no está demás señalar que de la interpretación de los artículos 26 y 27 del Código Municipal, es posible afirmar que los señores regidores, como parte del Concejo Municipal, están también llamados a ejercer una función activa dentro del desarrollo de las sesiones del Concejo. De suerte que, es dable interpretar que estos deben ejercer una función de vigilancia a efecto de que las sesiones del Concejo se desarrollen en estricto orden y con apego al ordenamiento jurídico, pudiendo formular mociones y proposiciones, pedir la revisión de acuerdos municipales, apelar ante el Concejo las resoluciones del Presidente Municipal e inclusive, llamar al orden al Presidente Municipal, cada vez que en el desempeño de su cargo, se separe de las disposiciones del Código o los reglamentos internos de la municipalidad.

Finalmente, debe señalarse que a lo interno de esa Corporación se dictó el “Reglamento de Sesiones, Acuerdos y Comisiones Municipales de la Municipalidad de Coto Brus”, publicado en La Gaceta número 218 del lunes 17 de noviembre del año 1986, y actualmente vigente, que regula, de forma concordante con lo dispuesto en el Código Municipal, lo relativo al desarrollo de las sesiones (artículos 10, 19, 21, 27, 57 y 59).

I. Sobre el pago de dietas

Cuestiona la consultante si es procedente el pago de dietas a aquellos regidores que no se incorporaron a la sesión, después de un receso, en razón de la omisión de fijar la hora de reapertura de ésta.

De previo, resulta pertinente referirnos al tema de pago de dietas, el cual ha sido objeto de estudio por parte de este Órgano Asesor, definiéndolo como:

*“(...) la contraprestación económica que recibe una persona por **participar en la sesión** de un órgano colegiado. El fundamento de las dietas se encuentra en la prestación efectiva de un servicio, servicio que consiste en la **participación del***

servidor en las sesiones del órgano. ” (Dictámenes números C-162-2001 y C-240-2005. El resaltado no es original)

Además, y en lo que interesa a efectos de la presente consulta, se ha precisado como requisito sine qua non para la procedencia del pago de la dieta, la asistencia del receptor a las sesiones de los órganos colegiados:

“(...) Sobre el punto en consulta debemos indicar que reiteradamente este Despacho ha sostenido la tesis según la cual, para tener derecho al pago de dietas es necesario que su eventual receptor esté presente en la sesión que se remunera y que dicha sesión se realice válidamente. En ese sentido pueden consultarse nuestros dictámenes C-011-90, C-127-97, C-194-99, C-162-2001, C-294-2001, C-165-2002, C-211-2002, C-212-2002, C-214-2002, C-215-2002, C-228-2003 y C-077-2004, cuyo texto consta en nuestra base de datos, a la cual se puede acceder por medio de la dirección electrónica <http://www.pgr.go.cr/scij/>.

En este punto hay que tener presente que la dieta no se paga por prestar cualquier tipo de servicio a un órgano o a un ente público sino, única y exclusivamente, por participar en las sesiones que realice el órgano colegiado respectivo. Cancelar dietas a una persona por sesiones a las que no ha asistido (aun cuando no haya estado presente en ellas por encontrarse prestando otro tipo de servicios al órgano del cual forma parte) implicaría desnaturalizar la figura.

Así en nuestro dictamen C-011-90 del 31 de enero de 1990, se indicó lo siguiente:

“...indudablemente la inasistencia a las sesiones por cualesquier motivo del que se trate, - justificado o injustificado- acarrea la pérdida del emolumento conocido como dieta. Esta remuneración especial depende indisolublemente de la presencia del director en las distintas actividades o sesiones del órgano colegiado del que se trate, por cuanto es la contraprestación efectiva que se le otorga al especial servidor que conforma dichos cuerpos organizacionales en virtud de su participación activa y directa (concurrencia para conformación de quórum y votaciones). Obviamente, la inasistencia prolongada hace necesario nombrar un sustituto que sí devengaría dietas, de allí que, permitir que un director continúe percibiendo dichas sumas sin que asista a sesiones por incapacidad, enfermedad, licencia especial para actividades académicas etc., significa o conlleva una ilicitud, pues estaríamos en presencia del típico enriquecimiento sin causa, donde la causa - la asistencia- , no aparecería en la especial prestación de servicios y sería inmotivado e incausado el pago y en consecuencia ilícito.”(Las negritas no corresponden al original) (...)” (Dictamen C-241-2005 del 1° de julio del 2005, retomado en dictamen número C-366-2008 del 7 de octubre del 2008. Lo resaltado no es del original).

Como puede verse, la línea jurisprudencial sostenida por este Órgano Asesor establece con claridad que para tener derecho al pago de dietas es necesario que su eventual receptor **esté presente en la sesión que se remunera.**

Debe considerarse entonces de manera fundamental, que la dieta se paga única y exclusivamente por participar en las sesiones que realice el órgano colegiado

respectivo, de ahí que, otorgar dietas a una persona por sesiones a las que no ha asistido implicaría desnaturalizar la figura.

Además, tal participación en la sesión debe ser de manera total y no parcial. En tal sentido, el artículo 30 del Código Municipal es claro al establecer que el derecho al pago de la dieta se pierde cuando el regidor se retire antes de finalizar la sesión, ergo, siendo que la asistencia a tales sesiones debe ser hasta que la misma finalice:

“Artículo 30.

(..)No podrá pagarse más de una dieta por regidor, por cada sesión remunerable.

*Los regidores propietarios **perderán las dietas**, cuando no se presenten dentro de los quince minutos inmediatos posteriores a la hora fijada para comenzar la sesión **o cuando se retiren antes de finalizar la sesión.***

*Los regidores suplentes devengarán la dieta cuando sustituyan a los propietarios en una sesión remunerable, siempre que la sustitución comience antes o inmediatamente después de los quince minutos de gracia contemplados en el párrafo anterior y **se extienda hasta el final de la sesión.** Sin embargo, cuando los regidores suplentes no sustituyan a los propietarios en una sesión remunerable, pero **estén presentes durante toda la sesión**, devengarán el cincuenta por ciento (50%) de la dieta correspondiente al regidor propietario, conforme a este artículo.*

*Los síndicos propietarios devengarán por cada sesión remunerable a la que asistan, el cincuenta por ciento (50%) de la dieta que devenguen los regidores propietarios. Los síndicos suplentes devengarán la misma dieta cuando sustituyan a un síndico propietario, con base en el artículo anterior. Cuando no estén sustituyendo a un propietario y **se encuentren presentes durante toda la sesión**, devengarán un veinticinco por ciento (25%) de la dieta de un regidor propietario.” (El resaltado no es original)*

De la lectura del numeral anterior, no queda duda de que el pago de dietas procede únicamente cuando los miembros del Concejo participan en la totalidad de la sesión, siendo esta la regla a seguir a efectos del pago de comentario.

Lo anterior, nos permite afirmar que no hay motivo que justifique el pago de la dieta, si el miembro del órgano se ha ausentado de la sesión o no ha participado de ella en forma completa, aún en las circunstancias que se apuntan en la presente consulta, que como se mencionó antes, refieren a un funcionamiento defectuoso del órgano.

En tal sentido, si bien, referimos a las atribuciones ordenatorias del debate que se le confieren al Presidente del Concejo, no podría excusarse bajo esa circunstancia la responsabilidad que también recae en cada regidor como miembro del Concejo, debiendo ejercer estos un papel activo en el desarrollo de la sesión, que incluye la realización de observaciones en torno al orden de la sesión (artículos 26 y 27 del Código de rito).

II. Sobre la validez de los acuerdos

Plantea además la Sra. auditora de la Municipalidad de Coto Brus, “*si los acuerdos tomados después de reiniciada la sesión son legales o no?*”, ello partiendo de las situaciones tan concretas y particulares que se plantean.

En vista de que la presente consulta no se especifica si los acuerdos tomados después de reiniciada la sesión, se refieren a sesiones ordinarias o extraordinarias, no está demás hacer referencia a esos dos tipos de sesiones previstos por el Código Municipal.

Las **sesiones ordinarias**, por disposición legal, deben efectuarse como mínimo una vez a la semana. Para tal efecto, el Concejo Municipal debe acordar hora y día, y publicarlo previamente en La Gaceta (artículo 35 Código Municipal).

Las **sesiones extraordinarias**, son aquellas que se convocan para conocer de asuntos concretos y que se celebran en hora y fecha distinta de las sesiones ordinarias y se encuentran reguladas en el artículo 36 del Código Municipal, siendo un punto fundamental de este tipo de sesiones la convocatoria, la cual puede ser efectuada por el Concejo, o bien, por el Alcalde por sí, o a solicitud de al menos la tercera parte de los regidores propietarios -artículo 17 inciso m) en relación con el artículo 27 inciso f)-.

Para que la convocatoria a una sesión extraordinaria sea válida, deberá realizarse a todos los miembros del órgano colegiado. Con ello, se entiende que debe haberse convocado incluso a aquellos miembros que tienen voz pero no voto (como es el caso del alcalde municipal, artículo 17 inciso c) y los regidores suplentes, artículo 28), y con al menos una antelación de veinticuatro horas, junto con el orden del día, siendo que, sólo podrán conocerse los asuntos contenidos en la agenda, salvo que otros sean incluidos durante el desarrollo de la sesión, para lo cual se requiere la aprobación de la moción respectiva por unanimidad de los miembros (sobre el tema puede consultarse los dictámenes números C-210-2006 de 25 de mayo de 2006 y C-442-2007 de 13 de diciembre del 2007, entre otros).

Sobre la distinción entre sesiones ordinarias y extraordinarias, esta Procuraduría ha señalado:

“(..). En términos generales, considera esta Procuraduría que para la determinación de la naturaleza ordinaria o extraordinaria de las sesiones que lleve a cabo el Concejo Municipal, debe utilizarse un criterio residual. Así, todas aquellas sesiones que no cumplan los requisitos legalmente establecidos para catalogarlas como ordinarias (requisitos dentro de los que se encuentra que haya mediado un acuerdo del propio Concejo en tal sentido, publicado previamente en la Gaceta, donde se indique la hora y fecha de la sesión) deben considerarse como extraordinarias.

Si bien es cierto, la asesoría legal de la Municipalidad utiliza también en su análisis un criterio residual para establecer la diferencia entre uno y otro tipo de sesiones, parte de una premisa equivocada, como lo es, que todas las sesiones que no cumplen los requisitos para ser extraordinarias (convocar a todos los miembros del Concejo, con 24 horas de anticipación, e indicar en esa convocatoria el objeto concreto de la sesión) deben catalogarse como ordinarias.

A nuestro juicio, el incumplimiento de los requisitos para la celebración de sesiones extraordinarias tiene implicaciones importantes respecto a la validez de esas sesiones, pero no tiene como efecto convertirlas en ordinarias, si de previo no se han cumplido los requisitos previstos para ello en el artículo 35 transcrito.” (Dictamen C-109-2001 del 6 de abril del 2001).

Propiamente en cuanto a la validez de los acuerdos tomados en las sesiones del Concejo Municipal hemos citado que la ausencia de quórum incide en la validez de los acuerdos que se tomen, ello por cuanto por haberlo llevado a cabo un órgano que no estaba debidamente constituido (Sobre este aspecto este Órgano consultivo se ha pronunciado mediante opinión jurídica OJ-115-99 de 5 de octubre de 1999, también citado en dictamen C-245-2008 del 15 de julio del 2008).

De conformidad con lo dicho, en el caso de que la sesión sea ordinaria, la validez del acuerdo girará en torno a que el quórum requerido esté completo; y en el caso de las sesiones extraordinarias para la validez de los acuerdos que se decidan se tomará en cuenta que la convocatoria haya sido debidamente efectuada según lo establecido en el Código Municipal y por supuesto también que exista el quórum que se requiere.

En el caso que se plantea, los acuerdos que se tomen después de reiniciada la sesión serán válidos siempre y cuando exista el quórum requerido -artículo 37 del Código Municipal- y no se observe vicio alguno que puede generar la invalidez de lo actuado.

III. Conclusiones

De conformidad con las anteriores consideraciones, este órgano asesor concluye lo siguiente:

1. El Presidente del Concejo Municipal es el principal llamado, como director del debate en las sesiones de dicho Órgano, a vigilar la efectiva y ordenada celebración de cada sesión. Por lo tanto, no podría admitirse defectos tales como los que se enuncian en la presente consulta, los cuales revelan un funcionamiento anormal del Órgano Colegiado en sus sesiones, lo que se separa evidentemente de los principios que deben regir la actuación administrativa, de suerte que, resulta indispensable la rectificación de conductas como las descritas.

2. Sin perjuicio de lo indicado en el punto anterior, no está demás señalar que de la interpretación de los artículos 26 y 27 del Código Municipal, es posible afirmar que los señores regidores, como parte del Concejo Municipal, están también llamados a ejercer una función activa dentro del desarrollo de las sesiones del Concejo. De suerte que, es dable interpretar que estos deben ejercer una función de vigilancia a efecto de que las sesiones del Concejo se desarrollen en estricto orden y con apego al ordenamiento jurídico, pudiendo formular mociones y proposiciones, pedir la revisión de acuerdos municipales, apelar ante el Concejo las resoluciones del Presidente Municipal e inclusive, llamar al orden al Presidente Municipal, cada vez que en el desempeño de su cargo, se separe de las disposiciones del Código o los reglamentos internos de la municipalidad.

3. El pago de dietas procede únicamente cuando los miembros del Concejo estén presentes durante la totalidad de la sesión, no así cuando se participe de manera parcial.

4. Los acuerdos que se tomen después de reiniciada la sesión en principio serán válidos siempre y cuando exista el quórum requerido y no se observe vicio alguno que puede generar la invalidez de lo actuado.

De usted, muy atentamente se suscribe,

Sandra Sánchez Hernández, Procuradora Adjunta

Carolina Muñoz Veja, Asistente de Procuraduría

4. El Quorum en las Sesiones del Concejo, Opinión Jurídica: 009-J del 21/01/2005

OJ-009-2005, 21 de enero de 2005

Sr. A.S.M, Secretario Municipal

Municipalidad de Curridabat

S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, nos referimos al oficio N° SCM 583-12-03, de fecha 15 de diciembre de 2003. Previo a referirnos al objeto de la consulta, solicitamos al Concejo aceptar nuestras disculpas por la dilación en la emisión del criterio solicitado, justificado por el volumen de trabajo propio de este Órgano Superior Consultivo.

I. Objeto de la consulta.

Se nos indica que el Concejo Municipal adopta el acuerdo N° 7 de la Sesión Ordinaria N° 80-2003 del 6 de noviembre del 2003, que textualmente se transcribe a continuación:

“Concejo de Curridabat. Recusación interpuesta por Pablo José Rojas Marín contra los regidores propietarios Walter Calvo Madrigal, Jorge Tenorio Sánchez, Seydi Alvarez Moreira, Patricia Rojas Umaña, Alejandro Li Grau, Mary Bonilla Jiménez y José Daniel Hamilton Bonilla, así como de los regidores suplentes María Elena Venegas Arias, Ana

María Cambronero Barrantes, Guiselle González Solano y Edwin Artavia Amador. A las veinte y cincuenta horas del jueves seis de noviembre de dos mil tres. De previo a resolver el fondo del asunto y de conformidad con lo dispuesto por este Concejo, según artículo 2, capítulo 4, del acta de la sesión ordinaria Nro. 79-2003, del 30 de octubre de 2003, se acuerda por unanimidad, remitir a conocimiento de la Procuraduría General de la República, el criterio supra transcrito, a efecto de concretar la consulta indicada. Se declara acuerdo definitivamente aprobado por decisión igualmente unánime. Comuníquese.”

Posteriormente, se indica que el objeto específico de la consulta lo es:

“¿Cuál es el procedimiento a aplicar por parte de un Concejo, toda vez que al haber sido recusados los regidores propietarios y suplentes en su mayoría, no es posible conformar el quórum para resolver lo pertinente?”

De conformidad con los antecedentes que se exponen en la consulta, así como de lo que se deriva del texto mismo del acuerdo del Concejo, existe una identificación expresa de un caso concreto que debe ser analizado al interno del órgano colegiado. Incluso, el antecedente inmediato de esa situación lo es una solicitud expresa de la Contraloría General de la República para que se constituya un órgano director de procedimiento, aspecto sobre el cual incluso el Concejo ha sido alertado sobre el cumplimiento de presupuestos mínimos de imparcialidad. Ello daría pie a que, con vista en la jurisprudencia administrativa que ha emanado de este Órgano Asesor, el asunto deba ser rechazado (ver, en esta línea, los dictámenes C-378-2003 de 2 de diciembre del 2003 y C-120-2004 del 20 de abril del 2004), por cuanto no se nos plantea una duda de carácter jurídico en términos genéricos, de forma tal que no entremos a pronunciarnos sobre un caso concreto, con lo cual estaríamos abandonando nuestra condición de órgano de la Administración consultiva e invadiendo, impropiamente, la condición de Administración activa.

Sin embargo, se estima oportuno hacer del conocimiento de ese Municipio algunos antecedentes jurisprudenciales, tanto de esta Procuraduría, como de la Sala Constitucional, que pueden servir de parámetro para atender el tema de la recusación de los miembros del Concejo Municipal. Ello con un afán de colaboración con el ente corporativo, y bajo el alcance jurídico que tienen nuestras opiniones jurídicas, fundamentalmente su carácter no vinculante para el sujeto consultante.

De conformidad con lo expuesto en el los párrafos que anteceden, nos permitimos abordar los siguientes temas: el quórum –estructural y funcional- de un órgano colegiado, los principios de imparcialidad en el ejercicio de las competencias públicas y la particularidad de una recusación interpuesta contra todos o la mayoría de los miembros de un órgano colegiado.

II. SOBRE EL QUÓRUM EN LOS CONCEJOS MUNICIPALES

En vista de que el aspecto consultado se relaciona con la formación del quórum necesario para que el Concejo Municipal pueda sesionar válidamente y tomar los acuerdos correspondientes, resulta conveniente retomar los lineamientos que se han

expuesto por parte de esta Procuraduría, específicamente en tratándose de los órganos colegiados municipales.

Sobre el particular, el dictamen C-0 **77-2000**, de fecha **12 de abril del 2000**, desarrolló el referido punto, en los términos que se indican de seguido:

“ (...) I .- **SOBRE EL QUORUM ESTRUCTURAL:** En primer término, la consulta tiene por objeto determinar cuál es el número de regidores que deben concurrir a las sesiones de los concejos municipales para constituir quórum y poder sesionar válidamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Código Municipal. Al respecto, debemos señalar que dicha interrogante ya ha sido objeto de análisis por parte de esta Procuraduría, específicamente en los pronunciamientos OJ-153-99 y 154-99, ambos del 20 de diciembre de 1999, dirigidos a los señores diputados Juven Cambroner Castro y Alex Sibaja Granados, respectivamente. Por no existir motivo para modificar el criterio ahí externado, se reiterará lo expuesto en esa oportunidad, ahora como dictamen vinculante para esa administración municipal:

"II. BREVES CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES: El problema que se plantea es el de determinar el número de regidores que deben presentarse a las sesiones de los Concejos Municipales, para constituir quórum y así poder sesionar válidamente. Previo a ello, estimamos conveniente referirnos, aunque sea brevemente, a ciertos aspectos relacionados con la naturaleza y funcionamiento de los citados Concejos, con especial énfasis en la figura jurídica del quórum. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 de la Constitución Política, la administración de los intereses y servicios locales de cada cantón estará a cargo del Gobierno Municipal, formado por un cuerpo deliberante y un funcionario ejecutivo. El Código Municipal vigente, Ley n° 7794 del 30 de abril de 1998, acatando el mandato constitucional citado, creó las figuras del Concejo Municipal y del Alcalde Municipal, como órganos deliberativo y ejecutivo respectivamente, los cuales son, en definitiva, los que integran el Gobierno Municipal (artículo 12). Así pues, los Concejos Municipales son los órganos deliberativos de los Gobiernos Municipales. Se trata de órganos colegiados, integrados por regidores de elección popular, quienes colocados en una situación de igualdad se encargan de manifestar una voluntad que es la propia del Concejo Municipal. Refiriéndose a los órganos colegiados, el conocido tratadista italiano Renato Alessi nos indica que:

«Se llama colegiado un órgano cuando está integrado por varias personas físicas que se encuentran en un plano que pudiéramos llamar horizontal, de forma que sea la manifestación ideológica (voluntad o juicio) colectivamente expresada por todas estas personas, la que se considere manifestación del órgano» (ALESSI, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1970, pág. 110).

En el mismo sentido, se pronuncia la doctrina española, al señalar que el órgano colegiado es:

« ...aquél integrado por personas físicas, por sí o como órganos de otros entes, las cuales manifiestan una voluntad que viene a constituir la del órgano colegiado»

(GARCIA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 481).

De las anteriores citas doctrinales se desprende que la titularidad de los órganos colegiados reside en cada una de las personas físicas que lo integran, lo cual tiene importancia en cuanto a su constitución, pues sólo en la medida en que todos los miembros hayan sido investidos de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, puede considerarse que el órgano está integrado y puede válidamente funcionar. **Una vez que el órgano colegial ha sido adecuadamente constituido e integrado, para el ejercicio de su competencia y atribuciones necesita reunir el quórum exigido en las normas que regulan su actividad.** En ese sentido, el quórum de los órganos colegiados es un aspecto de organización que tiene consecuencias importantes para la validez de los actos que se adopten. Ahora bien, **se habla de quórum tanto con relación al número de integrantes del órgano colegiado que deben hallarse presentes para la validez de la sesión, como con relación al número de votos favorables exigido para la aprobación de una determinada propuesta, lo que puede dar origen a confusiones. Para evitar tal circunstancia, la doctrina italiana adopta el término "quórum estructural" para referirse a la validez de la sesión y el de "quórum funcional", para referirse a la validez del acuerdo.** Sobre el particular, el Dr. Hugo Alfonso Muñoz, nos indica que:

«La doctrina italiana ha definido tres tipos de quórum: el estructural, el funcional y el integral. El quórum estructural se refiere a la validez de la sesión y el funcional al número de votos para adoptar las decisiones. El quórum integral exige la presencia de todos sus integrantes para garantizar la validez de sus reuniones y la toma de los acuerdos de los órganos colegiados. Este tipo de quórum opera para el Poder Judicial y para algunos sectores administrativos, cuya sesión únicamente es válida cuando todos sus integrantes están presentes» (MUÑOZ QUESADA, Hugo Alfonso, Las Comisiones Legislativas Plenas, Centro para la Democracia, San José, 1995, pág. 122).

De conformidad con lo anterior, tenemos que **el quórum estructural se refiere al número legal de miembros que deben estar presentes al inicio y durante el desarrollo de la sesión, para que el órgano colegiado pueda sesionar válidamente.** Sobre dicho requisito, en el Dictamen C-136-88, de 17 de agosto de 1988, la Procuraduría indicó:

«El quórum, en tanto se refiere a la presencia de un mínimo de miembros de un órgano colegiado, necesaria para que éste sesione regularmente, constituye un elemento de la organización del órgano estrechamente relacionado con la actividad administrativa. Es un elemento organizativo preordenado a la emisión del acto. La integración del órgano colegiado con el número de miembros previstos en la ley es un requisito necesario para el ejercicio de la competencia, de modo que solo la reunión del quórum permite que el órgano se constituya válidamente, delibere y emita actos administrativos, ejercitando sus competencias (artículo 182. - 2, de la Ley General de la Administración Pública). De allí, entonces, la importancia de que el órgano funcione con el quórum fijado por ley.»

El quórum funcional, por su parte, se refiere al número de votos exigidos para la validez, ya no de la sesión en sí misma, sino de los acuerdos que ahí se adopten.

Precisada la naturaleza de los Concejos Municipales -como órganos colegiados- y teniendo claros los alcances de la figura jurídica del quórum, procederemos de seguido a interpretar el párrafo segundo del artículo 37 del Código Municipal.

III. ALCANCES DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 37 DEL CODIGO MUNICIPAL: Según se nos indica en la consulta, existen contradicciones en cuanto a la interpretación del párrafo segundo del artículo 37 del Código Municipal, específicamente en torno al número de regidores que deben presentarse para constituir quórum en las sesiones que celebren los Concejos Municipales. La norma en cuestión, dispone que "el quórum para las sesiones será de la mitad más uno de los miembros del Concejo". En primer término, debemos destacar que la norma en estudio se refiere al quórum estructural, es decir, al número de regidores que necesariamente deben comparecer a las sesiones que celebren los Concejos Municipales, a efecto de que éstos puedan sesionar válidamente. Al efecto, debemos recordar que el número de regidores que integran los Concejos Municipales, varía de acuerdo a la población de cada cantón, oscilando entre un mínimo de cinco y un máximo de trece regidores (artículo 21 del Código Municipal). En segundo lugar, **la disposición que establece que constituyen quórum "la mitad más uno" de los miembros del Concejo, es un principio general dentro del sistema jurídico y ante un vacío legal, resulta de plena aplicación.** Así lo pone de manifiesto el citado autor Renato Alessi:

«(...) Regla general apoyada por la doctrina y por la jurisprudencia es la de que en caso de que la ley nada determine, el número legal para la validez de las sesiones, y por tanto de los acuerdos, será el de la mitad más uno de los componentes,...» (ALESSI, Op.cit., págs. 111-112.)

Ahora bien, **este principio de "la mitad más uno" equivale al de la mayoría absoluta -la que no puede ser superada-, positivizado en varias disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico. Tal es el caso del artículo 53, inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública:**

«El quórum para que pueda sesionar válidamente el órgano colegiado será el de la mayoría absoluta de sus componentes. (...)»

De conformidad con el citado principio, el quórum que requiere un órgano colegiado para sesionar válidamente, se produce cuando esté presente al menos la mayoría absoluta, es decir, la mitad más uno de la totalidad de los miembros del órgano . A manera de ejemplo, si un órgano está integrado por siete miembros, el quórum para sesionar lo constituyen cuatro personas. Y esta es precisamente la interpretación que debemos conferir al párrafo segundo del artículo 37 del Código Municipal, el cual sigue la misma línea del numeral 41 del Código anterior:

«El quórum para las sesiones será de tres regidores en los Concejos de cinco miembros, de cuatro en los de siete, de cinco en los de nueve, de seis en los de once, de siete en los de trece.» (Así reformado por el artículo 1° de la Ley N° 5253 de 26 de julio de 1973).

La anterior interpretación es congruente, además, con la regla de la lógica y la finalidad que persigue la norma (artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública). A juicio de este Despacho, resulta inadmisibles interpretar, por ejemplo, que el quórum de un Concejo Municipal integrado por siete regidores, lo constituyan cuatro y medio y que por ser inconcebible la mitad de medio regidor, se deba redondear hacia arriba, es decir a cinco. Una interpretación en tal sentido equivaldría a exigir, una mayoría calificada de dos tercios del total de miembros del Concejo, lo cual obviamente excede lo requerido por la norma en cuestión" (Lo resaltado en negrita y subrayado no es del original).

A manera de resumen, podríamos afirmar que el quórum estructural refiere al número de miembros que necesariamente deben comparecer a las sesiones que celebren los órganos colegiados -y permanecer en ellas- para que las mismas sean válidas. En el caso particular de los Concejos Municipales, la figura del quórum estructural se encuentra regulada en el párrafo segundo del artículo 37 del Código Municipal, en el cual se establece como principio que constituyen quórum la "mitad más uno de los miembros del Concejo". Dicho principio equivale al de la mayoría absoluta, es decir, la mayoría que no puede ser superada. Por ejemplo, en un órgano colegiado como la Asamblea Legislativa, integrado por 57 miembros, constituyen quórum estructural un mínimo de 29 diputados, toda vez que ese es el número que no puede ser superado. Conforme con lo anterior y en el caso específico del Concejo Municipal de Santa Bárbara, integrado por 7 miembros, constituyen quórum estructural un mínimo de 4 regidores. No cabe ninguna duda que 4 de 7 miembros, constituyen mayoría absoluta. Por el contrario, si interpretáramos -como lo hace la Contraloría-- que constituyen quórum 5 regidores, estaríamos exigiendo ya no la mayoría absoluta (equivalente al principio de la mitad más uno), sino una mayoría calificada (dos tercios del total de los miembros), lo cual, obviamente, excede lo dispuesto por el legislador.

II.- SOBRE EL QUORUM FUNCIONAL: El segundo de los aspectos consultados, referente al número de votos que se requieren para que un Concejo Municipal adopte válidamente sus acuerdos, tiene que ver con lo que la doctrina denomina "quórum funcional". Tal y como adelantamos en el apartado anterior, se entiende por quórum funcional el número de votos exigidos para la validez, ya no de la sesión del Concejo, sino de los acuerdos que en ella se adopten. En el caso particular de los Concejos Municipales, las reglas en cuanto al quórum funcional las encontramos establecidas en el primer párrafo del artículo 42 del Código Municipal, el cual dispone:

"El Concejo tomará sus acuerdos por mayoría absoluta de los miembros presentes, salvo cuando este código prescriba una mayoría diferente".

En sentido similar se pronuncia el artículo 54, inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública: "Los acuerdos serán adoptados por mayoría absoluta de los miembros asistentes". Conforme se podrá apreciar, la regla general para la adopción de acuerdos por parte de los órganos colegiados, entre ellos los Concejos Municipales, es el de la mayoría absoluta -equivalente a la mitad más uno-- de los miembros presentes. A manera de ejemplo, si a una sesión del Concejo Municipal de Santa Bárbara comparecieran todos sus integrantes (7), para la adopción de un acuerdo se requeriría el voto de 4 regidores. Por el contrario, si sólo sesionaran 5, el

quórum funcional -necesario para la validez de los acuerdos que se adopten- lo formarían 3 miembros. Ahora bien, es importante destacar que a diferencia del quórum estructural que es fijo --en el caso del Concejo Municipal de Santa Bárbara se conforma con la presencia de un mínimo de 4 regidores--, **el quórum funcional varía dependiendo del número de regidores que asistan a las sesiones y de la materia que se conozca**. En efecto, como bien lo advierte la norma en estudio, el Código Municipal puede exigir para la aprobación de determinados acuerdos relacionados con materias o asuntos que el legislador consideró especiales, una mayoría diferente, normalmente mayor. Por ejemplo, para convocar a los electores del cantón a un plebiscito para la destitución del alcalde, el acuerdo respectivo debe ser aprobado por un mínimo de tres cuartas partes de los regidores integrantes (artículo 19); para conocer de asuntos no incluidos en la convocatoria a sesiones extraordinarias, se requiere un acuerdo aprobado por unanimidad (artículo 36); para declarar un acuerdo como definitivamente aprobado, se requiere una mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Concejo (artículo 45); lo mismo para suspender o sustituir de sus cargos al contador y al auditor (artículo 52, párrafo segundo) y para la aprobación de préstamos (artículo 82, párrafo segundo). En ese sentido, podría presentarse la situación de que un determinado Concejo Municipal cuente con el mínimo de regidores necesario para sesionar válidamente (quórum estructural), pero insuficientes para adoptar un determinado acuerdo (quórum funcional). Por ejemplo, en el caso de una sesión ordinaria del Concejo Municipal de Santa Bárbara a la que sólo asistan 4 regidores, a pesar de que la sesión es válida por contar con el quórum estructural necesario para ello, no sucedería lo mismo para la adopción de un acuerdo que disponga la destitución del auditor puesto que para ello requeriría una mayoría calificada, concretamente, de 5 votos.(...)” **(Lo subrayado está contenido en el original)**

Tal y como lo desarrolla el dictamen antes citado, a efecto de la validez de los actos dictados por parte del Concejo Municipal, debe contarse con el quórum requerido para sesionar válidamente –quórum estructural-, el cual dependerá del número de regidores que conformen cada municipio, y que como regla general atiende a la presencia, al inicio y durante la sesión, de la mitad más uno del número de regidores que lo integran. Lo anterior de conformidad con el artículo 37 del Código Municipal.

Asimismo, una vez que se cuente con el quórum para sesionar válidamente, y a efecto de tomar acuerdos, deberá contarse con el quórum funcional requerido –mitad más uno de los miembros presentes-. No obstante, debe observarse que aunque se cuente con quórum para sesionar, no necesariamente puede ser éste suficiente para adoptar acuerdos dado que puede tratarse de un asunto que, por su naturaleza, requiera una votación calificada.

Una posible afectación del quórum estructural tiene relación con el tema de las recusaciones de que pueden ser objeto los miembros del órgano colegiado. Previo a entrar al análisis del procedimiento que contempla el Ordenamiento Jurídico para resolver ese supuesto, nos permitimos algunas precisiones en torno al principio de imparcialidad en el ejercicio de las competencias públicas.

III. Sobre el principio de imparcialidad en el ejercicio de las competencias públicas.

Esta Procuraduría General ha tenido oportunidad de referirse al tema de la abstención y la recusación que contempla el Título Segundo del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública en sus artículos 230 y siguientes, estableciendo que el sustento de dichas disposiciones descansa en el cumplimiento del principio constitucional que manda al funcionario público a ejercitar sus competencias de modo imparcial. Así, este Órgano Asesor ha señalado lo siguiente:

" (...) Acerca de esta abstención de conocer un asunto, el artículo 230 de la Ley General de

Administración Pública dispone:

" Artículo 230. -

- 1. Serán motivos de abstención los mismos de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, además los que resultan del artículo 102 de la Ley de la Administración Financiera de la República.*
- 2. Los motivos de abstención se aplicarán al órgano director, al de alzada y a las demás autoridades o funcionarios que intervengan auxiliándolos o asesorándolos en el procedimiento*
- 3. Sin embargo, cuando los motivos concurren en un miembro de un órgano colegiado, la abstención no se hará extensiva a los demás miembros, salvo casos calificados en que éstos la consideren procedente"*

La Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333 del 5 de mayo de 1993, establece en su artículo 31:

"A falta de regla expresa sobre impedimentos, excusas y recusaciones, se estará a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, en cualquier materia, salvo en la Jurisdicción Constitucional, la cual se regirá por sus propias normas y principios. Los motivos de impedimento y recusación, previstos en los códigos y leyes procesales, comprenden a los servidores judiciales, e incluso a los auxiliares y administrativos que, de algún modo, deben intervenir en el asunto debiendo ser sustituidos para el caso concreto."

Por su parte, los artículos 49 y siguientes del Código Procesal Civil, contienen las causas de impedimento, recusación y excusas. En ese sentido, es importante tener presente lo dispuesto en el inciso 10) del artículo 53 del Código de cita, que se transcribe:

"ARTÍCULO 53: Son causas para recusar a cualquier funcionario que administra justicia:

- 10. (...) Las opiniones expuestas o los informes rendidos por los juzgadores que no se refieran al asunto concreto en que sean recusados, como aquellas que den con carácter doctrinario o en virtud de requerimiento de los otros poderes, o en otros asuntos que conozcan o hayan conocido de acuerdo con la ley, no constituyen motivo de excusa ni de recusación."*

De acuerdo con lo anterior, podríamos afirmar que la recusación es un instituto jurídico de carácter procesal cuyo propósito es el de garantizar la imparcialidad del juez u órgano administrativo llamado a resolver un asunto concreto.

El Dr. Guillermo Cabanellas define el término recusación como:

"Acción o efecto de recusar; esto es, el acto por el cual sé excepciona o rechaza a un juez para que entienda o conozca de la causa, **cuando se juzga que su imparcialidad ofrece motivadas dudas**" (CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1982, pág. 275). (El destacado en negrita no es del original).

En el mismo sentido se pronuncia el autor Alvarado Velloso, quien define la recusación de la siguiente manera:

"(...) el medio que acuerdan las leyes procesales para atacar la incompetencia subjetiva del juez, aduciendo la existencia de alguna causal que, de existir, hace inválida la actividad jurisdiccional por presentarlo al juez en situación de parcialidad, parcialidad o dependencia de las partes." (ALVARADO VELLOSO Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera parte, Argentina, Rubinzal - Culzoni editores, 1989, p.171.)

Así las cosas, la recusación es una facultad o derecho que las leyes procesales le confieren a las partes con el objeto de obtener la separación de un juez o de un funcionario público en el conocimiento de un determinado asunto, cuando se presente algún motivo o causal que, a juicio del legislador, puede afectar la imparcialidad con que la justicia debe ser administrada.

Ahora bien, el objeto de dicho instituto procesal es el de garantizar la imparcialidad del juez, uno de los principios básicos de todo proceso y de la actuación administrativa. En relación con el tema, la Sala Constitucional, en sentencia N° 0052-96 del 3 de enero de 1996, resolvió:

"II.-DE LA IMPARCIALIDAD COMO CAUSAL DE RECUSACION. Impugna el accionante la omisión del legislador al no establecer como causal de recusación o excusa la parcialización de los jueces civiles y demás funcionarios judiciales que deban separarse del conocimiento de un asunto, con fundamento en el artículo 53 del Código Procesal Civil, lo que estima contrario a lo dispuesto en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Precisamente, **el ordenamiento jurídico ha querido garantizar la imparcialidad de los jueces, no sólo en la jurisdicción civil, sino en todas, y al efecto, para evitar la intervención en el litigio de jueces de quienes se tema que puedan actuar tendenciosamente hacia alguna de las partes, es que se creó la figura de la recusación. Asimismo, no sólo se acuerda a las partes el derecho de recusar a los jueces, sino que se impone a éstos el deber de inhibirse de conocer de los asuntos respecto de los cuales se encuentren comprendidos en una causal de recusación.** (...)" (Lo resaltado en negrita y subrayado no es del original).

Y en otros fallos más reciente, la Sala Constitucional consideró:

"La independencia e imparcialidad del juez constituyen conceptos relacionados entre sí y son indudablemente principios constitucionales en un régimen político como el nuestro. La independencia determina que el juez esté solo sometido a la constitución y a la ley y la imparcialidad significa que para la resolución del caso el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley y la solución justa del caso" (Sentencia N° 2838-98, del 29 de abril de 1998. En el mismo sentido N° 5493-2000 del 4 de julio del 2000).

"En un estado democrático y garantista, los jueces deben tomar sus decisiones con la mayor objetividad e imparcialidad. De ahí que el legislador ha establecido determinados supuestos de vinculación del juez con la causa o con las partes, por los que se encuentra obligado a separarse de su conocimiento, a fin de evitar decisiones injustas o arbitrarias y de mantener la confianza de la colectividad en el recto cumplimiento de administración de justicia. Se trata de causales de excusa o inhibición en donde se contemplan situaciones que abstractamente consideradas son susceptibles de afectar la imparcialidad del juez." (Voto 2000-08525 del 27 de setiembre del 2000).

Es claro, entonces, que el objeto de la recusación es el de evitar la participación en el proceso de jueces que puedan irrespetar el principio de imparcialidad. Un juez imparcial es aquél que es neutral con respecto a las partes, al contenido y al resultado del proceso.

Ahora bien, la recusación es aplicable a los funcionarios públicos conforme con el numeral 11 de la Constitución Política, que no sólo establece el principio de legalidad, sino que sienta las bases del deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos, al señalar que están sometidos a la Constitución y a las leyes. Es aquí donde nace el fundamento de las incompatibilidades: el funcionario público no puede estar en una situación donde haya colisión entre el interés público e interés privado.

Por su parte, el profesor Jesús González Pérez, respecto a la importancia de mantener la imparcialidad de los titulares de los órganos administrativos, explica:

"A fin de asegurar un adecuado ejercicio de la función administrativa, y por ende, la legalidad y acierto de la decisión que se dicte en un procedimiento concreto, el Ordenamiento jurídico establece una serie de circunstancias cuya concurrencia en el titular o en uno de los titulares del órgano administrativo da lugar a la no intervención del mismo en el procedimiento" (GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987, pág, 165).

En este sentido, la Sala Constitucional le ha reconocido a este principio rango constitucional, y ha puesto de relevancia la necesidad de imparcialidad de los órganos administrativos, al manifestar:

"DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA FUNCIÓN PÚBLICA.

En un Estado democrático como el nuestro, es necesario someter a la función pública a una serie de normas que garanticen un comportamiento objetivo a través del cual se evite, en la medida de lo posible, la manipulación del aparato del Estado para satisfacer los intereses particulares de algunos funcionarios. Existen una serie de

principios generales y preceptos fundamentales en torno a la organización de la función pública que conciben a la Administración como un instrumento puesto al servicio objetivo de los intereses generales: a) que la Administración debe actuar de acuerdo a una serie de principios organizativos (eficacia, jerarquía, concentración, desconcentración); b) que sus órganos deben ser creados, regidos y coordinados por la ley, y c) **que la ley debe regular el sistema de acceso a la función pública, el sistema de incompatibilidades y las garantías para asegurar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.** La mayoría de estos principios se han materializado en la Ley General de la Administración Pública, pero que derivan de varias normas constitucionales, los artículos 1º, 9, 11, 100, 109, 111, 112, 113, 191 y 192 de los que deriva todo lo concerniente al estado de la República de Costa Rica en relación con los principios democráticos (...)

Es así como el principio de imparcialidad se constituye en un límite y al mismo tiempo en una garantía del funcionamiento o eficacia de la actuación administrativa, que se traduce en el obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión, fuerzas políticas o personas o grupos privados influyentes para el funcionario. Este es entonces el bien jurídico protegido o tutelado en los delitos contra la administración de pública en general o la administración de justicia en lo particular: la protección del principio de imparcialidad o neutralidad de la actuación administrativa como medio de alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales, entre los que debe incluirse la norma impugnada, como se verá a continuación. (Voto N°00-11524 de 21 de diciembre del 2000).

Por otra parte, una figura importante mediante la cual se garantiza la imparcialidad de los funcionarios públicos, conforme con el dictamen de esta Procuraduría N° C-099-90 del 22 de junio de 1990, es la de la abstención, al señalarse:

"Sobre el particular interesa resaltar que el deber de abstención puede no estar expresamente previsto en el ordenamiento escrito. Ese debe existir y se impone en la medida en que exista un conflicto de intereses que afecte, en mayor o menor medida la imparcialidad, la independencia de criterio del funcionario que debe decidir, por ende comprende también los casos de conflicto u oposición de intereses, ese deber puede derivar de la existencia de una incompatibilidad de situaciones derivadas de la oposición o identidad de intereses. Incompatibilidad que determina la prohibición de participar en la deliberación y decisión de los asuntos en que se manifieste el conflicto o identidad de intereses. La independencia del funcionario a la hora de discutir y decidir respecto de un asunto es esencial y esa independencia es lo que funda todo el régimen de abstenciones, recusaciones e impedimentos (...) Recuérdese, al respecto, que el acto administrativo debe constituir una manifestación de voluntad libre y consciente, " dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento. Y en la concreción de ese fin puede verse entrabada o imposibilitada por la existencia de circunstancias que afecten la imparcialidad del funcionario que emite el acto administrativo."

A pesar de que la situación objeto de este análisis, no se contempla en forma directa como una causal dentro de los textos normativos que regulan el tema de la abstención, impedimentos, excusas y recusaciones, sí ha sido considerada

jurisprudencialmente. Al respecto, la Sala Constitucional ha resaltado que la correcta integración del órgano director está relacionada con la búsqueda imparcial de éste:

*"Al respecto, la Sala considera que con dicha actuación se viola el debido proceso, cuyos postulados se aplican o extienden a todos los procedimientos que eventualmente desemboquen en la imposición de algún tipo de sanción al administrado, y dentro de los cuales se incluye la correcta integración del órgano del procedimiento, que debe favorecer el desarrollo imparcial de todos los actos del proceso. Es innegable que en virtud de las funciones que la Ley General de la Administración Pública (ver artículos 314, 315, 316, 318 de este cuerpo normativo) atribuye al órgano director del procedimiento como instructor del expediente administrativo y director de la comparecencia oral, acto principal del procedimiento regulado en los artículos 308 al 319 de la citada Ley, su proceder en cada una de las actuaciones del proceso es fundamental para la resolución final. Este Tribunal considera que para evitar falsear el equilibrio inherente a todo procedimiento, es esencial que no exista una incompatibilidad de funciones como la que es evidente en el presente caso **en cuanto el Director Legal (...) actúa como órgano director del procedimiento, habiendo previamente motivado con su manifestación ante la Junta directiva que los hechos denunciados fueran remitidos a la Gerencia para su correspondiente investigación**" (Voto N° 2911-93 de 18 de junio de 1993. En el mismo sentido véase el voto N° 7688-2001 de las 8:53 horas del 10 agosto del 2001).*

Consecuentemente, se considera que de la doctrina y la jurisprudencia judicial y administrativa, se desprende con meridiana claridad el hecho de que la imparcialidad es uno de los fundamentos que rigen el actuar de los funcionarios que integran los órganos administrativos (...) (Dictamen C-353-2001 del 20 de diciembre del 2001. En igual sentido, los dictámenes C-078-2001 del 19 de marzo del 2001, C-079-2000 de 24 de abril de 2000, C-252-2003 de 21 de agosto de 2003, C-300-2003 de 1 de octubre de 2003, OJ-131-2004 de 22 de octubre de 2004. Lo subrayado no pertenece al original)

Siendo que los miembros del Concejo Municipal ostentan la característica de funcionarios públicos, es dable afirmar que están obligados a guardar el principio constitucional de imparcialidad al cual recién se ha hecho referencia. Y en ese mismo sentido, que los procedimientos para resolver casos particulares en que se cuestione esa necesaria imparcialidad son los que al efecto regula el Derecho Público. Por ello, y constatando que el Código Municipal es omiso en torno a normar el procedimiento que nos interesa, es necesario acudir a las reglas de la Ley General de la Administración Pública.

IV. Recusación de la totalidad o mayoría de los miembros de un órgano colegiado.

El supuesto que deviene de interés para la Municipalidad de Curridabat consiste en el procedimiento a seguir para resolver una recusación que abarca a la mayoría de sus miembros. Tal supuesto tiene incidencia en el quórum necesario para que el órgano colegiado no sólo conozca del cuestionamiento, sino que, incluso, para poder sesionar válidamente .

Acudiendo a una integración del Ordenamiento, devienen de aplicación los siguientes artículos de la Ley General de la Administración Pública:

“Artículo 234.-

1. Cuando se tratare de un órgano colegiado, el miembro con motivo de abstención se separará del conocimiento del negocio, haciéndolo constar ante el propio órgano a que pertenece.

2. En este caso, la abstención será resuelta por los miembros restantes del órgano colegiado, si los hubiere suficientes para formar quórum; de lo contrario, resolverá el superior del órgano, si lo hubiere, o, en su defecto, el Presidente de la República.

3. Si la abstención se declarare con lugar, conocerá del asunto el mismo órgano colegiado, integrado con suplentes si los tuviere, o con suplentes designados ad hoc por el órgano de nombramiento.”

“Artículo 236.-

1. Cuando hubiere motivo de abstención, podrá también recusar al funcionario la parte perjudicada con la respectiva causal.

2. La recusación se planteará por escrito, expresando la causa en que se funde e indicando o acompañando la prueba conducente.

3. El funcionario recusado, al recibir el escrito, decidirá el mismo día o al siguiente si se abstiene o si considera infundada la recusación, y procederá, en todo caso, en la forma ordenada por los artículos anteriores.

4. El superior u órgano llamado a resolver, podrá recabar los informes y ordenar las otras pruebas que considere oportunos dentro del plazo improrrogable de cinco días, y resolverá en la forma y términos señalados en los artículos anteriores.

5. No procederá la recusación del Presidente de la República.”

El hecho de que se interponga una recusación contra la mayoría de los miembros del Concejo Municipal implica que no pueda configurarse quórum para resolver el punto (relación del inciso 2) del artículo 234 y 3) del artículo 236 supra citados). De suerte tal que el análisis de si se configuran o no el motivo por el cual se cuestiona la imparcialidad de esos miembros deba recaer en el superior del órgano. Y es evidente que, en el caso de las Municipalidades, no existe un órgano que ocupe una escala jerárquica mayor que el propio Concejo. Esto podría llevarnos a pensar que el supuesto que nos ocupa carece de solución vía el Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, la atenta lectura de la Ley General revela una vía de solución, que implica la participación del Sr. Presidente de la República.

En el sentido apuntado en el párrafo precedente in fine, conviene ahora citar un precedente de la Sala Constitucional que analiza el tema de la intervención del Presidente de la República en un caso de recusación contra miembros del órgano colegiado jerarca de una institución autónoma:

"Sin duda, la doctrina producida en la materia, tanto en el derecho privado como en el público, es conteste en destacar un elemento fundamental: levantada cuestión sobre la falta de imparcialidad y objetividad de un funcionario, corresponderá a otro designado de antemano por la ley -subrogante-, el decidir si aquélla tiene fundamento o no, y por tanto, si aquél puede actuar o no en la resolución de un determinado asunto. En los hechos que sirven de base a los autos principales, se dieron varias recusaciones: contra el Subgerente General, el Auditor General y el Gerente General, quienes aun estimando infundados los reparos formulados contra ellos, pasaron el asunto ante el superior jerárquico, la Junta Directiva, para la decisión correspondiente. Sin embargo, sucede que la misma Junta Directiva estaba recusada y como la normativa interna bancaria no contiene a estas alturas previsión al respecto, se aplicó la Ley General de la Administración Pública, decidiendo ellos mismos pasar el asunto al Presidente de la República para lo que correspondiera. Ahora bien, el punto a definir es si al designar el Presidente de la República una Junta Directiva ad-hoc se ha producido, no una intervención en relación con la actividad del Banco Nacional, materia de gobierno, de definición política general y por tanto legítima a la luz del artículo 188 constitucional, sino más bien una intervención en relación con un acto concreto, cuestión de definición administrativa particular, ilegítima en el criterio expresado por los consultantes. Si nos remitimos a la primera consideración, está claro que recusado el órgano jerarca superior de la entidad bancaria, no existe internamente quién pueda decidir sobre la procedencia o no de la recusación. Ahora bien, dado que en esta materia específica hay una remisión de la legislación bancaria a la Ley Orgánica del Poder Judicial, también se tiene claro que a la luz de la más reputada doctrina procesal, están proscritos de decidir en un asunto concreto el juez **"ex post facto"** (por violación del principio de juez natural), el juez **"inhabilis"** (al que le falta competencia o no reúne requisitos) y el juez **"suspectus"**, caso éste último que calza con el que hablamos en esta resolución (porque le falta objetividad e imparcialidad). La ausencia de alguna de esas condiciones, hacen que el órgano decisor (sea juez o directivo), pierda idoneidad, condición esencial y prius de un ordenamiento jurídico democrático. Ubicada en el tema de la objetividad e imparcialidad, ya esta Sala se pronunció en términos muy claros cuando en sentencia N°649-93, dijo:

"Esta incompatibilidad es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y así incluso se ha estimado de siempre, como que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad o su independencia. Esta tesis no es extraña al espíritu constitucional, como puede colegirse del principio de responsabilidad de los funcionarios (artículo 9), del principio-deber de legalidad (artículo 11), así como de la exigencia de que la administración pública funcione a base de eficiencia e idoneidad (artículo 191)..."

También ha podido establecer esta Sala de modo reiterado, que el examen del artículo 41 de la Constitución Política, permite enmarcar sus hipótesis tanto para la responsabilidad del Estado respecto de la administración de la justicia jurisdiccional propiamente dicha, como en lo que hace a la justicia administrativa. Cuando a las personas se les garantiza en esa norma que "debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes", el Estado se obliga a traducir en realidad esa aspiración del constituyente, de manera que la

administración también queda sujeta por un marco de actuación en donde la arbitrariedad y los criterios subjetivos quedan desterrados. Ciertamente, la bancaria es en esencia una actividad privada, pero, al menos en el sistema costarricense, en el momento en que encontramos que se ejerce a través de entidades de derecho público (artículo 189 de la Constitución Política), no obstante que la actividad se sigue rigiendo por las normas y principios del derecho privado, en su organización se rige por el derecho público, como ha tenido oportunidad de establecerlo también la jurisprudencia constitucional. Sobre esta materia ver, entre otras, sentencia de la Sala Constitucional, número 8140-97.

TERCERO. CONCLUSIÓN. *Con base en lo anteriormente dicho la idoneidad exige ante todo condiciones de imparcialidad y en ese sentido lo actuado por el Presidente de la República tiene no solamente apoyo legal, sino también apoyo constitucional, puesto que las normas cuestionadas únicamente tienen aplicación en esa situación extrema. No son sino una respuesta de última ratio, si bien producto de una potestad atípica, dada la naturaleza excepcional de que la Junta Directiva General del Banco Nacional de Costa Rica -órgano jerarca superior- estaba recusada y "alguien" tenía que ocuparse del asunto. Además, el acto que se cuestiona –y la normativa en que se apoya– sirve al fin que persigue, como es preservar la imparcialidad y objetividad con que debe actuar el Banco, como entidad que en la materia específica base se estas consultas, estaba sujeta al Derecho Público. En ese sentido, pues, la norma en cuestión cumple un fin valioso que en nada riñe con la garantía consagrada en el artículo 188 Constitucional, porque, y en el mismo sentido que lo indicó la sentencia de la Sala Primera de esta Corte, número 120 de las catorce horas del día 7 de julio de 1995 para situación similar a la aquí analizada, no se trata de una intervención orgánica del Banco, sino más bien de una actuación radicada única y exclusivamente en las condiciones particulares de quienes ejercían los cargos directivos en las circunstancias detalladas.*

Por lo expuesto, las consultadas [NOTA: se refiere a los artículos 232.3 y 234.2 de la Ley General de la Administración Pública] deben evacuarse negativamente pues las normas cuya validez se cuestionan, en el sentido con que han sido aplicadas no son inconstitucionales."

(Resolución 1999-00339 de 14:48 hrs del 20 de enero de 1999). Lo indicado en el texto entre paréntesis no es del original

Siguiendo la línea expuesta por la Sala Constitucional en la resolución supra transcrita, cabría considerar como de aplicación a las Corporaciones Municipales la conclusión a que arriba ese Alto Tribunal en torno a la competencia del Presidente de la República para analizar la recusación de los miembros del Concejo. Ello, como con cuidado lo examina la Sala, es una solución de ultima ratio, dirigida a asegurar la continuidad del ejercicio de las competencias públicas de la Administración, sin que implique una invasión en el régimen de autonomía que es propio de las Municipalidades, pues no se estaría sustituyendo la competencia para resolver, en definitiva, el asunto puesto en conocimiento del Colegio. Debe quedar claro que, la anterior interpretación, está sujeta a lo que en definitiva llegare a resolver la propia Sala Constitucional ante una petición concreta que involucre el caso que aquí se analiza.

V. Conclusión.

Dado que el tema que interesa a la Municipalidad de Curridabat tiene relación directa con un caso concreto, que es evidenciado en el texto mismo de la consulta, la Procuraduría General se encuentra imposibilitada de pronunciarse en el ejercicio típico de su competencia consultiva.

Con el fin de colaborar con la Municipalidad de Curridabat, y mediante la emisión de una opinión jurídica carente de los efectos vinculantes de los dictámenes que emanan de esta Procuraduría General, se examinan los temas jurídicos del quórum en órganos colegiados, del principio constitucional de imparcialidad en el ejercicio de las competencias públicas y de la resolución de gestiones de recusación contra miembros de un órgano colegiado.

Sin otro particular, nos suscribimos,

Iván Vincenti Rojas, Procurador Adjunto

Sandra Sánchez Hernández, Abogada de Procuraduría