



La Junta Directiva en las Fundaciones

Rama del Derecho: Derecho Civil.	Descriptor: Personas Jurídicas.
Palabras Clave: Ley de Fundaciones, Remoción de miembros, Pronunciamientos de la PGR.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 05/03/2014.

El presente documento contiene jurisprudencia, opiniones jurídicas y un dictamen sobre la junta directiva en las fundaciones. Se consideran los supuestos del artículo 11 de la Ley de fundaciones y la ley en general, haciendo una selección adecuada de información que explica la forma en que operan las Juntas Directivas de las fundaciones.

Contenido

NORMATIVA	2
LEY DE FUNDACIONES.....	2
Jurisprudencia.....	5
Competencia para la remoción de directivo corresponde al juez civil no contencioso.....	5
Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República.....	7
1. OJ-131-2004, 22 de octubre del 2004	7
2. OJ- 015-1998, San José, 4 de marzo de 1998	19
3. OJ-082-2001, San José, 25 de Junio de 2001	22
4. Dictamen: 191 del 23/06/2003 (C-191-2003).....	32

NORMATIVA

LEY DE FUNDACIONES¹

Artículo 1º.- Reconócese personalidad jurídica propia a las fundaciones(*), como entes privados de utilidad pública, que se establezcan sin fines de lucro y con el objeto de realizar o ayudar a realizar, mediante el destino de un patrimonio, actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas, y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social.

() NOTA: en el texto original aparece la palabra "funciones".*

Artículo 2º.- El fundador puede ser una persona física o jurídica, nacional o extranjera.

Artículo 3º.- Las fundaciones se constituirán por escritura pública o por testamento. El fundador no podrá cambiar ninguna disposición constitutiva de la fundación, una vez que ésta haya nacido a la vida jurídica.

Artículo 4º.- En el documento de constitución se consignará el nombre, domicilio, patrimonio, objeto y plazo de la fundación y la forma en que será administrada. El plazo de las fundaciones podrá ser perpetuo.

Artículo 5º.- Las fundaciones adquieren personalidad jurídica a partir de su inscripción en la Sección de Personas del Registro Público.

Artículo 6º.- Como trámite previo para su inscripción en el Registro, se publicará en el Diario Oficial un edicto con un extracto de los términos bajo los cuales se constituye la fundación. Igualmente se publicarán la disolución, fusión y cualesquiera otros actos que cambien su estructura.

La publicación se hará por el notario público o por el Juez Civil, según sea el caso.

Artículo 7º.- Las fundaciones no tienen finalidades comerciales.

Sin embargo podrán realizar operaciones de esa índole para aumentar su patrimonio, pero los ingresos que obtengan deberán destinarlos exclusivamente a la realización de sus propios objetivos.

Artículo 8º.- Los bienes donados para crear una fundación serán patrimonio propio de ésta, y sólo podrán ser destinados al cumplimiento de los fines para los que fue constituida. Tales bienes estarán exentos del pago de toda clase de impuestos y derechos de inscripción.

Artículo 9º.- Los bienes donados a una fundación ya existente tendrán las mismas exenciones establecidas en el artículo anterior.

Artículo 10.- Las fundaciones estarán exentas del pago de derechos de inscripción y de impuestos nacionales y municipales, salvo los arancelarios, que sólo los podrá exonerar en cada caso el Ministerio de Hacienda, según la clase de bienes que se trate y su destino.

(NOTA: el artículo 2º, incisos d) y e) de la Ley Reguladora de las Exoneraciones, N° 7293 de 31 de marzo de 1992, concede privilegios sólo a las fundaciones sin fines de lucro que se dediquen a la atención de menores en abandono, deambulantes o en riesgo social (inciso c). Y las dedicadas a la recolección y tratamiento de basura, a la conservación de recursos naturales, ambiente en general, higiene ambiental y salud pública, (inciso d); por lo que las exoneraciones no previstas en tales incisos quedaron tácitamente derogadas conforme con el artículo 1º) de la Ley 7293 ibídem).

(Así derogado parcialmente, en lo referente a las exenciones del impuesto sobre las ventas, por el artículo 17 de la Ley N° 8114, Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria de 4 de julio de 2001).

Artículo 11.- La administración y dirección de las fundaciones estará a cargo de una Junta Administrativa.

El fundador designará una o tres personas como directores y también deberá, en el propio documento de constitución, establecer la forma en que serán sustituidos estos miembros.

Si el fundador designa sólo un director, la Junta Administrativa quedará integrada por tres personas; si designa a tres, el número de directores será de cinco. En ambos casos los dos miembros que completarán la Junta Administrativa serán designados uno por el Poder Ejecutivo y el otro por la municipalidad del cantón en donde tenga su domicilio la fundación.

El cargo de miembro de la Junta Administrativa será gratuito.

(Así reglamentado por el Decreto Ejecutivo N° 29494, del 2001)

Artículo 12.- El fundador podrá dictar las disposiciones reglamentarias para regir la actividad de la fundación. Si no lo hiciere, deberá efectuarlo la Junta Administrativa dentro de los sesenta días siguientes a su instalación.

Artículo 13.- El miembro director nombrado por el fundador, o el primero en caso de que sean tres, quedará obligado a convocar a los restantes para que se instalen, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que la fundación deba iniciar sus actividades. En este caso no habrá necesidad de publicar ni inscribir la reelección, y para terceros se tendrá por hecha si no consta en el Registro, cambio al respecto.

En la sesión de instalación los directores designarán entre ellos a un presidente de la Junta Administrativa, que durará en sus funciones un año y podrá ser reelecto.

El Presidente tendrá la representación legal de la fundación, con facultades de apoderado general, y estará sujeto a esta ley, a los preceptos constitutivos y reglamentarios de la fundación y a las disposiciones de la Junta Administrativa.

El Presidente podrá sustituir su representación en el delegado ejecutivo, cuando exista, o en otra persona, pero siempre tal sustitución deberá ser aprobada por la Junta Administrativa.

Artículo 14.- La Junta Administrativa podrá designar un delegado ejecutivo como su representante en la gestión de los asuntos de la fundación.

El delegado ejecutivo y cualquiera otro empleado necesario, tendrán las atribuciones y remuneraciones que acuerde la junta.

Artículo 15.- La Junta Administrativa rendirá, el primero de enero de cada año, a la Contraloría General de la República, un informe contable de las actividades de la fundación.

La Contraloría fiscalizará el funcionamiento de las fundaciones, por todos los medios que desee y cuando lo juzgue pertinente. Si en el curso de algún estudio apareciere una irregularidad, deberá informarlo a la Procuraduría General de la República, para que plantee la acción que corresponda ante los tribunales de justicia, si hubiere mérito para ello.

Artículo 16.- Si la Junta Administrativa considera que la fundación no puede ser administrada de acuerdo con sus preceptos constitutivos o reglamentarios solicitará al juez civil de su jurisdicción que disponga la forma en que deberá ser administrada o que ordene subsanar las deficiencias que en ella ocurran, siempre con el propósito de que se mantengan los fines para los que fue creada. Esas diligencias se seguirán por los trámites

de jurisdicción voluntaria, con intervención de la Procuraduría General de la República. Igual procedimiento se seguirá para remover los administradores cuando no cumplan debidamente sus obligaciones. Acordada la remoción, el juez comunicará lo conducente a fin de que se reponga el cargo de acuerdo con el artículo 11.

(Así reformado por el artículo 15° de la ley N° 8823 del 5 de mayo de 2010)

Artículo 17.- Sólo el Juez Civil respectivo, a instancia de la Junta Administrativa, o de la Contraloría General de la República, podrá disponer la disolución de una fundación, cuando haya cumplido los propósitos para los que fue creada o por motivo de imposibilidad absoluta en la ejecución de sus finalidades.

En caso de acordarse la disolución, el Juez ordenará que los bienes pasen a otra fundación, o en su defecto a una institución pública similar, si el constituyente de la fundación no les hubiere dado otro destino en ese caso, y firmará los documentos necesarios para hacer los trasposos de bienes.

Artículo 18.- Para que las fundaciones puedan recibir de las instituciones públicas donaciones, subvenciones, transferencias de bienes muebles o inmuebles o cualquier aporte económico que les permita complementar la realización de sus objetivos deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Tener como mínimo un año de constituidas.
- b) Haber estado activas desde su constitución, calidad que adquieren con la ejecución de por lo menos un proyecto al año.
- c) Tener al día el registro de su personalidad y personería jurídicas.

Para contar con absoluta transparencia en la consecución, fuente y manejo de esos fondos públicos por parte de las fundaciones, estas deberán llevar en una cuenta separada las donaciones que reciban y la procedencia de estas, y deberán especificar en qué se invierten. Lo anterior deberá ser fiscalizado por la auditoría interna que toda fundación está obligada a tener, la cual ejercerá sus funciones de conformidad con la normativa vigente en la materia que fiscalice, y según lo establecido en los manuales de normas técnicas de auditoría y control interno emitidos por la Contraloría General de la República. El informe de la auditoría deberá remitirse al ente contralor junto con el informe de la Junta Administrativa, de acuerdo con lo señalado en el artículo 15 de esta Ley.

(Así reformado por el artículo 15° de la ley N° 8823 del 5 de mayo de 2010)

Artículo 19.- Esta ley rige a partir de su publicación.

Transitorio.- Las fundaciones que existan a la promulgación de esta ley, podrán acogerse a lo dispuesto por el artículo 16 y en este caso, el Juez, además de disponer la forma en que será administrada, ordenará la inscripción en el Registro de Personas mediante la protocolización de la parte conducente de la resolución firme.

Igualmente podrán acogerse a ese procedimiento, las instituciones que tengan la naturaleza propia de las fundaciones y estén inscritas con otra modalidad.

Jurisprudencia

Competencia para la remoción de directivo corresponde al juez civil no contencioso

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

"IV.- El asunto de fondo, a considerar para la resolución del presente asunto, se reduce a determinar si, desde el punto de vista estrictamente legal, la Municipalidad de Corredores podía y debía acceder o no a lo solicitado, esto es, remover y/o sustituir a su representante, señor Arias Méndez, en la Junta Administrativa de la Fundación Neily.

V.- El acuerdo recurrido, excepto en cuanto ratifica la designación del señor Arias Méndez en la Fundación Neily, originalmente hecha por la Municipalidad; especialmente al rechazar la revocatoria contra él interpuesta, no dió respuesta directa a la primitiva solicitud de la señora Flory Chaves Barrantes, para que se procediera a nombrar sustituto del señor Arias Méndez en la Directiva de dicha organización. Esto por cuanto el ayuntamiento se limitó a aprobar moción presentada por una Regidora en el sentido de dar, no solo un voto de apoyo al Señor Custodio Arias Méndez, ante la Junta Directiva, de la Fundación Neily, sino también acordar que prosiguiera como representante de la Municipalidad, hasta el término de su nombramiento. Tan es así que en esa misma sesión lo que se acordó fue pedir opinión profesional a la asesora legal municipal y en sesión siguiente, consultar la opinión legal del IFAM al respecto. Con todo, el acuerdo tomado, recurrido y confirmado por la Municipalidad, debe mantenerse, sobre todo por razones de economía procesal, ya que en todo caso, cualquier resolución municipal que acogiera o denegara lo solicitado, estaría viciado de nulidad absoluta, al no haberse seguido de previo, como se verá, el procedimiento para la remoción de directivos-administradores de cualquier Fundación, establecido en el artículo 16 de la Ley de Fundaciones.

VI.- La procedencia legal de la solicitud fue cuestionada por diversas razones jurídicas como por ejemplo: la falta de notificación al señor Arias Méndez de la medida disciplinaria, su imposibilidad para defenderse, violatoria del debido proceso, el supuesto vencimiento de la personería jurídica de la Presidenta de la Fundación y por ende la invalidez de sus actuaciones ante terceros, que la competencia para aplicar las medidas disciplinarias es únicamente de la Directiva de la Fundación y no de su presidente, que debió quedar debidamente acreditada la causal de destitución, así como el procedimiento seguido de previo para ordenar la destitución y pedir el nuevo nombramiento, que el Reglamento no regula una destitución automática y finalmente, que en virtud de la autonomía municipal no puede la Fundación imponerle a la Corporación Municipal condiciones que la ley no establece en cuanto a quién debe de nombrar ésta como representante en la fundación. Todos esos cuestionamientos ceden no obstante, como se verá, e independientemente de su corrección y admisibilidad, ante la circunstancia, evidente y notoria, de que en la especie efectivamente se prescindió total y absolutamente del procedimiento debido para la remoción en el cargo del señor Arias Méndez, legalmente establecido en el artículo 16 de la Ley de Fundaciones.

VII.- Los preceptos constitutivos de la Fundación Neily, específicamente su cláusula séptima relativa a la SUSTITUCION DE MIEMBROS DIRECTORES, únicamente preve las causales ordinarias de vencimiento del período, impedimento o renuncia de los miembros

directores de la fundación y en el caso del representante gubernamental o del municipal, y solo para dichas causales, establece un procedimiento consistente en un aviso previo por parte del Presidente de la Junta al Poder Ejecutivo o a la Municipalidad, a fin de que procedan al nuevo nombramiento o reelección, en su caso. Por su parte, el Reglamento de la Fundación, ciertamente preveé en su artículo 6º que la asistencia de los miembros de la Junta Directiva será considerada en la permanencia en su puesto y establece la causal de destitución por tres ausencias injustificadas y consecutivas, pero no así el el órgano ni el procedimiento a seguir para constatar dicho incumplimiento y hacer efectiva la sanción. Órgano y procedimiento que, por el contrario, están claramente establecidos, como se ha dicho con insistencia, en el artículo 16 de la Ley de Fundaciones. De modo que en este último supuesto, ni los preceptos constitutivos ni el reglamento de la fundación establecen el procedimiento ni atribuyen potestades ni competencia a su Presidente ni a su Directiva para declarar y acordar, mucho menos directa y automáticamente, la destitución y/o remoción del directivo.

VIII.- La naturaleza jurídica de las Fundaciones, definida en la ley, es la de entes privados de utilidad pública. Dicho en otros términos, se trata de entidades de servicio público de naturaleza privada. Ello en razón de su objeto cual es realizar o ayudar a realizar, sin fines de lucro, actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas, y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social. En virtud de esto y a fin de fiscalizar el destino y correcta aplicación de su patrimonio, el cual legalmente está afecto al cumplimiento de los fines para los que son constituidas, es que sus Juntas Administrativas, aparte del miembro o miembros designados por el fundador, se completan con dos miembros más, uno designado por el Poder Ejecutivo y el otro por la Municipalidad del cantón en donde la misma tiene su domicilio. Ahora bien, las Municipalidades disponen de la potestad de libre designación de su representante pero no así para su remoción, cuando, como en el caso presente, para ello se aduce que no cumple debidamente sus obligaciones, o, dicho en otros términos, cuando la destitución que se discute lo es por razones disciplinarias. En este caso, sólo un Juez Civil y sujeto al procedimiento establecido para la actividad judicial no contenciosa, tiene la competencia para, eventualmente, acordar la remoción. Se trata por lo demás de una decisión de política legislativa, que no solo tiende a garantizar el debido proceso sino que deposita su confianza para ello en el Poder Judicial como garantía de independencia e imparcialidad en una sociedad democrática. Lo mismo ocurre con el acuerdo de disolución de las fundaciones.(artículos 1, 8 y 11 y 17 de la Ley de Fundaciones).

IX.- Se trata de una norma básica de la sociedad y del actuar del Estado o reglas de "justicia natural" Ningún hombre podrá ser juez de su propia causa. Ningún hombre podrá ser condenado sin ser oído. El derecho a ser oído o derecho de defensa afecta toda la noción del procedimiento justo o proceso debido. En efecto, el artículo 16 de la Ley de Fundaciones expresa, como ya antes se dijo, que si la Junta Administrativa considera que la fundación no puede ser administrada de acuerdo con sus preceptos constitutivos o reglamentarios, debe pedir al Juez Civil de su jurisdicción que disponga la forma en que deberá ser administrada o que ordene subsanar las deficiencias que en ella ocurran, siempre con el propósito de que se mantengan los fines para los que fue creada. A dicha solicitud se debe acompañar un informe de la Contraloría General de la República. Esas diligencias se deben seguir por los trámites de jurisdicción voluntaria, con intervención de la Procuraduría General de la República. Igual procedimiento, según expresa la norma, se debe seguir para remover los administradores cuando no cumplen debidamente sus obligaciones. Finalmente, dicha norma indica que una vez acordada la remoción, el juez así lo ha de comunicar, se sobreentiende que a la Fundación y/o a la Municipalidad interesadas, a fin de que se reponga el cargo de acuerdo con el artículo 11 de la misma Ley de Fundaciones. X.-Por lo dicho, sólo el juez Civil con jurisdicción en el cantón de Corredores, domicilio de la fundación Neily y a instancia de la Junta Administrativa es

quien legalmente podría acordar la remoción del directivo CUSTODIO ARIAS MENDEZ, en un caso como el presente, en que se aduce violación del artículo 6º de su reglamento o lo que es lo mismo incumplimiento de sus obligaciones como directivo-administrador. Para ello, como ya se dijo, se han de seguir los procedimientos de jurisdicción voluntaria y/o actividad judicial no contenciosa, previstos en el vigente Código Procesal Civil. Además, a la solicitud se ha de adjuntar informe de la Contraloría General de la República y conferir audiencia a la Procuraduría General de la República. De igual modo, por así disponerlo el artículo 820 párrafo segundo del último Código Citado, sería necesario conferir audiencia al afectado, en este caso, al señor Arias Méndez y a la propia Municipalidad de Corredores. Solo después de agotar este procedimiento y eventualmente acordada su remoción es que el Juez comunicaría lo conducente a la Municipalidad de Corredores a fin de que lo sustituya en el cargo. Nótese a mayor abundamiento, que la propia apelante, en uno de sus escritos finales, presentado a estrados judiciales el 27 de marzo del 2000, (folios 209 y 210), afirma que la Fundación ha procedido a pedir al juez Civil de Corredores, conforme al artículo 16 de la Ley de Fundaciones, que proceda a declarar la remoción del señor Arias Méndez, por ser de competencia exclusiva de los Jueces Civiles de la República esta decisión. Claro que dicha afirmación la hace con posterioridad al acuerdo aquí recurrido y sin aportar más prueba de ello que su dicho. Como no se siguió ni agotó de previo este procedimiento, procede entonces confirmar el acuerdo recurrido.

XI.- En mérito de lo expuesto, se impone confirmar el acuerdo municipal impugnado, y; por así disponerlo el artículo 6 de la Ley No. 7274 de 10 de diciembre de 1991, dar por agotada la vía administrativa."

Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República

1. OJ-131-2004, 22 de octubre del 2004

Señor

Habib Succar Guzmán

Gerente

Editorial Costa Rica

Estimado señor:

Con la aprobación de la Sra. Procuradora General de la República, nos referimos a su atento oficio ECRG-039-04 de 20 de febrero del 2004. Previo a entrar a conocer el fondo de lo consultado, sírvase recibir las excusas pertinentes por el atraso que ha tenido la tramitación de su gestión, motivado en el volumen de trabajo que atiende esta Procuraduría.

Se conoce además oficio ECR AU # 014-04 de 2 de marzo del 2004, remitido por la Lic. Marta Eugenia Solano Zapata, Auditora Interna de la Editorial, el cual, por tratarse del mismo asunto, procederemos a responder en forma conjunta.

1. Antecedentes

a) Consulta planteada

Luego de referir la situación que se presenta en relación con la participación de varios miembros del Consejo Directivo de la Editorial en la Junta Administrativa de la Fundación

de Cooperación y Desarrollo de la Editorial Costa Rica, específicamente en el tema de adopción de acuerdos que inciden en la relación existente entre ambas, interesa que nos pronunciemos sobre los siguientes aspectos:

"1. ¿Es procedente que los miembros del Consejo Directivo representen a la Institución en Juntas Administrativas de Fundaciones en las que tenga interés, en virtud de su actividad ordinaria? Si en efecto, del ejercicio de una función pública se puede derivar la existencia de un interés directo, ¿no supondría confundir los deberes de la función pública con los intereses particulares del funcionario público que los ejerce?"

2. Los representantes del Consejo Directivo pueden denominarse "funcionarios públicos" y les es de aplicación la Ley sobre enriquecimiento ilícito de los servidores públicos No. 6872 del 17 de junio de 1983? Por consiguiente, podría considerarse que exista incompatibilidad entre el puesto de directivo del Consejo como funcionario público y el de directivo de la fundación ejerciendo una representación institucional, estando su actividad supeditada al principio de razonabilidad y proporcionalidad, según el cual las normas tienen por fin la prevención del denominado "conflicto u oposición de intereses", para asegurar la imparcialidad de los servidores de la Administración?"

3. Definiéndose la incompatibilidad como "la imposibilidad legal de desempeñar o ser designado en forma simultánea en más de un empleo público, y de acumular a la retribución correspondiente a su prestación de servicio ciertas asignaciones o retribuciones provenientes de otros, ciertas actividades inconciliables, por su naturaleza, con el principio de plena dedicación al cargo", estarían los miembros del Consejo Directivo inhibidos para representar gratuitamente los intereses públicos en una entidad privada?"

4. Para efectos vinculantes a lo interno de la Editorial Costa Rica por ser una empresa pública del Estado y estar regida por el principio de legalidad, tienen validez los Actos Jurídicos Firmes del Consejo Directivo que resultan de acuerdo con los principios de comunidad ideológica, honestidad, eficiencia, neutralidad, imparcialidad y la prevalencia del interés público sobre el privado que regenta a la Fundación de la Editorial Costa Rica?"

En el mismo sentido la Auditora de la Editorial Costa Rica, en el oficio supra citado, plantea las siguientes interrogantes:

"a) ¿Es válido jurídicamente, que tomen parte de una votación para la toma de decisiones relacionadas con el acuerdo de pago, rescisión de convenio y demanda civil presentada contra un ente de derecho privado, concretamente una Fundación, miembros de un Consejo Directivo de una entidad pública, quienes en los períodos en que se materializó la problemática originaria de dichas situaciones, formaban parte de la Junta Administrativa de dicho ente privado?"

b) Al momento de las votaciones en el Consejo Directivo de la entidad pública, compuesto por nueve miembros votaron a favor de la toma de decisiones contra el ente de derecho privado tres de ellos quienes en el período de crisis formaban parte de la Junta Administrativa de la Fundación. En ese sentido es necesario consultar:

En aras de una sana administración y dado el principio de que no se puede ser juez y parte en el desarrollo de alguna actividad, debieron estos miembros abstenerse en el momento que se comentaban y se realizaban las votaciones para la toma de decisiones relacionadas con la Fundación, en las sesiones del Consejo Directivo?"

c) Puede haberse visto comprometida la imparcialidad y objetividad de estos miembros en cuanto a la toma de decisiones relacionadas con el ente de derecho privado?"

d) Dado que una vez que los acuerdos tomados por el Consejo Directivo quedan firmes y éstos se convierten en actos administrativos, ¿son éstos válidos dadas las condiciones en que se tomaron dichos acuerdos?

e) De existir alguna responsabilidad y consecuencias por los acuerdos tomados en las condiciones precitadas, cuál sería el régimen de responsabilidad aplicable por los hechos acontecidos?

b) Sobre la naturaleza y alcances de nuestro pronunciamiento

Según jurisprudencia administrativa de este órgano consultor, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 2°, en relación con el artículo 3° inciso b) y 4° de nuestra Ley Orgánica - N° 6815 del 27 de setiembre de 1982 y sus reformas-, nuestros dictámenes facultativos se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las que no se aprecie la existencia de uno o varios sujetos en particular, a quienes se aplicarán las consecuencias derivadas de nuestro criterio.

Es evidente que en el presente asunto, por la forma en que se formulan las interrogantes, así como los antecedentes que se acompañan a las gestiones, se hace referencia a un caso concreto y específico. Lo que en definitiva resolviera la Procuraduría General, en ejercicio de su actividad consultiva típica, devendría de acatamiento obligatorio para la Editorial, dándose una improcedente sustitución de la administración activa en la resolución de sus asuntos.

Debe entenderse, entonces, que, procederemos a abordar las solicitudes a través de una opinión jurídica no vinculante, con la intención de colaborar en la definición de aspectos jurídicos que se relacionan con la temática en consulta.

2. Naturaleza jurídica de la Editorial Costa Rica y régimen de empleo de sus empleados.

La Editorial Costa Rica fue creada mediante Ley No. 2366 de 10 de junio de 1959 y sus reformas, con el objeto fundamental de desarrollar el fomento de la cultura del país mediante la edición de obras literarias, artísticas y científicas de costarricenses y de extranjeros en caso de mérito especial. (Artículo 2).

Ahora bien, respecto a su naturaleza jurídica, y pese a que en su ley de creación ésta no se encuentra expresamente definida, esta Procuraduría en el dictamen C-052-2002 del 21 de febrero del 2002, analizó al tema ampliamente, incluyendo criterios anteriores de este mismo órgano asesor e incluso jurisprudencia de la Sala Constitucional. Se arriba a la conclusión de que, en razón de su giro empresarial, se constituye como una empresa pública, con fundamento en los siguientes argumentos:

"Cabe reafirmar que el término "organismo estatal" no significa que la entidad de que se trata pueda ser considerada una dependencia del Poder Ejecutivo, por ende que se integre al "Gobierno". Tampoco significa que el Poder Ejecutivo o el Ministerio de Cultura pueda imponer a la Editorial determinadas decisiones (verbi gratia, qué libros edita, qué autores selecciona, cuánto reconoce por concepto de derecho de autor, o el contenido de sus reglamentos) o que las decisiones de la Asamblea o del Consejo Directivo puedan ser anuladas, revocadas o modificadas por el Poder Ejecutivo, sino que indica la particular relación de instrumentalidad del ente respecto del Estado y, en especial, que ha sido constituido para satisfacer los fines de éste. Adviértase que aún cuando la Editorial no goza de la autonomía propia de las "instituciones del Estado", dada su personalidad jurídica y las disposiciones que la presiden, así como el principio de especialidad que rige su giro, impiden que el Ejecutivo participe directamente en la gestión interna o externa de la Editorial. Lo que no excluye, sin embargo, que la entidad esté sujeta a potestad de dirección, tal como lo están

en general los entes públicos. (...)Ahora bien, ateniéndonos a la actividad material que desarrolla la Editorial, ésta debe ser conceptuada como una empresa pública. Como es sabido, una empresa puede ser organizada bajo formas de Derecho Público o de Derecho Privado."

Queda claro entonces que en razón de su creación legal, y por los fines y atribuciones conferidas, aunado a la forma de organización económica que adopta la Editorial Costa Rica, ésta es una empresa pública y, por consiguiente, se hace necesario referirnos al régimen de empleo imperante en estos entes.

En ese sentido esta Procuraduría ha indicado lo siguiente:

" En relación con el segundo asunto, es decir, sobre el régimen de empleo en la empresa pública, la jurisprudencia constitucional, laboral y administrativa es conteste en el sentido de que es mixto, o sea, que hay relaciones jurídicas regentadas por el derecho laboral o mercantil, en cuyo caso, las personas que laboran para este tipo de empresas, no son empleados públicos, por un lado; y relaciones jurídicas -de la clase gerencial - que están reguladas por el derecho estatutario y, consecuentemente son FUNCIONARIOS PUBLICOS."

Dictamen C-111-2004 del 16 del 4 del 2004.

El tema también fue objeto de estudio por parte del jurista Ortiz Ortiz, citado en el dictamen C-093-2003 del 3 de abril del 2003, del cual nos permitimos la siguiente transcripción:

"Por su parte, el Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, al analizar el tema de las convenciones colectivas en el sector público, coincide plenamente con la anterior posición, en el sentido de que lo que interesa para efectos de definir si se está ante una relación de empleo de naturaleza pública o laboral, es la clase de actividad que desarrolla la institución empleadora, independientemente de las funciones que correspondan a los subordinados (lo que interesa 'no es lo que se hace, sino para quién se hace', al decir de una vieja sentencia del entonces Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela).

En su obra, al analizar la situación de los jerarcas (directivos) de las empresas públicas, los ubica dentro del inciso 1) del artículo 111 (como servidores públicos); pero lo que interesa para efectos nuestros, es que en dicho estudio se define también cuál es el régimen de empleo del resto del personal (los subordinados) de esas empresas. En lo conducente, se expresa allí que tales jerarcas, 'No pueden ser trabajadores en el auténtico sentido de la palabra. Consiguientemente, no les son aplicables los incisos 3 del art. 111 y 2 del art. 112 L.G.A.P., QUE SE REFIEREN A LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS PUBLICAS, disponiendo que éstos no se reputarán 'servidores públicos' y que se regirán por el Derecho Laboral o -si fueran contratados por otro concepto- por el Derecho Mercantil'.

Lo anterior se reitera más adelante, donde al definir los alcances de los incisos 1 y 2 del artículo 112 y el inciso 3 del 111, expresa que: 'Estos disponen, en síntesis, que se regirán por el derecho administrativo las relaciones de servicio DE LOS ENTES PUBLICOS ADMINISTRATIVOS y por el laboral o mercantil LAS DE LOS SERVIDORES DE EMPRESAS PUBLICAS.'(el destacado y las mayúsculas no son del original. Ortiz Ortiz, Eduardo, 'Convenciones Colectivas y Módulos Convencionales en la Administración Pública', Ivstitia 1992, pag. 20). (Las negritas no corresponden al original).

Al respecto, VARGAS VÁSQUEZ, Ricardo. "Situación de los Altos Empleados en la Negociación Colectiva en el Sector Público". En Estudios de Derecho Colectivo Laboral Costarricense. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2001, página 125, señala lo siguiente:

"Por ello, como objetivo de este estudio he considerado de interés agregar otros argumentos - ya válidos para la generalidad de los casos- que considero complementan y, por ende, dan

una mayor consistencia a la posición de la Sala Constitucional (la que a mi juicio, es la resulta más ajustada a derecho). Para tal efecto, estimo que bien la generalidad del personal de las llamadas empresas o servicios económicos del Estado está dentro de un régimen de empleo de naturaleza laboral, ello no ocurre con los funcionarios de alto nivel (presidentes ejecutivos, gerentes, directores ejecutivos, auditores, subauditores, así como otros que les resulten homólogos)." (Las negritas no corresponden al original).

En el mismo sentido, los numerales 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, establecen los supuestos en que se debe considerar un funcionario como público. Ahora bien, en el caso concreto que nos ocupa sobre la organización de la Editorial Costa Rica, y el régimen jurídico de sus empleados este Órgano Asesor en el dictamen C-052-2002 de 21 de febrero del 2002 manifestó:

*"La especificidad de la Editorial deriva de que junto al Consejo Directivo, a la Gerencia existe una Asamblea de Autores y que ésta interviene en la integración del Consejo Directivo. Es de advertir, sin embargo, que esa ausencia de especificidad no sólo no es susceptible de modificar la naturaleza jurídica del ente, de manera de conceptuarlo como un ente corporativo (que en todo caso, no es una forma de organización adecuada para un ente empresarial), sino que tampoco origina modificaciones en su régimen jurídico. Los artículos 3, 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública se aplican con prescindencia de la forma de la organización de la empresa; por ende, para que dichos artículos se apliquen no es necesario que se haya recurrido al mecanismo de crear una sociedad anónima. En ese sentido, resulta correcto afirmar que, en principio, el Derecho Laboral rige las relaciones de empleo de la Editorial, **ya que sus servidores –salvo los que intervienen en la gestión pública de la Editorial- no son considerados servidores públicos.**" (Resaltado no contenido en el original)*

Se sigue de lo anterior, que los servidores que desarrollan la función pública encomendada a la Editorial, sea aquellos pertenecientes a la clase gerencial o directiva, deben reputarse funcionarios públicos. Esta afirmación será retomada más adelante, pues de ella deriva la vinculación de dichos funcionarios al principio de imparcialidad en el servicio público.

3. De la representación ante una Fundación.

Las fundaciones tienen su marco legal a partir de la Ley No. 5338 del 28 de agosto de 1973 y sus reformas, en las que se les reconoce personalidad jurídica y patrimonio propio, sin fines de lucro y como entes privados de utilidad pública. Estas personas jurídicas nacen a partir de un acto irrevocable de su fundador, en donde se establece un destino –*ya sea de un determinado bien o de un patrimonio autónomo-para fomentar " actividades educativas, benéficas, artísticas, o literarias, científicas, y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social. (Artículo 1)*

Para los efectos que ahora nos interesan, el fundador, en la constitución de las mismas –que puede ser por escritura pública o bien por testamento- consignará la forma de administración de la fundación, además de la designación de uno o más miembros de la junta administrativa y la forma en que éstos podrán ser sustituidos.

Además, en razón de la utilidad pública de las fundaciones y en virtud de las actividades altruistas que desarrollan, el propio legislador en la normativa de cita, impuso que el Poder Ejecutivo y las Municipalidades en que tenga domicilio la fundación, designen un representante en el seno de la junta administrativa (artículo 11); esto con el fin de propiciar que la gestión de esas organizaciones sea acorde con los planes y políticas que

desarrollan tanto los gobiernos locales como el nacional (dictamen C-023-99 de 28 de enero de 1999 y el OJ-109-2002 de 5 de agosto del 2002).

En este sentido, resulta de enorme provecho transcribir, en lo que interesa, el referido dictamen C-023-1999; en el que se indicó lo siguiente:

"a).- El representante del Poder Ejecutivo ante las fundaciones es un funcionario público: Decimos que se trata de un funcionario público con fundamento en la descripción que de éstos hace el primer párrafo del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública. En dicha disposición, se cataloga como tal a la persona "... que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva".

Como se nota, el concepto de funcionario público que recoge la disposición legislativa transcrita, por su amplitud, permite considerar que se encuentra comprendido dentro de él una serie de servicios que se prestan a la Administración, aún cuando tales servicios no impliquen necesariamente la existencia de una relación de empleo. Sobre el tema, ya este Despacho ha tenido oportunidad de pronunciarse en otras ocasiones. Por ejemplo, en nuestro dictamen C-208-98, del 8 de octubre pasado, dirigido al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se dijo:

"Nuestra Ley General de la Administración Pública, en su artículo 111, conceptualiza en términos sumamente amplios la noción de servidor público, al definirlo como "... la persona que presta servicios a la Administración o a su nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva"; entendiendo como sinónimos los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares. Aún así, exceptúa de dicha categoría a los "... empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común".- El numeral 112 somete sus relaciones de servicio con la Administración a las reglas del derecho administrativo.- Una definición tan generosa del concepto, nos permite englobar bajo el mismo no sólo a los funcionarios profesionales, sino también otros modos en que puede manifestarse la prestación de servicios a favor del Estado y sus instituciones sin que medie relación de empleo público...".

En el caso que nos ocupa (como más adelante tendremos posibilidad de analizar) no se presentan las características necesarias para catalogar la relación como de empleo público; sin embargo, ello no obsta para asegurar que los representantes del Poder Ejecutivo ante las fundaciones son verdaderos funcionarios públicos.

b).- Se trata de un funcionario de confianza: De conformidad con la Ley que regula la creación y el funcionamiento de las fundaciones (nº 5338 de 28 de agosto de 1973), tales organizaciones son entes privados, sin fines comerciales ni de lucro, creados con una intención altruista, como lo es "... realizar o ayudar a realizar, mediante el destino de un patrimonio, actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas, y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social" (artículo 1º). Para el logro de esos objetivos, el Estado les reconoce personalidad jurídica propia y les otorga una serie de exenciones tributarias, como por ejemplo las que contemplan los artículos 7, 8 y 9 de la citada ley 5338. También, de conformidad con el artículo 18 del mismo cuerpo normativo, el Estado y sus Instituciones puede subvencionar las fundaciones, o brindarles aportes económicos, todo ello bajo la supervisión de la Contraloría General de la República.

Evidentemente, existe entonces un interés público en el funcionamiento de este tipo de organizaciones, interés que se refleja, incluso, en la necesidad (prevista en el artículo 11 de la Ley de Fundaciones) de que cada fundación cuente con un miembro director designado por el Poder Ejecutivo y otro nombrado por la municipalidad del cantón donde el ente tenga su domicilio.

Desde esa perspectiva, resulta claro que la participación de los representantes, tanto del Poder Ejecutivo, como de la Municipalidad, en las Juntas Administrativas de las fundaciones, tiene como objetivo principal propiciar que el accionar de esas organizaciones (que como dijimos, debe orientarse, en todos los casos, a la búsqueda de bienestar social) sea acorde con los planes y políticas a desarrollar tanto por los gobiernos locales como nacionales.

En virtud de lo anterior, lo razonable es que los representantes a que hemos hecho referencia, compartan la ideología de sus representados, a efecto de que logren exponer en la junta directiva de cada fundación, las propuestas e inquietudes que presumiblemente plantearían sus representados. Esa comunidad de ideas que se requiere exista entre el Poder Ejecutivo y su representante, sólo se logra a través de una "relación de confianza" que le permita al representado nombrar en el cargo a la persona que a su juicio comparta con él una ideología común.

Al referirse a las características de una relación como la reseñada, la Sala Constitucional, en su voto n° 1119-90 de las 14:00 horas del 18 de setiembre de 1990, indicó:

"Esta Relación de confianza puede fundarse, según los requerimientos del cargo, en aspectos puramente subjetivos, de orden personal; pero también puede derivar de elementos objetivos, nacidos de una comunidad ideológica (política en el buen sentido del término), necesaria para el buen manejo de la cosa pública conforme a planes y programas".

En otra ocasión, ese mismo Órgano Contralor de Constitucionalidad, refiriéndose específicamente al caso del Representante del Poder Ejecutivo ante una fundación, señaló:

"El hecho de que la "Fundación Río Azul" fuese creada para prestar un servicio de interés público y bienestar social -cual es: administrar el relleno sanitario-, no tiene el efecto de desvirtuar la naturaleza jurídica de la relación que opera entre el representante del Poder Ejecutivo ante dicha Fundación -cualquiera que éste sea- y los jerarcas de aquél -en este caso los recurridos-, cual es de confianza" (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto n° 1469-94 de las 17:45 horas del 21 de marzo de 1994).

Por las razones expuestas, es necesario concluir (en lo que a éste apartado se refiere) que la relación existente entre el Poder Ejecutivo y su representante ante una fundación es una relación de confianza.

c.-No existe relación laboral o de empleo público: *Si bien es cierto, indicábamos con anterioridad que los representantes del Poder Ejecutivo ante las fundaciones pertenecen a la categoría de funcionarios públicos, es preciso también aclarar que entre aquéllos y el Estado no existe una relación laboral o de empleo público.*

Nótese al efecto, que el representante del Poder Ejecutivo ante una fundación, no está bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada del Poder Ejecutivo, lo cual hace evidente la ausencia de subordinación y con ella, de relación laboral o de servicio.

En ese mismo sentido, conviene precisar que tales representantes (a diferencia de quienes sí tienen con el Estado una relación laboral o de empleo público) carecen de una jornada laboral predefinida, de un horario, de un régimen de sanciones común a otros servidores, etc., con lo cual se descarta la existencia de un nexo laboral o de empleo público.

d).-Ejerce una función de representación: Una vez descartada la existencia de una relación laboral o de empleo público entre el Estado y el representante del Poder Ejecutivo ante una fundación, resulta necesario determinar qué tipo de vínculo existe en esos casos.

A juicio de este Despacho (como ya lo hemos venido adelantando) nos encontramos en la especie en presencia de una relación de representación, similar a la que se conoce en doctrina como "representación institucional". Al referirse a las características de dicha figura, don Eduardo Ortíz manifestó:

"Sujeción a la potestad directiva del representado. Es posible que un colegio se constituya por representantes de diversos grupos o intereses, para lograr su armonización y aumentar la eficiencia en la gestión del cometido público. La representación que nace no es civil, sujeta a órdenes del interés representado (gremio profesión o Estado, etc.) sino pública y es llamada representación institucional, como se examinará de inmediato. En consecuencia, el representante no está sujeto a jerarquía ni a órdenes del representado (ni aún si es empleado público representante del Estado) y puede desempeñar libremente su función; pero sí está sujeto a la potestad directiva, en cuanto a líneas y metas generales de administración, en términos que si las desobedece reiteradamente puede ser removido de su cargo por pérdida de confianza (del interés, órgano, grupo o entidad representados)..." (ORTIZ ORTIZ (Eduardo) La Organización Colegial, Tesis de Derecho Administrativo nº 7, Universidad de Costa Rica, 1970, p.8. El destacado es nuestro)."

Establecido el carácter de "funcionario público" del representante de las Municipalidades y del Poder Ejecutivo ante una fundación –al igual que el representante del Consejo Directivo en el caso que nos ocupa–, nos interesa destacar la consecuencia que de ello deriva en cuanto a la probidad que debe observarse en el ejercicio del cargo, lo que se denomina genéricamente el principio de imparcialidad del servidor.

El principio a que se hace referencia en el párrafo anterior, ha sido objeto de precisión doctrinal, tal y como de seguido se ejemplifica con un pronunciamiento de éste Órgano Asesor que, además, analiza la situación del representante de una Municipalidad ante una fundación:

"III.- Los principios de imparcialidad e independencia que regentan el ejercicio de la función pública y el régimen de incompatibilidad funcional.

Según lo ha reconocido la Sala Constitucional: "(...) el artículo 11 de la Constitución Política establece el principio de legalidad, así como también sienta las bases constitucionales del deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos, al señalar que éstos están sometidos a la Constitución y a las leyes, aquí nace el fundamento de las incompatibilidades, el funcionario público no puede estar en una situación donde haya colisión entre interés público e interés privado". (resolución N° 3932-95 de las 15:33 hrs. del 8 de junio de 1995).

Como bien lo ha determinado en otras oportunidades este Órgano Asesor, de lo anterior se desprende "que el principio de imparcialidad, conjuntamente con el de independencia en la gestión pública, constituye el pilar en el que se asienta toda la legislación sobre incompatibilidades. En efecto, para obviar los conflictos de intereses y salvaguardar el interés público, el legislador ha elaborado un conjunto de reglas éticas que deben ser observadas por los funcionarios en el ejercicio de la función pública. Entre tales reglas están las referentes a la abstención y recusación (artículos 230 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública)." (dictámenes C-079-2000 de 24 de abril del 2000 y C-062-2002 de 26 de febrero del 2002; así como la O.J.-105-2002 de 22 de julio del 2002; y en sentido similar, el dictamen C-127-2002 de 24 de mayo del 2002). El anterior razonamiento lo comparte plenamente la Sala Constitucional; la que al respecto, ha reafirmado lo siguiente:

"(...) al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que pueda inducir en menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad e independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad, (...) de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública. En el fondo lo que existe es una exigencia moral de parte de la sociedad en relación (sic) a la prestación del servicio público. El régimen de incompatibilidades persigue evitar que corra peligro la función pública, con el consecuente perjuicio para la administración y los usuarios, que resultaría inaceptable. El sistema de garantías para el ejercicio de la función pública, tiene su soporte ético relacionado con el principio de igualdad de trato para todos los administrados." (resolución N° 2883-96 de las 17:00 hrs. del 13 de junio de 1996).

Es indiscutible entonces, que resulta necesario resguardar, a través del régimen de prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades, la imparcialidad y objetividad de los órganos administrativos, para un adecuado ejercicio de la función administrativa.

Conclusión:

Si bien la designación de la persona que ha de fungir como representante ante una fundación es un acto discrecional del Concejo Municipal (Artículo 13, inciso g) in fine del Código Municipal), ello no exime a dicho órgano de cerciorarse de que ese nombramiento recaiga en una persona que reúna las condiciones necesarias, en todos los campos, para el ejercicio del cargo y que no se esté ante ninguno de los supuestos de incompatibilidades que el propio Código Municipal, o bien la Ley General de la Administración Pública –por remisión al Código Procesal Civil- prevén; de manera tal, que la actuación del representante resulte acorde con los principios de comunidad ideológica, honestidad, eficiencia, neutralidad, imparcialidad y prevalencia del interés público local sobre el privado, que deben regir inexorablemente el accionar de todo servidor municipal." (Los subrayados no pertenecen al original) (OJ-109-2002 de 5 de agosto del 2002)

4. Acerca de la Fundación de Cooperación y Desarrollo de la Editorial Costa Rica

Esta Procuraduría se permite el análisis puntual de las especiales características de la fundación de marras, en tanto se presenta la particularidad de que la misma se constituye en aras de colaborar con los fines que persigue la Editorial Costa Rica. En especial, merece destacarse la integración de la Junta Administrativa, que se rige de acuerdo a la Cláusula Séptima del acta constitutiva de la Fundación, misma que establece textualmente: *"los fundadores designan a tres Directores quienes serán: a) un miembro escogido del seno del Consejo Directivo de la Editorial Costa Rica, b) Un miembro escogido entre el personal administrativo de la Editorial Costa Rica, que podrá ser el Gerente o cualquier otro jefe de Departamento, c) Un representante que se escogerá de una terna enviada por la Junta Administrativa de la Asociación de Autores y durará en sus puestos durante dos años, todos podrán ser reelectos, mientras ostenten la condición de miembros del órgano de que fue escogido, y asimismo perderán su credencial cuando pierdan esa última condición, Los otros dos miembros de la Junta Administrativa serán designados, uno por el Poder Ejecutivo, y el otro por la Municipalidad de San José, y permanecerán en sus puestos mientras no sean destituidos."*

De lo anterior es dable afirmar que, al conformar la Junta Administrativa de esta manera, se hizo con la intención de tener una coordinación de los intereses de cada una de las entidades y sectores ahí mencionados, es decir un representante del Poder Ejecutivo, de la Municipalidad, del Consejo Directivo y otro del personal administrativo de la Editorial Costa Rica, y uno de la Asociación de Autores, todo con el afán de perseguir el fin

último para el cuál fue creada la Fundación (definidos en la cláusula quinta del acta fundacional como: "a) La ayuda en todos los campos del saber humano, sean éstos económicos, intelectuales, administrativos y culturales para el desarrollo de la Editorial Costa Rica. b) Encargarse de canalizar recursos humanos y económicos suficientes y adecuados para realizar actividades de estudio, investigación, de cooperación técnica, de enseñanza, de capacitación, de desarrollo y otras más que sean necesarias para el mejor desarrollo de la Editorial Costa Rica"). Ello nos lleva a afirmar que la intención del fundador lo fue dar cabida a la mayor cantidad de intereses que se relacionan con la actividad de la Editorial, buscando un balance de representación de esos sectores.

En vista de lo que se afirma en el párrafo precedente in fine, podría suponerse que sería contrario a los fines del fundador el que, en la Junta Administrativa, se nombre a más de un miembro del Consejo Directivo de la Editorial. Esto por cuanto se perdería el balance y equilibrio en la toma de decisiones de la persona jurídica. Consecuentemente, también es dable afirmar que, de darse esa inequitativa presencia de miembros del Consejo Directivo, podrían propiciarse situaciones que califiquen como "conflicto de intereses", bajo el supuesto que los miembros del Consejo Directivo tengan que adoptar acuerdos en el seno de la Editorial, o bien acuerdos en la Junta Administrativa, que incidan directamente en el desarrollo de la relación entre la empresa pública y la fundación y en tanto se encuadren, esas decisiones, en alguno de los supuestos que prescribe el Ordenamiento Jurídico en tutela del principio de imparcialidad. Dado lo anterior, es dable profundizar en los motivos de abstención (artículo 230 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública) que son predicables de los funcionarios públicos (y ya sabemos que los miembros del Consejo Directivo que participan en la Junta Administrativa tendrían esa condición).

5. De las causales de abstención, impedimento y recusación.

Con la finalidad de lograr la imparcialidad en el ejercicio de la función pública y con ello evitar conflictos de intereses, el ordenamiento jurídico administrativo dedica un Título completo de la Ley General de la Administración Pública a sentar las reglas que promocionan ese principio. Específicamente, nos referimos a los artículos 230 y siguientes de dicho cuerpo normativo, y que se relaciona, vía remisión normativa, con los supuestos de impedimentos, excusas y recusaciones del Código Procesal Civil.

La jurisprudencia, por su parte, también ha hecho lo propio; incluso la Sala Constitucional ha puesto de relevancia la necesidad de imparcialidad de los órganos administrativos, estimándolo como un principio de rango constitucional aplicable a la función pública. Al respecto, ha indicado:

"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, 132, 191 y 192, de los que deriva todo lo concerniente al Estado de la República de Costa Rica en relación con los principios democrático, de responsabilidad del Estado, de legalidad en la actuación pública, el régimen de incompatibilidades de los miembros de los Supremos Poderes, y los principios que rigen el servicio público, tanto en lo que se refiere al acceso como la eficiencia en su prestación. No basta que la actividad administrativa sea eficaz e idónea para dar cumplida respuesta al interés público, así como tampoco que sean observadas las reglas de rapidez, sencillez, economicidad y rendimiento, sino que también es necesaria la aplicación de instrumentos de organización y control aptos para garantizar la composición y la óptima satisfacción global de los múltiples intereses expresados en el seno de una sociedad pluralista, de modo tal que los ciudadanos que se encuentren en igual situación deben percibir las mismas prestaciones y en igual medida. 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 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." **(Resolución 11524-2000 de 21 de diciembre del 2000)**

En fecha más reciente también señaló, acerca de la necesidad de la imparcialidad y el carácter restrictivo existentes para la aplicación de estos instrumentos, lo siguiente:

"III. La cuestión de los impedimentos, recusaciones y excusas tiene implicaciones, tanto generales - para toda la administración de justicia -, como especiales - para la Jurisdicción Constitucional -, que han sido precisadas en otra oportunidad por el Magistrado Piza Escalante, en que indicó: "a.) En general, una cosa son los "motivos" o "causales" de separación de los funcionarios en los casos concretos, y otra diversa las "formas" y "procedimientos" para producir esa separación. Los motivos o causales de separación pueden serlo de impedimento -los más graves- o de "simple recusación" -también cabe la recusación por impedimento, y la excusa o inhibición por unos u otros motivos, con algunas exclusiones que no vienen al caso-. Además, en todos los supuestos la doctrina, jurisprudencia y legislación comparadas son contestes en su carácter excepcional, por ende de interpretación restrictiva y sólo a texto expreso, incluso con prevenciones como las que, en relación con las exigencias del antiguo artículo 208.2, actual 79.2 del texto procesal civil, formulaba el Lic. Antonio Picado Guerrero en su "Explicación de las Reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial" (Imp. Nal. 1937, adoptada formalmente por art. 8º de la Ley que las aprobó, #8 de 29 de noviembre de 1937, "a fin de que sirvan como fuente de información e interpretación a litigantes y tribunales."):«... En el párrafo segundo del artículo se declara de modo terminante que al formularse una excusa deberá expresarse concretamente el hecho o hechos en que se funda y la causal que la autoriza; y todavía se recalca el concepto de que por ningún motivo podrán presentar excusa por causal no prevista [el Código agrega "de modo expreso"] por la ley, todo con el propósito de evitar esas `excusas por delicadeza' que muy a menudo presentan los Magistrados, con retraso evidente de los procedimientos y con perjuicio para la parte contraria. Un funcionario judicial no tiene derecho de causar esos perjuicios y sólo debe excusarse cuando en su concepto tenga base legal para hacerlo. El

aceptar razones de delicadeza sólo da lugar a que ciertos litigantes inescrupulosos traten de provocarlas para ver si logran sorprender a los tribunales con una separación ilegal ..."
(cit. pg. 209).

2.) *En cambio, las formas y procedimientos de la separación, correspondientes pero no iguales a los primeros, abarcan la excusa o inhabilitación, por iniciativa del propio funcionario; la recusación, planteada por la parte perjudicada con la causal; y, eventualmente, la separación del funcionario impuesta por el superior -no regulada pero necesaria-. Mientras la excusa y la recusación pueden fundarse lo mismo en causales de impedimento -el cual causa la nulidad absoluta, ex tunc, de lo actuado por el funcionario impedido-, no por motivo de simple recusación -que sólo produce una anulabilidad, ex nunc- (cfr., p. ej., arts. 200 y 210 del viejo texto procesal civil, equivalentes a los 50 y 81 del actual)."*

De lo anterior se concluye que la separación de los jueces para el conocimiento de los asuntos que les han sido asignados, conforme a las reglas establecidas sobre competencia por el legislador, debe ser acordada aplicando criterios restrictivos, pues los motivos que la fundamentan son de carácter excepcional; sacar al juez natural del conocimiento de un asunto asignado a su despacho, más bien puede afectar la administración de justicia, y únicamente se justifica bajo causales expresas y con razones graves. Asimismo, estima esta Sala que es contrario al debido proceso el juzgamiento de una persona por parte de un tribunal incompetente para ello, por ser éste uno de los alcances del llamado principio de "juez natural", "juez regular" o "juez ordinario", cuyo fundamento se encuentra en el artículo 35 constitucional, que dice: "Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los Tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución." (Entre otras ver las sentencias número 1739-92 y la 5965-93.) (Resolución 1223-2002 de 6 de febrero de 2002)

En consonancia con el desarrollo jurisprudencial que se ha dado del tema, este Órgano Asesor, también se ha manifestado, indicando:

"Ergo, las causales de impedimento, excusa o recusación, tienen el común denominador de ser situaciones o circunstancias que comprometen la imparcialidad de la persona encargada. El régimen de las inhabilitaciones, recusaciones y excusas tiene su razón de ser en la consecución de una justicia objetiva, imparcial, independiente y cristalina, propia de regímenes democráticos y de derecho." (OJ-260-2003 del 12 de diciembre del 2003)

De lo que viene dicho, es posible afirmar que el representante del Consejo Directivo de la Editorial ante la Fundación, así como los representantes del Poder Ejecutivo y de la Municipalidad, por su condición de funcionarios públicos, deben acatar los motivos de abstención, siendo que es su obligación velar por que no se encuentren en alguno de los supuestos que se desarrollan en los artículos 49 y siguientes del Código Procesal Civil. Asimismo, que esa verificación deberá realizarse con criterios restrictivos. En todo caso, de configurarse una de esas causales, indudablemente el funcionario deberá inhibirse de conocer el asunto, y de ese modo evitar el conflicto de intereses.

6. Conclusiones.

1. Los nueve miembros del Consejo Directivo de la Editorial Costa Rica son funcionarios públicos, y por ende, sujetos a las prescripciones de imparcialidad predicables de estos servidores.
2. La presencia de un miembro del Consejo Directivo de la Editorial Costa Rica ante la Junta Directiva de la Fundación de Cooperación y Desarrollo de la Editorial Costa Rica, no violenta el régimen de incompatibilidades que regula la Ley de

Enriquecimiento Ilícito, amén de que es expresa la cláusula fundacional en requerir tal participación.

3. El representante del Consejo Directivo ante la Fundación ostenta una doble condición, de funcionario público regular, como de funcionario público de confianza por ser representante de los intereses de ese órgano ante la Junta Administrativa de la Fundación. En ambos supuestos, está obligado a cumplir el régimen de imparcialidad que rige en el Ordenamiento Jurídico administrativo.
4. Que en su condición de funcionarios públicos de confianza, tanto el representante de la Municipalidad, como el del Poder Ejecutivo, ante la fundación están sujetos a la normativa que preserva la imparcialidad en el actuar de los funcionarios públicos. Específicamente, están sujetos al régimen de abstención y recusación de la Ley General de la Administración Pública.
5. La obligación de abstención -inhibición- de un miembro del Consejo Directivo se determina en función de que se constate la existencia de una causal de impedimento, excusa o recusación de las reguladas en el Código Procesal Civil (artículos 49 y siguientes)
6. De configurarse una causal de las indicadas en el punto anterior, y haber participado el funcionario en la adopción de un acuerdo del Consejo Directivo de la Editorial, conforme con lo dispuesto en el numeral 237 de la Ley General de la Administración Pública en concordancia con el artículo 50 del Código Procesal Civil, los actos adoptados por el órgano colegiado son inválidos, dependiendo el grado de nulidad de la específica regla de imparcialidad infringida.

Atentamente,

Iván Vincenti Rojas
Procurador Adjunto

Mariamalia Murillo Kopper
Abogada de Procuraduría

2. OJ- 015-1998, San José, 4 de marzo de 1998

Señor
Jorge Eduardo Coto Barboza
Director Ejecutivo
FUNCADRI
S. O.

Estimado señor:

Por encargo y con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero a su Oficio N° DEF- 081- 98, del 24 de febrero de 1998, recibido en este Despacho el 27 del mismo mes y año, por medio del cual nos indica que al vencerse próximamente el plazo para el cual fueron nombrados los representantes del Estado ante esa Fundación -dos de los cuales deben ser representantes de las organizaciones de agricultores de las zonas atendidas por los proyectos- algunas organizaciones de ese tipo han expresado su interés en participar en la próxima conformación de la Junta Administrativa.

Ante esa situación, nos plantea dos interrogantes relacionados con el punto, a saber: "A-Cuál es el procedimiento de selección de los futuros representantes del Fundador ante la

Junta Directiva de Funcadri" y "B- A cuál Despacho u Oficina deben remitir los nombres y atestados de los candidatos que proponen esas organizaciones de productores".

I.- ACLARACION PRELIMINAR:

De conformidad con el artículo 1º de nuestra Ley Orgánica (Nº 6815 de 27 de setiembre de 1982), la Procuraduría General de la República es el órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública. Específicamente, en lo que a la evacuación de consultas se refiere, el artículo 4º de dicha ley -en lo que interesa- establece lo siguiente: "Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría, debiendo, en cada caso, acompañar la opinión de la Asesoría Legal respectiva." (El subrayado es nuestro).

De las normas citadas queda claro, que nuestros pronunciamientos sólo pueden ser emitidos a solicitud de un órgano que forme parte de la Administración Pública, debiendo aportarse, en todo caso, la opinión de la Asesoría Legal del consultante.

En el caso que nos ocupa, no se cumple ninguno de los dos requisitos dichos. A pesar de ello, en un afán de colaboración, y atendiendo a que la Fundación consultante fue creada por iniciativa del Poder Ejecutivo, nos permitimos rendir una simple opinión jurídica sobre el asunto planteado, opinión que -como todas las de su clase- carece de los efectos vinculantes estipulados en el artículo 2º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República como propios de sus dictámenes strictu sensu.

II.- ANALISIS DEL CASO:

El tema de la administración de las fundaciones, se encuentra regulado en el artículo 11 de la Ley Nº 5338 de 28 de agosto de 1973 (Ley de Fundaciones). Dicha norma dispone:

"Artículo 11.- La administración y dirección de las fundaciones estará a cargo de una Junta Administrativa. El fundador designará una o tres personas como directores y también deberá, en el propio documento de constitución, establecer la forma en que serán sustituidos estos miembros. Si el fundador designa sólo un director, la Junta Administrativa quedará integrada por tres personas; si designa a tres, el número de directores será de cinco. En ambos casos los dos miembros que completará la Junta Administrativa serán designados uno por el Poder Ejecutivo y el otro por la municipalidad del cantón en donde tenga su domicilio la fundación. El cargo de miembro de la Junta Administrativa será gratuito."

El artículo antes transcrito, fue reglamentado mediante decreto Nº 24333-MP de 23 de mayo de 1995, publicado en la Gaceta Nº 114 del 14 de junio de 1995, no obstante, esa reglamentación se refiere únicamente al órgano que debe nombrar el representante del Poder Ejecutivo en toda fundación (sea ésta constituida por El Estado o no), sin hacer referencia al mecanismo para nombrar los representantes del fundador cuando este sea El Estado(1) .

NOTA (1): La norma de referencia señala: "Artículo 1º- La potestad conferida al Poder Ejecutivo en el artículo 11 de la Ley de Fundaciones, Nº 5338 de 28 de agosto de 1973, de nombrar un miembro de la Junta Administrativa de esas personas jurídicas, corresponderá al Presidente de la República junto con el Ministro de Justicia."

A pesar de lo anterior, ya este Despacho, en su oficio Nº PGR- 058-98 del 25 de febrero último, dirigido al señor Ministro de Agricultura y Ganadería, había sostenido que en los casos en que el fundador fuere el Estado, correspondería al Poder Ejecutivo (aparte del miembro que debe nombrar en toda fundación) designar los representantes del fundador (2) .

NOTA (2): En esa oportunidad se dijo: "Analizadas que han sido las disposiciones transcritas (se refiere a las cláusulas séptima y décima de la escritura constitutiva de

FUNCADRI) este Despacho considera que su interpretación correcta lo es en el sentido de que los tres miembros que corresponde nombrar al Fundador, deben ser designados por el Poder Ejecutivo" (Lo escrito entre paréntesis no es del original).

Así las cosas, es necesario ahora determinar, si en ausencia de disposición expresa que establezca quién debe nombrar a los representantes del fundador cuando este sea El Estado, resulta aplicable analógicamente el decreto antes transcrito -según el cual el representante del Poder Ejecutivo debe ser nombrado por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia- o si más bien, dichos representantes deben ser nombrados por el Presidente de la República y el Ministro que, de acuerdo al objeto de la fundación, se desempeñe como rector del ramo.

A nuestro juicio esta última solución es la correcta. Si bien por razones de conveniencia se decidió que el representante del Poder Ejecutivo en toda fundación fuere nombrado por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia(3), esas razones no justifican, en el caso de las fundaciones creadas por El Estado, que sus representantes sean nombrados por el Poder Ejecutivo con esa misma conformación. Al respecto hay que tener presente que cuando El Estado decide constituir una fundación, lo hace con la intención de llevar a cabo proyectos específicos en áreas determinadas, por lo que el nombramiento de sus representantes (sea este reglado o no) debe ser resorte del ministro del ramo, conjuntamente con el Presidente de la República.

NOTA (3): Precisamente el Considerando 2º del decreto N° 24333 ya citado, señala en ese sentido: "... en razón de la materia resulta más razonable y de mayor conveniencia para el interés de los administrados que esa función sea asumida por el Ministerio de Justicia, institución de la cual depende el Registro Nacional".

Como complemento de lo anterior, debe precisarse ahora -para el caso concreto que nos ocupa- cuál Ministerio, de acuerdo a sus funciones, es el que guarda mayor relación con los cometidos asignados a FUNCADRI. Para conviene acotar que el objetivo general de esa fundación, es el de "... mejorar las condiciones socioeconómicas en el sector agropecuario o agrícola, tratando de mejorar la situación real del agricultor o beneficiario campesino..." (4).

NOTA (4): Así se establece expresamente en la cláusula quinta de la escritura constitutiva de FUNCADRI.

Sin necesidad de mayor elaboración teórica sobre el tema, resulta claro que el Ministerio rector en el campo de actividad de la fundación aludida, lo es el de Agricultura y Ganadería, a quien por Ley se le ha encomendado "Promover el desarrollo agropecuario a partir, fundamentalmente, de la investigación y de la extensión agrícola, con objetivos socioeconómicos, de acuerdo con las necesidades del productor agropecuario" así como "Elaborar e implantar los programas de regionalización técnico administrativos y de zonificación agropecuaria, en coordinación con otras instituciones del Sector" (5).

NOTA (5): Ley N° 7064 de 29 de abril de 1987 (Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria FODEA y Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura y Ganadería), artículo 48, incisos a) y c).

De lo antes dicho se desprende entonces que los tres miembros directores de FUNCADRI, que corresponde nombrar al fundador, deben ser designados por el Poder Ejecutivo, representado en este caso por el Presidente de la República y el Ministro de Agricultura y Ganadería. Por otra parte, debemos indicar que el nombramiento de los futuros directores, constituye una potestad discrecional del Poder Ejecutivo, potestad que se encuentra limitada únicamente en la medida en que dos de esos nombramientos deben recaer en

representantes de las organizaciones de agricultores de las zonas atendidas por los proyectos (quienes deben ostentar la representatividad del sector que agrupan, de acuerdo a la legislación social aplicable), según lo establece la cláusula séptima de la escritura constitutiva de la fundación. Por lo anterior, una vez recibidas las ofertas de los interesados, y constatado el cumplimiento de los requisitos aludidos, el Poder Ejecutivo puede proceder a realizar las designaciones, sin necesidad de procedimiento de selección alguno.

III.- CONCLUSION:

Atendiendo el orden en que nos fueron planteados los interrogantes, el criterio de esta Procuraduría con respecto a ellos es el siguiente:

A.- Por tratarse de un acto discrecional del Poder Ejecutivo, el nombramiento de los representantes del fundador ante la Junta Administrativa de FUNCADRI, no requiere procedimiento de selección alguno. Ello sin embargo, no exime del requisito establecido en la cláusula séptima de la escritura constitutiva de la fundación, en el sentido de que dos de los tres designados deben ser representantes de las organizaciones de agricultores de las zonas atendidas por los proyectos.

B.- Por corresponder al Poder Ejecutivo, representado por el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Agricultura y Ganadería el nombramiento de tales directores, lo procedente es remitir al despacho del segundo los nombres y atestados de los candidatos que proponen las organizaciones de agricultores.

Del señor Director Ejecutivo de FUNCADRI, atento se suscribe,

Lic. Julio César Mesén Montoya
ASISTENTE DE PROCURADOR

3. OJ-082-2001, San José, 25 de Junio de 2001

Licenciada

Mabel Nieto Cartín

Presidenta Junta Directiva

JUNTA DE PROTECCIÓN SOCIAL DE SAN JOSÉ

S.D.

Estimada Licenciada:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto de la República, doy respuesta a la consulta formulada por la Gerencia General de esa Junta mediante Oficio No.G-639-01, del 07 de marzo del año 2001, donde se solicita el criterio legal de esta Procuraduría referente a la aplicación de lo dispuesto en el numeral 26 de la Ley No. 7765, " Ley de Creación del Instituto Costarricense contra el Cáncer" modificada mediante Ley No. 7851.

I.- EL TEMA PLANTEADO, ESTA RELACIONADO ESTRECHAMENTE CON LA HACIENDA PÚBLICA

El aspecto consultado, está dirigido a determinar si las Escuelas de Enseñanza Especial de carácter privado se pueden beneficiar con la distribución del 3% como aporte que contempla la Ley de Creación del Instituto Costarricense contra el Cáncer .

Sobre el particular, me permito manifestarle que esta Procuraduría ha señalado reiteradamente que tratándose de materia como la que se expone en el Oficio, el órgano competente para pronunciarse es la Contraloría General de la República, en virtud de que es el órgano encargado constitucionalmente de la vigilancia de la Hacienda Pública; y legislativamente de conformidad con su Ley Orgánica artículos 4 y 12, los criterios que emita el ente contralor son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública y por tanto vinculantes.

Si bien es cierto, a pesar del inconveniente señalado, la Procuraduría en algunas ocasiones, ha brindado esta Asesoría en temas relacionados con la Hacienda Pública, lo ha sido en carácter de opinión jurídica (OJ-016-98 de 6 de marzo de 1998 y OJ-083-98 de 2 de octubre de 1998), que se distingue por no ser de acatamiento obligatorio para el consultante, con el interés de colaborar o abarcar el tema en términos generales.

Otro aspecto que apoya la tesis anterior es la imposibilidad de referirnos a casos concretos, siendo resorte de la Administración activa determinar cuáles de los tres Centros Privados de Enseñanza Especial podrían ser beneficiarios del aporte que destina la Ley No. 7765 en el numeral 26 a la enseñanza especial.

No obstante, con un afán de colaboración, se desarrollará el tema consultado mediante Opinión Jurídica, que se distingue por su carácter de no ser vinculante para el consultante, siendo a la Contraloría a la que le corresponde, con efecto vinculante, dictaminar el asunto planteado.

II. NUMERAL 26 DE LA LEY NO.7765, " LEY DE CREACIÓN DEL INSTITUTO COSTARRICENSE CONTRA EL CÁNCER":

El artículo en cuestión integra el capítulo IX de la Ley de Creación del Instituto Costarricense contra el Cáncer, referido a las "Disposiciones Finales" y establece lo siguiente:

Artículo 26.-

Creación de impuesto

"Créase un impuesto del doce por ciento (12%) sobre todos los premios de lotería, las apuestas deportivas, el juego Crea y el Bingo de la Cruz Roja Costarricense. El producto de este impuesto se distribuirá de la siguiente manera: un ochenta por ciento (80%) para el Instituto Costarricense contra el Cáncer, que lo destinará a cubrir sus gastos de operación y apoyar los servicios establecidos en el artículo primero de la presente ley que preste por medio de concesionarios; un diez por ciento (10%) para el Consejo Técnico de Asistencia Médico Social, para programas de salud preventiva; un cinco por ciento (5%) a la Asociación Pro Hospital Dr. Raúl Blanco Cervantes, para equipo médico; un tres por ciento (3%) para ser distribuido entre las Juntas Administrativas de las escuelas de enseñanza especial..."

[el subrayado es propio).

Concretamente, la consulta es con relación a si dicho porcentaje puede ser girado a las Escuelas de Enseñanza Especial, públicas y privadas.

Es decir, si las Escuelas de Enseñanza Especial de carácter privado que existen en el país, pueden verse beneficiadas con ese rubro establecido en la Ley.

Para el análisis de lo sometido a consideración, se concedió audiencia a los tres centros de Enseñanza Especial de carácter privado existentes en el país y que son los que se señalan en la documentación adjunta a la consulta, así como al Director del Departamento de Enseñanza Especial del Ministerio de Educación Pública.

De igual forma, fue tomada en consideración información proporcionada por la Dirección del Departamento de Enseñanza Especial del Ministerio de Educación Pública, que en su oportunidad había sido remitida al Despacho de la Gerencia General de esa Junta de Protección Social.

Respondieron la audiencia solamente la Dirección del Departamento de Enseñanza Especial del Ministerio de Educación Pública y el Instituto Andrea Jiménez.

III.-

ESCUELAS DE ENSEÑANZA ESPECIAL

Actualmente, existen en el país tres Escuelas de Enseñanza Especial que podrían denominarse de carácter privado:

- Centro de Atención Múltiple de Pococí –Limón , administrado por la Junta Administrativa Centro de Atención Múltiple Pococí- Limón;
- Centro de Atención Integral de Guácimo, administrado por la Asociación Creciendo en tus manos;
- El Instituto Andrea Jiménez, administrado por la Fundación Andrea Jiménez.

La consulta versa sobre la posibilidad de que estas instituciones puedan verse beneficiadas por esos fondos.

De la lectura de las Actas de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, relacionadas con la promulgación de la Ley No.7765, no es posible extraer la intención de nuestro legislador en cuanto a que la distribución del 3% sería aplicable sólo a las Escuelas de Enseñanza Especial de carácter público.

En el Acta de la Sesión de Trabajo de la Comisión Permanente de Asuntos Hacendarios del día martes 21 de octubre de 1997, el Diputado Alexander Salas Araya, refiriéndose a las Instituciones de Lucha Contra el Cáncer, indica:

"...consideramos que hay una serie de instituciones que están trabajando en este fin tan noble y lo hacen muy altruistamente, con una gran escasez de recursos han estado luchando contra un monstruo, es casi como David luchando contra Goliat, ya que trabajan a nivel de un financiamiento que es oportuno para involucrar a la sociedad por medio de rifas y tómbolas, teletones y otras actividades muy lindas. Pero que en realidad es preocupante que estén supeditados a los escasos recursos que se puedan conseguir por esos otros medios." (Acta de la Sesión de Trabajo de la Comisión Permanente de Asuntos Hacendarios del día martes 21 de octubre de 1997, folio 257)

De acuerdo con lo transcrito, se extrae el carácter de ayuda social de la norma, puesto que todo el dinero obtenido del impuesto se distribuye a distintas entidades cuyo fin público es la educación, la salud y el bienestar comunitario.

La intención del legislador es buscar la consecución de un fin público y social por medio de la distribución de un porcentaje del impuesto para la enseñanza especial, es decir garantizar la enseñanza especial a quienes la necesiten.

En otras palabras, el fin público es esencial para la aplicación de este aporte económico.

Los dineros obtenidos a través de dicho impuesto se constituyen como parte de los fondos públicos de la Administración y, por consiguiente, su destino debe ser para beneficio de la población; un beneficio enmarcado en lo que podríamos llamar destinos públicos a instituciones de recursos económicos reducidos, que sirven al fin público que persigue el legislador .

En ese sentido, no constituye un parámetro de validez y eficacia razonable determinar la procedencia del aporte del 3% a las instituciones beneficiarias de enseñanza especial únicamente por su carácter de pública o privada.

El legislador no hizo la distinción por el carácter de público o privado de las Instituciones de Enseñanza Especial, pero sí determinó claramente que el aporte " *es un tres por ciento (3%) para ser distribuido entre las Juntas Administrativas de las escuelas de enseñanza especial...* " .

IV.-

JUNTAS ADMINISTRATIVAS

El Código de Educación, Ley No. 181 de 18 de agosto de 1944, sobre las Juntas de Educación señala lo siguiente:

Artículo 36

"Las Juntas de Educación tienen plena personalidad jurídica para contratar y para comparecer ante los Tribunales de Justicia. El Presidente de las mismas es el representante legal nato de ellas, judicial y extrajudicialmente, y los contratos que celebre y actos en que intervenga a nombre de la Junta, serán válidos bajo su personal responsabilidad..."

Artículo 37.-

" Requieren, no obstante, aprobación de la Contraloría General de la República, los acuerdos de la Junta: a).- Cuando dispongan comprar, donar, permutar, vender o arrendar bienes inmuebles que, según estimación de un perito, nombrado por la Dirección General de Tributación Directa, valgan más de cinco mil colones, o la misma Junta admita que valen más de esa suma. b).- Cuando decidan o convengan la refundición o el traspaso de deudas existentes, si para ello se ofrece como garantía la fianza del Estado o la hipoteca de una de las rentas creadas.(Así reformado por el artículo 1º de la Ley Nº 3330 de 31 de julio de 1964)

Si nos remitimos a la Ley Fundamental de Educación (Nº 2160 de 25 de setiembre de 1957) se regulan aspectos relativos a las Juntas Administrativas y específicamente en el artículo 43 se señala que las Juntas Administrativas estarán sujetas a las disposiciones que respecto a las Juntas de Educación establecen los artículos 36, 37 y 38 del Código de Educación.

ARTICULO 43.-

Cada Institución de Enseñanza Media contará con una Junta Administrativa nombrada por la Municipalidad respectiva, de las ternas enviadas por los Consejos de Profesores Correspondientes.

Las Juntas Administrativas tienen plena personería jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. En cuanto a bienes inmuebles, sólo podrán adquirir los que sean necesarios para el cumplimiento de los fines de los colegios que tengan a su cargo. En la realización de estos actos jurídicos, las Juntas Administrativas estarán sujetas a las disposiciones que respecto a las Juntas de Educación establecen los artículos 36, 37 y 38 del Código de Educación.

En cuanto a impuestos nacionales y municipales, las Juntas

Administrativas gozarán de las mismas exenciones otorgadas por las leyes a las Juntas de Educación.

Los bienes propiedad de las Juntas Administrativas destinados a sus funciones públicas son inembargables.

(Así adicionado por el artículo 1 de la ley No.2298 del 22 de noviembre de 1958)

ARTICULO 45.-

La distribución e inversión de los dineros

correspondientes a las Juntas de Educación y Administrativas se hará de conformidad con la política educativa y el planeamiento de la enseñanza indicados por el Consejo Superior de Educación y el Ministerio del ramo, de acuerdo con el Reglamento que se dicte.

ARTICULO 47.-

Las Juntas de Educación, las Juntas Administrativas, así como las demás organizaciones similares, serán dotadas con rentas provenientes del Presupuesto Nacional, de las Municipalidades, de las instituciones autónomas y otras de carácter especial.

En el desarrollo reglamentario de las anteriores disposiciones de la Ley Fundamental de Educación encontramos el Decreto Ejecutivo N° 17763 de fecha 3 de setiembre de 1987 - Reglamento General de Juntas de Educación y Juntas Administrativas- que establece:

"Artículo 6º.-

Los Institutos de Educación Comunitaria, los Institutos Profesionales Femeninos, los Servicios Educativos que se brinden en los Centros Penitenciarios y las instituciones de Educación Especial, también contarán cada uno, con una Junta Administrativa que se regulará por estos mismos principios y normativa."

_(el subrayado es propio).

"Artículo 9º.-

Las Juntas de Educación y las Juntas Administrativas estarán integradas por cinco miembros propietarios."

Artículo 13.-

Las Juntas serán nombradas por el Concejo Municipal respectivo. Cuando se trate de Juntas de Educación, el Asesor Supervisor de Educación presentará al Concejo una terna por cada puesto, integrada por los candidatos que propongan los respectivos directores de su jurisdicción. En ningún caso la misma persona podrá ir en dos o más ternas simultáneamente; salvo que por razones de población o manifiesto desinterés de los padres de familia y vecinos de la comunidad, impidan la integración de las ternas, en cuyo caso, se remitirá la nómina y se darán las explicaciones correspondientes."

"Artículo 14.-

Las Juntas Administrativas serán nombradas directamente por el Concejo Municipal de la nómina de no menos de cinco candidatos, para cada puesto a llenar, que propondrá el Director del Colegio, previa consulta con el Consejo de Profesores y con el Comité Ejecutivo del Gobierno Estudiantil."

"Artículo 15.-

Los miembros de las Juntas serán juramentados por el Concejo Municipal, o por el Ejecutivo Municipal, previa delegación de aquel, ante el cual tomarán posesión de su cargo."

"Artículo 16.-

Las Juntas nombrarán de su seno, por un período de un año, un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario y dos Vocales. Los nombramientos recaídos deberán comunicarse a la mayor brevedad a la Dirección Regional de Enseñanza correspondiente y al Departamento Financiero del Ministerio de Educación Pública."

Por su parte el Código Municipal vigente, dispone en relación con la designación de los miembros de las Juntas Administrativas lo siguiente:

" Artículo 13:

Son atribuciones del Concejo:

(...)

g) Nombrar directamente, por mayoría simple, a los miembros de las Juntas Administrativas de los centros oficiales de enseñanza y de las Juntas de Educación, quienes solo podrán ser removidos por justa causa.

Además, por igual mayoría, nombrar a los representantes de las municipalidades ante cualquier órgano o ente que los requiera".

Este Organismo Asesor, en el Dictamen C-158-2001 de fecha 30 de mayo de 2001 se refirió a la incompatibilidad en lo que se refiere al nombramiento de las Juntas Administrativas y Juntas de Educación que se deriva de los artículos 41 y 45 de la Ley Fundamental de Educación y el numeral del Código Municipal – normas transcritas supra - afirmando:

" Ergo, existe una incompatibilidad entre lo preceptuado en el artículo 41 de la Ley Fundamental de Educación y el actual Código Municipal. Incompatibilidad que, como se deriva de lo antes expuesto, también existe tratándose del numeral 43 de la Ley de Educación.

Incompatibilidad que se resuelve en favor del Código Municipal no sólo por ser la norma más reciente, sino porque estamos en presencia de la regulación de la competencia del Concejo Municipal. El Código constituye en este ámbito competencial una norma especial frente a la Ley Fundamental de Educación. Especialidad que viene determinada por la regulación del ámbito municipal y, por ende, de las competencias que los distintos órganos de la Municipalidad pueden ejercer.

Por otra parte, no puede olvidarse que el Código Municipal vigente tiene como uno de sus fines, el fortalecer la autonomía municipal frente a injerencias externas y, con ello, fortalecer la descentralización territorial. Este fin debe orientar la interpretación normativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública. Pues bien, la norma que permite satisfacer en mayor medida el fin antes expuesto es precisamente el artículo 13 del Código Municipal, en cuanto libera al Concejo Municipal de la necesidad de seleccionar miembros de las Juntas de entre las ternas que les sean presentadas por órganos u organizaciones externas.

A lo anterior se une que tanto el criterio de "ley posterior deroga la anterior" como el criterio "ley especial prevalece sobre la general", conducen en el presente caso al mismo resultado, sea el considerar que para efectos del nombramiento de los miembros de las Juntas de Educación y de las Juntas Administrativas, los concejos municipales no están obligados a solicitar o acatar ninguna propuesta de nombramiento que les sea dirigida. Por lo que es el Concejo quien selecciona y nombra las personas que considere más adecuadas para los puestos en cuestión. Decisión que, como toda potestad discrecional, está sujeta a las reglas de la lógica, conveniencia y razonabilidad que determinan el accionar administrativo ".

De lo transcrito se tiene que al disponer el Código Municipal en el numeral 13 inciso g) directamente sobre el nombramiento de los miembros de las Juntas Administrativas y de Educación, como norma posterior y especial, tácitamente quedan derogadas las disposiciones legislativas de los artículos 41 y 43 de la Ley Fundamental de Educación y por conexión se debe agregar la derogación tácita de las normas reglamentarias que desarrollaron la Ley Fundamental de Educación, Decreto Ejecutivo No. 17763 específicamente los artículos 13 y 14 supra transcritos . .

Como se observa, la derogación tácita opera solamente en lo que respecta al nombramiento y conformación de las Juntas Administrativas y Juntas de Educación , subsistiendo las disposiciones de la Ley Fundamental de Educación dentro de esos articulados en lo que a las funciones y atribuciones de esas Juntas corresponde .

Al establecer el legislador en el numeral 26 de la Ley No. 7765 que el porcentaje del 3% se distribuirá entre las Juntas de Administrativas, limita el aporte a la existencia de las mismas.

Estas Juntas Administrativas gozan de plena personería jurídica, y están sujetas a las disposiciones que establecen los artículos 36, 37 y 38 del Código de Educación de conformidad con lo establecido por el artículo 43 Ley Fundamental de Educación, y para el ejercicio de algunos de sus actos como comprar, donar, permutar, vender o arrendar bienes inmuebles, refundir deudas, traspasar deudas deben contar con la aprobación de la Contraloría General de la República, según lo dispone el artículo 37 del Código de Educación.

Ello nos permite extraer la motivación del legislador para condicionar el aporte a la existencia de Juntas Administrativas en las escuelas de Enseñanza Especial, como manera de asegurarse que el beneficio contribuya al desarrollo de la política educativa y al planeamiento de la enseñanza especial, sin que escape al posible control de la utilización de esos fondos públicos.

En este sentido, independientemente del carácter de público o privado de las Escuelas de Enseñanza Especial, si las últimas en su seno han conformado su Junta Administrativa siguiendo los parámetros para su conformación de la normativa transcrita, se hacen beneficiarias de la distribución del 3% del impuesto de los premios de lotería.

Sobre el tema de las Juntas de Educación esta Procuraduría se refirió en la Opinión Jurídica OJ-035-97 del 5 de agosto de 1997, señalando:

"Sin embargo, las Juntas - como todos los entes públicos menores - están sometidas en primer término a la tutela administrativa del Poder Ejecutivo, es decir, a una relación de dirección de parte de éste... Dicho Poder también puede dirigir los programas del ente: los fines específicos y más limitados para los que debe empeñarse cada año o cierto número de años. (Ortíz Ortíz, Eduardo. "La tutela administrativa Costarricense". (En: Revista de Ciencias Jurídicas, No.8, páginas 129 y 134, Oficio de este Despacho PGR-196 de 16 de octubre de 1990 y dictamen C-048-93 del 6 de abril de 1993)-.

En segundo término, las Juntas están sometidas a un control completo y constante, como se verá, que condiciona la actuación de las mismas.

Control que no se limita a la integración de la misma, sin que puede producirse en forma anticipada y posterior mediante autorizaciones y aprobaciones de sus actos. La idea de crear entes como las Juntas, con carácter instrumental, se halla en desplazar total y definitivamente las responsabilidades patrimoniales del Poder Ejecutivo hacia éstas. Además, permiten el ocultamiento del Estado bajo una entidad independiente, en campos en que opera la pugna libertad - autoridad. En consecuencia, estamos ante un tipo descentralización mínima, pues no hay jerarquía pero sí subordinación del ente al Poder Ejecutivo. Eso sí, el ejercicio de esa específica sujeción requerirá de normas legales expresas que la desarrollen. (véase Eduardo Ortíz Ortíz, op.cit., páginas 146-148; Eduardo García de Enterría, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1989, páginas 409-411; y dictamen de este Despacho C-048-93)

...Además, la Junta está sometida a las disposiciones del Ministerio de Educación en materia de distribución e inversión de los dineros provenientes, entre otras fuentes del Presupuesto Nacional y que la Junta de Educación recibe, pues el manejo de aquéllos debe efectuarse de conformidad con la política educativa y el planeamiento de la enseñanza indicados por el Consejo Superior de Educación y el Ministerio del ramo, de acuerdo con el Reglamento que se dicte. (artículo 45 y 47 de la Ley Fundamental de Educación o Ley

No.2160 del 25 de setiembre de 1957 y sus reformas, véase dictamen de este Despacho C-128-92).

Por otra parte, el Código de Educación somete a la aprobación del Poder Ejecutivo y de la Contraloría General de la República, los acuerdos de las Juntas cuando dispongan comprar, donar, permutar, vender, hipotecar o arrendar bienes inmuebles, dentro de los límites legalmente previstos. (artículos 37 y 38 *ibídem*)..."

Es decir, la transferencia del aporte del 3% al conformar parte de los fondos públicos que los costarricenses aportan por medio del citado impuesto, deben ser manejados de preferencia por una Junta Administrativa establecida bajo los parámetros de la normativa analizada, quedando el aporte distribuido sujeto a la supervisión del Ministerio de Educación a través del Poder Ejecutivo; a la Junta de Protección Social de San José de manera residual como encargada de la distribución del citado impuesto y sujeto también a la supervisión de la Contraloría General de la República, para asegurarse un correcto destino del fin público que se asigna.

Este requisito establecido por el legislador, permite que al estar dirigido el aporte a una Junta Administrativa, se facilite el control contable y financiero del mismo, por aplicación de los principios que señala el artículo 6° del Reglamento General de Juntas de Educación y Juntas Administrativas *supra* transcrito.

La duda en girar el citado aporte surge específicamente en las tres escuelas de enseñanza especial señaladas, consideradas de carácter privado.

Sobre los citados centros, el Director de Escuelas de Enseñanza Especial del Ministerio de Educación, en respuesta a la audiencia concedida, mediante Oficio DEE-0271-01 de fecha 26 de abril del 2001 manifiesta:

"...sobre la situación planteada con el Instituto Andrea Jiménez, Centro de Atención Integral de Guápiles y Centro de Atención Integral de Guácimo, de si son o no instituciones que podrían beneficiarse con dineros de la Ley de Creación del Instituto Costarricense contra el Cáncer.

En ese sentido me permito informarle lo siguiente:

1.-

Para efectos prácticos y aplicación de Planes de Estudio aprobados por el Consejo Superior de Educación, estas instituciones son consideradas centros de educación especial.

2.-

El Ministerio de Educación Pública aporta la mayoría del recurso humano que atiende a los estudiantes de estos centros.

3.-

Estas son instituciones que son administradas por Juntas Administrativa (sic) debidamente legalizadas y han prestado apoyo muy importante a diferentes grupos de estudiantes.

4.-

Estas instituciones atienden estudiantes que necesitan apoyos de alta intensidad y durabilidad, o sea los estudiantes con discapacidades más severas.

5.-

Estas instituciones educativas están respaldadas organizativamente por grupos no gubernamentales, por lo tanto no tienen fines de lucro.

6.-

Estos grupos atienden estudiantes, que de no ser atendidos por estas instituciones deberían ser asumidos en su totalidad por el Ministerio de Educación Pública".

De lo transcrito se colige el interés público con el que desarrollan su labor los citados centros de enseñanza especial. Centros colaboradores del Ministerio de Educación Pública en la prestación del servicio público de Enseñanza Especial, existiendo de por medio un interés social en ese servicio y una participación del Ministerio de Educación Pública, en el tanto aporta la mayoría del recurso humano que trabaja en esos centros de enseñanza especiales.

De la información analizada, se tiene que uno de estos centros cuenta con una Junta Administrativa creada en su oportunidad bajo los lineamientos de la Ley Fundamental de Educación y el Código de Educación (Oficio DEE-0180-01 suscrito por el Director de la División de Enseñanza Especial de Ministerio de Educación Pública y dirigido a la Junta de Protección Social, donde se le hace saber que el Centro de Atención Múltiple de Pococí-Limón (Centro de Atención Integral de Guápiles), patrocinado por la Asociación Comunidades en Acción ha sido reconocido por la Dirección Regional de Enseñanza de Pococí como Junta Administrativa Centro de Atención Múltiple de Pococí- Limón).

Los otros centros están representados por una asociación y una fundación respectivamente.

Mediante oficio recibido por este Organismo Asesor el 20 abril del 2001, la Fundación Andrea Jiménez responde la audiencia concedida señalando que " *...Si bien es cierto la Junta Administrativa de la Fundación Andrea Jiménez no es regulada por el Ministerio de Educación, si está regulada por lo establecido en la Ley de Fundaciones que solicita a todas estas entidades informes ante la Contraloría General de la República*".

Si nos remitimos a la Ley No. 5338, "Ley de Fundaciones", se extrae la normativa de interés de creación de la Junta Administrativa, en cuanto se señala:

Artículo 11.-

La administración y dirección de las fundaciones estará a cargo de una Junta Administrativa.

El fundador designará una o tres personas como directores y también deberá, en el propio documento de constitución, establecer la forma en que serán sustituidos estos miembros. Si el fundador designa sólo un director, la Junta Administrativa quedará integrada por tres personas; si designa a tres, el número de directores será de cinco. En ambos casos los dos miembros que completarán la Junta Administrativa serán designados uno por el Poder Ejecutivo y el otro por la municipalidad del cantón en donde tenga su domicilio la fundación.

El cargo de miembro de la Junta Administrativa será gratuito.

Artículo 15.-

La Junta Administrativa rendirá, el primero de enero de cada año, a la Contraloría General de la República, un informe contable de las actividades de la fundación.

La Contraloría fiscalizará el funcionamiento de las fundaciones, por todos los medios que desee y cuando lo juzgue pertinente. Si en el curso de algún estudio apareciere una irregularidad, deberá informarlo a la Procuraduría General de la República, para que plantee la acción que corresponda ante los tribunales de justicia, si hubiere mérito para ello.

Artículo 18.-

Toda donación, subvención, transferencia de bienes muebles o inmuebles o cualquier aporte económico del Estado o sus instituciones para que las fundaciones complementen la realización de sus objetivos, requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Tener como mínimo un año de constituidas.

b) Haber estado activas desde su constitución. La ejecución de, al menos, un proyecto por año les confiere esta calidad.

c) Tener al día registralmente su personalidad y personería jurídica.

d) Contar, cuando corresponda, con el visto bueno escrito de la Contraloría General de la República, donde se muestre que las donaciones y transferencias recibidas fueron ejecutadas y liquidadas según los fines previstos y de conformidad con los principios de la sana administración.

Las fundaciones beneficiadas con lo dispuesto en este artículo

deberán rendir ante la Contraloría General de la República, un informe anual sobre el uso y destino de los fondos públicos recibidos. De no presentarlo dentro del mes siguiente al surgimiento de la obligación, el ente contralor lo informará, de oficio, a la administración activa correspondiente. En este último caso, las fundaciones quedarán imposibilitadas para percibir fondos del Estado o sus instituciones, hasta tanto no cumplan satisfactoriamente esta obligación. (Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 7687 de 6 de agosto de 1997)

De acuerdo a la normativa transcrita, la Junta Administrativa de una Fundación puede percibir aportes económicos del Estado o sus instituciones para complementar la realización de sus objetivos en el tanto cumpla con las obligaciones señaladas por el legislador.

Para el caso concreto, ello implica que aún cuando no esté constituida conforme a los parámetros señalados supra del Código Municipal, la Ley Fundamental de Educación y el Código de Educación, es factible para la Junta Administrativa de una Fundación de Enseñanza Especial recibir el aporte a que se refiere la Ley No. 7765, el cual queda sujeto a los requerimientos legales y control por parte del órgano contralor, y supeditado al control residual por parte de esa Junta de Protección Social, como distribidora legal del impuesto creado.

V.-

CONCLUSIONES

1. Independiente del carácter publico o privado de las Instituciones de Enseñanza Especial, lo que interesa para determinar la procedencia del 3% del aporte dispuesto por el legislador, es la constitución de una Junta Administrativa en los términos señalados.

2.-

La Junta Administrativa de una Fundación de Enseñanza Especial, puede recibir fondos del Estado en el tanto cumpla con las obligaciones señaladas por el legislador en la Ley No. 5338 .

3.-

Toda Junta Administrativa sin excepción se encuentra sujeta al control general y permanente de la Contraloría General de la República y residual de esa Junta de Protección Social en cumplimiento del mandato legal de distribuir el impuesto de lotería y con el fin de que el beneficio destinado, contribuya al desarrollo de la política educativa y al planeamiento de la enseñanza especial.

4.-

La Escuela de Enseñanza Especial, administrada por un órgano diferente a una Junta Administrativa, deberá ajustarse a la normativa analizada para ser beneficiaria del aporte producto del impuesto a la lotería.

5.-

Esta representación se reserva su opinión ante un mejor criterio que pueda dar la Contraloría General de la República.

Licda. L. Lupita Chaves Cervantes
Procuradora Adjunta

cc: Contraloría General de la República
Ministerio de Educación Pública, Dirección de Enseñanza Especial

4. Dictamen: 191 del 23/06/2003 (C-191-2003)

Señor
Jorge Rodríguez Araya
Director Ejecutivo
Casa Hogar de la Tía Tere
S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, me refiero a su nota de fecha 16 de enero del año en curso, mediante la cual plantea una serie de interrogantes que de seguido precisamos.

Objeto de la Consulta.

Específicamente, se requiere nuestro pronunciamiento en torno a los siguientes aspectos:

"a) ¿Cuál es el órgano competente ante el cual los miembros de la Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere deben presentar sus renunciaciones al cargo antes del vencimiento de los mismos?

b) ¿Tiene la Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere facultades legales para aprobar la renuncia de alguno de sus miembros?

c) ¿Cuál es el número mínimo de miembros con los cuales puede sesionar válidamente la Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere?

d) ¿Cuáles son los requisitos que debe cumplir la Fundación para la Rehabilitación del Menor Infractor para que los representantes que nombra ante la Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere sean válidos?

e) ¿Qué efecto legal tiene la personería jurídica en los nombramientos hechos por la Junta Directiva de la Fundación para la Rehabilitación del Menor Infractor (FUNDAPROMI) para el cumplimiento de lo establecido en el inciso c) del artículo 3 de la Ley No. 7817?

I. Normativa aplicable y antecedentes de la Procuraduría General de la República.

Dada la naturaleza del conjunto de inquietudes que son elevadas a nuestro conocimiento, interesa destacar las siguientes disposiciones de la Ley N° 7817 del 5 de setiembre de 1998 (Ley de Creación de la Casa Hogar de la Tía Tere):

"ARTÍCULO 3.-

La Casa Hogar de la Tía Tere estará dirigida por una Junta directiva compuesta por cinco miembros, que serán:

- a) *Dos representantes del Poder Ejecutivo.*
- b) *Un representante de la Municipalidad de Pococí.*
- c) *Dos representantes de la Junta directiva de la Fundación para la Rehabilitación del Menor Infractor, cédula jurídica No. 3-006-071514."*

"ARTÍCULO 4.-

Los miembros de la Institución estarán en sus cargos cinco años y podrán ser reelegidos por períodos iguales y sucesivos. Desempeñarán sus cargos gratuitamente."

"ARTÍCULO 5.-

Una vez juramentados los miembros elegirán por votación secreta a un presidente, un vicepresidente, un secretario, un tesorero y un vocal.

La Junta directiva contará con un fiscal nombrado por el Patronato Nacional de la Infancia."

"ARTÍCULO 7.-

En la primera sesión, la Junta directiva nombrará a un director por un período de cinco años. El presidente de la Junta directiva y el director ejercerán, conjunta o separadamente, la representación judicial y extrajudicial de la Institución con facultades de apoderados generalísimos sin límite de suma.

Ambos podrán sustituir total o parcialmente su poder."

"ARTÍCULO 8.-

Los miembros de la Junta directiva y el director, podrán ser removidos de sus cargos por quien los haya nombrado, cuando infrinjan las disposiciones establecidas en esta materia."

Previo a entrar a evacuar el contenido de sus consultas, nos parece oportuno reiterar el contenido, en lo que nos interesa, del criterio vertido en nuestro pronunciamiento OJ-181-2002 del 19 de diciembre del 2002, mismo que tiene relación directa con alguna de sus consultas:

"I. El informe DFOE-SO-20-2002 de la Contraloría General de la República.

Estima esta Procuraduría General que resulta de especial trascendencia para el objeto de nuestro estudio el esclarecer las conclusiones a que se arriba en el informe del Órgano Contralor, siendo que el mismo se enmarca dentro del ejercicio de las competencias propias de fiscalización y tutela sobre la Hacienda Pública que aquél ejercita. Así, y como se indica al mismo inicio del documento que nos ocupa, su Area de Servicios Sociales de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativo, determinó que dentro del Plan de Trabajo para el año en curso, resultaba importante analizar el funcionamiento de la Casa Hogar de la Tía Tere, principalmente por ser beneficiaria de una serie de recursos financieros de origen público, y por participar en el cumplimiento de uno de los fines más importantes que se ha impuesto el Estado costarricense, como lo es la protección de la niñez y la adolescencia en riesgo social.

No es objeto de esta opinión jurídica hacer un análisis en extenso del informe de la Contraloría General de la República. Sin embargo, consideramos de importancia retomar las "Conclusiones" y "Recomendaciones" a que se arriba en el mismo, toda vez que, en nuestro criterio, señalan la correcta dimensión de lo que el Órgano Contralor estima como irregularidades e incumplimientos de orden legal y financiero-contable del ente público no estatal fiscalizado; así como las posibilidades de actuación por parte de los órganos e instituciones autónomas a que se dirigen las "Recomendaciones". Por ello, nos permitimos la transcripción íntegra de ambos apartes del informe:

"3. CONCLUSIONES.

La creación de la Institución Casa Hogar de la Tía Tere, para asumir competencias que ya han sido asignadas por ley al PANI, evidencia una gestión pública ineficiente y conlleva negativas consecuencias fiscales, porque la misma población podría haberse atendido por

medio de alternativas menos costosas, tal como se demuestra con los estudios del PANI. La existencia de dos instituciones públicas con la misma competencia conducen a la creación de dos estructuras organizativas y sus correspondientes costos, desplazando innecesariamente recursos en gastos administrativos que podrían dedicarse a la atención de la población meta. En el caso que nos ocupa, la institución nace de una organización privada y continúa administrándose como tal en condiciones deficientes, pues la mayoría de sus actividades y procedimientos los realiza al margen del principio de legalidad que rige a las entidades públicas, desde la conformación de su Junta Directiva hasta el más pequeño de sus procesos. La Junta Directiva de la institución está integrada indebidamente, dado que sólo funciona con tres de sus miembros, en consecuencia los acuerdos adoptados por ella carecen de validez. Además, las relaciones familiares y de negocios que existen entre los miembros de la Junta Directiva, funcionarios y parientes de Casa Hogar provoca un serio conflicto de intereses para la institución y serias fallas en el ambiente de control interno, lo que a su vez ocasiona que se den incumplimientos y deficiencias en los procedimientos y en las actividades de control.

Sobre el particular, en el nivel operativo se presentan incumplimientos legales en materia de contratación administrativa, utilización de recursos públicos provenientes de diferentes fuentes en actividades diferentes de las establecidas en las leyes o convenios, gastos que no están sustentados con sus correspondientes justificantes y comprobantes; y un incumplimiento generalizado de toda la normativa emitida en relación gastos de viaje y de transporte dentro y fuera del país, gastos de representación, kilometraje, combustibles y otros. Además, existen incumplimientos de las normas técnicas en materia financiera, contable y presupuestaria lo que genera dudas sobre la corrección en el uso de los recursos y la confiabilidad y veracidad de la información.

Las deficiencias citadas revelan la ausencia de un adecuado sistema de control interno, situación que se ve agravada por el incumplimiento de deberes del Auditor interno, especialmente en cuanto a la evaluación independiente y objetiva que debe realizar y su participación indebida en labores que son propias de la administración.

Por lo tanto, frente a incumplimientos legales y administrativos como los comentados en este informe, así como a las deficiencias de control interno señaladas, resulta conveniente revisar la existencia de Casa Hogar como entidad pública y tomar la mejor decisión en beneficio de los intereses del país y de la población atendida en esa organización.

RECOMENDACIONES.

A LA COMISION DE ASUNTOS SOCIALES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.

Promover un proyecto de ley para cerrar la Institución Casa Hogar de la Tía Tere, dada la problemática que presenta y que ha sido expuesta en este informe, además de que las funciones que legalmente se le asignaron ya habían sido otorgadas al Patronato Nacional de la Infancia en la Constitución Política y en su ley orgánica. En caso de que se legisle en este sentido, se recomienda establecer en la ley que extinga el funcionamiento de la Casa Hogar que su patrimonio, sus instalaciones y las funciones que en ella se realizan sean asumidas de inmediato por el PANI, y no como establece el transitorio único de la Ley 7817, en el que se previó que en caso de disolución su patrimonio pasaría a la Municipalidad de Pococí, pues el PANI fue la entidad que financió la construcción y continúa financiando parte de la atención de las menores.

AL CONSEJO SOCIAL DEL GOBIERNO.

Valorar los hechos expuestos en este documento en torno a la situación de la Casa Hogar de la Tía Tere, a efecto de buscar y proponer soluciones viables a la problemática que enfrenta

dicha institución, para lo cual esa instancia, en virtud de su competencia en al formación de las leyes, puede coordinar con la Asamblea Legislativa la formulación de un proyecto de ley tendiente a buscar el cierre de la entidad y a que la atención de las menores y la administración de las instalaciones queden en manos del PANI, entidad rectora en materia de niñez y adolescencia.

DISPOSICIONES.

A LA JUNTA DIRECTIVA DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA.

a) Velar por la protección de los derechos e intereses de las adolescentes que se encuentran en las instalaciones de la Institución Casa Hogar, ante los eventuales cambios que pueden darse en esa organización en virtud de las recomendaciones y disposiciones que se giran en este informe.

b) Emitir las directrices necesarias a la Gerencia Técnica a fin de implementar un modelo de atención específico para la población menor de edad víctima de la explotación sexual comercial, para lo cual podrá considerarse el trabajo desarrollado por el equipo técnico de Casa Hogar.

c) Revisar la participación y alcances de la actuación del Fiscal que nombró ese Patronato en la Casa Hogar de la Tía Tere, según Ley N° 7817.

6. COMUNICACIÓN DE LOS RESULTADOS A LA JUNTA DIRECTIVA DE LA INSTITUCIÓN CASA HOGAR DE LA TIA TERE.

En virtud de los problemas de integración de la Junta Directiva de la Casa Hogar, señalados en este informe y que la imposibilitan para actuar legal y válidamente, se le comunican los resultados del estudio remitiendo el presente informe para su conocimiento, sin embargo no se emite disposición alguna dadas las circunstancias, además del enfoque y las recomendaciones que se están remitiendo a la Asamblea Legislativa y al Poder Ejecutivo."

Tal y como se desprende de la lectura del informe cuyas conclusiones recién hemos citado, el manejo administrativo, contable y financiero, de la Casa Hogar de la Tía Tere revela serias deficiencias, incluso rayando en eventuales ilícitos. Si bien ello se constata palmariamente del documento, es igualmente cierto que no se hacen observaciones de ninguna índole acerca de la bondad de los programas de atención a las adolescentes a cargo de la Casa Hogar. Ello, en nuestro criterio, resulta de suma importancia para establecer el ámbito de las acciones que puede desplegar el Patronato Nacional de la Infancia ante las circunstancias que lleguen a sucederse con motivo del informe de la Contraloría General de la República."

Procedemos a dar respuesta a sus específicas inquietudes en el entendido que, tanto por el artículo 4° de nuestra Ley Orgánica, como por lo dispuesto por el numeral 7 de la Ley N° 7817, el Director Ejecutivo de la Casa Hogar de la Tía Tere se encuentra legitimado para solicitar nuestro criterio técnico-jurídico. Ello no implica, por ende, que pasemos por alto, o demos por válida, la actual conformación de la Junta Directiva de ese ente público no estatal, aspecto que reseñó como reñido con el bloque de legalidad la Contraloría General de la República en su oficio DFOE-SO-20-2002 del 29 de noviembre del 2002. Tampoco, el que nuestro criterio venga a subsanar posibles defectos en la actual constitución de esa Junta Directiva, con lo cual nos mantenemos dentro de la esfera de nuestra competencias consultivas y de los específicos requisitos para su ejercicio (doctrina de los artículos 1, 2 3 inciso b), 4 y 5 de la Ley 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas)

II. Análisis de la consulta.

- a. **¿Cuál es el órgano competente ante el cual los miembros de la Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere deben presentar sus renuncias al cargo antes del vencimiento de los mismos?**

El ejercicio del derecho de renuncia por parte de cualquiera de los miembros de la Junta Directiva se ejercita ante el órgano, ente o persona jurídica (artículo 3 de la Ley N° 7817) que lo nombró como su representante ante el órgano colegiado. Razones obvias de buen funcionamiento institucional abonan el supuesto que dicha renuncia debe ser comunicada a los demás miembros de la Junta Directiva.

Es importante destacar cuál ha sido nuestra opinión en cuanto al vínculo que se genera entre representante y representado, en especial tratándose de órganos colegiados y los motivos y consecuencias que derivan del rompimiento del vínculo:

"La conexión entre la actividad de los miembros del colegio y los intereses que ellos deben cuidar, se obtiene por medio de varios sistemas de escogencia, como lo son la elección y la nominación, de origen público o de origen privado. Para los órganos representativos la doctrina es conteste en admitir que la escogencia y con ella, la definición del sistema (a elección o a nominación) está confiada generalmente a órganos privados, como lo son en el presenta caso, las organizaciones sindicales, magisteriales, solidaristas, cooperativistas y demás que indica el numeral 4 de la Ley Orgánica de esa entidad bancaria, que escogen, según su propia normativa organizativa a sus respectivos representantes, en el número que les corresponde, ante la Asamblea de Trabajadores, con plena independencia y autonomía frente al propio ordenamiento estatal. Como condición esencial para la escogencia se requiere que el escogido representante tenga un vínculo de pertenencia con el sector, gremio o corporación de base que lo elige, o nombra, según el caso. Una vez escogido el representante, éste no está sometido a una relación de subordinación jerárquica frente al cuerpo elector, pero sí de confianza, que permite removerlo si reiteradamente falta a las directrices fijadas por el órgano o gremio o categoría que representa, por la disconformidad de las acciones del escogido al interno de la Asamblea de Trabajadores con los intereses que debe hacer valer o defender, que son los propios de su gremio, categoría o profesión. Esto, porque el representante de intereses no ejercita poderes de representado sino actúa en nombre propio y por ende, declarando una voluntad propia que, sin sustituir la voluntad del representado, está dirigida a cuidar los intereses de este último, y porque no es necesario que los efectos jurídicos de los actos del representante recaigan inmediatamente sobre el representado como si se tratase de actos cumplidos por él, pues la representación de intereses se da 'cuando un sujeto actúa en nombre propio, pero en interés de otro'. (Bicaretti di Ruffia, Paolo; Derecho Constitucional, Editorial Técnicos S.A., Madrid, 1965, pc. 299).

*La sustitución del representante es también materia exclusiva del órgano, sector, gremio o actividad que representa, y ella procede cuando el representante incumpla con su deber de cuidar los intereses de su representado de manera abierta y evidente; desobedezca reiteradamente las directrices expresadas por su representación o deje de pertenecer al gremio, categoría o profesión que representa y defiende ante el colegio representativo, ya que su membresía es requisito de elegibilidad para ante la Asamblea de Trabajadores, **amén de otras causales de principio, que de darse, acarrea la pérdida de su condición de representante, como lo sería, de iure, la incapacidad declarada judicialmente, la interdicción, la renuncia y muerte suya.***

Dándose las circunstancias que ameritan la sustitución, la misma se dará por parte del sector representado, de manera oficiosa o a petición del Directorio de la Asamblea de Trabajadores, pero el procedimiento a seguir para la sustitución es privativo del sector representado. El plazo o duración en el cargo de representante es de cuatro años, plazo éste que comenzará a recurrir nuevamente dándose la circunstancia de la sustitución del miembro representante ab origine, ya que el último párrafo del numeral 4 de repetida cita no establece ninguna

excepción para el sustituto, que tiene los mismos derechos, poderes y obligaciones de su predecesor."

(C-062-2002 de 26 de febrero del 2002. Lo destacado no corresponde al original)

Destaca esta Procuraduría General, que la renuncia al cargo de representante, en el contexto de la Ley N° 7817, así como por los antecedentes doctrinales que se indican en el dictamen que recién se cita, no requiere de aceptación (acto expreso) por parte del representado, de lo cual sus efectos jurídicos se despliegan de manera inmediata y concomitante al momento en que se hace efectiva. Sostener que la renuncia adquiere eficacia luego de que el representado nombra un nuevo representante contraría la naturaleza del derecho a la renuncia, pues sujetaría, de manera injustificada, a quien lo ejercita, a un cúmulo de eventuales responsabilidades que son extrañas al acto volitivo de interrumpir el vínculo con el ente representado. Ello no es óbice, claro está, para exigir el cumplimiento de obligaciones que quedaren pendientes al finalizar la representación, así como tampoco libera al representante de asumir responsabilidad por decisiones asumidas durante su gestión, atendiendo a los requisitos específicos que sean de aplicación a la Junta Directiva.

Igualmente, consideramos que el acto de renuncia tampoco se ve afectado por el hecho de que la evidencia del mismo –carta u otro medio gráfico u oral- sea recibida en la Junta Directiva y no ante el órgano u ente representado. En tal supuesto, lo lógico es que sea la Junta Directiva la que comunique al Poder Ejecutivo, a la Municipalidad de Pococí o a la Fundación para la Rehabilitación del Menor Infractor, el hecho de la renuncia, para que se proceda a la sustitución correspondiente.

Reafirma nuestra posición la siguiente cita del tratadista Ortiz Ortiz:

"El quórum se puede computar sobre el llamado colegio legal o sobre el real. El primero es el número total de integrantes del colegio, según la norma o acto de base. El segundo es ese mismo número menos los que ya no lo integran, por muerte, renuncia, incapacidad física o mental, expulsión, etc. Esto significa que el colegio puede existir con un número parcial de sus integrantes y que la desaparición de alguno o algunos no lo destruye como tal. Aunque falten miembros del colegio, este existe mientras la ley no diga lo contrario o, en silencio de la misma, mientras no haya menos de tres integrantes. La imposición legal de un mínimo de miembros colegiados como condición de existencia del colegio puede desprenderse fácilmente de la regulación del quórum –estructural o funcional- cuando este es a número fijo o está expresamente referido al colegio legal, porque entonces es perfectamente posible determinar ese mínimo. En tal clase de colegios, la existencia actual de un número de miembros menor al necesario para el quórum estructural, equivale a la inexistencia del colegio, sin perjuicio de la subsistencia de la oficina colegial (en cuanto esfera abstracta de competencia). En tal hipótesis el colegio como órgano existe pero sus resoluciones son absolutamente nulas por inexistencia del titular." (ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Stradtman, San José, 2000, p. 98)

b. ¿Tiene la Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere facultades legales para aprobar la renuncia de alguno de sus miembros?

La respuesta a esta interrogante es negativa, dado que la Ley de Creación de la Casa Hogar de la Tía Tere (artículos 3 y 8) deja claramente establecido un vínculo de representación entre la Municipalidad de Pococí, el Poder Ejecutivo y la Fundación para la Rehabilitación del Menor Infractor y sus respectivos seleccionados para conformar la Junta Directiva del ente público no estatal. De donde los efectos jurídicos de la renuncia deben ser atendidos

por el respectivo sujeto representado, no así por el órgano que se constituye con los representantes.

c. ¿Cuál es el número mínimo de miembros con los cuales puede sesionar válidamente la Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere?

A los efectos de evacuar esta pregunta, conviene recordar la distinción que se recoge en la doctrina del derecho público entre "quórum estructural" y "quórum funcional", reiterada en un reciente dictamen de este Órgano Asesor:

"En varias oportunidades el órgano asesor se ha pronunciado sobre las reglas de funcionamiento de los órganos colegiados. En efecto, sobre el quórum hemos señalado lo siguiente:

"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 previsto 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'. (Dictamen C-136-88 de 17 de agosto de 1988, reiterado entre otros, por los dictámenes C-195-90 de 30 de noviembre de 1990, C-015-97 de 27 de enero de 1997, C-025-97 de 7 de febrero de 1997, C-055-97 de 15 de abril de 1997, C-091-98 de 18 de mayo de 1998, O.J.-025-98 de 19 de marzo de 1998 y C-138-2001 op. cit.)."

Por otra parte, sobre el quórum funcional, es decir, el número de votos que se requieren para que un órgano colegiado adopte un acuerdo, en el dictamen C-077-2000 de 12 de abril del 2000, expresamos lo siguiente:

"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.." (Dictamen C-301-2002 del 8 de noviembre del 2002)

También es oportuno recordar la importancia de la constitución válida del órgano, requisito indispensable para que las reglas del quórum entren a ser consideradas:

"A-. EN PRINCIPIO, LA EXISTENCIA DEL ÓRGANO DERIVA DE SU INTEGRACIÓN PLENA

En diversos pronunciamientos, la Procuraduría ha debido pronunciarse respecto de los problemas que se enfrentan cuando existe falta de nombramiento de los directores de órganos colegiados. La jurisprudencia actual sobre dicho tema parte de nuestro dictamen N. C-195-90 de 20 de noviembre de 1990, desarrollado luego en los Ns. C-015-97 de 27 de enero de 1997 y C-025-97 de 7 de febrero del mismo año. Desde ellos ha sido constante el criterio de la Procuraduría en cuanto que la integración del órgano es fundamental para considerar que éste existe jurídicamente y por ende, esa integración es presupuesto indispensable para que pueda funcionar. En consecuencia, en caso de que uno de los puestos de director esté vacante, y la ley no haya previsto el supuesto de suplencia, el órgano no está integrado, y por consiguiente, no puede sesionar.

En el dictamen N. 015-97 distinguimos entre los diversos tipos de quórum (estructural y funcional) y señalamos que:

"En el dictamen de la Asesoría Legal se hace referencia, en el punto 3, a una posible suspensión del funcionamiento de la "junta médica", "hasta tanto se complete su integración tripartita". Es decir, se deja entrever que la necesidad de definir los aspectos en orden al quórum estructural y al funcional se motiva en un problema de integración del órgano.

Si se estuviere ante esa hipótesis, habría que recordar que el órgano colegiado sólo existe como tal si están investidos todos sus miembros conforme la ley. De previo a plantearse el problema de funcionamiento, la Administración activa debe plantearse el problema de constitución del órgano. No podría considerarse que existe una correcta integración de la "junta" en condiciones de vacancia, o bien si el nombramiento de uno de los miembros es inválido. Resulta aplicable lo señalado por la Procuraduría en dictamen N. C-195-90 de 30 de noviembre de 1990:

"...considera la Procuraduría General que la posibilidad de sesionar debe examinarse, en primer término, respecto de la integración del órgano. Ello en la medida en que si el órgano no se encuentra debidamente integrado, no puede funcionar en forma válida. En efecto, si el órgano no está integrado no puede ejercer su competencia y, por ende, los actos que se emitan no serán válidos. Así que sólo en el tanto en que el órgano esté constituido, puede plantearse este segundo aspecto del quórum. Problema que se refiere al funcionamiento concreto del órgano colegiado ya constituido. Las posibilidades de funcionar, cuando el quórum legal no se reúne, constituyen excepciones a la regla general, que en todo caso, lo que plantean, es el problema de la asistencia de los miembros directores --sea de los titulares del órgano-- a las sesiones de Junta Directiva y a la necesidad de que ese órgano constituido continúe funcionando. Por consiguiente, se trata de una situación diferente a la provocada por los Recursos de Amparo que penden ante la Sala Constitucional. Simplemente, como bien señala el criterio legal que se acompaña, no puede realizarse válidamente una convocatoria a sesiones, si no es posible establecer quiénes son los destinatarios de esa convocatoria; la convocatoria a tres miembros directivos y no al resto, viciaría el acto correspondiente".

En el dictamen N. 025-97 reafirmamos esta posición, en cuanto a que la integración del órgano colegiado es un aspecto de organización que tiene consecuencias importantes para la validez del acto administrativo. De allí que esos aspectos sean relevantes, no sólo para la Ciencia Administrativa, sino particularmente para el Derecho Administrativo. Por ello para que una junta sesione válidamente, no es suficiente que concurra el número de miembros necesario para integrar el quórum estructural, ya que éste presupone la existencia de un colegio debidamente integrado o constituido conforme la ley. Por lo que se indicó en dicho dictamen:

"Es, así, criterio reiterado que el problema de la debida integración es de principio, ya que aún cuando se cuente con el número de miembros necesarios para conformar el quórum estructural y en su caso el funcional, el colegio no puede funcionar si uno de los miembros no ha sido nombrado, o bien si nombrado no ha sido investido de la función correspondiente. El órgano debe ser regular en cuanto a su constitución y respecto de la investidura de sus miembros. Sólo cuando sus miembros han sido investidos regularmente se considera constituido el órgano. Puede considerarse que un órgano no constituido, por falta de nombramiento de la totalidad de sus miembros, es un órgano no existente en tanto que colegio. Lo que significa que no puede sesionar en forma válida: para hacerlo deben nombrarse sus miembros, el acto respectivo debe ser legal y la investidura regular (cfr. E, GARCIA DE ENTERRIA- T, FERNANDEZ: Curso de Derecho

Administrativo, I, Civitas, 1979, p. 461). Y es que dentro del colegio, cada miembro un "centro de poder determinante", cuyo ejercicio contribuye a conformar la decisión del colegio, la posibilidad de manifestación de esa voluntad repercute en la regular voluntad del colegio".

El hecho de que el órgano no integrado por los miembros que la Ley prevé deba considerarse como inexistente, determina la responsabilidad de los órganos llamados a nombrar a los miembros del colegio. *Todo acto u omisión contrario a esa obligación, constituye una violación al ordenamiento. Luego la ausencia de integración completa del colegio entraña un vicio de constitución del órgano, y trae aparejada la nulidad de sus actos, aún si el quórum estructural está asegurado por los miembros presentes. Es decir, el problema de integración del órgano tiene incidencia en la legalidad del acto, pudiendo provocar su nulidad absoluta. Pero además, cabría afirmar que existe incumplimiento de deberes de parte de quien se ha visto investido de la competencia para nombrar. Máxime que la inexistencia del órgano -por falta de nombramiento de uno de sus miembros-, la ausencia de investidura del miembro respectivo, constituyen una infracción sustancial del ordenamiento, un vicio que afecta la competencia para actuar y que determinan la nulidad de pleno derecho de lo actuado."*

(Dictamen C-138-2001 del 18 de mayo del 2001. Lo subrayado no está contenido en el original)

Atendiendo a lo prescrito en el artículo 53 de la Ley General de la Administración Pública, de aplicación a la inquietud ante la ausencia de disposición expresa en la Ley N° 7817, llegamos a la conclusión que la Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere requiere de tres miembros para conformar el quórum necesario para que el órgano colegiado pueda sesionar válidamente. Ello en el entendido de que todos los miembros de la Junta Directiva se encuentren debidamente nombrados por el Poder Ejecutivo, la Municipalidad de Pococí y la Fundación para la Rehabilitación del Menor Infractor. Si ello no sucediera en un determinado momento, el órgano colegiado se enfrenta a un problema de constitución que le impide actuar conforme al Ordenamiento Jurídico, aun cuando cuente con tres o cuatro miembros debidamente acreditados por los representados.

d. ¿Cuáles son los requisitos que debe cumplir la Fundación para la Rehabilitación del Menor Infractor para que los representantes que nombre ante la Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere sean válidos?

A efectos de no situarnos en el supuesto de que nuestra función consultiva tenga por objeto un caso concreto, aspecto que nos es vedado de conformidad con nuestra Ley Orgánica, evacuamos la consulta en términos genéricos, sin referirnos, en consecuencia, a las específicas cláusulas que gobiernen la actividad de la Fundación para la Rehabilitación del Menor.

Ateniéndonos a la Ley de Fundaciones, es posible derivar de sus artículos 11, 12 y 14, que el tema de la designación de representantes de la Fundación ante otras personas jurídicas debe ser un asunto que quede reflejado en las "disposiciones reglamentarias" de funcionamiento que imponga el fundador, o bien, en las que la primera Junta Directiva emita para tal fin. De no existir expresa disposición en tal sentido, lo lógico es concluir que la decisión recaiga en la Junta Directiva.

e. ¿Qué efecto legal tiene la personería jurídica en los nombramientos hechos por la Junta Directiva de la Fundación para la Rehabilitación del Menor Infractor (FUNDAPROMI) para el cumplimiento de lo establecido en el inciso c) del artículo 3 de la Ley No. 7817?

El hecho de que una fundación cuente con su personería jurídica vigente, cobra especial importancia a los efectos del artículo 18 de la Ley de Fundaciones, en cuanto prescribe:

"Artículo 18.-

Para que las fundaciones puedan recibir de las instituciones públicas donaciones, subvenciones, transferencias de bienes muebles o inmuebles o cualquier aporte económico que les permita complementar la realización de sus objetivos, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) *Tener como mínimo un año de constituidas.*

b) *Haber estado activas desde su constitución, calidad que adquieren con la ejecución de por lo menos, un proyecto al año.*

c) *Tener al día el registro de su personalidad y personería jurídicas.*

d) *Contar, cuando corresponda, con el visto bueno escrito de la Contraloría General de la República, donde se muestre que las donaciones y transferencias recibidas fueron ejecutadas y liquidadas según los fines previstos y de conformidad con los principios de la sana administración. (...)"*

No se dispone nada, por el contrario, en el texto de la Ley de Fundaciones, sobre la no vigencia de la personería jurídica, presumiblemente por la suposición de que es del interés de ese tipo de personas jurídicas el conservarla, en todo momento, vigente. Evidentemente, el que se desatienda esa circunstancia puede traer inconvenientes en cuanto a la acreditación de la representación de una fundación en sus relaciones con terceros, tanto en condición de situaciones activas como pasivas (vg, artículo 102 del Código Procesal Civil). Amén de lo anterior, es claro que se pondría en una situación de imposibilidad de ser sujeto receptor de bienes y valores del sector público, tal y como se regula en el recién transcrito numeral 18 de la Ley de Fundaciones.

A los efectos de la designación de los representantes de una fundación ante un tercer órgano, de principio, no puede concluirse que sea un requisito de validez de la designación el que la personería jurídica de aquella persona jurídica se encuentre vigente. Sin embargo, resultaría válido el que el órgano que recibe la comunicación de la designación hecha por la Fundación, le requiera una certificación en torno a la personería, puesto que de ello derivaría la plena validez de la esa comunicación.

IV. Conclusión.

Se evacuan las consultas formuladas en el siguiente sentido:

- a. El ejercicio del derecho de renuncia por parte de cualquiera de los miembros de la Junta Directiva de la Casa Hogar Tía Tere se ejercita ante el órgano, ente o persona jurídica (artículo 3 de la Ley N° 7817) que lo nombró como su representante ante el órgano colegiado. Razones obvias de buen funcionamiento institucional abonan el supuesto que dicha renuncia debe ser comunicada a los demás miembros de la Junta Directiva. Los efectos de la renuncia son inmediatos y concomitantes al momento en que esta se presenta, siendo intrascendente el lugar dónde la misma se hace efectiva (sea ante la Junta Directiva o bien ante el órgano o ente representado), debiendo darse la debida comunicación entre la Junta Directiva y el representado para restituir la debida integración del órgano.
- b. La Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere no tiene facultades legales para aprobar la renuncia de alguno de sus miembros. Los efectos jurídicos de la

renuncia deben ser atendidos por el respectivo sujeto representado, no así por el órgano que se constituye con los representantes.

- c. Atendiendo a lo prescrito en el artículo 53 de la Ley General de la Administración Pública, de aplicación a la inquietud ante la ausencia de disposición expresa en la Ley N° 7817, llegamos a la conclusión que la Junta Directiva de la Casa Hogar de la Tía Tere requiere de tres miembros para conformar el quórum necesario para que el órgano colegiado pueda sesionar válidamente. Ello en el entendido de que todos los miembros de la Junta Directiva se encuentren debidamente nombrados por el Poder Ejecutivo, la Municipalidad de Pococí y la Fundación para la Rehabilitación del Menor Infractor. Si ello no sucediera en un determinado momento, el órgano colegiado se enfrenta a un problema de constitución que le impide actuar conforme al Ordenamiento Jurídico, aun cuando cuente con tres o cuatro miembros debidamente acreditados por los representados.
- d. Ateniéndonos a la Ley de Fundaciones, es posible derivar de sus artículos 11, 12 y 14, que el tema de la designación de representantes de la Fundación ante otras personas jurídicas debe ser un asunto que quede reflejado en las "disposiciones reglamentarias" de funcionamiento que imponga el fundador, o bien, en las que la primera Junta Directiva emita para tal fin. De no existir expresa disposición en tal sentido, lo lógico es concluir que la decisión recaiga en la Junta Directiva.
- e. A los efectos de la designación de los representantes de una fundación ante un tercer órgano, de principio, no puede concluirse que sea un requisito de validez de la designación el que la personería jurídica de aquella persona jurídica se encuentre vigente. Sin embargo, resultaría válido el que el órgano que recibe la comunicación de la designación hecha por la Fundación, le requiera una certificación en torno a la personería, puesto que de ello derivaría la plena validez de esa comunicación.

Sin otro particular, me suscribo,

Iván Vincenti Rojas
PROCURADOR ADJUNTO

ⁱ Asamblea Legislativa. Ley número 5338 del 28/08/1973. Ley de Fundaciones. Versión de la norma: 5 de 5 del 05/05/2010. Colección de leyes y decretos: Año: 1973. Semestre: 2. Tomo: 1. Página: 536.

ⁱⁱ Sentencia: 00017 Expediente: 00-000573-0161-CA Fecha: 12/01/2001 Hora: 9:15:00 AM Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III.