



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

ARTÍCULO 189 DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

RESUMEN: La presente investigación lo que hace es recopilar una serie de dictámenes de la Procuraduría General de la República y además incluye jurisprudencia constitucional.

SUMARIO:

1. **NORMATIVA.**
2. **PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.**
3. **JURISPRUDENCIA.**



DESARROLLO:

1. NORMATIVA¹.

Artículo 189.-

1. El acto inválido, absoluta o relativamente nulo, podrá ser convertido en otro válido distinto por declaración expresa de la Administración a condición de que el primero presente todos los requisitos formales y materiales del último.
2. La conversión tiene efecto desde su fecha.

2. PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

"Con la aprobación del señor Procurador General de la República, damos respuesta a su oficio número 248-98 del 6 de noviembre de 1998, donde formula ante este Despacho una consulta de carácter jurídico, relacionada con la compensación salarial derivada de la prohibición que se reconociera a favor de un grupo de servidores de ese Banco.

Refiere usted que a raíz de un laudo arbitral que regía en esa Entidad, se creó un régimen especial de prohibición del ejercicio de la profesión para los servidores, el cual desapareció con motivo de la declaratoria de inconstitucionalidad contenida en el fallo de la Sala Constitucional N° 1696-92. Sin embargo, y a pesar de la extinción del referido instrumento normativo, se indica que la Junta Directiva acordó posteriormente reconocer a un grupo de servidores la citada compensación salarial -con la correlativa prohibición- situación que ese Cuerpo Colegiado pretende ajustar a derecho.

Para tal efecto, la Asesoría Jurídica de ese Banco, externó el correspondiente criterio, donde se arribó a las siguientes conclusiones:

"1.- El régimen de prohibición ha sido confirmado y reconocido jurisprudencialmente como la imposibilidad legalmente establecida de ejercer en forma general y absoluta una profesión, por estar relacionada dicha actividad con el puesto y función que se desarrolla para el Estado, recibándose en compensación un "plus salarial".

2.- La regulación legal de ese régimen en nuestro país, a lo largo de las últimas dos décadas, se fue haciendo de una forma dispersa y confusa, llegándose a desnaturalizar ese instituto, en virtud no



sólo de que se convirtió en un instrumento de "reivindicación salarial", sino que además se acudió a mecanismos como convenciones colectivas y laudos arbitrales, para imponer una limitación que en principio debía de estar reservada a la ley.

3.- El caso del régimen de prohibición aplicado en el Banco Central de Costa Rica es el "vivo" ejemplo de lo expuesto en el párrafo anterior.

4.- Para que el Banco Central cuente con un régimen de prohibición sería necesario una reforma legislativa que establezca ese régimen, como sí lo está establecido para los funcionarios de la Superintendencia General de Entidades Financieras, pues este régimen es reserva de ley, ya que afecta el derecho constitucional al trabajo y el ejercicio profesional como quedó indicado; así debe hacerse conforme al principio constitucional de la reserva de ley, también desarrollado por el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública.

5.- El régimen de prohibición del Banco Central surgido al amparo del laudo, generó situaciones jurídicas consolidadas y derechos adquiridos, respecto a los cargos afectados y para los funcionarios nombrados en ellos antes del 25 de marzo de 1993.

6.- Después de esa fecha no existe fundamento jurídico para aplicar ese régimen a otros cargos o funcionarios del Banco Central, por lo que su aplicación por parte de la Administración del Banco conforma una actuación absolutamente nula, debiéndose en principio declarar la nulidad de esos actos dentro de la vías y procedimientos que prevé la Ley General de la Administración Pública.

7.- El Banco Central sí puede establecer y desarrollar un régimen de "dedicación exclusiva", por lo que podría plantear la "conversión" del régimen de "prohibición", cuya nulidad se expuso, por un régimen de "dedicación exclusiva" acorde con el marco jurídico que rige a nuestra Institución.

8.- Este trabajo procura ser un primer acercamiento al tema, donde nos limitamos a diagnosticar la situación jurídica del "régimen de prohibición" que se ha venido aplicando en el Banco Central y las consecuencias jurídicas que en primera instancia se pueden derivar de lo actuado.

9.- Entendemos que dada la complejidad de la situación y sus consecuencias, es probable que sea necesario volver después a



plantearse algunos aspectos concretos que se deriven de lo que aquí se expone, para lograr conjuntamente con los criterios de oportunidad y conveniencia de la Institución y los derechos y deberes de los funcionarios, dar una salida jurídica viable a la trama jurídica expuesta.

10.- Igualmente es prudente y necesario hacer las consultas jurídicas del caso a la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, sobre las conclusiones a que se arriba en este estudio, así como respecto a las soluciones que eventualmente se intente implementar."

Agrega finalmente que, "En virtud de la trascendencia institucional del dictamen de nuestra Asesoría Jurídica y de las diversas actuaciones administrativas que sería necesario realizar, donde se quiere evitar la presencia de ulteriores vicios o perjuicios, es que consideramos pertinente contar con el autorizado criterio de la Procuraduría General de la República, que confirme o aclare los siguientes puntos:

- Inviabilidad jurídica del régimen de prohibición existente en el Banco Central.
- Procedimiento jurídico correcto y oportuno para declarar la nulidad de ese régimen, en caso de ser necesario.
- Viabilidad y alcances de la "conversión" del régimen de prohibición en uno de dedicación exclusiva."

En relación con lo consultado, y siguiendo el orden de los puntos planteados, nos permitimos manifestar lo siguiente:

1.- En lo que se refiere a la "inviabilidad jurídica" del régimen de prohibición "existente" en ese Banco, estima esta Procuraduría que - tal y como se entendió en el criterio legal- debe hacerse la necesaria distinción entre la situación propia de los servidores a quienes se les comprendió en el régimen de prohibición durante la vigencia del laudo arbitral, y la del grupo que se incluyó luego de su extinción. Lo anterior por la simple razón de que en el caso de los primeros, tal y como lo ha establecido esta Procuraduría, entre otros, en el dictamen C-036-95 (citado por la Asesoría Jurídica en su estudio, pag. 18), existe un indiscutible derecho adquirido -en este caso, al amparo del laudo arbitral declarado inconstitucional- a conservar la compensación salarial de interés; mientras que con respecto a los otros, concurren supuestos obviamente diferentes, por lo que el tratamiento jurídico no podría ser igual.



De manera que la situación a analizar, es concretamente la relativa al reconocimiento del indicado rubro salarial a favor del último grupo de servidores. Al respecto, en la opinión legal aportada se estableció que: "Estaríamos frente a actuaciones absolutamente nulas, pues sin ningún fundamento legal una disposición administrativa estaría limitando o prohibiendo el ejercicio de una actividad profesional y disponiendo una compensación salarial por ello. Lo anterior permite afirmar que elementos del acto (contenido, motivos y sujeto, principalmente) se encuentran viciados en forma absoluta."
(ver pag. 19, punto N° 1).

Tal criterio legal, parte entonces de la indiscutible falta de fundamento real y jurídico para incluir al indicado grupo de servidores en un régimen de "prohibición" que cuando se les aplicó ya no lo contemplaba la normativa que regía sus relaciones de servicio con el Banco. Al respecto, recuérdese que la Sala Constitucional al dimensionar los efectos de su fallo N° 1696-92 - lo cual hizo en el N° 3285-92- dispuso la extinción de todos los laudos arbitrales existentes, ya fuera a la fecha del cumplimiento del plazo de vigencia en ellos señalado, o al 31 de diciembre de 1993 para los que no se les había fijado plazo. Establecido lo anterior, y ya refiriéndonos concretamente al primer interrogante, en lo que toca al grupo de funcionarios a quienes se les incluyó, luego de la declaratoria de inconstitucionalidad de interés, en el indicado régimen de prohibición, la "inviabilidad jurídica" del acto del órgano Directivo relacionada con tal reconocimiento (y la correlativa prohibición) no admite discusión alguna. Lo anterior en razón de que cuando se aplicó dicho régimen, ya no existía la autorización normativa exigida, no sólo para el reconocimiento del rubro salarial en mención, sino también para imponer la prohibición de ejercer actividades ajenas a la institución patronal.

De manera que lo que procede, atendiendo concretamente al primer interrogante formulado, es confirmar la "inviabilidad jurídica" que se estableciera en el criterio legal aportado, en lo que toca al régimen de prohibición con que se cubrió al grupo de servidores luego de la extinción de laudo arbitral que rigió en ese Banco.

2.- Pasamos ahora a referirnos al "Procedimiento jurídico correcto y oportuno para declarar la nulidad de ese régimen, en caso de ser necesario".

Sobre el particular, y dados los términos en que el criterio legal analizó el caso del grupo sujeto a prohibición durante la vigencia



del laudo, entendemos que a lo que se hace referencia en este punto es a la situación de los otros servidores; o sea de los contemplados en el Acuerdo de Junta Directiva contenido en el artículo 8° de la sesión N° 4621-92 de 9 de diciembre de 1992.

Con respecto a ellos, considera esta Procuraduría que dado que en opinión de la asesoría legal, según la transcripción hecha al analizar el punto anterior, la calificación o grado de la nulidad es absoluta, entonces los mecanismos para la declaratoria respectiva son los indicados también en dicho criterio legal. Nos referimos a la vía del contencioso de lesividad (artículos 10, inciso 4° y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) si se considerare que lo que existe es sólo una nulidad absoluta; o bien, la del mecanismo contemplado en el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, si se llegare a estimar que tal nulidad, además de absoluta, es evidente y manifiesta.

Por lo anterior, lo que procede en derecho es que la Junta Directiva de ese Banco defina, en su condición de órgano competente para tal efecto, si acoge el criterio legal, en cuanto concluye que existió una nulidad absoluta; luego, tendría que valorarse, también por la administración activa, si en ella concurren a la vez las características que la puedan convertir en evidente y manifiesta, en los términos establecidos por el citado artículo 173. De no ser así, la vía correspondiente para anular dicho acto sólo podría ser la del proceso contencioso de lesividad.

No obstante, y tal y como se dispone en esa última norma, así como en reiterada jurisprudencia administrativa de este Despacho, la calificación de la nulidad absoluta como evidente y manifiesta, sólo puede hacerla la administración activa que emitió el acto declaratorio de derechos; pero, además, debe cumplirse de previo con la garantía del debido proceso para quienes favoreció el acto cuya nulidad se pretende declarar, lo cual también ha quedado claramente establecido. Para tal efecto, el procedimiento administrativo a seguir debe ser el ordinario, previsto en el artículo 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.

Al respecto resulta obvio que para poder calificar la nulidad como absoluta, en su grado de evidente y manifiesta, sólo una vez garantizada la defensa a los titulares del derecho declarado por el acto que se pretende anular, es que la administración involucrada puede contar con los elementos de juicio necesarios para definir su



posición con respecto a la existencia de los vicios y de su gravedad.

En ese sentido se han pronunciado tanto esta Procuraduría, como la propia Sala Constitucional. Así, se ha sostenido que: "...para determinar la existencia de tal vicio, la Administración Debe seguir el procedimiento regulado en los artículos 308 y siguientes de la Ley general de la Administración Pública..." (Dictamen C-152-90 de 10 de setiembre de 1990).

Por su parte, la Sala ha dicho que: "En esta materia, el principio del debido proceso es fundamental...es preciso que se garantice al posible o posibles afectados el derecho de audiencia, de defensa, de ofrecer prueba, de acceso al expediente y, finalmente, de recurrir de lo resuelto en cuanto al fondo, todo ello es constitutivo de lo que se engloba dentro del debido proceso..." (Sentencia N° 1563-91 de 15 hrs. del 14 de agosto de 1991. Ver en el mismo sentido la N° 2945-94 de 8:42 hrs. del 17 de junio de 1994).

Por lo expuesto, y ya refiriéndonos concretamente al segundo punto en consulta, la determinación del "procedimiento jurídico correcto y oportuno" para declarar la nulidad del régimen de prohibición en análisis, no podría hacerla esta Procuraduría por vía de dictamen, si de previo la administración del Banco no ha definido su posición. De lo contrario, se estaría externando prematuramente criterio, no sólo en lo relativo al grado de la nulidad existente, sino también en cuanto a si ésta podría ser calificada como absoluta, evidente y manifiesta; tal definición tendría que ser, al fin de cuentas, lo que este órgano Asesor, en uso de su competencia legal conferida por el numeral 173 de repetida cita, tendría que dar, en el evento de que la administración de ese Banco optara por recurrir al procedimiento previsto en dicha norma legal.

3.- Pasaremos de seguido al análisis de la "Viabilidad y alcances de la "conversión" del régimen de prohibición en uno de dedicación exclusiva".

Con respecto a esa solución propuesta en el criterio legal, a juicio de este órgano Consultivo, efectivamente, la figura de la conversión contemplada en el artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública, fue prevista como una manifestación del llamado principio de conservación de los actos administrativos.(1)



(1) La citada norma legal expresa en su aparte 1º que: "El acto inválido, absoluta o relativamente nulo, podrá ser convertido en otro válido distinto por declaración expresa de la Administración a condición de que el primero presente todos los requisitos formales y materiales del último."

Sin embargo, existe un elemento fundamental para determinar si el mecanismo legal sugerido por la Asesoría Jurídica de ese Banco, podría ser de alguna utilidad para resolver en la práctica el problema existente. Nos referimos a lo dispuesto por el aparte 2º del citado numeral 189, en cuanto expresa que: "La conversión tiene efecto desde su fecha."

(el destacado es nuestro).

Tal eficacia hacia, únicamente hacia el futuro, se señala expresamente en el criterio legal, cuando al hacer cita de Héctor J. Escolá, se expresa que a su juicio, a través de la conversión "...lo que aparece es un nuevo acto regular, distinto y diferente del acto anterior inválido que en sí mismo desaparece. Justamente, por tener lugar la aparición de un nuevo acto, que no es continuación ni reflejo del precedente, sus efectos no pueden ser sino para el futuro, ex-nunc." (el destacado es nuestro).

Lo anterior lo reitera el autor en otra de sus obras, al expresar que: "Es natural que, dando lugar la conversión a un nuevo acto, distinto del originario, sus efectos sólo serán constitutivos, es decir, que comenzarán a producirse desde la fecha en que se ha perfeccionado el acto de conversión. Éste sólo rige para el futuro, ex nunc." ("Tratado General de Procedimiento Administrativo", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973, pag. 120. El destacado no es del original).

Por consiguiente, al no existir base jurídica para dar efectos retroactivos a una eventual conversión del acto, por esa sola razón debe quedar descartada la solución recomendada por la Asesoría Jurídica del Banco. Ello por cuanto durante todo el período transcurrido -a partir de diciembre de 1992- en que los servidores hayan estado cubiertos, sin fundamento jurídico alguno según lo dicho, por el indicado régimen de prohibición, no podría surtir efectos el acto de conversión que eventualmente se llegare a emitir. En otras palabras, que si la Junta Directiva de la Entidad decidiera convertir el citado Acuerdo 4621-92 en otro acto donde se aplicara un Régimen de Dedicación Exclusiva, la utilización de tal mecanismo no podría tener ningún resultado práctico para dar solución al problema existente. Definitivamente, los vicios existentes en el acto original (en cuanto al "contenido, motivos y



sujeto, principalmente", según lo sostenido por la Asesoría Jurídica), no podrían ser obviados utilizando el remedio por ella sugerido.

Establecido lo anterior, al haber quedado descartada la posibilidad de que la figura de la conversión pueda servir para solucionar el problema, resulta innecesario entrar al análisis de otros aspectos - relacionados con ese tema- que podrían también interesar, como sería: a) que en el Banco, luego de que se determinó la nulidad del acto original, existiera normativa reguladora de un régimen de dedicación exclusiva, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos para su cobertura de parte de los servidores involucrados;(2) y b) que los elementos -tanto formales como materiales- exigidos para la validez de un nuevo acto (que cubriera a ese grupo de servidores con una "Dedicación Exclusiva"), los contuviera también el acuerdo que aplicó la "Prohibición" en aquella oportunidad (doctrina del aparte 1º del citado artículo 189).

(2) En la información suministrada con la consulta, no consta nada sobre tal normativa; lo que sí se sostiene en el criterio legal es que "...la "prohibición" a que hace referencia el artículo 27 no se aplica al empleado por ser profesional, sino por la existencia y el ejercicio de un puesto o cargo que en razón de su naturaleza y funciones, hacen que se considere inconveniente que la persona que lo desempeñe ejerza privadamente actividades profesionales." (ver párrafo primero, pag. 14).

Sólo resta agregar que esta Procuraduría, por no constituir dicho punto materia de la consulta, tampoco podría entrar a analizar si a favor de los servidores beneficiados salarialmente por la cobertura del régimen de prohibición, existen derechos adquiridos de buena fe. Eso es algo que tendría que determinarse una vez definida por la administración activa la gravedad de los vicios del acto, así como la calificación que llegare a darse de la nulidad.

Igualmente, le corresponderá establecer eventuales casos de servidores donde ya ha operado la caducidad de los cuatro años con que cuenta la administración para hacer uso de la potestad revisora de sus actos propios, según lo previsto también en el citado numeral 173 de la Ley general de la Administración Pública.

Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría concluye lo siguiente:



1.- Se comparte lo sostenido en el criterio legal que se aportó, en cuanto a la "inviabilidad jurídica" del régimen de prohibición existente en ese Banco; ello con la observación de que sólo se refiere al grupo de servidores a quienes se les aplicó tal régimen cuando ya había desaparecido el laudo arbitral que lo contemplaba.

2.-

Que el "procedimiento jurídico correcto y oportuno" para declarar la nulidad de dicho régimen, deberá ser definido de previo por la administración de ese Banco. Una vez que se determine la gravedad de los vicios, con la calificación del tipo de nulidad existente, lo que corresponde es optar, según el resultado obtenido, por la vía del contencioso de lesividad (artículos 10, inciso 4° de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Administrativa), o por el procedimiento previsto en el numeral 173 de la Ley general de la Administración Pública. En este último caso, según lo dicho, deberá también observarse la garantía del debido proceso a favor del personal involucrado. De emitirse el dictamen solicitado sin cumplirse de previo con lo anterior, se estaría externado una opinión prematura y no autorizada por ley de parte de este órgano Consultivo.

3.-

Que para dar solución en la práctica al problema suscitado con la aplicación de aquel régimen, no resulta jurídicamente procedente utilizar el mecanismo previsto en el numeral 189 de la citada Ley General, mediante la conversión del acto originalmente dictado, en uno que contemple en su lugar un régimen de Dedicación Exclusiva."²

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero a su oficio DM-177-2000 fechado 18 de enero del presente en la cual somete a nuestro conocimiento el expediente minero de explotación de tajo N° 2304 a fin de emitir el dictamen previsto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. Asimismo, solicita nuestro criterio sobre la viabilidad jurídica de aplicar el artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública sobre el acto en consulta.

I. Antecedentes

De importancia para los efectos de examinar la posible nulidad absoluta, evidente y manifiesta que afecta al acto administrativo mencionado, debe tenerse en cuenta los siguientes hechos que constan en el expediente administrativo:



1. El 20 de noviembre de 1992 la Dirección de Geología y Minas recibió del señor Hossein Fouladi, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de Mohammad Reza Fouladi y Yassaman Fouladi, solicitud de una concesión de una cantera a explotar en la finca inscrita en el Folio Real de San José matrícula 354-279-000. A dicha solicitud le fue asignado el número 2304 (ver folios 1 a 6 del expediente administrativo).

2. El señor Eduardo A. Pérez Gamboa, del Padrón Minero, envió Memorándum PM/298-92 fechado 9 de diciembre de 1992 y referente al "Expediente # 2304 Primera Revisión Hoja Abra" a Cynthia Cavallini Chinchilla, Jefe a.i. Registro Nacional Minero, consignándose en su punto número 1 lo siguiente: "No interfiere" (ver folio 8 del expediente administrativo).

3. Mediante resolución número 820 dictada a las 10:30 horas del 1 de junio de 1993 por la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero, se consignó en su Resultando N° 2 que según así constaba en los archivos que al efecto llevaba esta Dirección, expediente administrativo N° 2044, sobre la finca número 354-279-000 se había otorgado concesión de explotación minera de una cantera a la Sociedad Distribuidora A. Lizano S.A., quien posteriormente cedió sus derechos de concesión a favor de Tajo Industrial El Aeropuerto S.A. En la referida concesión, en resolución DGM/RNM-1256, confirmada por resoluciones DGM/RNM-1698 y R-372-92 MIRENEM, fue declarada la nulidad de la misma de conformidad con el artículo 82 del Código de Minería (ver folio 21 del expediente administrativo).

4. Mediante resolución número 820 dictada a las 10:30 horas del 1 de junio de 1993 por la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero, se tuvo por demostrado -según el Considerando 1- que el área objeto de interés, tanto en la concesión N° 2044 (en la cual se había declarado la nulidad de la concesión) y la solicitud del expediente N° 2304, era la misma, pues se trataba de la finca número 354-279-000 inscrita en el Partido de San José (ver folio 20 del expediente administrativo).

5. Mediante resolución número 820 dictada a las 10:30 horas del 1 de junio de 1993 por la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero, se tuvo por demostrado -según el Considerando 2- que los representantes de la Sociedad Tajo Industrial El Aeropuerto S.A. habían impugnado ante la Sala Constitucional la declaratoria de nulidad de concesión otorgada en el expediente N° 2044 (ver folio 20 del expediente administrativo).



6. Mediante resolución número 820 dictada a las 10:30 horas del 1 de junio de 1993 por la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero, se ordenó suspender con fundamento en el artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional el trámite administrativo N° 2304 -que era solicitud de concesión de explotación de cantera a nombre de Mohammad Reza Fouladi y Yassaman Fouladi- hasta tanto la Sala Constitucional no resolviera en definitiva el Recurso de Amparo, bajo el expediente número 600-C-93, presentado por la Sociedad Tajo Industrial El Aeropuerto S.A. (ver folio 19 del expediente administrativo).

7. El 16 de setiembre de 1993, el Ministro de Recursos Naturales, Energía y Minas, Dr. Orlando Morales Matamoros, y el Director de Geología y Minas, Lic. José Francisco Castro, y ante petición del señor Hossein Fouladi, solicitaron a la Sala Constitucional se pronunciara respecto a la prohibición de continuar con el trámite del procedimiento administrativo número 2304, tomando en cuenta que una vez otorgada la concesión minera, se consolida la expectativa de derecho que hasta ahora poseía el solicitante (ver folios 22 al 25 del expediente administrativo).
8. En oficio DGM/RNM-619-93 fechado 17 de setiembre de 1993, la señora Cynthia Cavallini Ch., Jefe Registro Nacional Minero, le adjuntó al señor Hossein Fouladi fotocopia de la solicitud de autorización para la ejecución o continuación del procedimiento administrativo del expediente número 2304 realizada ante la Sala Constitucional, quedando a la espera de la resolución que sobre el caso emita dicha Sala (ver folio 27 del expediente administrativo).
9. Mediante Memorando PC-EIA-134-95 fechado 8 de marzo de 1995 y dirigido a la Licda. Cynthia Cavallini, Jefe Registro Nacional Minero, Dirección de Geología y Minas, el Lic. Allan Astorga G., Vicepresidente de Comisión Nacional de Estudios de Impacto Ambiental, transcribió el Artículo V., Acuerdo c., Sesión N^a 238 de 6 de marzo de 1995 de la Comisión Nacional de Estudios de Impacto Ambiental. En dicho artículo se tomó el siguiente acuerdo : "Tomando en cuenta que el material a explotar es ignimbrita sumamente fuerte, duro y compacto, se recomienda dejar una distancia no menor de 10 mts. De los condominios y esperar que la D.G.M. haga llegar a la Comisión la solicitud para realizar el respectivo estudio previo. Se acuerda : Notificar a la Dirección de Geologías y Minas. Acuerdo Firme." (ver folio 27 del expediente administrativo).
10. El 20 de junio de 1995, el señor Hossein Fouladi, con fundamento en el artículo 76 del Código de Minería, solicitó a



la Dirección de Geologías y Minas, la emisión de los edictos correspondiente para su publicación en el Diario Oficial La Gaceta (ver folio 28 del expediente administrativo).

11. En Resolución N° 1259 dictada a las 10:50 horas del 23 de junio de 1995, la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero, comunicó al señor Hossein Fouladi que la Comisión Interinstitucional de Evaluación y Control de Estudios de Impacto Ambiental avaló el infome presentado, y rechazó parcialmente el estudio. Asimismo, se le concedió al interesado el plazo de dos meses -de conformidad con el artículo 36 del Reglamento al Código de Minería- para que presentara el anexo correspondiente (ver folios 31 a 33 del expediente administrativo).
12. Mediante oficio PC-EIA-463-95 fechado 10 de agosto de 1995, el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Estudios de Impacto Ambiental, resolvió transcribir el Artículo 6, de la Sesión N° 012 de la Junta Directiva, en la cual ésta acuerda: "Avalar el informe presentado por la Unidad Técnica, aprobando el EIA y su anexo."

(ver folios 34 a 36 del expediente administrativo).

13. El señor Hossein Fouladi, en la condición señalada en el Hecho N° 1, solicitó el 22 de enero de 1996 a la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero, la expedición de los edictos correspondientes para su debida publicación en el Diario Oficial La Gaceta, aduciendo haber cumplido con todos los requisitos legales y prevenciones hechas, así como también por haber sido aprobado el Proyecto de Explotación, el Informe de Factibilidad y el Estudio de Impacto Ambiental (ver folio 37 del expediente administrativo).
14. Mediante Voto N° 2190-96 dictado a las 9:51 horas del 10 de mayo de 1996, la Sala Constitucional declaró con lugar el Recurso de Amparo interpuesto por el señor Hossein Fouladi por cuanto se había aceptado como cierto que el recurrente no había obtenido respuesta a su solicitud de confeccionar los edictos de ley. Adicionalmente, la Sala Constitucional consideró que el motivo por el cual se había suspendido el trámite del expediente N° 2304 -Recurso de Amparo 600-C-93- ya no existía, toda vez que este Recurso había sido resuelto por sentencia N° 5808-93 de las 16:42 horas del 10 de noviembre de 1993, el cual fue adicionado por resolución número 71-94, estableciéndose al respecto que para proceder a declarar la nulidad de una concesión, se debía utilizar el procedimiento señalado en el artículo 173 de la Ley General de la



- Administración Pública, y en este sentido se debía de mantener suspendido los trámites referentes al Expediente Minero N° 22304 (ver folios 38 a 40 del expediente administrativo).
15. Mediante Resolución N° 3332 dictada a las 8:10 horas del 11 de octubre de 1996 por la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Aduanero, se previno al señor Hossein Fouladi retirar el edicto correspondiente (ver folio 48 del expediente administrativo).
 16. Mediante resolución N° 203 dictada a las 10:49 horas del 30 de enero de 1997 por la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero, se recomendó al señor Ministro del Ambiente y Energía el otorgamiento de la concesión respectiva (ver folios 54 al 68 del expediente administrativo).
 17. Mediante resolución N° 098-97-MINAE dictada a las 11:30 horas del 26 de febrero de 1997 por el Ministerio del Ambiente y Energía se resolvió otorgar a los señores Mohamed Reza Fouladi y Yassaman Fouladi la concesión de explotación minera de un Tajo de arena y lastre solicitada, que corre en el Expediente Minero N° 2304. (ver folios 69 a 79 del expediente administrativo).
 18. En escrito presentado ante la Dirección de Geología y Minas el 5 de setiembre de 1997, el señor Federico Martén Sancho, en su calidad de Apoderado Especial del Tajo Industrial el Aeropuerto S.A., cuestionó la legalidad de las resoluciones números 203 de las 10:49 horas del 30 de enero de 1997 y la 098-97-MINAE de las 11:30 horas del 26 de febrero de 1997, resoluciones que respectivamente recomendaban y concedían el derecho de explotación sobre el tajo previamente concedido a Tajo Industrial el Aeropuerto S.A. Asimismo, indicó que en visita que realizara en diciembre de 1996 a la Dirección de Geología y Minas con el fin de consultar los expedientes 2044 y 2304, le sorprendió que se hubieran publicado los edictos del expediente 2304, llamando la atención al Lic. Eduardo García en el sentido de que esa área estaba concedida en el expediente número 2044. A lo anterior, el Lic. García indicó que era innecesario efectuar gestión alguna u oposición en el expediente número 2304 ya que inmediatamente procedería a suspender el trámite por choque con el expediente número 2044. De igual manera, prometió resolver a la mayor brevedad posible la referente a la servidumbre de explotación (ver folios 83 y 84 del expediente administrativo).
 19. En Memorándum DGM-RNM-433-97 de fecha 5 de setiembre de 1997, la Licda. Cynthia Cavallini Chinchilla, Jefe Registro Nacional Minero, remitió escrito presentado por el Lic. Martén



Sancho al Lic. José Franciso Castro, Director de Geología y Minas, solicitando se realice la investigación correspondiente conforme al artículo 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública (ver folio 101 y 102 del expediente administrativo).

20. Mediante Resolución N° 718 dictada a las 10:15 horas del 8 de setiembre de 1997 por la Dirección de Geologías y Minas, Registro Nacional Minero, se nombró como Organo Director del Procedimiento Administrativo al Lic. Kenneth Arguedas Jiménez del Registro Nacional Minero (ver folio 105 y 106 del expediente administrativo)
21. En Resolución DGM-OD- 860-97 dictada a las 9 :15 horas del 29 de setiembre de 1997 por la Dirección de Geología y Minas, se resolvió revocar la Resolución N° 718 dictada el 8 de setiembre de 1997 y cumplir con lo dispuesto por el Director Superior de Hidrocarburos, Geología y Minas, en Memorándum DSHGM-328-97 de remitir denuncia del Lic. Martén al Ministerio Público y copia de la denuncia y de lo resuelto por esta Dirección en el Incidente de Nulidad al Ministerio Público, al Departamento de Asesoría Jurídica y de Recursos Humanos, con el objeto de que se abra el proceso administrativo correspondiente (ver folios 120 a 127 del expediente administrativo).
22. En Resolución N° 843 dictada a las 9:00 horas del 27 de octubre de 1997 por la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero, se resolvió, con fundamento en el artículo 61 del Código de Minería, artículos 173 y 307 de la Ley General de la Administración Pública, remitir el expediente número 2304 ante el Ministerio de Ambiente y Energía a efectos de tramitar la nulidad de la Resolución 098-97-MINAE de las 11:30 horas del 26 de febrero de 1997 (ver folios 128 a 131 del expediente administrativo).
23. En escrito presentado ante el Director de Geología y Minas el 15 de enero de 1998, el señor Hoseein Fouladi solicitó se continuaran con los trámites en los expediente números 2044 y 2304. Con respecto al expediente número 2044, el petente alegó que lo último que se había tramitado era la Resolución N° 844 de las 9:30 horas del 29 de octubre de 1997, el cual establecía con fundamento en el artículo 63 del Código de Minería elevar el expediente ante el Señor Ministro a fin de emitir resolución respecto del incumplimiento de las resoluciones números 1321 del 31 de agosto de 1995 y la 315 del 15 de febrero de 1996 (ver folios 146 a 148 del expediente administrativo).



24. Mediante oficio DM-076-98 fechado 19 de marzo de 1998, el Ing. René Castro Salazar, Ministro del Ambiente y Energía, solicitó al Lic. Harry Muñoz Alpízar, Secretario General del Consejo de Gobierno tramitar la declaratoria de nulidad absoluta, evidente y manifiesta de la Resolución R-098-97-MINAE, Expediente Minero N° 2304 (ver folio 138 del expediente administrativo).
25. El 22 de mayo de 1998 el señor Hossein Fouladi solicitó a la Ministra de Ambiente Energía y Minas, que por estar caduco el derecho del expediente número 2044 sobre la misma zona que ocupa la concesión de sus representados, que se dictara una nueva resolución de otorgamiento en el expediente número 2304 aplicando la figura de la conversión (ver folios 183 a 185 del expediente administrativo).
26. El 7 de julio de 1998, el Secretario General del Consejo de Gobierno previno al Ministro de Ambiente y Energía cumplir con ciertos requerimientos previo entrar a conocer de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta (ver folios 186 a 189 del expediente administrativo).
27. El 27 de julio de 1998, los apoderados de Tajo Industrial El Aeropuerto S.A. se apersonaron ante el Secretario del Consejo de Gobierno como coadyuvantes en el proceso instaurado a tenor de los artículos 173 y 278 de la Ley General de la Administración Pública, alegando que la Dirección de Geología y Minas no podía desconocer la existencia de la concesión de Tajo Industrial El Aeropuerto S.A. porque la propiedad civil en la cual se encontraba ubicada la explotación minera pertenece a los señores Fouladi. Precisamente era por esta razón que solicitaron a la Administración se pronunciara sobre le servidumbre de ocupación sobre el predio civil de los señores Fouladi. Además de que constaban en los expedientes mineros las respectivas coordenadas, de manera que fue con conocimiento de causa que se violentó el artículo 61 inciso c) del Código de Minería (ver folios 191 a 193 del expediente administrativo).
28. Mediante Voto N° 5102-98 dictada a las 19:15 horas del 15 de julio de 1998 la Sala Constitucional declaró sin lugar Recurso de Amparo interpuesto por el Tajo Industrial El Aeropuerto S.A. contra la concesión otorgada a los señores Fouladi y contra la Resolución N° 169-98-MINAE de las 8:00 del 13 de febrero de 1998, mediante el cual el Ministerio de Ambiente y Energía ordenó a la Dirección de Geología y Minas cancelar la concesión otorgada en el expediente número 2044, por incumplimiento de obligaciones minera y violación de la Ley Forestal y Orgánica del Ambiente. Sobre el primer punto,



señaló la Sala la inexistencia de interés actual, al haber aceptado la parte recurrida haber cometido el error y tomar las medidas pertinentes. Y sobre la cancelación de la concesión otorgada a la recurrente, tampoco se conculcaron sus derechos al haber operado una causal de extinción de la concesión contemplada en el Código de Minería, y que con anterioridad se habían realizado las prevenciones del caso a fin de ejercer su derecho de defensa, sin que tal determinación tuviera relación alguna con la concesión que erróneamente se había otorgado a los señores Fouladi (ver folios 207 a 209 del expediente administrativo).

29. En escrito presentado ante el Director de Geología y Minas el 3 de agosto de 1998, el señor Hoseein Fouladi solicitó cumplir con el Voto N° 5102-98 de la Sala Constitucional del 15 de julio de 1998, que es Expediente N° 98-002920, que declaró sin lugar el Recurso de Amparo interpuesto por el Tajo Industrial El Aeropuerto S.A. contra la Dirección de Geología y Minas (ver folios 180 y 181 del expediente administrativo).
30. Mediante Resolución N° 642 dictada a las 11:18 horas del 31 de agosto de 1998 por la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero, se resolvió decretar la cancelación de la concesión otorgada en el expediente número 2044 y liberar el área respectiva (ver folios 204 a 206 del expediente administrativo).
31. En escrito presentado el 22 de setiembre de 1998, el señor Fouladi solicitó al Consejo de Gobierno la suspensión del trámite de nulidad iniciado, y plantear al Ministro de Ambiente y Energía dictar una nueva resolución dejando sin efecto la Resolución N° 098-97-MINAE, y que por medio de la figura de la conversión se otorgue el derecho de explotación (ver folios 211 a 214 del expediente administrativo).
32. En escrito fechado 5 de noviembre de 1998, el señor Fouladi solicitó al Ministro a.i. de Ambiente y Energía revocar la solicitud presentada al Consejo de Gobierno y en su lugar dictar una nueva resolución para dejar sin efecto la Resolución N° 098-97 y que por la vía de la conversión se le otorgue la concesión (ver folio 215 al 220 del expediente administrativo).
33. En virtud de la reforma introducida al artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, la Ministra de Ambiente y Energía en oficio DMAE-942-99 de 7 de junio de 1999 nombró como Organo Director del Procedimiento Administrativo a la Licda. Ana Luisa Leiva, Asesoría Jurídica del Ministerio



- del Ambiente y Energía (ver folio 265 del expediente administrativo).
34. Mediante Resolución R-858-99-MINAE dictada a las 9:00 horas del 10 de junio de 1999 la Licda. Leiva Vega como Organismo Director del Procedimiento Administrativo citó a los concesionarios del expediente número 2304 a una comparecencia oral y privada (ver folio 266 del expediente administrativo).
 35. Mediante oficio DM-1591-99 de 12 de agosto de 1999 la Ministra de Ambiente y Energía solicitó a la Procuraduría General dictamen del artículo 173 de la resolución R-098-97-MINAE de 26 de febrero de 1997 (ver folio 281 del expediente administrativo).
 36. Mediante dictamen C-164-99 de 19 de agosto de 1999 se respondió a la Ministra de Ambiente y Energía la imposibilidad de pronunciarse sobre lo solicitado por existir vicios en la tramitación del procedimiento ordinario correspondiente, tales como: El acta de inicio de procedimiento contenía vicios que dieron lugar a la nulidad absoluta de ésta, al incumplirse con los principios de intimación, imputación y el deber de indicar el carácter y los fines del procedimiento, los cuales han sido desarrollados por la Sala Constitucional, y con lo dispuesto en el artículo 249 de la Ley General de la Administración Pública, específicamente en los incisos c) y f) por lo que la Administración se encuentra obligada a retrotraer los procedimientos a ese momento procesal (ver folios 274 a 281 del expediente administrativo).
 37. En Resolución R-1134-99-MINAE dictada a las 8:00 horas del 2 de setiembre de 1999 por el Ministro a.i. del Ambiente y Energía se resolvió anular las resoluciones números 858-99-MINAE de las 8:00 horas del 11 de junio de 1999, R-915-99-MINAE de las 13:00 horas del 30 de junio de 1999 y el oficio DAJ-982-99 de 26 de julio de 1999 a efecto de enderezar el procedimiento y proceder a su nuevo dictado (ver folios 282 a 283 del expediente administrativo).
 38. Mediante Resolución R-1135-99-MINAE dictada a las 9:00 horas del 2 de setiembre de 1999 por el Organismo Director del Procedimiento Administrativo se citó a una comparecencia oral y privada a los señores Fouladi a celebrarse el 8 de octubre de 1999 y con el fin de conocer de la nulidad absoluta de la Resolución R-098-97-MINAE. Resolución que fuera notificada al Lic. Pánfilo Ramírez el 2 de setiembre de 1999 (ver folio 284 a 286 del expediente administrativo).
 39. El día señalado para la comparecencia el señor Fouladi presentó escrito con las pruebas y alegatos correspondientes, recusando a la Directora del Organismo Director del Procedimiento



- Administrativo (ver folio número 409 a 425 del expediente administrativo).
40. Según el Acta de Comparecencia, el señor Fouladi asistió a ésta con el señor Carlos Villalobos Solé a fin de que le ayudara con la traducción del idioma español. Según la traducción realizada, el señor Fouladi se sorprendió mucho cuando la Administración le dio la concesión. No se opone a que la nulidad se declare, sin embargo, consideran los abogados del interesado que existe la posibilidad de que se aplique la figura de la conversión (ver folios 433 a 436 del expediente administrativo).
 41. Mediante Resolución R-1284-MINAE dictada a las 9:00 horas del 19 de octubre de 1999, la Licda. Ana Luisa Leiva elevó el expediente a la señora Ministra a fin de que conociera y resolviera la recusación planteada (ver folio 437 a 441 del expediente administrativo).
 42. En Resolución R-1339-99-MINAE dictada a las 9 horas del 17 de noviembre de 1999, la Ministra de Ambiente y Energía declaró sin lugar la gestión de recusación por no configurarse la causal de interés directo alegada (ver folios 442 a 444 del expediente administrativo).
 43. Mediante Resolución R-1429-99-MINAE dictada a las 8:00 horas del 17 de diciembre de 1999 se conoció recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la Resolución R-13339-99-MINAE, declarándose sin lugar el recurso de revocatoria y rechazándose de plano el recurso de apelación (ver folios 466 a 468 del expediente administrativo).
 44. Mediante oficio DAJ-046 fechado 12 de enero de 2000, el Organismo Director del Procedimiento Administrativo rindió informe a la Ministra del Ambiente y Energía sobre la presunta nulidad absoluta, evidente y manifiesta de la concesión minera número 2304 (ver folio 469 a 475 del expediente administrativo).
 45. Mediante oficio DM-177-2000 de 18 de enero de 2000 la Ministra del Ambiente y Energía remitió de nuevo a esta Procuraduría General el expediente minero número 2304 a fin de que se pronuncie sobre la nulidad absoluta de la concesión. Del mismo modo, se consulto sobre la viabilidad jurídica de aplicar el artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública (folio 476 y 475 del expediente administrativo).

II. ***Sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta***

Como ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia administrativa de esta Institución, la potestad contemplada en el



artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, supone un trámite que ha de seguir la Administración para volver sobre un acto propio creador de derechos subjetivos. Precisamente por esta excepcionalidad, es que se torna necesario determinar, en cada caso en concreto, los requisitos para que se configure una nulidad, que además de absoluta, ha de ser evidente y manifiesta.

De conformidad con los artículos 158 y 159 de la Ley General de la Administración Pública, el criterio seguido para establecer la nulidad del acto administrativo está referido a la falta, defecto o desaparición de algún requisito o condición del acto administrativo(1), señalándose que será inválido el acto que sea sustancialmente disconforme. Las causas de invalidez pueden ser cualesquiera infracciones sustanciales al ordenamiento jurídico.

(1) Sobre la desaparición de una de las condiciones exigidas por el ordenamiento para su adopción, el artículo 159 expresamente señala que es cuando la permanencia de dicha condición sea necesaria para la existencia de la relación jurídica creada, en razón de la naturaleza de la misma o por disposición de ley.

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

Nuestro ordenamiento jurídico establece dos tipos de nulidades: la relativa y la absoluta. Dentro de esta última categoría distingue, en cuanto a su tratamiento, la nulidad absoluta, de la nulidad absoluta, que es, además, evidente y manifiesta.

En realidad, no pretendemos agotar, ni mucho menos hacer un análisis exhaustivo del tema de las nulidades del acto administrativo, sino tan solo hacer una breve referencia al mismo con miras a tener un marco teórico con el cual poder analizar, en el siguiente apartado, el acto administrativo que se pretende anular.

Hecha la anterior aclaración, y previo a entrar a exponer lo que sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, ha expresado este Organismo Consultivo, nos referiremos al régimen de la nulidad absoluta y relativa en nuestro país.

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



"Artículo 166.-

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

Artículo 167.-

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

Artículo 168.-

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

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

1. Hay nulidad absoluta cuando falte totalmente -desde un ángulo real o jurídico- un elemento del acto.
2. Hay, a la inversa, nulidad relativa cuando algún elemento está sustancialmente viciado o es imperfecto.
3. Habrá nulidad absoluta, en todo caso, si el mero defecto o vicio de un elemento existente es tan grave que impide la realización del fin del acto, como si faltara totalmente un elemento esencial de éste.
4. En caso de duda, se debe estar por la solución más favorable a la conservación y eficacia del acto.(2)

(2) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, "Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública (Costa Rica)" en Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1981, p 445.

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



Ahora bien, cuando se está en presencia de una nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos, la Ley General no le otorga a la Administración el ejercicio de la potestad de autotutela, sino que ésta debe proceder a declarar la lesividad del acto, y solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa la declaración de nulidad.(3)

(3) La lesividad se encuentra regulada en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

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

Sobre los antecedentes de este tipo de nulidad, y sus caracteres, en Dictamen C-019-87 de fecha 27 de enero de 1987, se expuso al respecto:

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

En esta parte inicial de nuestro estudio nos será de utilidad lo expuesto por esta oficina mediante dictamen de 21 de junio de 1983, suscrito por el Lic. Gonzalo Cervantes Barrantes, Procurador Adjunto. Veamos:

"El artículo 173.1 de la Ley General de la Administración Pública, No 6227 de 2 de mayo de 1978, reformado por la Ley No 6815 de 27 de setiembre de 1982, actualmente dice:

"Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos fuere evidente y manifiesta, podrá declararse por la Administración en la vía administrativa sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad señalado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República". De acuerdo



con esta disposición, para que la Administración declare en la vía administrativa la nulidad de un acto, no basta la contemplación de una nulidad absoluta, sino que esta tiene que ser evidente y manifiesta, por lo cual el centro de atención de esa norma se debe poner en estos dos calificativos.

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

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

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

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

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

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

En forma acorde con el espíritu del legislador y con el significado de los adjetivos "evidente" y "manifiesta", debe entenderse que la



que aparece de manera clara, sin que exija un proceso dialéctico su comprobación, por saltar a primera vista.

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

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

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

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

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

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

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

"En la misma línea de pensamiento, el criterio sostenido por este órgano consultivo en cuanto a las condiciones requeridas para



determinar si estamos o no en presencia de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta, viene a ser conforme con lo estipulado por la jurisprudencia española. Así, Garrido Falla nos ilustra:

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

"la que es declarada y patente, de suerte que se descubra por la mera confrontación del acto administrativo con la norma legal, sin necesidad de acudir a la interpretación o exégesis".

(GARRIDO FALLA, FERNANDO "Tratado de Derecho Administrativo", Volumen I, Parte General, 3 Edición, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1982, página 602).

En términos similares apunta González Pérez:

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

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

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

(Voto N° 1563-91 de 14 de agosto de 1991).

Una vez expuesta las anteriores consideraciones generales sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, nos abocaremos a



pronunciarnos, en forma concreta, sobre la resolución objeto de consulta.

III. Análisis del caso planteado

Según lo señalado en el Hecho N° 45 de los Antecedentes, se remitió de nuevo a esta Procuraduría General el Expediente Minero N° 2304 a fin de que esta Procuraduría General se pronuncie -luego de subsanado los defectos señalados en Dictamen C-164-99 de 19 de agosto de 1999- sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de la concesión minera otorgada a los señores Fouladi. Además, se solicita que nos pronunciemos sobre la viabilidad jurídica de aplicar el artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública al caso en concreto.

A. Sobre el dictamen referente al artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública

Del análisis del expediente administrativo que se ha tenido a la vista, se desprende que el motivo por el que inicia el procedimiento que nos ocupa es para determinar si el acto de otorgamiento de la concesión minera a los señores Fouladi -y que corre bajo el Expediente Minero N° 2304- podría tener un vicio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, toda vez que al momento de su otorgamiento ya existía una concesión previa sobre la totalidad de la misma área en que le fue otorgada la concesión.

Los hechos que motivan la posible nulidad, y a los que ya se hizo referencia con detalle en el aparte primero, pero que conviene reiterar son los siguientes:

El problema surge debido a que la Dirección de Geología y Minas había otorgado concesión de explotación minera -solicitada bajo el Expediente Minero N° 2044- a la Sociedad Distribuidora A. Lizano S.A. sobre la finca número 354-279-000; derechos que posteriormente fueron cedidos por esa Sociedad a favor de Tajo Industrial El Aeropuerto S.A.

De acuerdo con los documentos que constan en el expediente el área otorgada en esa concesión es la misma que la que solicitaban explotar los señores Foulani.(4)

(4) Según consta de la documentación existente, la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero tenía no solo conocimiento, sino que incluso da por demostrado que el área objeto



de interés, tanto en la concesión N° 2044 (en la cual se había declarado la nulidad de la concesión) y la solicitud del expediente N° 2304 -realizada por los señores Fouladi- era la misma, pues se trataba de la finca número 354-279-000 inscrita en el Partido de San José (ver relación de los Hechos Números 3 y 4 de los Antecedentes).

Ahora bien, la concesión que otorgó derechos al Tajo Industrial El Aeropuerto, mediante resolución DGM/RNM-1256, confirmada por resoluciones DGM/RNM-1698 y R-372-92 MIRENEM, fue declarada nula de conformidad con el artículo 82 del Código de Minería. Los interesados plantean recurso de amparo en el que se cuestiona dicha nulidad.

En virtud de lo anterior mediante resolución N° 820 de las 10:30 horas del 1 de junio de 1993 dictada por la Dirección de Geología y Minas, Registro Nacional Minero, se ordenó suspender con fundamento en el artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional el trámite administrativo N° 2304 -que era solicitud de concesión de explotación de cantera a nombre de Mohammad Reza Fouladi y Yassaman Fouladi- hasta tanto la Sala Constitucional no resolviera en definitiva el Recurso de Amparo, bajo el expediente número 600-C-93, presentado por la Sociedad Tajo Industrial El Aeropuerto S.A. (5)

(5) Ver relación de los Hechos Números 5 y 6 de los Antecedentes

Es precisamente por este motivo que el Ministro de Recursos Naturales, Energía y Minas y el Director de Geología y Minas, ante petición del señor Hossein Fouladi, solicitaron a la Sala Constitucional se pronunciara respecto a la prohibición de continuar con el trámite del procedimiento administrativo número 2304. En este sentido, la Licda. Cynthia Cavallini Ch., Jefe Registro Nacional Minero, le adjuntó al señor Hossein Fouladi fotocopia de la solicitud de autorización para la ejecución o continuación del procedimiento administrativo del expediente número 2304 realizada ante la Sala Constitucional, quedando a la espera de la resolución que sobre el caso emitiera dicha Sala.(6)

(6) Ver relación de los Hechos Números 7 y 8 de los Antecedentes.

La Sala Constitucional resolvió el asunto resolución N° 5808-93, adicionada por la número 71-94, señalando que para la realizar la declaratoria de nulidad de una concesión, se debía proceder



conforme al artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública.

Así, a partir de las citadas resoluciones de la Sala Constitucional, vinculantes de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la Administración debía mantener vigente la concesión que tenía Tajo Industrial el Aeropuerto S.A.

No obstante lo anterior, la Dirección de Geología y Minas continuó durante el año de 1995 con diversos procedimientos referentes al Expediente Minero N° 2304, tales como la emisión de una serie de recomendaciones por parte de la Comisión Nacional de Estudios de Impacto Ambiental, y la aprobación parcial por parte de la Comisión Interinstitucional de Evaluación y Control de Estudios de Impacto Ambiental del informe presentado, concediéndose al interesado el plazo de dos meses para que presentara el anexo correspondiente.

Es con fundamento en lo anterior, que el señor Hossein Fouladi, -al amparo del artículo 76 del Código de Minería- solicitó el 22 de enero de 1996 a la Dirección de Geología y Minas, la emisión de los edictos correspondiente, aduciendo haber cumplido con todos los requisitos legales y prevenciones hechas, así como también por haber sido aprobado el Proyecto de Explotación.(7)

(7) Ver relación de los Hechos Números 9, 10, 11, 12 y 13 de los Antecedentes

En virtud de que la Dirección de Geología y Minas no contestó al señor Fouladi la gestión presentada, éste presentó Recurso de Amparo en ese sentido. Es así como mediante Resolución N° 2190-96 dictada el 10 de mayo de 1996, la Sala Constitucional declaró con lugar el Recurso de Amparo interpuesto en el tanto se había aceptado como cierto que el recurrente no había obtenido respuesta a su solicitud de confeccionar los edictos de ley. Adicionalmente, la Sala Constitucional consideró que el motivo por el cual se había suspendido el trámite del expediente N° 2304 -Recurso de Amparo 600-C-93- ya no existía, toda vez que este Recurso había sido resuelto por sentencia N° 5808-93 de 10 de noviembre de 1993. (8)

(8) Ver Hecho N° 14 de los Antecedentes.

Posteriormente, la Jefe del Registro Nacional Aduanero emitió el edicto correspondiente el 11 de octubre de 1996 para su debida publicación.



Considerando que se habían cumplido con todos los trámites pertinentes, mediante resolución número 203 se elevó el conocimiento del asunto a fin de que el Ministro correspondiente resolviera la recomendación de otorgamiento de la concesión solicitada por el señor Fouladi. El Ministro a.i. de Ambiente y Energía mediante Resolución R-098-97-MINAE dictada a las 11:30 horas del 26 de febrero de 1997 resolvió otorgar a los señores Fouladi la concesión de explotación minera de un tajo de arena y lastre solicitada bajo el Expediente Minero N° 2304 (ver relación de los Hechos números 15, 16 y 17 de los Antecedentes).

Asimismo, del expediente se desprende que es hasta el año 1998 que se declara la caducidad de la concesión de Tajo Industrial El Aeropuerto. La declaratoria de caducidad a su vez produce la interposición de otro recurso de amparo, que esta vez es resuelto mediante Resolución 5102-98 de 15 de julio de 1998, el que es declarado sin lugar, considerando la Sala que en el trámite de la caducidad de la concesión y en su declaratoria no se violentaron derechos de la parte.

Todo lo reseñado hasta aquí nos permite extraer dos conclusiones fundamentales para la resolución del presente asunto: existe coincidencia del área de concesión que tenía Tajo Industrial El Aeropuerto y la que solicitaba el señor Hossein Fouladi como apoderado, y por otra parte, Tajo Industrial El Aeropuerto mantuvo su concesión hasta el año 1998.

En virtud de lo anterior, cuando le fue concedida la concesión a los señores Fouladi aún Tajo Industrial el Aeropuerto mantenía vigente su concesión y en consecuencia tenía un derecho de explotación sobre el área definida y localizada en su oportunidad.

Por su parte, el artículo 61 inciso c) del Código de Minería señala:

"Artículo 61.-

Serán nulos los permisos y concesiones otorgados en contravención a la ley, y en especial los siguientes: (...)

c. Los permisos y concesiones otorgados que comprenden el perímetro de permisos o concesiones anteriores, constituidos o en trámite, en toda la extensión que invadan. La Dirección de Geología, Minas e Hidrocarburos determinará si debe o no subsistir el nuevo permiso o concesión, en la parte que no se



superpone, y, en tal caso, ordenará la reducción que sea procedente."

En el caso que nos ocupa resulta claro que el acto mediante el cual se le otorgó la concesión a los señores Fouladi es un acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico(9) puesto que se otorgó sobre un área que ya había sido dada en concesión (objeto imposible), situación que se encuentra expresamente prevista en el artículo 61 de cita como vicio que debe ser sancionado con la nulidad del acto, y que consecuentemente, apareja la invalidez de éste.

(9) Debe recordarse que ya se había indicado que de conformidad con el artículo 158 de la LGAP será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.

La anterior infracción del ordenamiento jurídico se apoya en los vicios graves y notorios en el motivo y contenido del acto, afectándose obviamente el fin perseguido por éste, lo que lleva a considerar que existe un vicio de nulidad absoluta del acto administrativo en cuestión. El motivo del acto es inexistente (dado que el área de la concesión no era disponible, ya había sido dada en concesión) y el contenido imposible por la misma razón.

Tal y como se había señalado supra, para que la Administración pueda anular un acto declaratorio de derechos, la nulidad absoluta debe ser evidente y manifiesta.

Consideramos que en el caso concreto, efectivamente nos encontramos frente a ese supuesto, debido a que es fácilmente constatable en el expediente, y reafirmado por las resoluciones de la Sala Constitucional, que se otorgó una concesión cuando ya el área concesionada había sido previamente dada a otro particular en concesión. Recuérdese que en estos supuestos le corresponde siempre a la propia Administración competente (para lo cual contará con los técnicos apropiados y los registros y planos correspondientes) verificar la disponibilidad del área a concesionar (requisito mínimo indispensable para continuar con el procedimiento de concesión).

Nótese, finalmente, que la Administración no podría no tener conocimiento de la existencia de los recursos de amparo puesto que ella era la recurrida.



B. Sobre el artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública

Solicita usted además nuestro criterio sobre la viabilidad jurídica de aplicar el artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública sobre el acto en consulta.

Lamentablemente, no es posible responder a esta petición suya por las siguientes razones:

Como principio, y tal y como se ha sostenido en la jurisprudencia administrativa nuestra, en nuestra calidad de órgano asesor técnico-jurídico de la Administración las consultas deben ser planteadas en abstracto, salvo los casos establecidos en los artículos 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública, ya que en ellos sí se establece una participación asesora, en un caso concreto, de parte nuestra.

Sobre este tema se ha indicado:

"En segundo plano, éste órgano también se ve imposibilitado de emitir su criterio en casos concretos, pues su función asesora se circunscribe a la clarificación de aspectos generales que puedan despertar dudas a la Administración.(10) De lo contrario, se estaría suplantando a la administración activa en la toma de la decisión que corresponda. Al respecto, se ha señalado:

(10) En este sentido pueden consultarse, entre otros los dictámenes C-104-90 de 9 de julio de 1990, C-094-94 de 8 de junio de 1994 y C-064-97 de 29 de abril de 1997.

"De previo a evacuar el fondo de los aspectos consultados, precisa indicar lo siguiente. El artículo 5 de nuestra Ley Orgánica (Nº 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas), estatuye que la Procuraduría General, en el ejercicio de su competencia consultiva, no puede referirse a situaciones concretas, porque con ello se estaría sustituyendo a la Administración Activa en el ejercicio de las funciones que le fueron conferidas por el ordenamiento jurídico (artículo 2º).

Pese a que, en el presente caso, se desprende con claridad la situación particular que se vería afectada por nuestro criterio, esta Procuraduría, con el deseo de colaborar en el correcto accionar del ente consultante, procede a evacuar la inquietud jurídica que motiva el oficio SME-287-97. Ello en el entendido que



se trata de una mera opinión jurídica, la cual adolece del carácter vinculante que es propio de los dictámenes emitidos por este ente Superior Consultivo Técnico Jurídico de la Administración Pública." (OJ-008-98 de 10 de febrero de 1998)

Sobre este aspecto, debe precisarse que cuando este Organismo Asesor, excepcionalmente, resuelve un asunto concreto, éste no puede tener la característica de la vincularidad, porque, según ya se indicó, se estaría sustituyendo la voluntad de la administración activa.

Ahora bien, cuando el consultante lo plantea como un asunto concreto, pero se resuelve de manera genérica, sin entrar a analizar las particularidades del asunto pendiente, sí podría tratarse de un dictamen y no de un pronunciamiento, porque no se sustituye a la Administración, sino que se realiza la labor propia que nos corresponde."

(Dictamen C-231-99 de 19 de noviembre de 1999)

De esta forma, por tratarse de un asunto en el que se nos solicita nuestro criterio en punto a la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un determinado acto administrativo debemos emitir un dictamen de carácter vinculante. Consecuentemente, no se puede entrar a analizar si procede la aplicación del artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública en ese mismo asunto, porque, a diferencia del numeral 173, en él no se prevé una participación concreta de la Procuraduría, y por lo tanto, de emitirlo, estaríamos invadiendo una competencia propia de la administración activa.

Debe ser la Administración activa, en este caso, el Ministerio del Ambiente y Energía, el que determine si procede la aplicación del citado numeral."³

Con la aprobación del Señor Procurador General de la República, doy respuesta a su oficio número REF: 1-051-01, de fecha 18 de enero del año en curso, ampliado por oficio REF: 1-067-2001 de 24 del mismo mes, mediante el cual solicita el criterio de esta Procuraduría General sobre una serie de aspectos relativos a la vigencia y duración del nombramiento de un integrante del Consejo Directivo del Consejo Nacional para Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT), una vez finalizado el respectivo período de su antecesor, esto con motivo del retraso inminente en que ha incurrido el Consejo de Gobierno en la designación de aquél; específicamente, se consulta lo siguiente:



"- ¿A partir de qué momento empieza a correr el plazo legal del nombramiento de un directivo del Consejo Director del CONICIT: a partir de que ocurrió la vacante o a partir de la fecha misma del nombramiento?"

- Si se determina que corre a partir de la fecha que ocurre la vacante, ¿cuál es el procedimiento para separar del cargo a un directivo cuyo período legal se he (sic) interpretado, de hecho, a partir del nombramiento mismo?"

- ¿Tienen algún vicio de nulidad los acuerdos tomados por el Consejo Director del CONICIT con la participación de un directivo cuyo nombramiento, en razón de lo planteado anteriormente, se considere vencido?"

- ¿Cuál es el procedimiento para subsanar esas eventuales nulidades?"*

- Sugerir el procedimiento legal a seguir para recuperar el orden sucesivo y paulatino de nombramiento de los integrantes del Consejo Director del CONICIT. (Ampliación de la consulta por oficio REF:1-067-2001, op. cit).

De conformidad con el contenido de su misiva, así como de la documentación adjunta, es claro que las cuestiones sobre las cuales se solicita nuestro criterio, se contraen a situaciones particulares e individualizadas. Ello, indudablemente, hace que los puntos consultados se refieran a un caso concreto, lo cual, en principio, nos imposibilitaría conocer y resolver el fondo del problema, en los términos de la actividad consultiva, y por ende, vinculante de este Despacho.

No obstante lo expuesto, este Despacho estima conveniente proceder a analizar las interrogantes vertidas en su consulta, con la intención de colaborar en la solución de los puntos que se discuten, haciendo abstracción a un caso concreto.

De previo, me permito manifestarle que, recientemente, este Órgano Asesor ante una consulta muy similar, hecha por el Secretario del Consejo de Gobierno, vertió criterio vinculante sobre la mayoría de las inquietudes jurídicas que usted expresa en su misiva; nos referimos al dictamen C-012-2001, de 15 de enero del 2001, del cual me permito adjuntar copia integral.



Sobre su consulta, me permito manifestarle lo siguiente:

I.-

Momento a partir del cual corre la vigencia del nombramiento del sustituto, una vez finalizado el período de su antecesor, y el retraso del Consejo de Gobierno en la designación de aquél.

En cuanto al primer aspecto consultado, cabe remitirse en forma directa al dictamen de esta Procuraduría número C-012-2001 antes indicado, que al respecto afirma:

*"Si bien es cierto, que la regla general en estos casos, es que la vigencia del nombramiento de las personas designadas como miembros de órganos colegiados, se produzca a futuro, concretamente a partir del acto válido y eficaz de investidura, pues desde ese momento serán considerados funcionarios públicos -Art. 111.1. L.G.A.P. (En tal sentido, C-125-90 de 3 de agosto de 1990, C-129-94 de 16 de agosto de 1994, C-086-97 de 30 de mayo de 1997, OJ-025-98 de 19 de marzo de 1998 y C-148-98 de 28 de julio de 1998), **tomando en consideración que el período de vigencia del nombramiento de los miembros integrantes del Consejo Directivo del CONICIT está predeterminado en el tiempo por el mecanismo de la renovación paulatina de ese órgano colegiado, es decir, que cada integrante tiene un período de inicio y de finalización determinado, este Organó Asesor estima que el inicio del cómputo del plazo de vigencia de nombramiento es señalado por la fecha en que debió llenarse la vacante. Lo anterior trae como consecuencia, que si el nombramiento no se produjo en la fecha en que quedó la vacante por finalización del plazo, el nombramiento se hará por el resto del periodo y no por un periodo completo.***

En esa dirección interpretativa nos orientamos, porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley General de la Administración Pública, esta es la forma en que dicho nombramiento garantizaría mejor la realización del fin público a que se dirige, esto es, brindarle mayor estabilidad al órgano colegiado y contribuir a una mejor administración de su gestión. Pues de lo contrario, si se accediera a tener por extendido el período de ese nombramiento, la gestión del Consejo Directivo del CONICIT podría verse interrumpida por las obvias alteraciones del orden sucesivo y paulatino de renovación de sus miembros -mecanismo legalmente instaurado--



pues habría una directa afectación en el status funcional de sus órganos persona, sin obviar que con ello, el operador jurídico estaría regulando "ex novo", mediante una simple elaboración doctrinal, los alcances temporales del citado nombramiento, con lo cual se estaría sustituyendo al legislador, todo en franca violación del artículo 121. 1 de la Constitución Política."

(El destacado es nuestro).

De lo anterior fácilmente se desprende, que el plazo de vigencia del nombramiento de los nuevos integrantes del Consejo Director del CONICIT comienza a correr desde la fecha misma en que quedó la vacante por finalización del plazo legal del antecesor, razón por la cual, en casos como el consultado, en los que la designación no se produce en esa fecha cierta y determinada, sino en un momento posterior, esta Procuraduría reafirma el criterio de que dicho nombramiento deberá enterarse realizado por el resto del periodo, y no por los cinco años completos. Esto es así, por cuanto se procura no alterar el orden de renovación paulatina de los miembros del citado Consejo Directivo, instaurado en la propia Ley del CONICIT.

II.-

Procedimiento a seguir para separar del cargo a un directivo cuyo período legal se ha interpretado a partir del nombramiento mismo.

Con respecto a la segunda interrogante planteada, sobre cuál es el procedimiento para separar del cargo a un directivo cuya designación *-contrario a lo expuesto anteriormente-* se ha interpretado a partir del nombramiento del mismo, debemos indicar lo siguiente.

Partiendo del supuesto de que en el acuerdo o acto de designación respectivo, el Consejo de Gobierno no haya determinado, de manera cierta y precisa, un período de vigencia específico, es decir, mientras dicho nombramiento no cuente con indicación tanto de la fecha de inicio como de la de finalización, este órgano asesor estima que, de conformidad con los lineamientos jurídicos emanados del pronunciamiento C-012-2001 antes aludido, el simple advenimiento de plazo respectivo es causa objetiva suficiente para tener automáticamente por concluido dicho nombramiento, sin que sea



necesario la apertura de algún procedimiento administrativo para proceder a la separación del cargo, máxime si se considera que ante el nombramiento tardío de aquel, la designación se tendrá hecha por el resto del período legal correspondiente y no por los cinco años completos, así que una vez constatado el cumplimiento del plazo respectivo, se tendrá por vencido el nombramiento.

A lo sumo, lo que recomendaríamos en ese caso, es la simple comunicación oficial de la terminación del nombramiento, por medio de notificación personal al interesado (*Arts. 140, 239, siguientes y concordantes de la Ley General de la Administración Pública*).

En cambio, si consideramos la posibilidad de que el acuerdo o acto de nombramiento contenga expresa indicación de un plazo fijo y determinado, en cuanto a una fecha de inicio y de finalización específica, por el que el Consejo de Gobierno hace tal designación, y ésta fuera totalmente diferente al período por el que legalmente debía hacerse el nombramiento, ineludiblemente la situación se torna más complicada y, en sumo, delicada. Razón por la cual habría que ponderar las siguientes consideraciones.

De conformidad con los principios constitucionales que dimanar de los numerales 11 y 34 de nuestra Norma Fundamental, y a la luz de la doctrina reiterada en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, es preciso recordar que a la Administración Pública le está vedado suprimir "*por mano propia*" aquellos actos que haya emitido en ejercicio de sus competencias, y que confieran derechos subjetivos a los particulares, pues tales derechos constituyen un límite en relación con la posibilidad de anular, revocar o modificar unilateralmente los actos emanados de ella misma. (*Véase, entre otras muchas, las sentencias número 2169-93 de las 10:09 hrs. del 21 de mayo de 1993, 5541-94 de las 11:27 hrs. del 23 de setiembre de 1994 y 5648-94 de las 17:00 hrs. del 28 de setiembre de 1994*). Por ello, cuando requiera anular un acto declaratorio de derechos, debe ajustarse a los procedimientos legales establecidos, sea en la Ley General de la Administración Pública *-si la nulidad absoluta es además evidente y manifiesta-* (Art. 173), o, caso contrario, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través del proceso de lesividad (*Arts. 183.3 de la citada Ley General, y ordinales 10 y 35 de la Ley Reguladora*). Todo en procura del derecho que tienen los administrados de ejercer debidamente su defensa oponiéndose, si fuere el caso, *-tanto en sede administrativa como en la judicial-*, a la pretendida nulidad.



Ya en otras oportunidades esta Procuraduría ha estimado que los nombramientos son actos generadores de derechos para sus beneficiarios, razón por la cual, el examen de su legalidad deberá hacerse en el marco de lo dispuesto en la propia Ley General de la Administración Pública (C-027-2000, de 14 de febrero de 2000), según sea el grado de disconformidad con el ordenamiento que presente dicho acto.

Por ende, si se efectúa un nombramiento por un plazo fijo y determinado, que en mucho difiere del plazo legal por el que debía hacerse, hay que advertir entonces, que el citado acuerdo no puede ser desconocido en forma arbitraria e injustificada por parte de la Administración Pública, sin haberse ajustado de previo al procedimiento establecido en el citado artículo 173 de la Ley General, o en su caso, al que disponen los artículos 183. 3 de la Ley General, 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Sólo a través de esos mecanismos legales, el Consejo de Gobierno podrá ajustar el acto de designación al ordenamiento jurídico, en cuanto al plazo legal de su vigencia en específico.

Será entonces, esa institución quien deberá determinar los canales legales y procedimentales a seguir, según las diversas alternativas que sugerimos a efecto de tener por vencido el nombramiento, ya sea por el simple advenimiento del plazo legal respectivo, o bien para adecuar, de algún modo, el citado acuerdo firme de nombramiento, en cuanto al plazo legal de su vigencia.

III.-

Defectos en el Quórum estructural del órgano colegiado, teoría del funcionario de hecho y validez de los actos y acuerdos tomados.

La tercera interrogante que se nos hace, versa sobre la existencia de algún vicio de nulidad en los acuerdos tomados por el Consejo Director del CONICIT con la participación de un directivo cuyo nombramiento resulta disconforme con el ordenamiento, y está muy relacionada con la cuarta pregunta, relativa al procedimiento a seguir para la subsanación de esas eventuales nulidades.

Al respecto, en el citado dictamen C-012-2001, se indicó lo siguiente:



"Ya en otras oportunidades esta Procuraduría General ha advertido que la titularidad de los órganos colegiados reside en cada una de las personas físicas que lo integran (órganos persona), lo cual tiene importancia en cuanto a su constitución, pues sólo en la medida en que todos y cada uno de los miembros hayan sido investidos de conformidad con el ordenamiento, podrá considerarse que el órgano está integrado y puede válidamente funcionar (Véase al respecto, OJ-025-98 de 19 de marzo de 1998). Esto es lo que se conoce con el nombre de "quórum estructural" (Entre otros, los dictámenes C-136-88 de 17 de agosto de 1988, C-015-97 de 27 de enero de 1997, C-025-97 de 7 de febrero de 1997 y C-055-97 de 15 de abril de 1997).

Por lo anterior, y a sabiendas de que el Consejo Directivo del CONICIT no se encuentra debidamente integrado, nos vemos en la obligación de advertir que los actos y acuerdos adoptados, desde que quedó vacante el puesto de Director y hasta fecha, carecerían de validez y eficacia.

En consecuencia, una vez que, con el nombramiento de su Director, ese órgano se encuentre debidamente constituido, este órgano asesor recomienda que deberán de adoptarse las medidas respectivas a efecto de convertir, cuando así fuere procedente, tales actos en otros válidos, según lo dispuesto por el numeral 189 de la Ley General de la Administración Pública." (Dictamen C-012-2001 de 15 de enero del 2001).

Es obvio que, como tesis de principio, suscribimos el criterio de que podrían existir eventuales nulidades en los actos y acuerdos adoptados por el Consejo Director del CONICIT, en la medida de que se nos informó que dicho órgano no se encontraba debidamente integrado, pues desde el momento en que quedó vacante el puesto de uno de sus miembros, el Consejo de Gobierno no había designado al sustituto a esa fecha. Por ello, se advirtió lo pertinente en los términos referidos.

Sin embargo, mediante esta nueva consulta se nos indica que el citado órgano colegiado si contaba con el número requerido de miembros para formar el quórum estructural, pero que al menos uno de sus miembros tendría eventualmente una investidura ineficaz, razón por la cual, estimamos conveniente aclarar y adicionar lo siguiente, respecto a la validez y eficacia de los actos y acuerdos tomados por el Consejo Directivo del CONICIT, mientras éste no se encontraba debidamente conformado.



Ya en otras oportunidades esta Procuraduría General ha afirmado que entratándose de nombramientos, tendríamos que la persona cuyo nombramiento no es válido o no es eficaz, no podría jurídicamente considerarse un servidor público en los términos del artículo 111 de la Ley General, sino que constituiría lo que se denomina un "funcionario de hecho", en el sentido de que se presenta como servidor público regular pero su investidura es inválida o ineficaz (artículo 115 de dicha Ley) (Véase al respecto, entre otros, el dictamen C-027-2000, op. cit.).

Sobre el particular, considera este Despacho que en la especie bien podría resultar aplicable esa figura del "funcionario de hecho", definida en doctrina como "... la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario" (SAYAGUES LASO (Enrique), Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Martín Bianchi, Montevideo, I Edición, 1953, pág. 300) (Véase al respecto el dictamen C-031-99 de 04 de febrero de 1999).

Como bien señala la Asesoría Jurídica de ese Organo, los actos del funcionario de hecho son válidos y afectan a la Administración, obligándola o favoreciéndola (Art. 116.1.2 L.G.A.P.), lo que se funda en el hecho de que el funcionario de hecho adopta decisiones y actúa como un servidor regular, basado en el principio de continuidad de la Administración.

La Sala Constitucional se ha referido al funcionario de hecho, señalando las condiciones y presupuestos necesarios para que opere dicha figura y para que los actos del funcionario produzcan efectos tutelables por el ordenamiento:

"Desde que los funcionarios de hecho actúan sin nombramiento o designación efectuados por el Estado, o sin estar vigentes dichos nombramientos o designaciones, es dable pensar que los actos que emitan o realicen, carecen de validez. Pero la doctrina mayoritaria reconoce validez a esos actos, en tanto se cumplan determinados requisitos o condiciones. Tal posición obedece a la lógica necesidad de preservar el interés general, principal objetivo que debe atender el orden jurídico. Los requisitos esenciales que deben tener los actos emanados por los funcionarios de hecho, para que se les pueda reconocer su validez son:

a) Que exteriormente se presenten como si emanaran de funcionarios de jures, es decir, deben producir, respecto de



terceros, al público, los efectos jurídicos propios de los actos que emanan de agentes verdaderamente regulares.

b) *Es necesario que los terceros afectados por tales actos hayan podido creer razonablemente y de buena fe que el autor del mismo estaba a derecho en cuanto a su función. Esto se debe dilucidar en el caso concreto y en el que nos ocupa, nadie dudó ni cuestionó la investidura de los jueces superiores de Heredia.*

c) *El reconocimiento de la validez de estos actos en favor de los terceros, debe ser de "interés público", en busca de la seguridad jurídica y a la certidumbre del derecho. La anulación de todos los actos y sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Heredia desde 1998 causaría muy serias lesiones a los derechos adquiridos y a las situaciones consolidadas derivadas de sus fallos, afectando a las partes y a terceros por igual y lesionaría principios de capital importancia, como la seguridad jurídica.*

d) *También es necesario que lo actuado por el funcionario de hecho se haya realizado dentro de los límites de la competencia de la autoridad oficial que dicho funcionario pretende tener...". (Sala Constitucional, resolución N. 6701-93 de las 15:06 hrs. del 21 de diciembre de 1993).*

Si bien es cierto que esa resolución de la Sala se refiere a funcionarios judiciales, este Órgano Asesor ha estimado que los principios que señala en orden a la validez de sus actos, resultan aplicables a los funcionarios administrativos y, por ende, respecto de la validez y eficacia de los actos de quien pueda ser considerado funcionario de hecho (*Dictamen C-027-2000, op. cit.*).

En consecuencia, conforme la teoría del "funcionario de hecho", los actos en que concurran los miembros del Consejo Director del CONICIT, cuyo nombramiento sea irregular, bien podrían ser válidos y surtir plenamente sus efectos, siempre y cuando se cumplan con los supuestos enunciados, tanto por la Sala Constitucional, como por el numeral 115, incisos a) y b), siguientes y concordantes de la Ley General.

En caso contrario, si estuviéramos ante un defecto en la configuración del quórum estructural del citado órgano, porque uno o varios de sus miembros no habían sido designados del todo y, por ende, sus plazas que encontraban vacantes, tal y como lo advertimos



en el dictamen C-012-2001, una vez que ese órgano se encuentre debidamente constituido, deberán de adoptarse las medidas respectivas a efecto de convertir, cuando así fuere procedente, tales actos en otros válidos, según lo dispuesto por el numeral 189 de la Ley General de la Administración Pública. En este sentido se aclara el dictamen aludido.

IV.-

En cuanto al procedimiento legal necesario para recobrar el orden sucesivo y paulatino de nombramiento y renovación de los integrantes del Consejo Director del CONICIT.

Tal y como lo ha señalado anteriormente esta Procuraduría General, *"las construcciones modernas del principio de legalidad apuntan a la llamada "vinculación positiva", según la cual "no se admite ningún poder jurídico a favor de la Administración Pública, que no sea desarrollado de una atribución normativa precedente" (1), es decir, aquella sólo puede hacer lo que está permitido expresamente."* (C-310-2000 de 18 de diciembre del 2000).

(1) DROMI, Roberto. El procedimiento administrativo. Primera reimpresión: Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p.214.

En esa misma línea de pensamiento, la Sala Constitucional ha entendido que el principio de legalidad *"postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-; así como sus corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto..."*. (Sentencia número 1739-92 1 de julio de 1992).

Claro está, que a efecto de sugerir un mecanismo jurídico que tienda, de algún modo, a restaurar el orden sucesivo y paulatino de nombramiento y renovación de los integrantes del Consejo Director del CONICIT, no podemos ir más allá de los alcances normativos que



delimita la propia Ley de Creación de ese ente - Ley N° 5048 de 9 de agosto de 1972-. El trascender ese umbral jurídico, nos llevaría, eventualmente, a incurrir en una actuación más que ilegal, inconstitucional, porque de ninguna manera podría este Órgano Asesor suplantar al legislador, y por medio de la simple interpretación jurídica implementar "ex novo" un mecanismo diferente al instaurado en aquella norma de rango legal.

Es por ello, que consideramos apropiado y jurídicamente conveniente, seguir las acotaciones legales emanadas del dictamen C-012-2201 tantas veces aludido, porque en él se establece con precisión el modo en que, de acuerdo con la fórmula de renovación paulatina instaurada por los ordinales 7° in fine y Transitorio II de la citada Ley, deben hacerse las sustituciones de los miembros del citado Consejo.

Al efecto, conviene tener presente lo siguiente:

Siendo que la Ley que crea el CONICIT, además de establecer la duración del período de nombramiento respectivo -por 5 años (Art. 7°)--, dispone también una fórmula de renovación paulatina de sus miembros, según la cual, el Consejo Directivo de ese ente no sufriría un cambio total de sus integrantes, sino que éstos se cambian uno cada año (Art. 7° in fine y Transitorio II), esto con la finalidad de brindarle una mayor estabilidad al órgano colegiado y contribuir a una mejor administración de su gestión, resulta innegable de que en la especie se está ante un nombramiento a plazo fijo, cierto y determinado, el cual se implementó en un orden cronológico y sucesivo, según la fórmula primaria dada por el Transitorio II de dicha Ley.

Bajo esa premisa, esta Procuraduría recomendó:

- Que en el caso de sustitución de uno de los miembros integrantes del Consejo Director del CONICIT, antes del vencimiento del período para el que fue nombrado, la designación del nuevo funcionario que haga el Consejo de Gobierno deberá serlo por el lapso que restaba para completar aquél.
- Que en el caso de sustitución de uno de los integrantes de ese Consejo, por la finalización normal del período respectivo de su antecesor, el nombramiento que haga el Consejo de Gobierno deberá serlo por un nuevo período de cinco años, contados desde el momento en que quedó vacante el cargo, según el orden instaurado por el mecanismo de renovación paulatina.



- En un caso similar al anterior, en el que por alguna circunstancia el nombramiento no se produjo en la fecha en que quedó la vacante por finalización normal del plazo, sino en una fecha posterior, el nombramiento deberá hacerse por el resto del periodo legal y no por un periodo completo.

En esa dirección interpretativa nos orientamos, porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley General de la Administración Pública, esta es la forma en que dicho nombramiento garantizaría mejor la realización del fin público a que se dirige, esto es, brindarle mayor estabilidad al órgano colegiado y contribuir a una mejor administración de su gestión.

A manera de ejemplo, con base en los criterios antes esbozados, podemos ilustrar un caso como el siguiente:

Ante un nombramiento tardío por parte del Consejo de Gobierno, se designa a un particular como miembro del Consejo Director del CONICIT, y se dispone que dicho nombramiento rige a partir de la designación y por el período legal correspondiente.

Aplicando los supuestos derivados de nuestra interpretación legal recomendada, habría que entender que, aún cuando ese nombramiento se hizo en una fecha posterior a la que en realidad quedó vacante el cargo, la designación deberá tenerse por hecha por el resto del periodo legal respectivo y no por un periodo completo.

Así que cuando se dé el advenimiento del plazo correspondiente, según el orden paulatino y sucesivo de renovación de los integrantes del Consejo Directivo del CONICIT, se tendrá por vencido automáticamente el nombramiento. Y lo que deberá hacer la Administración, es dar notificación oportuna y personal al interesado de esa circunstancia.

Por último, no está demás indicar, que para poder reinstaurar de algún modo ese orden sucesivo y paulatino de nombramiento y renovación de los integrantes de ese órgano colegiado, deberá hacerse el estudio histórico respectivo, a efecto de determinar con exactitud las fechas en que tales cargos debían ser renovados, lo cual consideramos no presenta mayor dificultad, según secuencia histórica que se aportó junto con esta consulta. Y una vez hecha esa determinación, deberán estudiarse los nombramientos que se encuentren vigentes a la fecha, y según los supuestos que enunciamos anteriormente, adecuarlos a las fechas de vigencia



pertinentes, según lo permitan las circunstancias concretas de cada caso.

Así las cosas, una vez establecido ese orden sucesivo de nombramientos, deberá estarse a lo recomendado por esta Procuraduría.

CONCLUSIONES

De lo expuesto no queda más que reafirmar lo siguiente:

- En el caso hipotético finalización normal del período respectivo del antecesor, el nombramiento del nuevo integrante del Consejo Director del CONICIT deberá hacerse por un nuevo período de cinco años, contados a partir del momento en que, de conformidad con el mecanismo de renovación paulatina, quedó vacante el cargo.
- Si en el acto o acuerdo de nombramiento no se señala una fecha de inicio y de finalización determinada, sino que se alude al período legal respectivo, el simple advenimiento de plazo instaurado por el mecanismo de renovación paulatina, es causa objetiva suficiente para tener automáticamente por concluido dicho nombramiento, sin que sea necesario la apertura de algún procedimiento administrativo para proceder a la separación del cargo.
- Si el acto de designación determina un plazo fijo y determinado de vigencia, con indicación expresa de una fecha de inicio y de finalización, y éste es diferente al plazo legalmente instaurado, el Consejo de Gobierno no podrá voltearse unilateralmente sobre aquél, sino por medio de los procedimientos respectivos, instaurados por nuestro ordenamiento jurídico administrativo, según la gravedad de la infracción, sea este la declaratoria administrativa de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, o bien, el proceso judicial de lesividad.
- Considerando que el órgano colegiado se encontraba integrado por todos sus miembros, y que al menos uno de ellos tenía una investidura ineficaz, en aplicación de la figura del funcionario de hecho, los actos o acuerdos que hubiere realizado el órgano colegiado, y eventualmente la propia persona, podrían ser válidos.
- Sólo en el caso de que el órgano colegiado presentara defectos en su quórum estructural, porque no estaba conformado por



todos sus miembros, esta Procuraduría reitera la recomendación de que una vez que ese órgano se encuentre debidamente constituido, deberán de adoptarse las medidas respectivas a efecto de convertir, cuando así fuere procedente, tales actos en otros válidos, según lo dispuesto por el numeral 189 de la Ley General de la Administración Pública.

- Por último, en cuanto al procedimiento legal que debe seguirse para recuperar eventualmente el orden sucesivo y paulatino del nombramiento de los integrantes del citado Consejo Director, deberá estarse conforme a lo indicado en el Dictamen C-012-2001, respecto del modo en que se efectuarán los nombramientos y las sustituciones de tales miembros, según se trate uno u otro caso hipotético asumido en esa consulta. Lo cual puntualizamos en líneas atrás, y no consideramos necesario reiterarlo nuevamente."⁴

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, doy respuesta a su oficio AI 009-2001 de 25 de enero de este año, por el que se consultan a esta Procuraduría General varios aspectos relacionados con la actual integración de la Junta Directiva del CONAI, órgano colegiado al que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia prorrogó su personería jurídica, en tanto no sean resueltos la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente número 99-02607-0007-CO y el recurso de amparo 99-001974.

Luego de hacer un recuento de los hechos relevantes que han sucedido en torno al diferendo planteado, se nos formulan las siguientes interrogantes:

"1. Puede la Junta Directiva de la CONAI, en las condiciones actuales, ejercer sus funciones en forma legal y válida.

2. Al haber la Sala Constitucional, reintegrado a sus cargos a los integrantes de la Junta Directiva que habían renunciado, están legalmente obligados todos los miembros a reasumir sus cargos.

3. Tendría que convocarse a asamblea general para conocer de la ausencia prolongada de un integrante de Junta Directiva.

4. Tendría que convocarse a asamblea general para nombrar los miembros de junta directiva que falten, a fin de completar la legal integración del órgano colegiado.



5. A quién les corresponde validar todo lo actuado por la junta directiva, que eventualmente careciere de validez.

6. Está obligada la actual junta directiva a llevar el libro legal de actas de sesiones de junta directiva, cuáles son las implicaciones legales ante la ausencia del mismo."

I.-

Consideraciones previas.

Según jurisprudencia administrativa reiterada de este órgano Asesor de la Administración Pública, de conformidad con el artículo 2º, en relación con el inciso 3 inciso b) y 4 de nuestra Ley Orgánica (*Ley Nº 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas*), nuestros dictámenes se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las cuales no se aprecie la existencia de un sujeto particular a quien se aplicarán las consecuencias derivadas de nuestro criterio.

Y de conformidad con el contenido de su misiva, así como de la documentación que se adjunta, es claro que las cuestiones sobre las cuales se solicita nuestro criterio, se contraen a situaciones particulares e individualizadas, es decir, se refieren a actuaciones administrativas concretas, lo cual imposibilita resolver el fondo del problema, en los términos de la actividad consultiva, y por ende, vinculante de este Despacho. Esto por cuanto, de acceder a pronunciarnos sobre casos concretos, implicaría abandonar nuestra naturaleza de órgano consultivo, y asumiríamos, indirectamente, una condición de administración activa, con lo cual estaríamos asumiendo competencias que nos son ajenas.

Sin embargo, estimamos conveniente exponer algunas consideraciones jurídicas generales sobre las cuestiones que se mencionan, con la intención de colaborar en la solución de los puntos que se discuten; haciendo para ello abstracción del caso concreto.

Y en tal sentido, como será de su estimable conocimiento, el asunto en cuestión ya ha sido abordado, al menos en una oportunidad, por esta Procuraduría General (O.J.-

090-99 de 9 de agosto de 1999). Sin embargo, respecto de las puntuales interrogantes que se plantean con esta nueva consulta,



estimamos procedente retomar algunos criterios anteriormente externados y sugerir posibles soluciones al problema planteado.

En otro orden de ideas, ofrecemos las disculpas del caso por el atraso en la emisión del criterio solicitado, todo justificado por la falta de algunos requisitos de admisibilidad en la que se incurrió a formular la presente consulta; nótese que no fue sino hasta el 15 de marzo pasado que, por oficio AI 022-2001, nos fue remitido el criterio de la asesoría legal del CONAI sobre el asunto en discusión.

Así las cosas, sobre su consulta, me permito manifestarle lo siguiente:

II.-

Normativa aplicable.

En un primer término, a efecto de responder los cuestionamientos planteados, debemos atenernos a lo dispuesto por la Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) - Ley N° 5251 de 11 de julio de 1973-.

En lo que interesa a esta consulta, dicha normativa dispone lo siguiente:

"CAPÍTULO I.

Constitución y Objetivos.

Artículo 1º.-

Créase la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), la cual será una institución de derecho público que contará con personería jurídica y patrimonio propios.

(...)

CAPÍTULO IV.

Organización.



Artículo 11.-

La Comisión Nacional de Asuntos Indígenas contará con los siguientes órganos:

- a. La Asamblea General;
- b. La Junta Directiva;
- c. Las Comisiones Especiales de Trabajo; y
- d. Los comités locales constituidos por los indios.

Artículo 12.-

Son atribuciones de la Asamblea General:

- a. Fijar la política general de la Comisión;(...)
- b. Nombrar y remover, cuando existiere causa legal para ello, a los miembros de la Junta Directiva; (...)

De la Junta Directiva.

Artículo 13.-

La Junta Directiva será el órgano ejecutivo de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y estará integrada por siete miembros de CONAI elegidos por la Asamblea General.

Artículo 14.-

Una vez designados los siete miembros de la Junta Directiva, éstos procederán en su primera sesión a elegir un Presidente, un Vicepresidente, un secretario, un Tesorero, un Fiscal y dos Vocales, señalando a la vez fecha y hora para las sesiones ordinarias. (...)

Artículo 15.-

La Junta Directiva se reunirá cuando sea convocada por el Presidente, ya sea por disposición propia o por solicitud de tres de sus miembros en forma escrita y por lo menos con cuarenta y ocho horas de anticipación. Formarán quórum con la mitad más uno de sus miembros.

Artículo 16.-



Los miembros de la Junta Directiva durarán en sus cargos dos años, pudiendo ser reelectos, y sólo podrán ser removidos cuando a juicio de la mayoría de la Asamblea General, hayan incurrido en responsabilidad legalmente comprobada; o fueren declarados en incapacidad para el ejercicio del cargo, o cuando faltare a cuatro sesiones consecutivas sin causa justificada.

(...)

Artículo 18.-

Son deberes y atribuciones de la Presidencia:

- a. Ejercer la representación judicial y extrajudicial de la Junta con arreglo a las disposiciones de esta ley;
- b. Convocar las sesiones y presidir las mismas;
- c. Autorizar con su firma las actas de la comisión, sus documentos oficiales y los giros que la misma emita;
- d. Preparar conjuntamente con el Tesorero, los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la Comisión y someterlos al conocimiento de la Junta Directiva para su aprobación, sujeto a las disposiciones de la Ley de la Administración Financiera y a los reglamentos de la Contraloría General de la República; y
- e. Cumplir las demás funciones que le señale esta ley y sus reglamentos.

El Vicepresidente suplirá al Presidente en sus ausencias temporales, y a la vez éste será sustituido por los Vocales en el orden respectivo.

Artículo 19.-

Corresponderá al Secretario:

- a. Preparar las minutas de las actas;
- b. Confeccionar en consulta con el Presidente la agenda de las sesiones de la Junta Directiva;
- c. Expedir las certificaciones de los acuerdos de la Junta Directiva;
- d. Suscribir con el Presidente las actas de las sesiones de la Junta Directiva;
- e. servir de medio de comunicación entre la Comisión y las entidades públicas y particulares;



- f. Notificar los acuerdos de la Comisión;
- g. Elaborar los informes que le encomiende la Junta Directiva; y
- h. Realizar las demás labores que le señale esta ley y sus reglamentos.

(...)

Artículo 22.-

Los Vocales sustituirán por su orden al Presidente y Vicepresidente en sus ausencias temporales. (...)"

III.-

Defectuosa integración de la Junta Directiva del CONAI.

Ya en otra oportunidad, esta Procuraduría General se refirió a los problemas surgidos en la integración de la Junta Directiva del CONAI, con motivo de la prórroga de personería jurídica ordenada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la renuncia de varios de sus integrantes. Al respecto, se indicó lo siguiente:

"(...) Sobre el punto, se nos informa que el Presidente de ese órgano colegiado renunció desde el mes de marzo de 1995 y que ya antes había renunciado el Vicepresidente, por lo que se nos consulta con cuántos integrantes mínimo se hace quórum actualmente.

Antes de responder esa pregunta, es necesario advertir acerca de las consecuencias que genera el que la Junta Directiva de CONAI esté sesionando sin la totalidad de sus miembros. Al respecto debe tenerse presente que el artículo 13 de la Ley de Creación de CONAI ya citada, dispone que "La Junta Directiva será el órgano ejecutivo de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y estará integrada por siete miembros de CONAI elegidos por la Asamblea General" (...)

Así, siendo entonces que los miembros de la Junta Directiva, por disposición legal, deben ser siete y que en la actualidad únicamente permanecen cinco, no podría afirmarse que el órgano



colegial esté bien integrado, ni que las actuaciones que hubiere realizado con posterioridad al problema que se apunta sean válidas.

Sobre la necesidad de que los órganos colegiados se encuentren debidamente integrados, para la validez de sus actuaciones, existen varios antecedentes emanados de esta Procuraduría, algunos de los cuales se transcriben seguidamente:

"La integración del órgano colegiado con el número de miembros previstos en la ley es un requisito necesario para el ejercicio de la competencia..."

(Dictamen C- 136-88 del 17 de agosto de 1988).

"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" (Dictamen C- 195-90 del 30 de noviembre de 1990).

"No podría considerarse que existe una correcta integración de la 'junta' en condiciones de vacancia, o bien si el nombramiento de uno de sus miembros es inválido (...) si la 'junta médica' no está integrada en estos momentos por tres de sus miembros, está jurídicamente imposibilitada para sesionar. Lo que determina la invalidez de cualquier dictamen o certificación que llegaren a expedir sus otros miembros (...) Las reglas y principios en orden al quórum estructural y funcional resultan aplicables a órganos debidamente constituidos, por lo que no debe estarse ante una situación de plaza vacante y, por ende, de ausencia de integración del órgano o de falta de investidura de alguno de sus miembros" (Dictamen C-015-97 del 27 de enero de 1997).

"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 regularmente: para hacerlo deben nombrarse sus miembros, el acto respectivo debe ser legal y la investidura regular (...) 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 determina la nulidad de pleno derecho de lo actuado (...) Por lo expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que la Junta Directiva del Banco Central no puede sesionar válidamente, hasta tanto no haya sido nombrada la persona que deba ocupar el puesto dejado por el ahora señor Ministro de Comercio Exterior" (Dictamen C- 025-97 del 7 de febrero de 1997).

"La falta de nombramiento de uno de los miembros de la Junta Directiva del Banco Central (...) repercute en la imposibilidad de que dicho cuerpo colegiado pueda sesionar válidamente, habida cuenta de que, de llevarse a cabo las sesiones, los acuerdos que en tales circunstancias se tomen, resultarían absolutamente nulos, por el vicio sustancial que presenta uno de los elementos del acto: a saber, el sujeto" (Dictamen C- 055-97 del 15 de abril de 1997).

"... la debida conformación de un órgano colegiado es un requisito de validez de los acuerdos que se tomen en su seno" (Dictamen C- 251-98 de 25 de noviembre de 1998).

El Profesor Eduardo Ortíz Ortíz, al referirse al mismo tema que se analizó en los dictámenes transcritos, sostuvo en su momento:

"El colegio sólo existe si están investidos todos los miembros del mismo de acuerdo con la ley, de modo que la falta de cualquiera de ellos produce la inexistencia del titular colegiado y de todas las deliberaciones que adopte ..." (ORTIZ ORTIZ Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, I, Tesis IX, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1976, página 15).

Es claro entonces que con motivo de la renuncia de dos de los miembros de la Junta Directiva de CONAI, surgió un problema en la integración de ese órgano colegiado, el cual no podía seguir sesionando válidamente, sino hasta el momento en que se



eligieran y tomaran posesión del cargo las personas que habrían de llenar las plazas vacantes. Al no haberse procedido de esa forma (o sea, a completar la integración del órgano con nuevos directores) las actuaciones posteriores del resto de los miembros de la Junta Directiva carecen de validez, debido a la inexistencia del órgano como tal. (...)

Obviamente, al no estar debidamente integrado el órgano, el interrogante respecto al número de miembros de aquél que sería necesario para conformar el quórum estructural carece de sentido, pues aún cuando estuvieren presentes los cinco miembros restantes, sus actuaciones serían inválidas" (O.J.-

090-99 de 9 de agosto de 1999).

En consecuencia, a sabiendas de que Usted nos indica en su misiva, que la actual Junta Directiva del CONAI, prorrogada en su personería jurídica por la Sala Constitucional, se encuentra actualmente integrada y sesiona con solo cuatro (4) de sus siete (7) miembros, debemos concluir que en esas condiciones ese órgano colegiado no puede ejercer válidamente sus funciones y competencias, pues para ello debería estar completado su quórum estructural, que exige la presencia de todos y cada uno de los siete (7) miembros que integran el colegio, debidamente nombrados o elegidos por la Asamblea General, para garantizar así la validez de sus reuniones y la de sus acuerdos.

En estos términos contestamos la primer pregunta de su consulta.

IV.-

Derecho de cualquier representante popular o servidor público de aceptar o no el cargo, y de renunciar a él.

Según lo ha determinado la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la renuncia de un cargo, al igual que su aceptación, debe ser un acto enteramente libre (Véase al respecto la resolución N° 1435-92 de las 12:00 horas del 29 de mayo de 1992).

En virtud de lo anterior, es preciso indicar que aún cuando la Sala Constitucional amplió temporalmente la personería de la Junta Directiva hasta que se resolviera la acción de



inconstitucionalidad N° 99-02607-0007-CO y el citado recurso de amparo 99-001974, esa medida cautelar no tiene la virtud de obligar a los integrantes de dicho órgano colegiado a ocupar dichos cargos; al contrario, éstos pueden, en cualquier momento, disponer y manifestar unilateralmente su decisión de aceptar o no dicha designación, o bien renunciar al cargo. Admitir lo contrario sería violar el principio general de autonomía de la voluntad.

Queda así evacuada la segunda interrogante formulada.

V.-

Prórroga de la personería jurídica de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y la posibilidad de convocar a Asamblea General para completar el quórum integral de ese órgano.

Como será de su estimable conocimiento, por resolución de las 08:16 horas del 7 de diciembre de 1999, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dispuso prorrogar la personería jurídica de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), en tanto no sean resueltos la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente número 99-02607-0007-CO y el recurso de amparo 99-001974.

En lo que interesa, la Sala dispuso:

"Vista la solicitud que formula el Secretario de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas para que se prorrogue la vigencia de la Junta Directiva de la Comisión, se resuelve:

Considerando:

Unico.-

En vista de los graves perjuicios que para la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y, especialmente, para los mismos pueblos indígenas constituye la pérdida temporal de su personería jurídica, como consecuencia de la pendencia del amparo No. 99-001974, en el que se fundamenta esta acción de inconstitucionalidad, y de los efectos suspensivos que el artículo 81 párrafo 2° de la Ley de la Jurisdicción



Constitucional atribuye a su interposición, se resuelve, en este caso, en los mismos términos que en la resolución de las 10:00 horas del 25 de enero de 1993, dictada dentro del recurso de amparo No. 95-93, en el sentido de que:

"Es evidente que el hecho de que la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas pierda su personería jurídica, es un efecto muy grave a los intereses de la colectividad indígena de nuestro país, al quedar el órgano director imposibilitado para actuar lícitamente, impidiéndose así el funcionamiento de una entidad pública coordinadora de los esfuerzos comunes de esos pueblos. Por ello, de conformidad con el artículo 41 párrafo 4º. De la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que permite al Presidente de la Sala o al Magistrado Instructor dictar medidas cautelares de conservación o seguridad acordes con las circunstancias de cada caso, lo prudente es prorrogar la vigencia de la personería jurídica de CONAI en tanto no se resuelva este recurso".

Por tanto:

Téngase por prorrogada la personería jurídica de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, en tanto no sean resueltas esta acción de inconstitucionalidad y el recurso de amparo N° 99-001974 que se tramitan ante esta Sala".

Es importante considerar, que por resolución N° 03257 de 25 de abril del 2000, la Sala Constitucional ordenó acumular al expediente N° 99-001974, el recurso de amparo N° 00-002630-007-CO, interpuesto por el apoderado generalísimo de la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena Cabecar de Tayn, contra la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, ya que "a través de los acuerdos números 3, artículo 5 de la sesión extraordinaria número 03-99 del 27 de diciembre de 1999, la Junta Directiva de dicha Comisión recurrida dispuso convocar a Asamblea General para nombrar nueva Junta Directiva, y por acuerdo número 1, artículo 2 de la sesión número 04-2000, celebrada el 17 de marzo del 2000, efectuó el citado nombramiento, con lo cual desobedece el contenido de la resolución dictada por la Presidencia de la Sala Constitucional a las 08:16 horas del 7 de diciembre de 1999, mediante la cual se prorrogó la personería jurídica de la Junta Directiva del CONAI, en tanto no sean resueltas la



acción de inconstitucionalidad N° 99-02607-0007-CO y el citado recurso de amparo 99-001974".

Y debemos señalar que por resolución de las 14:09 horas del 29 de marzo del 2000, la Presidencia de la Sala Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dispuso lo siguiente:

"(...) Dada la naturaleza del hecho impugnado la suspensión ordenada por ley implica NO EJECUTAR NINGUN ACTO QUE SE DERIVE DE LOS EFECTOS DE LOS ACUERDOS TOMADOS POR LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS, ESPECÍFICAMENTE EL ACUERDO NUMERO 3, ARTICULO 5 DE LA SESION EXTRAORDINARIA NUMERO 03-99 DEL 27 DE DICIEMBRE PASADO Y ACUIERDO NUMERO 1, ARTICULO 2 DE LA SESION NUMERO 04-2000, CELEBRADA EL 17 DE MARZO PASADO, POR LO QUE DEBERA MANTENERSE LA VIGENCIA DE LA ANTERIOR JUNTA DIRECTIVA, hasta tanto la Sala no resuelva en sentencia el recurso, o no disponga otra cosa".

En virtud de lo dispuesto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en especial en la última resolución transcrita, debemos indicar que, aún y cuando exista una incompleta integración de la Junta Directiva del CONAI, por estar constituida por tan solo cuatro de los siete miembros que dispone su ley de creación, defecto que debe ser indudablemente corregido, no es posible convocar a Asamblea General para remover o nombrar a los miembros de la citada Junta que faltan; esto hasta tanto la Sala "no disponga otra cosa", máxime si se considera la vinculatoriedad "erga omnes" que revisten la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional, salvo para sí misma. (Art. 13 de la Ley N° 7135 de 11 de octubre de 1989).

Sin embargo, lo anterior no enerva la posibilidad de que los actuales miembros de la Junta Directiva, cuya personería ha sido cautelarmente prorrogada, puedan solicitarle, razonable y juiciosamente, a la Sala Constitucional, que aclare o amplíe la resolución de las 14:09 horas del 29 de marzo del 2000, a fin de mantener los efectos de los actos impugnados.

Recuérdese que uno de los elementos configurativos de las medidas cautelares, según lo determinado la propia Sala Constitucional, es que éstas son modificables, en el sentido de que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades (Entre otras, las sentencias



Nº 2161-98 de las 20:00 horas del 25 de marzo de 1998, 7190-94 de las 15:24 horas del 6 de diciembre de 1994, 5407-94 de las 15:54 horas del 18 de julio de 1994, 6786-94 de las 15:27 horas del 22 de noviembre de 1994 y 3929-95 de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995).

Asimismo, cabe la posibilidad -*dadas las circunstancias*- de solicitar nuevamente al Tribunal Constitucional, como tutela precautoria, que les autorice realizar la convocatoria y celebrar la Asamblea General del CONAI, para conocer y decidir sobre la remoción y/o nombramiento de los tres integrantes de la Junta Directiva que faltan, todo con miras a poner a derecho la integración de ese órgano colegiado, para que éste pueda ejercer válidamente sus competencias, en un marco de amplia representación de los sectores involucrados, y evitar así graves dislocaciones a la seguridad jurídica, que bien podrían acontecer con la declaratoria de nulidad absoluta de todas las actuaciones y acuerdos adoptados al seno de ese cuerpo colegiado, a la fecha, mal integrado.

Esto ha de ser así, por cuanto la propia Sala Constitucional, en las resoluciones antes aludidas, se reservó la última palabra al respecto, y no puede este órgano asesor recomendar otra cosa; todo ello, en observancia estricta de los límites lógicos que supone el principio de legalidad administrativa al que estamos sujetos y del cual forman parte la jurisprudencia y precedentes de dicha Sala.

De esta forma respondemos las interrogantes enunciadas en las preguntas 3 y 4 de su consulta.

VI.-

Conversión de los actos y acuerdos adoptados por la actual Junta Directiva del CONAI.

Ya en otras oportunidades esta Procuraduría General ha advertido que la titularidad de los órganos colegiados reside en cada una de las personas físicas que lo integran (*órganos persona*), lo cual tiene importancia en cuanto a su constitución, pues sólo en la medida en que todos y cada uno de los miembros hayan sido investidos de conformidad con el ordenamiento, podrá considerarse que el órgano está integrado y puede válidamente funcionar (*Véase al respecto, OJ-025-98 de 19 de marzo de 1998*). Esto es lo que se conoce con el nombre



de "quórum estructural" (Entre otros, los dictámenes C-136-88 de 17 de agosto de 1988, C-015-97 de 27 de enero de 1997, C-025-97 de 7 de febrero de 1997 y C-055-97 de 15 de abril de 1997, C-012-2001 de 15 de enero del 2001 y C-033-2001 de 15 de febrero del 2001).

Por lo anterior, y a sabiendas de que la Junta Directiva del CONAI no se encuentra debidamente integrado, nos vemos en la obligación de reafirmar que los actos y acuerdos adoptados, desde el momento en que quedaron vacantes tres de sus cargos, y hasta la fecha, carecerían de validez y eficacia.

En consecuencia, una vez que se logre completar su quórum integral, ya sea con el nombramiento de los tres nuevos integrantes, o bien porque se integrara con una nueva pero total conformación de sus siete miembros, y por ende, ese órgano se encuentre entonces debidamente constituido, esta Procuraduría recomienda que deberán de adoptarse, en su propio seno, las medidas respectivas a efecto de convertir, cuando así fuere procedente, tales actos en otros válidos, según lo dispuesto por el numeral 189 de la Ley General de la Administración Pública.

Será entonces, ese mismo cuerpo colegiado, cuando esté debidamente conformado, el que deberá analizar y decidir al respecto. En estos términos contestamos la pregunta 5 de su consulta.

VII.-

El levantamiento de actas de las sesiones de órganos colegiados.

Debemos indicar que la Procuraduría General de la República ha establecido una clara posición jurisprudencial, en el sentido, de que *"En un Estado de Derecho, es consubstancial al funcionamiento de este tipo de órganos (refiriéndose a los colegiados) el levantamiento de un acta por cada una de sus sesiones, como un instrumento que permite controlar el respeto a las reglas legales relativas a su funcionamiento (aquellas dirigidas a su regular constitución o a las mayorías exigidas para adoptar válidamente sus acuerdos, por ejemplo)"* (C-094-99



de 20 de mayo de 1999). (En igual sentido, dictámenes C-043-99 de 22 de febrero de 1999, C-087-2000 de 9 de mayo del 2000).

Lo anterior es así, por cuanto la formación de la voluntad de las organizaciones colegiales requiere de un complejo procedimiento, respecto del cual el Derecho no sólo regula el resultado (emanación del acto externo) sino el medio (el procedimiento de formación de la voluntad) (ALESSI, Renato. "Instituciones de Derecho Administrativo, citado en el dictamen C-087-2000 de 9 de mayo del 2000).

Como bien lo señala el ilustre ORTIZ ORTIZ, *"La existencia del grupo exige la formación de la voluntad del órgano como distinta de la de cada uno de los titulares de modo que sea posible obtener esa voluntad aunque haya discrepancias (...)* El principio que permite formar la voluntad del grupo como propia del órgano, es el de mayoría, en virtud del cual la voluntad del mayor número de componentes se impone a la minoría disidente (...)

El proceso de formación de la mayoría requiere de una serie de garantías, que aseguren el trato igual para todos los componentes del colegio y la libre expresión de su voluntad. Dicho proceso contiene varias etapas, a saber:

- i. *redacción del orden del día, que es la lista de asuntos a tratar (...)*
- ii) *convocatoria que es la citación de los integrantes, para hora y fecha determinada, en un lugar preciso, siempre con cierto número de días de anticipación, salvo asistencia de la totalidad de los integrantes, que puede eximir de tal requisito en el acto (...)*
- iii) *quórum estructural y quórum funcional (...)*
- iv) *la discusión;*
- v) *la votación, que puede ser secreta si se hace por escrito sin firma, o pública, si se hace de voz (...)*
- vi) *la proclamación de la votación, que comunica el resultado de la votación y*
- vii) *la documentación de la sesión de trabajo, que reduce a escrito, como solemnidad cuya omisión invalida el acto, tanto*



la discusión como la votación y proclamación del resultado". (ORTIZ ORTIZ, Eduardo. "Tesis de Derecho Administrativo", 1^o Edición, Editorial Stradtman, San José, C.R., 2000, ps. 29-31).

Por ello, las sesiones del órgano colegiado se regulan por normas que condicionan su validez, e indirectamente, la validez de sus deliberaciones. Entre estas normas se encuentran las relativas a la redacción y contenido del acta.

El acta, nos dice Cabanellas, es la *"relación escrita donde se consigna el resultado de las deliberaciones y acuerdos de cada una de las sesiones de cualquier junta, cuerpo o reunión. La voz acta deriva de la latina actus, que expresaba propiamente todo cuanto se hace o dice, se conviene o pacta: id quod actum est."* (CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 8^o edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., pág. 73).

En términos de lenguaje no especializado, por "acta" entendemos la *"Relación escrita de lo sucedido, tratado o acordado en una junta"* (Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Madrid, Espasa-Calpe, 1998, pág. 34).

Para la doctrina nacional, el acta *"es la relación de la sesión como hecho o evento, con todo su ambiente de lugar y tiempo y sus incidencias de hecho. El acta da fe de todo lo acaecido en la sesión y del trámite legal de la misma, incluyendo la votación y la mayoría"* (ORTIZ ORTIZ, op.cit. pág. 80-81).

Es por ello que para la Procuraduría General, el contenido del acta está referido *"a la indicación de las personas asistentes, así como las circunstancias de lugar y tiempo en que ha celebrado la sesión, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos, su discusión, en el momento procesal oportuno, debe contraerse a su forma o redacción y a examinar si contiene todo y sólo aquello en que se ocupó el órgano en la sesión a que se refiere"* (Dictamen C-094-1999, op. cit).

A efecto de elaborar el acta, dentro de los propios órganos colegiados deliberantes existen órganos agentes o auxiliares que tienen capacidad para formar y declarar la voluntad del ente, como es el caso de los secretarios de actas (Al respecto, véase el Dictamen C-221-95 de 10 de octubre de 1995). Como bien señala ORTIZ ORTIZ, *"Estos órganos realizan actos de documentación necesarios*



para la existencia del acto que documentan, porque la escritura con las formalidades legales o reglamentarias prescritas, representa solemnidad sustancial y no meramente ad-probationem del último. La omisión del acta o relación escrita implica nulidad absoluta y si ninguna traza documental ha quedado del acto, ni siquiera incompleta, su inexistencia" (ORTIZ ORTIZ, op. cit. pág. 35).

Dentro de este marco de referencia doctrinal, señala ORTIZ ORTIZ, que *"Lo más importante de un acta es su función respecto del acto colegiado, que es la de parte constitutiva, formalidad ad substantiam y no ad probationem. El acta es elemento constitutivo del acto colegiado, no meramente prueba fehaciente del mismo. En tal condición es causa del efecto adscrito al acto colegial con igual fuerza determinante que el voto de mayoría y la proclamación de este último. Si el acta falta, la deliberación no existe y por ello el acuerdo no documentado, incluso si el acta existe, es también inexistente. Si el acta es nula o ineficaz, iguales trabas tendrá el acto colegiado para producir efecto jurídico. Si el acta es anulada o se pierde la oportunidad para sanearla o convalidarla, desaparece el acto colegial que documenta. Puede afirmarse, por ello, que el acta condiciona no sólo la existencia sino también la eficacia y la validez de la deliberación colegial". (ORTIZ ORTIZ, op. cit. pág. 81).*

Sin embargo, hay quienes sostienen que si bien el acta es una formalidad sustancial, no hay que confundir los defectos de ella y que no afectan para nada a los acuerdos. *"Por ello, la anulación del acta no acarrea sin más, la de los acuerdos, siempre y cuando estos puedan reflejarse fielmente" (GARCÍA-TREVIJANO Fos. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo II, vol. I. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1971, p. 483, citado en el dictamen C-099-92 de 24 de junio de 1992).*

Ciertamente, este órgano asesor se ha cuestionado que el acta sea realmente un elemento de validez de los acuerdos aprobados en la sesión y que sea un elemento constitutivo de ellos (Dictamen C-087-2000 de 9 de mayo del 2000). Pero en definitiva, el acta es una formalidad sustancial con la que se culmina el proceso de elaboración de actos administrativos colegiados, y tiene por objeto dar certidumbre de lo conocido, deliberado y decidido en una sesión (Véase al respecto, la sentencia N° 3220-2000 de las 10:30 hrs. del 18 de abril del 2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia), y con su aprobación, adquieren firmeza los acuerdos tomados.



Ahora bien, recuérdese que tal y como lo señalamos en nuestro dictamen C-094-97 de 12 de junio de 1997, así como en otros pronunciamientos (C-126-92 de 17 de setiembre de 1992 y C-221-95 de 10 de octubre de 1995), y conforme a lo establecido por la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (entre otras, la sentencia N° 880-90 de las 14:25 horas del 1° de agosto de 1990), de los artículos 27 y 30 de la Constitución Política se deriva el derecho de todo ciudadano de pedir y obtener de la Administración información de interés público. Conforme a tal principio constitucional, la actuación de las autoridades públicas se rige por el principio de publicidad, principio que tiende a dar transparencia y claridad a tal actuación, de forma tal que cualquier interesado pueda enterarse y examinar esa actuación, según conste en los registros y archivos que habrá de llevarse, lo cual incluye, por supuesto, los libros de actas de todos y cada uno de los órganos colegiados existentes.

Es importante hacer mención a que, se ha juzgado conveniente la legalización de libros de actas, entendido por ello la colocación de distintivos (razón de apertura, sellos, firmas, etc.) en sus folios, a fin de asegurar su autenticidad y evitar su manipulación maliciosa. Dicho juicio se encuentra implícito dentro de artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que atribuye a las auditorías internas de las distintas unidades administrativas, la competencia de "autorizar" mediante razón de apertura, no sólo los libros a que se refiere la legislación mercantil, sino también aquellos otros, como todo registro de actas que, por mandato legal o reglamentario, deban llevar los órganos públicos (Ver en ese sentido, el dictamen C-043-99 de 22 de febrero de 1999).

En lo que interesa al caso concreto, del tenor expreso de varias normas de la Ley N° 5251 de 11 de julio de 1973 -*Ley de Creación del CONAI*-, se impone el deber ineludible de levantar el acta de las sesiones de su Junta Directiva. Véase que el numeral 18, inciso c), atribuye al Presidente de ese órgano colegiado, el autorizar con su firma las actas de la comisión, sin obviar que, el artículo 19, inciso a), dispone que el levantamiento de las actas es atribución propia del Secretario del órgano.

En lo demás, por no haber disposición especial al respecto, con fundamento en el numeral 2°, párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, según el cual "*Las reglas de esta ley que regulan la actividad del Estado se aplicarán también a los otros entes públicos, en ausencia de norma especial para éstos*",



con miras a una correcta labor hermenéutica, es procedente considerar la aplicación, vía analógica, de las normas del Capítulo tercero del Título Segundo del Libro Primero de la Ley General, referido a los órganos colegiados, a la Junta Directiva del CONAI.

Para los efectos que nos ocupan, resulta importante destacar las siguientes disposiciones:

"Artículo 50.-

Los órganos colegiados nombrarán un Secretario, quien tendrá las siguientes facultades y atribuciones:

a) Levantar las actas de las sesiones del órgano (...)

Artículo 56.-

1. De cada sesión se levantará una acta, que contendrá la indicación de las personas, asistentes, así como las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos.

2. Las actas se aprobarán en la siguiente sesión ordinaria. Antes de esa aprobación carecerán de firmeza los acuerdos tomados en la respectiva sesión, a menos que los miembros presentes acuerden su firmeza por votación de dos tercios de la totalidad de los miembros del Colegio.

3. Las actas serán firmadas por el Presidente y por aquellos miembros que hubieren hecho constar su voto disidente.

Artículo 57.-

1. Los miembros del órgano colegiado podrán hacer constar en el acta su voto contrario al acuerdo adoptado y los motivos que lo justifiquen, quedando en total caso exentos de las responsabilidades que, en su caso, pudiera derivarse de los acuerdos".

Dentro de este marco de referencia legal, es evidente que, tanto la Ley de Creación de CONAI -N° 5251 de 11 de julio de 1973-, así como la propia Ley General de la Administración Pública, imponen la obligación de levantar el acta de las sesiones celebradas por su Junta Directiva, atribución que es propia del Secretario de dicho



órgano colegiado. Y debemos reiterar, en palabras del extinto Jurista Eduardo Ortiz que, *"La omisión del acta o relación escrita implica nulidad absoluta y si ninguna traza documental ha quedado del acto, ni siquiera incompleta, su inexistencia"* .

Evacuamos así la última interrogante de su consulta.

CONCLUSIONES:

1.-

En las condiciones actuales de configuración, ese órgano colegiado no puede ejercer válidamente sus funciones y competencias, pues para ello debería estar completado su quórum estructural, que exige la presencia de todos y cada uno de los siete (7) miembros que integran el colegio, debidamente nombrados o elegidos por la Asamblea General, para garantizar así la validez de sus reuniones y la de sus acuerdos.

2.-

Aún cuando la Sala Constitucional amplió temporalmente la personería de la Junta Directiva hasta que se resolviera la acción de inconstitucionalidad N° 99-02607-0007-CO y el citado recurso de amparo 99-001974, esa medida cautelar no tiene la virtud de obligar a los integrantes de dicho órgano colegiado a ocupar dichos cargos; al contrario, éstos pueden, en cualquier momento, disponer y manifestar unilateralmente su decisión de aceptar o no dicha designación, o bien renunciar al cargo.

3.-

Aún y cuando exista una incompleta integración de la Junta Directiva del CONAI, por estar constituida por tan solo cuatro de los siete miembros que dispone su ley de creación, defecto que debe ser indudablemente corregido, no es posible convocar a Asamblea General para remover o nombrar a los miembros de la citada Junta que faltan; esto hasta tanto la Sala "no disponga otra cosa", máxime si se considera la vinculatoriedad "erga omnes" que revisten la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional, salvo para sí misma. (Art. 13 de la Ley N° 7135 de 11 de octubre de 1989).

Lo anterior no impide que, los actuales miembros de la Junta Directiva, puedan solicitarle, razonable y juiciosamente, a la Sala



Constitucional, que aclare o amplíe la resolución de las 14:09 horas del 29 de marzo del 2000, para mantener los efectos de los actos impugnados, o bien gestionen nuevamente, como medida cautelar, que les autorice realizar la convocatoria y celebrar la Asamblea General del CONAI, para conocer y decidir sobre la remoción y/o nombramiento de los tres integrantes de la Junta Directiva que faltan.

4.-

Será ese mismo órgano colegiado, cuando esté debidamente conformado por sus siete miembros, el que deberá adoptar las medidas respectivas a efecto de convertir, cuando así fuere procedente, aquellos actos inválidos, absoluta o relativamente, en otros válidos, según lo dispuesto por el numeral 189 de la Ley General de la Administración Pública.

5.-

Tanto la Ley de Creación de CONAI -Nº 5251 de 11 de julio de 1973-, así como la propia Ley General de la Administración Pública, imponen la obligación de levantar el acta de las sesiones celebradas por su Junta Directiva, atribución que es propia del Secretario de dicho órgano colegiado.

6.-

La omisión de llevar el libro de actas implicaría la nulidad absoluta de los actos y acuerdos tomados, y si no hubiere ningún otro medio que pudiera reflejar fielmente aquellos, ello implicaría su inexistencia.

Finalmente, le reiteramos que las anteriores consideraciones se consignan como una simple opinión, con lo cual carece de la fuerza vinculante y obligatoria de un dictamen.⁵

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, doy respuesta a su oficio número P.N.C.-139-01, de fecha 09 de mayo del año en curso, *-ratificado por oficio P.N.C.-*

197-01 de 7 de junio del 2001-, mediante el cual se plantea a esta Procuraduría General la situación que se produce cuando las entidades competentes *-en este caso el Colegio de Médicos y Cirujanos-* no designan su representante ante el Consejo Nacional de Ciegos; lo anterior con miras a que se le indique el procedimiento



a seguir para que el citado Colegio Profesional nombre, formalmente, a su representante.

I.-

Consideraciones previas.

De conformidad con el contenido de su misiva, así como de la documentación adjunta, es claro que las cuestiones sobre las cuales se solicita nuestro criterio, se contraen a una situación particular e individualizada. Ello, indudablemente, hace que los puntos consultados se refieran a un caso concreto, lo cual, en principio, nos imposibilitaría conocer y resolver el fondo del problema, en los términos de la actividad consultiva, y por ende, vinculante de este Despacho.

No obstante lo expuesto, este Despacho estima conveniente proceder a analizar las interrogantes vertidas en su consulta, con la intención de colaborar en la solución de los puntos que se discuten, haciendo abstracción del caso concreto.

Cabe señalar, además, que por la evidente falta de nombramiento de un directivo, lo procedente es centrar nuestro análisis también en la integración del Consejo, ya que si éste no está debidamente integrado, no puede válidamente funcionar, pues como bien lo ha reiterado este órgano asesor en diversas oportunidades, la integración del órgano colegiado con el número de miembros previstos en la ley es un requisito necesario para el ejercicio de la competencia (Entre otros, el dictamen C-136-88 del 17 de agosto de 1988, así como la opinión jurídica O.J.-

048-2001 de 7 de mayo del 2001).

En otro orden de ideas, ofrecemos disculpas por el atraso en la emisión del criterio solicitado, todo justificado por la falta de algunos requisitos de admisibilidad en la que se incurrió a formular la presente consulta; nótese que no fue sino hasta el 11 de los corrientes que, por oficio P.N.C.-197-01 antes aludido, ese ente nos indicó que no cuenta con asesoría legal, a efecto de emitir la opinión legal requerida por el artículo 4º de nuestra Ley Orgánica -Nº 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas-; razón por la cual se dispensó, excepcionalmente, de tal requisito.



Sobre su consulta, me permito manifestarle lo siguiente:

II.-

Normativa aplicable y naturaleza jurídica del Patronato Nacional de Ciegos.

Para dar una respuesta integral sobre la situación planteada, es preciso atender lo dispuesto por la ley de creación del Patronato Nacional de Ciegos -Ley N° 2171 de 30 de octubre de 1957 y sus reformas-.

En lo que interesa a la consulta, dicha normativa dispone lo siguiente:

"Artículo 1°.-

Con el nombre de Patronato Nacional de Ciegos, créase un organismo cuya finalidad será la de brindar protección a todas las personas ciegas, por los medios y en la forma que esta ley señala y coordinar la acción de todos aquellos organismos o asociaciones que tengan relación con los problemas de las personas no videntes.

(...) Artículo 3°.-

El Patronato Nacional de Ciegos tendrá personería legal propia y gozará de independencia administrativa y funcional. Sus presupuestos serán aprobados por la Contraloría General de la República a cuya fiscalización quedará sometido.

Artículo 4°.-

El Patronato Nacional de Ciegos tendrá su domicilio legal en la ciudad de San José y sus actividades y autoridad se extenderán en todo el territorio nacional.

Artículo 5°.-

En lo sucesivo al hablarse del Patronato Nacional de Ciegos se dirá simplemente el Patronato.



Del Patronato

Artículo 6.-

La Junta Directiva del Patronato Nacional de Ciegos estará integrada por:

1.-

Un representante del Ministerio de Educación Pública que se desempeñe en el campo de la educación especial.

2.-

Un representante de la Caja Costarricense de Seguro Social.

3.-

Un representante del Ministerio de Trabajo.

4.-

Un representante del Ministerio de Salud.

5.-

Un oftalmólogo representante del Colegio de Médicos y Cirujanos.

6.-

Dos representantes designados por las organizaciones de ciegos legalmente constituidas en nuestro país.

Para esos efectos, gozarán de permiso con goce de salario de su respectivo patrono. Los representantes de las entidades públicas y del Colegio de Médicos serán designados por su máximo jerarca. (Así reformado por el artículo 1 de la Ley N° 7286 de 4 de febrero de 1992).

Artículo 7°.-

La Dirección del Patronato estará a cargo de una Junta Directiva que se integrará con los representantes mencionados



en el artículo anterior, quienes, por elección, designarán Presidente, Secretario General, Tesorero, Fiscal y Vocales. Corresponde al Presidente ejercer la representación judicial y extrajudicial del Patronato, en los términos de ley.

Artículo 8°.-

Cada uno de los Ministerios designará a la persona que lo represente. El Ministerio de Educación, además, nombrará a los profesores ciegos, el Colegio de Médicos y Cirujanos al médico oftalmólogo y la Escuela de Enseñanza Especial y las Instituciones de ayuda a los ciegos, a sus respectivos representantes. El Poder Ejecutivo, mediante Decreto, integrará el Patronato.

Artículo 9.-

Los miembros que integren la Junta Directiva del Patronato, tendrán derecho al permiso respectivo para realizar su labor, por parte de las instituciones y organizaciones que representen. El cargo será desempeñado gratuitamente por los miembros electos. (Así reformado por el artículo 1 de la Ley N° 7286 de 4 de febrero de 1992).

Artículo 10.-

En caso de que un delegado, por cualquier razón, se separe del organismo que representa, éste designará, inmediatamente, su sustituto.

Artículo 11.-

Los miembros del Patronato serán nombrados por períodos de dos años, y podrán ser reelectos. Los cargos de la Junta Directiva del Patronato durarán también dos años, y también podrán ser reelectos. (Así reformado por el artículo 1 de la Ley N° 2968 de 20 de diciembre de 1961).

Artículo 12.-

El Patronato se reunirá ordinariamente dos veces al mes y extraordinariamente cuando sea necesario. En ambos casos la convocatoria deberá hacerla la Junta Directiva por medio del Secretario.



(...)

Artículo 15.-

El Patronato dictará su propio Reglamento Interno, que registrá sus actividades. (...)". (Lo destacado es nuestro).

Así las cosas, puede concluirse entonces, que el Patronato Nacional de Ciegos vendría a ser un ente público menor, comprendido entre la Administración Pública Descentralizada, que tiene como finalidad brindar ayuda y protección a la población ciega (Art. 1° de la Ley), dotado de personería jurídica propia, con independencia administrativa y funcional, cuyos recursos económicos provienen, en su mayor parte, del Estado y, por ende, sujeto a aprobación, control y fiscalización por parte de la Contraloría General de la República (Art. 3° *Ibid*). Cuenta además, con una Junta Directiva conformada con representación mayoritaria del Estado, cuya integración corresponde al Poder Ejecutivo mediante decreto (Arts. 6° y 8° *Ibidem*), el cual tiene la obligación de brindarle apoyo y asesoría para el cumplimiento de los fines generales, de carácter público y de evidente interés social, que persigue (Art. 32 *Ibid*). (Véase al respecto el dictamen C-144-94 de 31 de agosto de 1994).

III.-

La existencia del órgano colegiado deriva de su integración plena.

En reiteradas ocasiones en que hemos tenido la oportunidad de referirnos a los problemas que se presentan cuando existe falta de nombramiento de alguno de los directivos que integran órganos colegiados, ha sido constante el criterio de la Procuraduría General de que la integración del órgano es fundamental para considerar que éste existe jurídicamente, y por ende, esa integración es presupuesto inexorable para que aquél pueda funcionar válidamente.

Sobre el tema, hemos establecido una clara posición jurisprudencial que bien podemos ilustrar con los siguientes extractos:



"La integración del órgano colegiado con el número de miembros previstos en la ley es un requisito necesario para el ejercicio de la competencia..."

(Dictamen C- 136-88 del 17 de agosto de 1988).

"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" (Dictamen C- 195-90 del 30 de noviembre de 1990).

"(...) 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 sus miembros es inválido (...) si la 'junta médica' no está integrada en estos momentos por tres de sus miembros, está jurídicamente imposibilitada para sesionar. Lo que determina la invalidez de cualquier dictamen o certificación que llegaren a expedir sus otros miembros (...) Las reglas y principios en orden al quórum estructural y funcional resultan aplicables a órganos debidamente constituidos, por lo que no debe estarse ante una situación de plaza vacante y, por ende, de ausencia de integración del órgano o de falta de investidura de alguno de sus miembros" (Dictamen C-015-97 del 27 de enero de 1997).

"Es, así, criterio 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 regularmente: para hacerlo deben nombrarse sus miembros, el acto respectivo debe ser legal y la investidura regular (...) 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 determina la nulidad de pleno derecho de lo actuado (...) Por lo expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que la Junta Directiva del Banco Central no puede sesionar válidamente, hasta tanto no haya sido nombrada la persona que deba ocupar el puesto dejado por el ahora señor Ministro de Comercio Exterior" (Dictamen C- 025-97 del 7 de febrero de 1997).

"La falta de nombramiento de uno de los miembros de la Junta Directiva del Banco Central (...) repercute en la imposibilidad de que dicho cuerpo colegiado pueda sesionar válidamente, habida cuenta de que, de llevarse a cabo las sesiones, los acuerdos que en tales circunstancias se tomen, resultarían absolutamente nulos, por el vicio sustancial que presenta uno de los elementos del acto: a saber, el sujeto" (Dictamen C- 055-97 del 15 de abril de 1997).

"... la debida conformación de un órgano colegiado es un requisito de validez de los acuerdos que se tomen en su seno" (Dictamen C- 251-98 de 25 de noviembre de 1998).

"El Profesor Eduardo Ortíz Ortíz, al referirse al mismo tema que se analizó en los dictámenes transcritos, sostuvo en su momento:

"El colegio sólo existe si están investidos todos los miembros del mismo de acuerdo con la ley, de modo que la falta de cualquiera de ellos produce la inexistencia del titular colegiado y de todas las deliberaciones que adopte ..." (ORTÍZ ORTÍZ Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, I, Tesis IX, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1976, página 15).

Es claro entonces que con motivo de la renuncia de dos de los miembros de la Junta Directiva de CONAI, surgió un problema en la integración de ese órgano colegiado, el cual no podía seguir sesionando válidamente, sino hasta el momento en que se eligieran y tomaran posesión del cargo las personas que habrían de llenar las plazas vacantes. Al no haberse procedido



de esa forma (o sea, a completar la integración del órgano con nuevos directores) las actuaciones posteriores del resto de los miembros de la Junta Directiva carecen de validez, debido a la inexistencia del órgano como tal. (...)

Obviamente, al no estar debidamente integrado el órgano, el interrogante respecto al número de miembros de aquél que sería necesario para conformar el quórum estructural carece de sentido, pues aún cuando estuvieren presentes los cinco miembros restantes, sus actuaciones serían inválidas" (O.J.-

090-99 de 9 de agosto de 1999).

"(...) 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". (Dictamen C-138-2001 de 18 de mayo del 2001).

Conforme a lo expuesto, podemos afirmar que la existencia del órgano colegiado deriva de su integración plena.

III.-

Defectuosa integración de la Junta Directiva del Patronato Nacional de Ciegos y la necesaria conversión de los actos y acuerdos adoptados.

Por las precisiones jurídico-doctrinales expuestas, y en virtud de que usted nos indica en su misiva que la actual Junta Directiva del Patronato Nacional de Ciegos no cuenta en la actualidad con la representación del Colegio de Médicos y Cirujanos, a pesar de haber solicitado la designación en repetidas ocasiones, nos vemos en la obligación de indicarle que en esas condiciones, ese órgano colegiado no puede ejercer válidamente sus funciones y competencias, pues para ello debería estar completado su quórum estructural, que exige la presencia de todos y cada uno de los miembros que integran el colegio, debidamente nombrados por los diversos cuerpos administrativos o grupos sociales interesados, para garantizar así la validez de sus reuniones y la de sus acuerdos.



En virtud de lo anterior, es preciso advertirle, que los actos y acuerdos adoptados al seno de esa Junta Directiva, desde el momento en que quedó vacante el cargo del oftalmólogo representante del Colegio de Médicos y Cirujanos, y hasta la fecha, carecerían de validez y eficacia.

Amén de lo anterior, recomendamos que una vez que se logre completar su quórum estructural, ya sea con el nombramiento del representante de la Corporación Profesional que falta, o bien porque se integrara con una nueva pero total conformación de la totalidad de sus miembros, y por ende, ese órgano se encuentre entonces debidamente constituido, deberán de adoptarse, en su propio seno, las medidas respectivas a efecto de convertir, cuando así fuere procedente, tales actos en otros válidos, según lo dispuesto por el numeral 189 de la Ley General de la Administración Pública.

Será entonces, ese mismo cuerpo colegiado, cuando esté debidamente conformado, el que deberá analizar y decidir al respecto.

VI.-

Responsabilidad por omisión de los entes u órganos llamados a nombrar a los miembros de un consejo directivo.

Recientemente, este órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, ha debido pronunciarse sobre las responsabilidades en que, eventualmente, podrían incurrir aquellos entes u órganos públicos que no designen a sus representantes ante los diversos consejos directivos en que, por mandato de ley, deben estar integrados.

Al respecto, interesa la siguiente cita:

"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 de 18 de mayo de 2001).

Es obvio entonces, que si alguno de los entes u organismos competentes para nombrar representantes ante una junta directiva o consejo administrativo, rehuye actuar su competencia, y no los designa, con dicha omisión estaría no sólo contribuyendo a mantener una situación de vacancia en aquel órgano colegiado, afectando directamente su constitución, y por ende, su funcionamiento, sino que también con ello estaría incurriendo, eventualmente, en algún tipo de responsabilidad, sea civil, administrativa y hasta penal, según veremos.

En el caso del Patronato Nacional de Ciegos, su Junta Directiva está integrada, entre otros, por un oftalmólogo representante del Colegio de Médicos y Cirujanos (Art. 6, inciso 4) de la Ley N° 2171 de 30 de octubre de 1957 y sus reformas). Y según establece el citado numeral, dicho representante será designado por el "máximo jerarca" de aquella Corporación Profesional; expresión aquella que alude al jerarca administrativo del ente, es decir, su Junta de Gobierno (Arts. 10, 13 y 14 de la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos - N° 3019 de 9 de agosto de 1962 y sus reformas-), la cual gobierna y administra los intereses del grupo en forma continua y permanente (Resolución N° 5483-95 de las nueve horas treinta y tres minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y cinco. En sentido similar ver las sentencias N° 1386-90 del 24 de octubre de 1990 y N° 789-94 del 8 de febrero de 1994, todas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

Sin embargo, mediante esta consulta se nos indica que el citado órgano colegiado no se encuentra, en la actualidad, debidamente integrado, pues no cuenta con la representación de citado Colegio Profesional, pese a que han solicitado su designación en repetidas ocasiones.

Es importante recordar que, por el carácter público de las funciones delegadas que realizan -las cuales trascienden la simple promoción y defensa de los intereses comunes de sus agremiados-,



los Colegios Profesionales son considerados Corporaciones de Derecho Público, más concretamente, entes públicos no estatales, de afiliación obligatoria para quienes deseen ejercer una determinada profesión titulada. (*Entre otros, véanse los dictámenes C-328-82 de 20 de noviembre de 1982, C-198-96 de 5 de diciembre de 1996, C-127-97 de 11 de julio de 1997 y C-055-2001 de 27 de febrero del 2001*). Y como tales, al ser considerados Administraciones Públicas, y especialmente cuando ejercen competencias públicas o funciones administrativas, las Corporaciones Profesionales están inexorablemente sujetas al "principio de legalidad" o "principio de juridicidad de la Administración", que informa y rige el accionar administrativo (Art. 11 de la Ley General de la Administración Pública y de la Constitución Política). (*Al respecto, puede consultarse, entre otros, ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. "Corporaciones profesionales y Administración Pública". En Revista de Administración Pública N° 72, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, septiembre-diciembre 1973, p 43. Y sentencia N° 5483 de 6 de octubre de 1995, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*).

Y ese carácter de ente público -aunque no estatal- del Colegio de Médicos y Cirujanos, determina que el mismo se considere como parte de la Administración Pública y que, en principio, le sea aplicable la normativa de Derecho Público, en particular la administrativa y sus principios, con todas las consecuencias jurídicas que ello trae consigo (Art. 1° y 3° de la Ley General de la Administración Pública). (*Al respecto, véase el dictamen C-127-97 de 11 de julio de 1997*), especialmente en cuanto a la omisión de actuar la competencia asignada respecto al nombramiento de su representante en la Junta Directiva del Patronato Nacional de Ciegos, pues ese deber le ha sido encomendado en régimen de imperium.

Es claro entonces, que en la medida en que la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos no haya querido designar a su representante ante la Junta Directiva del Patronato Nacional de Ciegos, y por tanto haya rehusado actuar dicha competencia -que de por sí es de ejercicio obligatorio-, todos y cada uno de los integrantes de su Junta Directiva que hubieran contribuido, en alguna medida, con dicha omisión de deberes ineludibles de la función pública que les han sido encomendados y delegados, podrían incurrir personalmente tanto en responsabilidad administrativa, como civil y hasta penal, siempre y cuando se den los supuestos legalmente establecidos al efecto, por la Ley General de la Administración Pública; es decir, cuando hayan actuado con dolo o



culpa grave, aunque hayan utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo. (Arts. 199 y 210 de la Ley General de la Administración Pública).

Según lo ha indicado anteriormente esta Procuraduría General (Dictamen C-135-2000 de 5 de diciembre del 2000 y C-055-2001 op. cit.), existen algunos casos donde la Ley expresamente califica la gravedad de la infracción, y el tipo de responsabilidad en que se incurre, como por ejemplo:

- Emisión de actos manifiestamente ilegales (art. 199)
- El que obedeciere actos manifiestamente ilegales (art. 199)
- La orden de ejecutar un acto absolutamente nulo (art. 170)
- El retardo grave e injustificado en la conclusión de un procedimiento administrativo (art. 225).

En lo demás supuestos, incluidos la omisión de actuar con una diligencia debida o la omisión de un deber funcional, será necesario analizar, en cada caso concreto, si el servidor actuó con culpa grave o dolo, a efectos de determinar el tipo de responsabilidad.

En todo caso, habrá que considerar si con dicha omisión el servidor produjo un daño que sólo afectó a la Administración o causó un daño a terceros, porque en el primer supuesto deberá seguirse un procedimiento administrativo a efecto de determinar la responsabilidad del funcionario y, eventualmente, proceder al cobro de la suma correspondiente, sirviendo como título ejecutivo la certificación expedida por el jerarca del ente respectivo. Mientras que en el otro caso, la Administración será solidariamente responsable junto con el funcionario (art. 201), lo que significa que el afectado puede decidir si dirige su acción contra el funcionario, la Administración, o contra ambos, sin que pueda alegarse, en los dos primeros supuestos la existencia de un litis consorcio pasivo necesario, tal y como lo ha considerado, en forma reiterada, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte.

V.-

Consideraciones y recomendaciones finales.



Todo lo expuesto deriva de la situación planteada en su consulta, y dada la trascendencia de esos hechos en la conformación y funcionamiento de aquel órgano colegiado, nos hemos visto obligados a advertir los problemas jurídicos antes enunciados y sus posibles soluciones.

Sin embargo, en cuanto al punto medular de su consulta; referido especialmente al procedimiento que se debe seguir para solicitarle al Colegio de Médicos que nombre, formalmente, a su representante y que éste a su vez se comprometa a asistir a las reuniones a las que se le cite, debemos indicar lo siguiente:

En cuanto a la conformación de la Junta Directiva del Patronato Nacional de Ciegos, estamos indudablemente ante una pluralidad de centros de acción, cada uno con una competencia propia y un grado acentuado de independencia entre sí.

Bajo esta premisa, no es posible sugerir algún medio compulsivo, más que la sujeción misma al principio de legalidad - *que informa y rige el accionar administrativo*-, por el cual ese Patronato pueda ordenarle a otro ente público no estatal, que ejerza eficazmente sus competencias, porque jurídicamente esto no es posible.

Por consiguiente, bajo los principios rectores de unidad y cohesión interna de los distintos componentes de la Administración, deberán coordinarse tanto esfuerzos como acciones conjuntas, entre ese Patronato y aquel ente corporativo, con miras a enfrentar y solucionar, de manera oportuna y adecuada, la grave situación evidenciada en esta consulta; sin que ello menoscabe, en alguna forma, el principio de funcionalidad o diferenciación, en virtud del cual, cada componente de la organización tiene establecida una misión o función específica asignada.

Finalmente, creemos conveniente aclarar un último punto indicado en su misiva, referido a las razones que diversos representantes del Colegio de Médicos han esgrimido para rehuir su designación, o bien ausentarse de las sesiones de Junta del Patronato Nacional de Ciegos.

Según lo ha determinado la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la renuncia de un cargo, al igual que su aceptación, debe ser un acto enteramente libre (*Véase al respecto la resolución N° 1435-92 de las 12:00 horas del 29 de mayo de 1992*).



En virtud de lo anterior, es preciso indicar que aún cuando la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos designe, dentro de una relación de confianza, a su representante ante el Patronato Nacional de Ciegos, dicho integrante no está obligado a ocupar dicho cargo; al contrario, éstos pueden, en cualquier momento, disponer y manifestar unilateralmente su decisión de aceptar o no dicha designación, o bien renunciar al cargo. Admitir lo contrario sería violar el principio general de autonomía de la voluntad (Al respecto, véase la Opinión Jurídica O.J.-

048-2001 de 7 de mayo del 2001).

Pese a lo anterior, este órgano asesor estima que, de ninguna manera, el oftalmólogo designado como representante de la corporación de galenos, puede pretender justificar, ya sea su renuncia o la inasistencia a sesiones de la Junta Directiva del Patronato Nacional de Ciegos, con el simple argumento de que le resulta imposible dejar su consulta médica-hospitalaria toda una mañana, dos veces al mes; esto por cuanto en la propia Ley de creación del Patronato Nacional de Ciegos -Nº 2171 de 30 de octubre de 1957 y sus reformas- se establece en forma expresa que los diversos representantes que integran dicho consejo *"gozarán de permiso con goce de salario de su respectivo patrono"* (Art. 6º); y es más, dicho cuerpo normativo ratifica en el numeral 9º, que *"Los miembros que integren la Junta Directiva del Patronato, tendrán derecho al permiso respectivo para realizar su labor, por parte de las instituciones y organizaciones que representen"*.

Consideramos que es muy importante que el oftalmólogo designado como representante del Colegio de Médicos conozca esa autorización expresa que le concede una norma de rango legal *-y por ende inexorable-*, que le permite disfrutar de un permiso con goce de salario para realizar su labor.

CONCLUSIONES:

En definitiva, la ausencia de nombramiento del oftalmólogo representante del Colegio de Médicos y Cirujanos, en la Junta Directiva del Patronato Nacional de Ciegos, entraña un incumplimiento del deber de nombrar y, por ende, puede acarrear, eventualmente, responsabilidad del organismo que debe actuar esa competencia, concretamente, la Junta de Gobierno de aquella Corporación Profesional.



Deberán coordinarse tanto esfuerzos como acciones conjuntas, entre ese Patronato y aquel Colegio Profesional, para solucionar, de manera oportuna y adecuada, la grave situación evidenciada en esta consulta.

Y desde luego, el ente consultante deberá seguir las recomendaciones hechas por este órgano asesor, para revertir las nulidades de los actos y acuerdos tomados en su seno, mientras se encontraba defectuosa su integración."⁶

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, me es grato referirme a su oficio n.º 8548 del 13 de noviembre del año en curso, a través del cual solicita a la Procuraduría General de la República una aclaración y adición del dictamen C-351-2003, en el sentido de que si una vez, debidamente integrada la Junta Directiva con la totalidad de los miembros, es jurídicamente posible convertir, cuando así fuere procedente, los actos dictados por la Junta Directiva sin estar integrada por la totalidad de sus miembros, por otros válidos, según lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública y en el dictamen C-012-2001 de 15 de enero del 2001.

I.-

ANTECEDENTES.

En el dictamen C-351-2003 de 10 de noviembre del 2003, concluimos lo siguiente:

"1.-

La Junta Directiva de la ARESEP está integrada por cinco miembros, nombrados y ratificados por el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa, respectivamente. Para que exista como tal, todos sus miembros deben estar debidamente investidos.

2.-

Su quórum lo forman tres miembros. Las decisiones se adoptan por mayoría absoluta de los miembros presentes, salvo los casos de excepción que establece la ley.

3.-



Cuando el (la) Regulador (a) General no asiste a una sesión de la Junta Directiva, se debe proceder a nombrar un presidente ad hoc, siguiendo el procedimiento que prevé la Ley General de la Administración Pública."

II.-

SOBRE EL FONDO.

No sólo por estar dentro del plazo de ley, sino por las implicaciones que se derivan del dictamen supra citado, resulta procedente y necesaria la adición del pronunciamiento C-351-2003.

De conformidad con el ordenamiento jurídico, es posible convertir, cuando así fuere procedente, los actos dictados por la Junta Directiva sin estar integrada por la totalidad de sus miembros, por otros válidos, según lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública. En esta dirección, en el dictamen que usted cita, indicamos lo siguiente:

"Ya en otras oportunidades esta Procuraduría General ha advertido que la titularidad de los órganos colegiados reside en cada una de las personas físicas que lo integran (órganos persona), lo cual tiene importancia en cuanto a su constitución, pues sólo en la medida en que todos y cada uno de los miembros hayan sido investidos de conformidad con el ordenamiento, podrá considerarse que el órgano está integrado y puede válidamente funcionar (Véase al respecto, OJ-025-98 de 19 de marzo de 1998). Esto es lo que se conoce con el nombre de 'quórum estructural' (Entre otros, los dictámenes C-136-88 de 17 de agosto de 1988, C-015-97 de 27 de enero de 1997, C-025-97 de 7 de febrero de 1997 y C-055-97 de 15 de abril de 1997).

Por lo anterior, y a sabiendas de que el Consejo Directivo del CONICIT no se encuentra debidamente integrado, nos vemos en la obligación de advertir que los actos y acuerdos adoptados, desde que quedó vacante el puesto de Director y hasta fecha, carecerían de validez y eficacia.

En consecuencia, una vez que, con el nombramiento de su Director, ese órgano se encuentre debidamente constituido, este órgano asesor recomienda que deberán de adoptarse las medidas respectivas a efecto de convertir, cuando así fuere procedente, tales actos en otros válidos, según lo dispuesto por el numeral 189 de la Ley General de la Administración Pública."



(Las negritas no corresponden al original).

III.-

CONCLUSIÓN.

Se adiciona el dictamen C-351-2003 de 10 de noviembre del 2003, en el sentido de que es posible convertir, cuando así fuere procedente, los actos dictados por la Junta Directiva sin estar integrada por la totalidad de sus miembros, por otros válidos, según lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública.⁷

3. JURISPRUDENCIA.

"Del elenco de hechos probados se desprende que por resolución número DJ-63 del 9 de abril del 2002, tomada en sesión de Junta Directiva del Instituto Costarricense de Turismo, se otorgó a la amparada la condición migratoria de residente rentista, la que se hace extensiva a su dependiente Neudorfer William. En dicha oportunidad el Instituto Costarricense de Turismo tuvo por consignado que la certificación de nacimiento, comprobación de parentesco y el certificado de antecedentes penales emitido por el Departamento de Policía de Mesa presentados por la recurrente estaban debidamente autenticados por las autoridades consulares respectivas y el Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo que procedió a otorgar la condición migratoria solicitada. No obstante lo anterior, posteriormente mediante el Decreto Ejecutivo 21975-G-TUR, las funciones del Departamento de Jubilados del Instituto Costarricense de Turismo fueron asumidas por la Dirección General de Migración y Extranjería, por lo que al momento en que la amparada solicitó e cambio de estatus migratorio a residente pensionada debió hacerlo ante esta Dirección. Una vez presentado el trámite en dicha instancia, la Dirección General de Migración y Extranjería consideró pertinente a efectos de cambiar su subcategoría de residente rentista a residente pensionada, solicitar a la recurrente el certificado de nacimiento, matrimonio y el certificado de policía con el respectivo trámite consular, que según indica en el informe dado bajo la gravedad del juramento "... **NO** consta en el expediente administrativo número 10219 (folios 07 a 36) ya que los que ahí constan, no contienen los requisitos necesarios para tramitar su solicitud, puesto que fueron



"...la Sala ha señalado con anterioridad (ver entre otras, las sentencias N° 2754-93 y N° 4596-93) que el principio de intangibilidad de los actos propios, que tiene rango constitucional en virtud de derivarse del artículo 34 de la Carta Política, obliga a la Administración a volver sobre sus propios actos en vía administrativa, únicamente bajo las excepciones permitidas en los artículos 155 y 173 de la Ley General de la Administración Pública. Para cualquier otro caso, debe el Estado acudir a la vía de la lesividad, ante el juez de lo contencioso administrativo." (Sentencia número 02186-94 de las 17:03 horas del 4 de mayo de 1994; en igual sentido: número 00899-95 de las 17:18 horas del 15 de febrero de 1995).

Y también:

"Tal como reiteradamente ha resuelto la Sala, a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido, que confieran derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración al emitir un acto y con posterioridad a emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido. La única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado. En nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República, y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, si la Administración ha inobservado las reglas de estos procedimientos, o bien, los ha omitido del todo, como se evidencia en el presente caso que ocurrió, el principio de los actos propios determina como efecto de dicha irregularidad, la invalidez del acto. Por consiguiente, lo que procede es declarar con lugar el recurso por existir violación del principio de los actos propios y del debido proceso." (Sentencia número 00755-94 de las 12:12 horas del 4 de febrero de 1994).

A juicio de la Sala si la administración concedió a la amparada la condición de residente rentista el 9 de abril del 2002, resulta ilegítimo que para tramitar el cambio de subcategoría migratoria se



le exija aportar los certificados de nacimiento, matrimonio y policía con el debido trámite consular, que eran requisitos necesarios para el otorgamiento de la condición migratoria que ya tiene. Esa prevención lesiona el derecho al debido proceso de la amparada quien, ya tiene la condición de pensionada rentista y la gestión de cambio de subcategoría de residente rentista a residente pensionada que gestiona, no puede ser condicionada más que al cumplimiento de los requisitos establecidos para ese trámite específico de conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Migración y Extranjería, y su Reglamento. Lo anterior sin perjuicio de que, como bien lo dice en su informe la autoridad recurrida, si así procede y mediante los procedimientos legales previstos en la Ley General de la Administración Pública, se declare la nulidad de la resolución número DJ-63 del 9 de abril del 2002, tomada en sesión de Junta Directiva del Instituto Costarricense de Turismo, en que se otorgó a la amparada la condición migratoria de residente rentista, por haberse dictado en contra de los establecido por el ordenamiento jurídico.”⁸



FUENTES CITADAS:

- ¹ Ley N° 6227. Ley General de la Administración Pública. 02 de mayo de 1978.
- ² PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 038 del quince de febrero de mil novecientos noventa y nueve.
- ³ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 126 del dos de junio de dos mil.
- ⁴ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 033 del quince de febrero de dos mil uno.
- ⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica 048-J del siete de mayo de dos mil uno.
- ⁶ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica 081-J del veinticinco de junio de dos mil uno.
- ⁷ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 381 del tres de diciembre de dos mil tres.
- ⁸ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 12805 de las once horas veinte minutos del doce de noviembre de 2004.