MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA
Departamento de Asesoría Legal
Teléfono 2232 8067 - Fax 2232 8748

COPIA

San José, 07 de julio del 2010
MAG-AJ-447-2010

RECIBIDO

Licenciada
Xinia Chaves Quirós, Viceministra
Su Despacho

MBH

10:49

Estimada señora:

En relación con el **Traslado de Documentos Número 024** del 24 de junio del año en curso, mediante el cual adjunta el oficio AI SFE 092-2010, a fin de que nos pronunciemos sobre el punto 2 referido al mecanismo utilizado para nombrar a la Directora del SFE, me permito indicarle lo siguiente:

a- Análisis Jurídico:

Señala la Auditoría Interna del Servicio Fitosanitario del Estado que: "...existe una gran diferencia entre un "Acuerdo Ejecutivo" y un "Acuerdo Ministerial"..."

Desde el punto de vista legal o doctrinario, no existe la diferenciación aludida por esa unidad, la misma podría derivar de los efectos que tenga un acuerdo suscrito por la Señora Presidenta de la República y el o la Ministra respectiva o sólo por éste o ésta última.

Al respecto, el artículo 146 de la Constitución Política dice: **"Los decretos, <u>acuerdos,</u> resoluciones y órdenes del Poder Ejecutivo, requieren para su validez las firmas del Presidente de la República y del Ministro de ramo y, además, en los casos que esta Constitución establece, la aprobación del Consejo de Gobierno."** (El destacado no es del original)

En ese sentido, resulta importante hacer alusión a los comentarios esgrimidos por el señor Rubén Hernández del Valle en el libro: "Constitución Política comentada de Costa Rica", McGraw-Hill Interamericana Editores S.A. de CV, página 646:

"Esa norma vino a fortalecer el papel de los Ministerios dentro del Poder Ejecutivo, pues sanciona con la invalidez, los actos del Poder Ejecutivo que no llevan la firma del o de los respectivos Ministros.

Se debe lógicamente entender que los actos que dicte el Presidente en el ejercicio de sus funciones exclusivas (art. 139 CP) sólo requieren su firma. En cambio, los actos de los Ministerios que surtan efectos respecto a terceros, deben llevar siempre la firma del Presidente y del Ministro del ramo. ***Únicamente los actos de relevancia interna pueden ir calzados con la sola firma del respectivo Ministro.***

Lógicamente los actos del Consejo de Gobierno llevan la firma del Presidente de la República y del Secretario del Consejo de Gobierno, por tratarse de un órgano colegiado, aunque las actas deban firmarse por todos los presentes." (El destacado es nuestro)

Ahora bien, el Servicio Fitosanitario del Estado posee personalidad jurídica instrumental, que habilita al órgano inferior para administrar y ejecutar su presupuesto, con independencia de la gestión presupuestaria del Ente al que pertenece. Igualmente, la personalidad jurídica instrumental le permite celebrar contratos con cargo a su propio presupuesto. Pero, en modo alguno, esto conduce a considerar que el órgano con personalidad jurídica instrumental, constituya una suerte de ente autónomo. De allí que la Dirección del Servicio Fitosanitario depende en su relación jerárquica de la Ministra de Agricultura y Ganadería.

Así se desprende del oficio C 276-2009 del 13 de octubre del 2009 de la Procuraduría General de la República:

"En primer término, el jerarca deviene incompetente para emitir los actos relativos a la materia desconcentrada. Esa incompetencia no es, sin embargo, absoluta. La norma que desconcentra delimita la materia desconcentrada así como los poderes conferidos al órgano inferior. Pero en los demás aspectos de su actividad, este órgano permanece sometido a la relación de jerarquía.

Consecuentemente, el jerarca ejercita sus poderes normales respecto de los ámbitos no desconcentrados. De allí que la norma que desconcentra deba establecer hasta dónde llega la desconcentración, qué poderes conserva el jerarca respecto de lo desconcentrado.

En segundo término, hablamos de un poder de decidir, pero ese poder de decidir no necesariamente tiene que implicar agotamiento de la vía administrativa. Es decir, la desconcentración no se opone al recurso jerárquico en favor del jerarca o de un tercer órgano, circunstancia que está prevista en el artículo 83.-2 de la Ley General de la Administración Pública. Lo que nos indica que el jerarca mantiene una cierta tutela sobre el inferior.

En tercer término, dependiendo del grado de desconcentración (máxima o mínima), el jerarca mantiene el poder de mando e instrucción sobre el órgano desconcentrado (artículo 83, 3 ibidem). Lo que significa que ante una desconcentración mínima, el jerarca podría determinar el ejercicio de la competencia desconcentrada, sin que eso implique desconocimiento de la desconcentración. En ese sentido, la desconcentración de competencias es compatible con una tutela jurídica y material completa, que se expresa en la facultad que tiene el órgano que desconcentra de fijar criterios y dictar instrucciones que deberá cumplir el órgano que ejerza competencias desconcentradas."

Retomando el comentario efectuado por el Dr. Hernández del Valle y estudiando la naturaleza jurídica del Servicio Fitosanitario del Estado, el nombramiento realizado por la Señora Ministra a la Directora del SFE es válido y eficaz, en tanto es un acto de relevancia interna del MAG, por las razones que además, se expondrán seguidamente.

Según el oficio DM-303 del 10 de mayo del 2010, emitido por señora Ministra de Agricultura y Ganadería y dirigido a la señora Magda González Arroyo: *"...Las condiciones del puesto de **Profesional Jefe de Servicio Civil 3** que ha venido desempeñando en ese Servicio, se mantendrán hasta que la Autoridad competente autorice el puesto de Directora General de esa institución..."* El destacado es nuestro.

De tal manera se evidencia que el puesto de Directora General del Servicio Fitosanitario aún no existe como tal, pues según se nos informó en la Dirección de Recursos Humanos del MAG, el mismo está siendo tramitado ante la Autoridad Presupuestaria.

Respecto al nombramiento y remoción de funcionarios de confianza que realizan directamente el (la) Presidente (a) de la República y el respectivo Ministro (a), según lo regula el artículo 140, inciso 1 de la Constitución Pública, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su Voto 5778-94 dijo que:

"En cuanto a los funcionarios de confianza la Sala Constitucional ha precisado que son aquellos nombrados casi siempre a plazo fijo, y cuyo denominador común es encontrarse en una relación de servicio no típicamente laboral, bajo un régimen de subordinación jerárquica, sino más bien de dirección y colaboración, donde no medien órdenes sino más bien directrices, en unos casos, o bien, en una relación de confianza que obliga a otorgar una mayor libertad para el nombramiento y la eventual remoción de funcionario; ello independientemente de la naturaleza permanente de la función.
Esta relación de confianza puede fundarse, según los requerimientos del cargo, en aspectos puramente subjetivos de orden personal; pero también puede derivarse de elementos objetivos, nacidos en una comunicación ideológica (política en el buen sentido del término), necesaria para el buen manejo de la cosa pública conforme con planes y programas muy calificados."

En esa norma la Sala ha encontrado fundamento constitucional al nombramiento de los (las) Viceministros (as).

En ese mismo sentido, el artículo 4 del Estatuto de Servicio Civil creado mediante Ley No. 1581 del 30 de mayo de 1953 establece de manera taxativa los puestos que se encuentran excluidos del régimen del Servicio Civil y en lo que nos interesa señala:

"(...)

*g) **Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios**, así como de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico."* (El destacado no es del original)

b- Conclusiones:

De lo expuesto, se extrae que debido a que la actual Directora del Servicio Fitosanitario del Estado no ostenta un puesto de Dirección en sentido estricto, debidamente aprobado por las autoridades competentes sino de Profesional Jefe de Servicio Civil 3, desempeñando las funciones atientes al cargo de Directora, es que el nombramiento de dicha funcionario se encuentra a derecho.

No obstante, en el momento que dicha plaza esté creada y autorizada formalmente, corresponderá a la Presidenta de la República conjuntamente con la Ministra de Agricultura y Ganadería emitir un acuerdo para ese nombramiento.

Esperando haber dejado atendida su inquietud, se despide;

Atentamente;

Licda. Julieta Murillo Zamora
Jefe

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERIA
ASESORIA JURIDICA

Ci. Despacho Sra. Ministra
Dirección Recursos Humanos MAG
Dirección SFE

MSM/msm