sector AGRO ALIMENTARIO

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

MAG

San José, 09 de Febrero del 2012
MAG-AJ-068-2012

Señora
GLORIA ABRAHAM PERALTA, Ministra
Su Despacho

Estimada Señora:

El día de ayer personal de esta Asesoría se reunió con el Lic. Jorge Oviedo Alvarez, Procurador Adjunto y con la Licda. Amanda Grosser, Abogada de la Procuraduría General de la República con los cuales se conversó respecto a la legalidad y conveniencia de interponer un proceso de lesividad ante los Tribunales de Justicia por el nombramiento o designación de la señora Carolina Baltodano Vargas como Contralora de Servicios del Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (INTA).

En dicha reunión se consideró lo siguiente:

1)Nulidad del acto de nombramiento:

Esbozaron los representantes de la Procuraduría General, que la tesis predominante para ese Órgano Asesor, en cuanto a la nulidad por competencia, es la sostenida por el señor Eduardo Ortiz Ortiz y reflejada en el artículo 187 de la Ley General de la Administración Pública que dice: *"1. El acto relativamente nulo por vicio y en la forma, en el contenido o en la competencia podrá ser convalidado mediante uno nuevo que contenga la mención del vicio y la de su corrección. 2. La convalidación tiene efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado."*

En ese sentido, el Dr. Ortiz Ortiz, en su Libro Tesis de Derecho Administrativo II, editorial Stradtmann S.A., San José, 2000, indica que:

"La nulidad relativa se presenta cuando uno de los elementos constitutivos del acto administrativo es imperfecto, pero no impide la realización del fin (art. 167 LGAP) o por disposición legal.
Es importante recordar que si el vicio impide la realización del fin, la nulidad deja de ser relativa y se califica como absoluta."

sector AGRO ALIMENTARIO

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA

Departamento de Asesoría Legal

Teléfono 2232 8067 – Fax 2232 8748

MAG

San José, 09 de Febrero del 2012

MAG-AJ-068-2012

DESPACHO DEL MINISTRO
13 FEB
M.A.G.
CORRESPONDENCIA

Señora
GLORIA ABRAHAM PERALTA, Ministra
Su Despacho

Ministerio de Agricultura y Ganadería
DESPACHO DE LA MINISTRA
13 FEB. 2012
Recibido por:
Hora:

Estimada Señora:

El día de ayer personal de esta Asesoría se reunió con el Lic. Jorge Oviedo Alvarez, Procurador Adjunto y con la Licda. Amanda Grosser, Abogada de la Procuraduría General de la República con los cuales se conversó respecto a la legalidad y conveniencia de interponer un proceso de lesividad ante los Tribunales de Justicia por el nombramiento o designación de la señora Carolina Baltodano Vargas como Contralora de Servicios del Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (INTA).

En dicha reunión se consideró lo siguiente:

INTA
13FEB2012PM2:06
DIREC.EJECUTIVA

1)Nulidad del acto de nombramiento:

Esbozaron los representantes de la Procuraduría General, que la tesis predominante para ese Órgano Asesor, en cuanto a la nulidad por competencia, es la sostenida por el señor Eduardo Ortiz Ortiz y reflejada en el artículo 187 de la Ley General de la Administración Pública que dice: *"1. El acto relativamente nulo por vicio y en la forma, en el contenido o en la competencia podrá ser convalidado mediante uno nuevo que contenga la mención del vicio y la de su corrección. 2. La convalidación tiene efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado."*

En ese sentido, el Dr. Ortiz Ortiz, en su Libro Tesis de Derecho Administrativo II, editorial Stradtmann S.A., San José, 2000, indica que:

"La nulidad relativa se presenta cuando uno de los elementos constitutivos del acto administrativo es imperfecto, pero no impide la realización del fin (art. 167 LGAP) o por disposición legal.
Es importante recordar que si el vicio impide la realización del fin, la nulidad deja de ser relativa y se califica como absoluta."

Cita como ejemplo de nulidad relativa el tema de la competencia, expresando que la misma opera *"en caso de que en el inferior conozca y resuelva cuestiones concernientes a la competencia del superior, sin que medie delegación de éste que se lo permita. (incompetencia por razón de grado)."*

De esta forma, la competencia por razón de grado es la que se da entre dos órganos, uno de los cuales puede revisar lo hecho por el otro. (Ortiz, 2000, pag. 317)

Vale señalar entonces que la convalidación se da cuando existen vicios en la forma (motivación, forma de exteriorización o procedimiento), el contenido o **la competencia** (artículo 187 LGAP).

La convalidación se verifica a través de un acto administrativo nuevo que contenga mención expresa del vicio y de su corrección y tiene efectos retroactivos a la fecha del acto convalidado. En el nuevo acto estarán corregidas o subsanadas las irregularidades o defectos que determinaron la nulidad relativa (artículo 187.2 LGAP).

La convalidación emana sólo cuando el acto es relativamente nulo, toda vez que se trata de vicios que no son graves. Por el contrario, cuando su gravedad es tal que impida que el acto cumpla con el fin para el que fue dictado (nulidad absoluta), no se puede convalidar (artículo 187 LGAP).

Por tanto, de conformidad con lo expuesto el nombramiento de la señora Carolina Baltodano Vargas como Contralora de Servicios del Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (INTA), realizado por el órgano incompetente, produjo una nulidad relativa que puede ser saneada.

Adicionalmente, debemos aclarar que para que pueda interponerse un proceso de lesividad, según lo estipulado en el Código Procesal Contencioso Administrativo, es necesaria la existencia de una nulidad absoluta.

2) Órgano competente para convalidar el acto de nombramiento:

Según la Opinión Jurídica 066-2005 del 26 de mayo del 2005, la Procuraduría General de la República, explicó en cuanto a la violación del principio jerárquico propio del Poder Ejecutivo y al régimen Estatutario, específicamente para el caso del INTA, que en la medida en que el numeral 14, inciso a) de la Ley N° 8149 y el 28, inciso a) de su Reglamento, designan al Director Ejecutivo

como "el jefe superior del personal de todas las dependencias del Instituto", con la salvedad del auditor externo e interno, ello excede irrazonablemente la naturaleza desconcentrada que, como órgano del Ministerio de Agricultura y Ganadería, tiene ese Instituto.

"Es cierto que el legislador ordinario puede regular la relación de servicio establecida en el Estatuto de Servicio Civil, e incluso exceptuar su aplicación en algunos casos en que ello estuviera estricta y razonablemente justificado. Pero en todo caso, el legislador no puede transgredir las normas y lo principios que la Constitución le ha impuesto como límite en materia de empleo público. Y cabe advertir entonces, que la Constitución es clara y expresa en conferirle al Poder Ejecutivo en sentido estricto, el nombramiento y remoción, con sujeción a los requisitos previstos por la Ley de Servicio Civil, a los restantes servidores de sus dependencias (art. 140, inciso 2 y 20). De allí nace una indiscutible relación jerárquica, en la que el Ministro del ramo, como órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio, podrá ejercer sobre sus empleados subordinados, la potestad disciplinaria. Tal y como lo ha advertido la Sala Constitucional, "(...) el derecho disciplinario presupone una relación de subordinación entre el órgano sometido a la disciplina y el órgano que la establece o aplica, más que para castigar, para corregir, e incluso educar al infractor de la norma, de ahí el carácter correctivo de las sanciones disciplinarias (...)" (Resolución Nº 5594-94 de las 15:48 horas del 27 de setiembre de 1994, confirmada en la resolución Nº 2004-10227de las 15:56 horas del 21 de setiembre de 2004).

Por las razones dadas, y como el INTA se encuentra orgánicamente ubicado dentro del Ministerio de Agricultura y Ganadería, ***es el Ministro del ramo el jefe superior del personal de esa dependencia*** *y no el Director Ejecutivo;* ***a lo sumo, el Viceministro sería el superior jerárquico inmediato de todo el personal del Ministerio****, sin perjuicio de las potestades del Ministro al respecto (art. 47, inciso 4) de la Ley General y artículo 3º del decreto ejecutivo Nº 26431 de 2 de octubre de 1997, Reglamento a la Ley Orgánica del MAG). Y por ello cabe enfatizar que la desconcentración no presupone la constitución de un régimen de empleo público segregado o diverso del Estatutario (Pronunciamiento C-274-2003 de 17 de setiembre de 2003 y resolución Nº 4588-97 de las 15:48 horas del 5 de agosto de 1997, Sala Constitucional)."* El destacado es nuestro.

Siendo así, corresponde al Despacho Ministerial o Viceministerial, realizar la convalidación del acto de nombramiento de la señora Carolina Baltodano Vargas como Contralora de Servicios del

Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (INTA), mediante Resolución Administrativa, de la cual se adjunta borrador para su consideración.

3) Conclusión:

Con fundamento en lo expuesto es que sugerimos se retire la consulta efectuada a la Procuraduría General de la República para que entable un proceso de lesividad y en su defecto, proceda el Despacho Ministerial a convalidar el acto de nombramiento de la señora Carolina Baltodano Vargas como Contralora de Servicios del INTA, si lo considera prudente.

Atentamente;

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERIA
ASESORIA JURIDICA

Licda. Julieta Murillo Zamora
Jefe Asesoría Jurídica

Ci. Despacho Viceministerial, Licda. Tania López Lee
Lic. Jorge Oviedo A., Procurador Adjunto (PGR)
Dirección Ejecutiva del INTA

MSM/msm