



**MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA**  
**Asesoría Jurídica**



San José, 16 de junio 2012  
MAG-AJ-343 -2012



**Señor**

**Mario Molina Bonilla**

**Auditor Interno**

**Ministerio de Agricultura y Ganadería**

**Presente**

Estimado Señor:

En atención a su Oficio AI- 099-2012 mediante el cual consulta la procedencia legal de que el titular de la Dirección Superior de Operaciones designe, en sustitución suya, a quien lo va a suplir durante su ausencia que, según la Circular N° 212-12 de fecha 31 de mayo del 2012, será por un período que va del 1 de junio al 2 de julio del año en curso, me permito manifestarle:

**1° Sobre la primera interrogante:**

Como primer aspecto debe indicarse que el puesto que ocupa el señor Erick Quirós es de Gerente 2, por lo que es un puesto que se encuentra dentro del Régimen de Servicio Civil, y le son aplicables las normas establecidas en el Estatuto y su Reglamento.

En este sentido dispone el artículo 1° del Estatuto de Servicio Civil que *“Este Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, y proteger a dichos servidores.”*

Bajo ese concepto procede analizar la circular N° 212-12 mediante la cual se designó al señor Luis Zamora como Director a.i por un plazo que va del 1 de junio al 2 de julio del año 2012, de tal forma que bajo los términos de esta comunicación poder definir qué clase nombramiento se realizó, en efecto se señaló en dicho documento que a partir del 1 de junio hasta el 2 de julio del año en curso *"en mi ausencia, he designado al Ing. Luis Zamora Quirós, como Director Superior a.i"*

De conformidad con los términos utilizados se conforma la figura del titular interino o temporal que, según señala la Procuraduría General de la República, en su Dictamen N° 255-02, *"el servidor interino es el que ejerce "temporalmente un determinado cargo, hasta tanto sea nombrado el servidor regular correspondiente; o bien, es el llamado a atender las funciones del titular del puesto, que se encuentra incapacitado por enfermedad, o por un riesgo de trabajo, o se encuentra disfrutando de un permiso sin goce de salario según lo previsto en el artículo 37, incisos c), d), k), y j) del Estatuto de Servicio Civil, y en los supuestos del artículo 33 y 34 de su Reglamento"*.

Dentro de los supuestos comprendidos en las normas citadas por la Procuraduría, se encuentra el caso del servidor que está disfrutando de un permiso con goce de salario por estar en una capacitación.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha insistido en señalar que la sustitución temporal de servidores regulares busca garantizar la continuidad y eficiencia en la labor del Estado (ver entre otros los Votos 3005-2001 y 2150-2002).

Dispone el artículo 10 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil que *"... Se considerarán servidores interinos sustitutos los que fueren nombrados para reemplazar temporalmente a un servidor regular, por cualquier causa de suspensión de la relación de servicio. Tales servidores deberán reunir las condiciones previstas en el artículo 9° de este Reglamento, además de los requisitos de la clase establecidos en el Manual General de Clasificación de Clases"*.

De conformidad con esta norma, la designación temporal en el cargo de Director a.i. debe hacerse por los mismos medios que se designa al titular, y mediante la idoneidad comprobada, y este es un requisito que sí se impone en tratándose de los Directores de los Ministerios. Resulta obvio de la redacción de la Circular que el señor Quirós indica

que él ha designado en sustitución suya al señor Zamora Quirós, para lo cual no es competente.

Establece la Sala Constitucional a este respecto que esta figura:

*"...ha sido concebida con el fin de hacer posible la sustitución temporal de los servidores públicos regulares, garantizando de esta forma la continuidad de la labor del Estado, pero no para que mediante el uso de esta figura jurídica, la Administración viole lo dispuesto por el artículo 192 de la Constitución..."* (Sentencias constitucionales, N° 361-96; 928-99; y 3815-99).

Dentro de este orden de ideas, puede afirmarse que el nombramiento de este funcionario interino, lo debe realizar la Señora Ministra o la Señora Xinia Chaves, Viceministra a quien se le ha delegado esta función, por lo que la sustitución temporal del servidor titular, mediante la designación de un sustituto interino, (Director Superior a.i) y debe cumplir con las condiciones y requisitos que tiene la plaza, según lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil.

Este artículo se reafirma visto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley General de la Administración Pública, al disponer:

*"Artículo 95.-1. Las ausencias temporales o definitivas del servidor podrán ser suplidas por el superior jerárquico inmediato o por el suplente que se nombre. 2. Si el superior jerárquico no quisiere hacer la suplencia o transcurridos dos meses de iniciado su ejercicio por él, deberá nombrarse al suplente de conformidad con la ley.*

*3. Si la plaza está cubierta por el régimen especial del Servicio Civil el suplente será nombrado de conformidad con éste; si no lo está podrá ser nombrado libremente."*

Adicionalmente, como requisito para este tipo de trámites, dispone el artículo 25 del Reglamento de cita que, *"Todo movimiento de personal, así como todo acto, disposición o resolución que afecte la situación legal de ocupación de los puestos cubiertos por el Estatuto y que deban figurar en el expediente personal de los servidores, se debe tramitar mediante el formulario denominado "Acción de Personal"..... Los movimientos de personal originados en nombramientos en propiedad, ascensos en propiedad, nombramientos interinos y sus prórrogas y*

*modificaciones y los ascensos interinos y sus prórrogas y modificaciones requerirán de la aprobación previa de la Dirección General de Servicio Civil.....”.*

De conformidad con las normas citadas se puede indicar que las disposiciones de la Circular de repetida cita, se emitieron en contravención del artículo 11 de la Constitución Política el cual indica que *“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella....”*

**Por lo tanto, la respuesta a su primera consulta es que no es jurídicamente posible que un titular subordinado nombre a otro funcionario, mediante una designación en condición de interino, ya que este nombramiento debe ser ejecutado por el órgano competente y debiendo verificarse que el funcionario designado cumple con los requisitos del puesto, formalizando esta situación con una acción de personal.**

Debe adicionarse a esta respuesta que desde el punto de vista técnico, resultaría más apropiado que la figura jurídica a utilizar hubiera sido la de un recargo de funciones, entendiendo por esta figura, de conformidad con el Dictamen 467-06 de la Procuraduría General de la República que es la asignación de funciones de otro cargo a un trabajador para que las desempeñe simultáneamente con las propias funciones.

El recargo tiene sustento en el deber de colaboración que tienen todos los trabajadores para con sus empleadores y sobre el particular, la doctrina ha señalado que bajo ciertas circunstancias, en virtud de las cuales se requiere la colaboración de algún o algunos funcionarios o servidores, a fin de que temporalmente se les asignen recargo de funciones, aparte de las que corresponden al puesto que ocupa u ocupan en la institución para la cual laboran. Sin embargo, de la lectura de la Circular no se puede desprender que esta haya sido la intención.

## **2º- Sobre la segunda pregunta:**

Dispone el artículo 167 de la Ley General de la Administración Pública que *“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."*

Y por su parte el artículo 168 de la misma norma señala que *"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."*

El artículo 187 de la Ley señalada dispone que:

*"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.*

Sobre esta posibilidad de convalidar un acto relativamente nulo ha dicho la Procuraduría General de la República que:

*Siguiendo la recomendación dada por la Procuraduría General en otro caso similar (dictamen C-48-2010 op. cit.), la Junta Directiva de la Caja acordó en este caso convalidar tanto las actuaciones de la Gerencia de Pensiones, como del órgano director designado al efecto; esto bajo la premisa de que el vicio por la incompetencia en razón del grado que adolecen, no es de grado absoluto, sino relativo.*

*Ahora bien, el principio de conservación de los actos que se desprende del numeral 164, párrafo segundo de la Ley General de la Administración Pública, rige la materia de nulidades, siendo imperativo entonces, tener clara la diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, de las cuales pueden adolecer los actos administrativos.*

*La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución N° 91 de las 14:20 hrs del 31 de agosto de 1995, resumió con suma claridad, la diferencia existente entre la nulidad absoluta y relativa así: "Según la doctrina recogida por los artículos 166 y 167 de la Ley General de la Administración Pública, la nulidad absoluta se caracteriza por la falta de uno o varios de los elementos del acto administrativo; la relativa, por su parte, se presenta cuando éstos sean imperfectos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, pues en este supuesto también se trataría de una nulidad absoluta."*

*La distinción entre ambos institutos es significativa para la resolución del presente asunto, toda vez que en caso de estimarse que el vicio por incompetencia en razón del grado no es de carácter absoluto, sino relativo, es procedente aplicar –como se hizo– el régimen de saneamiento o convalidación de los actos administrativos, en el tanto nos encontremos frente a defectos que pueden ser corregidos por la Administración. Teniendo claro lo anterior, es importante señalar que la doctrina nacional por su parte, respecto a la figura de la convalidación ha precisado que "Opera respecto de un acto relativamente nulo por vicio en la forma (motivación, forma de exteriorización o procedimiento), en el contenido o la competencia- 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 se tendrán por corregidas o subsanadas las irregularidades o defectos que determinaron la nulidad relativa.*

*En el contexto dado, se procede de seguido realizar el análisis del fondo del presente asunto.*

*En cuanto a los vicios –falta o defecto del elemento subjetivo (competencia), estimamos que para determinar el tipo de invalidez que afecta a un acto viciado de incompetencia y así vincular el grado de violación al ordenamiento jurídico con la gravedad del vicio –sea absoluta o relativa, es necesario acudir a la Ley General de la Administración Pública (LGAP).*

*Comencemos por indicar que conforme lo dispuesto por el artículo 64 de la LGAP -que alude la competencia en razón del grado en relación con la posición de los órganos en línea jerárquica-, podemos afirmar que cuando el órgano inferior dicta un acto que le corresponde al superior –como ocurre en este caso, en el que la línea jerárquica es directa e inmediata-, o viceversa, el acto se encuentra afectado por incompetencia en razón del grado. Y en cuanto a la naturaleza del vicio, conforme a lo dispuesto por el artículo 67 *Ibidem* -que alude que incluso el superior jerárquico puede declarar de oficio la incompetencia y que el órgano que resulte en definitiva competente continuará el procedimiento y mantendrá todo lo actuado, cuando ello sea jurídicamente posible-, la solución debe ser que, en principio, un acto viciado por incompetencia en razón del grado, constituye una infracción insustancial que genera entonces una nulidad relativa*

y no absoluta, máxime que aquella imperfección no impide la realización del fin propuesto por el ordenamiento jurídico .

Así categorizada en este caso específico el vicio por incompetencia aludido, resulta jurídicamente factible y por demás procedente, la convalidación de las actuaciones relativamente nulas hechas por la Junta Directiva de la Caja, por vicio relativo originario en la competencia en razón del grado; esto mediante un acto nuevo que contiene mención del vicio y la de su corrección, conforme lo prevé el artículo 187 de la LGAP y cuyos efectos son retroactivos a la fecha de las actuaciones convalidadas. ”

Pero para mayor abundamiento ha dicho la Procuraduría, respecto a la emisión de actos por órganos incompetentes, en el Dictamen, que mantiene vigencia, N° C-19-1987 de 27 de enero de 1987:

“a) Acerca del acto dictado por órgano **manifiestamente** incompetente:

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, este supuesto ha demandado abundantes comentarios y resoluciones. En el presente estudio nos ocuparemos también de la causal, por la incidencia con el asunto concreto objeto de la consulta, según se verá oportunamente. Como puede observarse, aquí aparece el adverbio “manifiestamente”, al igual que en términos parecidos nuestro legislador utiliza para referirse al tipo de nulidad que nos ocupa (absoluta, evidente y “manifiesta”) y que se regula, según vimos, en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. De este modo, conviene conocer que debemos entender, en primer término, por tal calificativo, lo cual abundará en lo dicho al inicio, y nos será de utilidad para los efectos de nuestro estudio.

Asimismo, también incidentalmente veremos a cuáles tipos de incompetencia hace referencia el vocablo. Ello también nos servirá en el análisis del caso concreto. En orden al primer aspecto, sea al significado y alcances de la palabra “manifiesta”, nos refiere Fernández Rodríguez:

“...el centro de atención se pone en el calificativo manifiesta (o en el adverbio manifiestamente)- que es la expresión legal, identificándolos con los términos de notoriedad, claridad y evidencia, clarividente, irremediable y palmaria, para cuya determinación -dice la Sentencia de 2 de julio de 1964- “no se puede acudir a un

*critorio general sistemático, sino que es preciso examinar en concreto la declaración normativa de competencia, la actuación del órgano y el conjunto de derechos e intereses legítimos afectados". El criterio interpretativo apuntado se extrae inmediatamente del Diccionario de la Academia de la Lengua, que identifica el término "manifiesto" con lo de "descubierto", "patente" y "claro"...la incompetencia debe ser manifiesta, es decir, que aparezca de una manera clara, sin que exija esfuerzo dialéctico su comprobación por saltar a primera vista..."*

*En forma concordante el artículo 29 del Estatuto de Servicio Civil dispone que "será nulo cualquier nombramiento que se hiciere en contravención a esta Ley, pero si el funcionario o empleado hubiere desempeñado el cargo o funciones, sus actuaciones que se ajusten a la ley y los reglamentos serán válidas."*

*De esta forma quedaría contestada su segunda interrogante sobre los vicios del acto de nombramiento y los actos que emita el funcionario sustituto, entendiendo que este acto de nombramiento de Director a.i., es un acto relativamente nulo por razón de la competencia, razón por la cual puede convalidarse, con efecto retroactivo, por parte del órgano competente, para que los actos emitidos por el funcionario sustituto sea válidos y eficaces.*

De usted en forma atenta,

*Julieta Mirrillo Zamora*  
Asesoría Jurídica MAG

