

Los textos completos de los dictámenes y opiniones jurídicas que se ofrecen en esta publicación pueden consultarse directamente por Internet en la página <http://www.pgr.go.cr/scij> del Sistema Nacional de Legislación Vigente de la Procuraduría General de la República. Igualmente, en ese sitio encontrará la Constitución Política, convenios internacionales, leyes vigentes, decretos ejecutivos, reglamentos, acuerdos y cualquier otra norma de aplicación general publicados en La Gaceta, así como los informes sobre acciones de inconstitucionalidad presentadas ante la Sala Constitucional, todo ello de manera gratuita e ininterrumpida.

Además, como un nuevo servicio institucional y de soporte para la divulgación de la información jurídica, la Procuraduría General de la República ha creado la **Revista Electrónica** que contiene, entre otras novedades:

1. Los dictámenes y opiniones jurídicas más solicitados durante el trimestre.
2. Artículos y publicaciones jurídicas elaborados por funcionarios de la PGR.
3. Leyes, decretos y reglamentos de reciente publicación.

La Revista Electrónica se publica trimestralmente y puede consultarse por Internet.

Le invitamos a visitar nuestra página <http://www.pgr.go.cr> para mayores detalles sobre nuestros servicios.

## CONTENIDO

	Pág. Nº
DICTÁMENES	1
OPINIONES JURÍDICAS	6

## DICTÁMENES

**Dictamen: 355 - 2008 Fecha: 03-10-2008**

**Consultante:** Eduardo Doryan Garrón

**Cargo:** Presidente ejecutivo

**Institución:** Caja Costarricense de Seguro Social

**Informante:** Fernando Castillo Víquez

**Temas:** Incapacidad Laboral Temporal. Principio de Igualdad de trato al Trabajador. Caja Costarricense de Seguro Social. Autonomía de la CCSS. Potestad para Legislar. Principio de Presunción de Competencia. Subsidio de la CCSS. Subsidios del INS. Naturaleza y Límites. Derecho de los Asegurados. Principio de Razonabilidad. Principio de Proporcionalidad. Carga de la Prueba. Caso Concreto. Imposibilidad para ejercer la Función Consultiva. Subsidio Patronal. Deberes de la CCSS. Deberes del INS.

Mediante oficios n.º PE-33477-2008 y n.º PE-2008-1562 del 8 de setiembre del 2008, recibidos en mi Despacho el 22 de setiembre del año en curso, el Dr. Eduardo Doryan Garrón, presidente ejecutivo de la CCSS, y el Ing. Guillermo Constela Umaña, presidente ejecutivo del INS, solicitan un criterio de la Procuraduría General de la República sobre los siguientes aspectos:

**“A.- Por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social:**

1- *A la luz de las competencias constitucionales de la Caja Costarricense de Seguro Social:*

*¿Puede la Caja Costarricense de Seguro Social dictar normas reglamentarias que regulen lo relativo a la cobertura del Régimen de Seguro de Salud?*

*¿Podría una ley ordinaria limitar la potestad reglamentaria de la CCSS, en materia de administración y gobierno de los seguros sociales?*

2- *En el contexto normativo vigente en la actualidad y tomando en especial consideración el artículo 73 constitucional, y los artículos 16, 32 y 33 Reglamento de Seguro de Salud, dictado por la Caja en ejercicio de sus competencias constitucionales, mediante el artículo 19 de la sesión número 7082, del 3 de diciembre de 1996, publicado en La Gaceta número 25 del 5 de febrero de 1997, ¿En los casos en que no se haya agotado la póliza del Seguro Obligatorio de vehículos, existe alguna norma que obligue a la Caja Costarricense de Seguro Social al pago de un 60% de los subsidios por incapacidad derivada de accidentes de tránsito?*

3- *En el contexto normativo vigente en 1980, y tomando en consideración particular el artículo 52 de la Ley de Tránsito 5930 del 31 de setiembre de 1976, reformado mediante Ley 6250 del 2 de mayo de 1978 ¿Guarda todos los elementos de juridicidad el convenio suscrito en 1980 entre la Caja y el INS, que se dictó para la aplicación del artículo 52 de la Ley de Tránsito, convenio que en la práctica devino en que las indemnizaciones –subsidios económicos- que se otorgan por accidentes de tránsito, aún en cobertura de la póliza de seguro obligatorio de automóviles, fueron pagados 40% por el Instituto y 60% por la Caja Costarricense de Seguro Social? ¿El artículo 53 de la Ley de Tránsito de 1976 y su posterior reforma en 1978, obligaban a la Caja a un aporte alícuota en subsidios por accidentes de tránsito en caso donde se ha agotado la póliza de Seguro Obligatorio de Vehículos? ¿Guarda el convenio suscrito, razonabilidad técnica y jurídica con el contexto normativo vigente en 1980?*

4- *Con vista en el artículo 252 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, número 7331, que derogó de manera expresa la Ley de Tránsito 5930 de 1976, ¿El convenio Caja-INS, de 1980, fue derogado implícitamente con la derogatoria de la norma 53 de la ley 5930 de 1976? ¿Existe una inoperancia jurídica sobrevenida del convenio?*

5.- *En el caso que se establezca algún vicio de conformidad con lo consultado o bien, determinándose que el convenio Caja-INS, es jurídicamente inoperante ¿Qué consecuencias jurídicas se generan a partir de los pagos y traslados de fondos realizados por la Caja Costarricense de Seguro Social en concepto de subsidios por accidentes de tránsito sin agotarse la póliza de Seguro Obligatorio de Vehículos? ¿Qué acciones debe emprender la institución a lo interno y externo de la misma?”*

**“B) – Por parte del Instituto Nacional de Seguros:**

*En torno al mandato legal contenido en este artículo [se refiere al 56 de la Ley n.º 7331] que se resalta para una mejor comprensión, se requiere criterio para determinar cómo debe definirse el monto que corresponde a cada institución considerando que se cita un monto que complementa el que reconoce la Caja Costarricense de Seguro Social, es decir, la premisa es que la CCSS hace una reconocimiento básico, que al ser necesario su complemento se presume es en mayor proporción y el Seguro Obligatorio un complemento, sin embargo, al no disponer expresamente esas proporciones, es objeto de interpretación.*

2.- *De conformidad con el trámite legislativo de aprobación del artículo 56 antes citado, cuál fue la voluntad del legislador al eliminar el artículo 52 de la Ley de Tránsito derogada?*

*Resulta necesario conocer si esta modificación de redacción y numeración de normas modificó también el mandato legal o si el artículo 56 citado en el aparte 1 contiene el mismo mandato legal del anterior artículo 52?*

3.- *Según se expuso en los antecedentes de este oficio, ambas instituciones suscribieron un Convenio para regular detalladamente la forma de hacer ambos reconocimientos.*

*Con fundamento en el texto de ese convenio, que se adjunta como anexo y que no ha sido formalmente denunciado por ninguna de las partes, resulta legalmente obligatorio el reconocimiento de los compromisos de ambas instituciones hasta su formal rescisión?*

*¿Resulta procedente el rompimiento unilateral del convenio por parte de la CCSS aún y cuando el texto del mismo convenio contiene una cláusula para ese trámite específico?”*

Este despacho, en su dictamen N° C-355-2008 de 03 de octubre de 2008, suscrito por el Dr. Fernando Castillo Víquez, Procurador Constitucional, concluye lo siguiente:

1.- La autonomía de la CCSS es distinta y superior a la que poseen otras instituciones autónomas. A esta entidad se le asigna una competencia, en forma exclusiva y excluyente, por norma constitucional, sobre la administración y el gobierno de los seguros sociales.

2.- Una Ley de la Asamblea Legislativa que limitara la potestad reglamentaria de la CCSS, que se deriva del numeral 73 de la Carta Fundamental, sería abiertamente inconstitucional.

3.- El subsidio que otorga el INS es complementario al que otorgan la CCSS y el patrono; ergo, no los sustituye.

4.- La CCSS es la principal obligada de otorga el subsidio en caso de una incapacidad temporal con motivo de un accidente de tránsito.

5.- El numeral 32 del Reglamento de Salud, no solo contraviene la Ley, sino que lesiona los derechos fundamentales de los justiciables.

6.- El ejercicio de la potestad normativa que ostenta la Junta Directiva de la CCSS de conformidad con el numeral 73 de la Carta Fundamental, tiene una limitación muy importante: el derecho de los asegurados.

7.- Las otras interrogantes de la CCSS, así como la última del INS, relativas al convenio entre ambas entidades, no se responden porque se trata de un caso concreto.

8.- El porcentaje que debe pagar el INS por el subsidio complementario a la víctima del accidente de tránsito es el faltante que resulte de la diferencia entre lo que paga la CCSS y el patrono por subsidios y el 100% de salario que recibía el asegurado al momento del accidente.

9.- Si lo que paga la CCSS y el patrono por lo subsidios cubre el 100% del salario de la víctima al momento del percance, el INS no tiene fundamento jurídico para pagarle ninguna suma de dinero al accidentado por concepto de subsidio complementario, pues una acción en tal sentido violaría el principio de legalidad financiera y haría incurrir a los funcionarios que actuaran en esa dirección en las responsabilidades que señala el ordenamiento jurídico.

10.- Así las cosas, el INS, de previo a pagar el subsidio complementario, tiene el deber de verificar si hay una normativa especial que obligue al patrono a pagar el subsidio.

11.- El numeral 34 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, en lo referente al subsidio complementario del INS, es de dudosa legalidad.

**Dictamen: 356 - 2008 Fecha: 06-10-2008**

**Consultante:** María Luisa Ávila Agüero

**Cargo:** Ministra de Salud

**Institución:** Ministerio de Salud

**Informante:** Jorge Oviedo Alvarez

**Temas:** Monopolios Estatales. Compraventa de Licores

El Ministerio de Salud, mediante oficio DM-IZ-9357-07 del 19 de diciembre de 2007, recibido el 7 de enero de 2008 consulta el criterio técnico jurídico de este Órgano Superior Consultivo en orden a si las bebidas denominadas “cooler” deben comprenderse dentro del monopolio público establecido por el artículo 443 del Código Fiscal.

El Licenciado Jorge Andrés Oviedo Álvarez, Procurador Adjunto, en Dictamen N° C-356-2008 del 6 de octubre de 2008, da respuesta a la consulta, concluyendo que:

1) El numeral 443 del Código Fiscal establece un monopolio público sobre la producción nacional de bebidas alcohólicas, así como su elaboración y comercialización en territorio nacional.

2) En el dictamen C-233-2008 se ha reafirmado que el numeral 433 del Código Fiscal, establece un monopolio que comprende la producción de alcohol para fines etílicos, y la elaboración nacional de bebidas alcohólicas. En este mismo pronunciamiento, se ha destacado que el concepto de proceso de elaboración se distingue de su acepción usual. De tal forma que se debe entender por elaboración, las diversas fases necesarias a partir de la obtención de alcohol etílico para crear una bebida alcohólica.

- 3) En el mismo dictamen C-233-2008, este Órgano Superior Consultivo indicó que el concepto de bebida alcohólica se caracteriza, de un lado, por su inocuidad, y de otro extremo, por su contenido alcohólico. Esto de acuerdo con la norma técnica, Decreto Ejecutivo N.º 19.873 del 7 de setiembre de 1990 – Norma de Bebidas Alcohólicas, Nomenclatura y Clasificación -.
- 4) Corresponde a la norma técnica, determinar la categoría bajo la cual se clasifican las bebidas correspondientes al tipo “cooler”. El Decreto Ejecutivo N.º 19.873, categoriza, en su numeral 3.3.2.2, al “cooler” como una bebida alcohólica refrescante carbonatada.
- 5) La norma técnica precisa que el componente básico del “cooler” es un aguardiente – o el resultado de la mezcla entre aguardientes -. Indica que el “cooler” resulta de adicionar al aguardiente, el agua carbonatada o el anhídrido carbónico puro, además de jugo de frutas, azúcares y saborizantes.
- 6) De acuerdo con el artículo 3.3 de la norma técnica, el “cooler” es una bebida compuesta, cuya preparación tiene por base al menos un aguardiente. De conformidad con el artículo 3.2, los aguardientes son bebidas alcohólicas fermentadas y destiladas.
- 7) Debe distinguirse el “cooler” del “wine cooler”. El “cooler” es una bebida alcohólica refrescante carbonatada. El “wine cooler” es una bebida alcohólica refrescante carbonatada a base de vino. Esto según la clasificación del decreto N.º 19.873.
- 8) De acuerdo con la norma técnica, la diferencia entre el “cooler” y el “wine cooler” estriba en la sustancia que le sirve de base. En el caso del “cooler” es un aguardiente. En el supuesto del “wine cooler” es un vino.
- 9) La preparación nacional de los “cooler”, se encuentra sometida al monopolio licorero. El “cooler”, tiene por base, el aguardiente, bebida que se encuentra sometida al monopolio. Por lo cual el “cooler” igual se encuentra sometido al monopolio.
- 10) Es obvio que el numeral 443 no excluye del monopolio a todas las bebidas alcohólicas con un contenido alcohólico menor al 12%. Esta excepción se reserva exclusivamente para los vinos. Las cervezas y rompopes se encuentran excluidos independientemente de su contenido alcohólico.
- 11) Además de ciertos vinos, el numeral 443 del Código Fiscal exceptúa del monopolio las preparaciones alcohólicas, mezcladas con sustancias alimenticias como los huevos, la leche, el azúcar, la maicena y similares. Se trata exclusivamente de los rompopo o ponche tico.
- 12) A la luz del decreto N.º 19873, el “cooler” debe también distinguirse del rompopo. Efectivamente, de acuerdo con la norma técnica, las bebidas alcohólicas refrescantes carbonatadas se distingue del rompopo. Esta distinción reside en las sustancias que se mezclan con el aguardiente que les sirve de base. En el caso de las bebidas refrescantes, el aguardiente se mezcla con agua carbonatada, o anhídrido carbónico puro, junto con jugos de frutas, azúcares y saborizantes. En cambio, el rompopo resulta de mezclar un aguardiente con azúcar, huevos, leche, maicena y similares.
- 13) Todo lo anterior no impide la importación lícita de productos ya elaborados del tipo “cooler”, en cuyo caso no se requeriría la concesión de la FANAL.

**Dictamen: 357 - 2008 Fecha: 06-10-2008**

**Consultante:** Anacedín Vargas Rojas

**Cargo:** Auditora Interna

**Institución:** Instituto del Café

**Informante:** Iván Vincenti Rojas

**Temas:** Recusación. Función Consultiva de la Procuraduría General de la República. Principio de Imparcialidad del Servidor Público. Órgano Colegiado. Auditores Internos. Requisitos de Admisibilidad de Consultas. Caso Concreto. Instancia de un Administrado no puede ser satisfecha a través de la consulta de un auditor interno.

La Licda. Anacedín Vargas Rojas, Auditora Interna del Instituto del Café de Costa Rica, mediante oficio AI-162-2008, consulta:

*“1. Cuando por el deber de abstención o por recusación no fuese posible constituir el quórum de la Junta Directiva, a qué instancia le toca conocer el tema?”*

*2. Si existe una causal en la que se presume que el ICAFE está involucrado como empresa, puede a la vez la Junta Directiva del ICAFE entrar a conocer el tema que le afecta y resolver? Caso contrario, a qué instancia le tocaría resolver?”*

*3. Cuando en la Junta Directiva se presenta el deber de abstención o por recusación de la mayoría de sus miembros propietarios sobre un tema específico, pueden los suplentes entrar a conocer el tema?”*

*4. Cuando una sesión de Junta Directiva se inicia con la presencia de un miembro suplente, al llegar el propietario puede éste entrar a asumir su puesto?”*

*5. Puede un suplente sustituir a un miembro propietario de la Junta Directiva, cuando por motivos de fuerza mayor debe retirarse ya iniciada la Sesión, o en casos en que por el deber de abstención o por recusación el propietario no puede estar presente? (aplica esto a cualquier etapa de la Sesión)”*

El Lic. Iván Vincenti Rojas Procurador Adjunto, en dictamen N° C-357-2008 del 6 de octubre de 2008, concluye:

Por acreditarse que en el presente asunto se incumplen requisitos de admisibilidad relacionados con los que deben satisfacer los auditores internos (alusión a un caso concreto, en el que ya existe un criterio vertido por la asesoría legal del Instituto, y que, además, supondría crear una vía alterna de impugnación o revisión precisamente de ese acuerdo, ello a favor de un administrado; y que, además, los temas consultados son de estricta naturaleza jurídica, ajenos por ende a la labor típica del auditor interno), nos vemos obligados a declinar el ejercicio de nuestra competencia.

**Dictamen: 358 - 2008 Fecha: 06-10-2008**

**Consultante:** Deynis Pérez Arguedas

**Cargo:** Auditora Interna

**Institución:** Municipalidad de Coto Brus

**Informantes:** Silvia Patiño Cruz y Floribeth Calderón Marín

**Temas:** Suplencia. Alcalde Municipal. Municipalidad de Coro Brus. Imposibilidad de que el Alcalde asigne funciones específicas y permanentes a un Ad Honorem y al Alcalde suplente.

La señora Deynis Pérez Arguedas, Auditora Interna de la Municipalidad de Coto Brus solicita a este Despacho que se pronuncie sobre la posibilidad de que el Alcalde Municipal nombre al primer Alcalde suplente ad honorem a fin de que realice labores específicas de la alcaldía Municipal, las cuales el Alcalde le irá indicando.

Mediante dictamen N° C-358-2008 del 6 de octubre de 2008, suscrito por la Licda. Floribeth Calderón Marín, Abogada de la Procuraduría y la Licda. Silvia Patiño Cruz, Procuradora Adjunta, se concluyó lo siguiente:

- “1. *Por disposición del Tribunal Supremo de Elecciones en la resolución 405-E8-2008 de las 7:20 horas del 8 de febrero de 2008, las personas que funjan en la actualidad como alcaldes titulares o suplentes, deberán regirse por lo dispuesto en el artículo 14 del Código Municipal, antes de la reforma operada mediante Ley N° 8611 del 12 de noviembre de 2007 que crea la figura de los “vice alcaldes”, pues ésta entrará a regir hasta las próximas elecciones de diciembre de 2010.*
2. *Por lo anterior y en virtud del principio de legalidad, los alcaldes suplentes pueden únicamente sustituir al Alcalde Municipal en sus ausencias temporales o definitivas, pues no tienen otras funciones asignadas en el Código Municipal.*
3. *Por tanto, no resulta procedente que el alcalde municipal nombre al primer alcalde suplente aun “ad honorem”, a fin de que realice labores específicas que el primero le irá asignando, pues sus funciones pueden ser ejercidas únicamente ante la ausencia del titular, en virtud de lo establecido en el artículo 14 del Código Municipal vigente al momento de su elección.”*

**Dictamen: 359 - 2008 Fecha: 06-10-2008**

**Consultante:** Joyce Zurcher Blen

**Cargo:** Alcaldesa

**Cargo:** Municipalidad de Alajuela

**Informante:** Juan Luis Montoya Segura

**Temas:** Régimen de Zonas Francas. Exención de Tributo Municipal. Permiso de Construcción. Multa Municipal. Potestad Tributaria Municipal. Competencia Tributaria. Impuesto sobre Construcciones. Licencia de Construcción, Régimen de Zonas Francas.

La Dra. Joyce Zurcher Blen, Alcaldesa de la Municipalidad de Alajuela, mediante oficio N° 0327-AM-EX-2008 del 22 de julio del 2008, nos solicita emitir criterio técnico jurídico sobre los siguientes aspectos:

*“1- Si el impuesto de construcciones establecido en el artículo 70 de la Ley de Planificación Urbana de hasta un 1% del valor de las construcciones debe considerarse como un impuesto nacional y consecuentemente, excluido de los exonerados a las empresas acogidas al régimen de zonas francas en razón de los beneficios otorgados en el artículo 20 inciso h) de la ley 7210.*

*2- Si las empresas beneficiarias del régimen de zonas francas, independientemente de que deban cancelar o no el impuesto de construcciones, están en la obligación de tramitar permisos de construcción por las obras que ejecuten y si la falta de dicha licencia autoriza a las municipalidades a sancionar ese incumplimiento con la imposición de una multa, según lo prevé la Ley de Construcciones.*

*3- En caso de que dicha multa sea procedente, cual sería el monto aplicable por dicho concepto en razón de que la ley no es clara a la tasación de esa sanción.”*

Mediante el dictamen N° C-359-2008 del 06 de octubre de 2008, el Lic. Juan Luis Montoya Segura, Procurador Tributario emite criterio al respecto, llegando a la siguiente conclusión:

De conformidad con lo expuesto es criterio de la Procuraduría General de la República que:

- 1- El impuesto que pesa sobre las construcciones creado mediante la Ley de Planificación Urbana (Ley N° 4240 de 15 de noviembre de 1968 ) se caracteriza por ser un tributo de carácter nacional, establecido a través de una ley ordinaria, y a favor de todas las corporaciones municipales, que lo convierte en un impuesto municipal por su destino, correspondiendo a las entidades municipales beneficiadas, no sólo la recaudación del citado tributo, sino también su administración, control y fiscalización.
- 2- La exención contenida en el inciso h) del artículo 20 de la Ley N° 7210 comprende todo tributo que deriva del ejercicio de la potestad tributaria del Estado por parte de los señores diputados, independientemente que los ingresos que se perciban sean destinados a las entidades municipales. Consecuentemente dicha exención alcanza el impuesto previsto en el artículo 70 de la Ley de Planificación Urbana.
- 3- La multa por la no obtención de la licencia municipal se establece en función del perjuicio económica que se causa a la entidad municipal por la no obtención del derecho (pago) de licencia, y tal derecho (pago) debe ser fijado según la tarifa establecida por la entidad municipal. Consecuentemente, corresponde a cada municipalidad establecer la tarifa para fijar el derecho de licencia municipal, y la multa por la no obtención de la licencia no puede ser mayor a ese derecho de licencia.
- 4- La multa por la no obtención de licencia municipal para la realización de obras de construcción no puede establecerse aplicando analógicamente el artículo 70 de la Ley de Planificación Urbana.

**Dictamen: 360 - 2008 Fecha: 06-10-2008**

**Consultante:** Jorge Salas Bonilla

**Cargo:** Alcalde Municipal

**Institución:** Municipalidad de Tibás

**Informante:** Grettel Rodríguez Fernández

**Temas:** Convención Colectiva en el Sector Público. Ámbito Subjetivo. Sujetos cubiertos por la Convención Colectiva. Sujetos Excluidos de la Convención Colectiva. Concepto de Gestión Pública. Potestad Disciplinaria.

El Alcalde Municipal de la Municipalidad de Tibás nos consulta sobre la aplicación del artículo 46 de la Convención Colectiva de la Municipalidad de Tibás a los Jefes de Departamento.

Mediante Dictamen N° C-360-2008 del 6 de octubre de 2008, la Licda. Grettel Rodríguez Fernández Procuradora Adjunta da respuesta a la consulta formulada, concluyendo lo siguiente:

1. *Dentro del sector público es posible celebrar convenciones colectivas con aquellos grupos de trabajadores que no participan de la gestión pública, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia judicial y administrativa.*
2. *A partir de la anterior definición, como regla de principio estarán incluidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de un instrumento colectivo,*

*aquellos trabajadores de los servicios económicos del Estado con un régimen de empleo mixto y que desempeñen funciones similares o idénticas a las desarrolladas por los trabajadores privados, de conformidad con lo establecido en los artículos 111 inciso 3, 112 incisos 2, 3 y 4, ambos de la Ley General de la Administración Pública.*

3. *Aún dentro de las instituciones y entidades públicas con regímenes de empleo mixto, existen grupos funcionariales que se deben considerar funcionarios públicos en razón de las labores efectuadas, y que por lo tanto, deben considerarse excluidos de las convenciones colectivas*
4. *Por otra parte, deben considerarse que se encuentran excluidos de las convenciones colectivas los funcionarios públicos que realicen gestión pública. Dichos servidores serán aquellos funcionarios que prestan servicios a nombre y por cuenta de la Administración Pública mediante un acto válido y eficaz de investidura, cuyas relaciones con la Administración se rigen por el Derecho Público y no por el Derecho Privado (artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública), que en el ejercicio de una competencia pública (artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública) realicen actuaciones administrativas cuyo resultado sea la alteración, creación y supresión de relaciones jurídicas administrativas con los administrados o con el resto de los servidores de la institución.*
5. *En razón de las potestades disciplinarias que ostentan los jefes de departamento de los distintos entes municipales, como regla de principio, dichos funcionarios estarían excluidos de la aplicación de las convenciones colectivas, en razón de que realizan gestión pública, según los criterios expuestos en esta consulta.*
6. *No obstante lo indicado, deberá la Municipalidad de Tibás analizar en cada caso concreto si se cumplen los presupuestos establecidos en la presente consulta para incluir o excluir a los empleados municipales de la aplicación de la convención colectiva.*

**Dictamen: 361 - 2008 Fecha: 06-10-2008**

**Consultante:** Marcela Leandro Ulloa

**Cargo:** Directora Ejecutiva

**Institución:** Instituto Costarricense contra el Cáncer

**Informante:** Silvia Patiño Cruz

**Temas:** Nulidad Absoluta, Evidente y Manifiesta del Acto Administrativo. Función Consultiva de la Procuraduría General de la República. Dictamen de la Procuraduría General de la República. Instituto Costarricense contra el Cáncer. Requisitos para declarar la Nulidad Absoluta, Evidente y Manifiesta. Momento Procesal para solicitar el Dictamen. Debido Proceso. Requisitos del Expediente Administrativo. Improcedencia para emitir Dictamen.

La Directora Ejecutiva del Instituto Costarricense contra el Cáncer solicita que se emita el dictamen estipulado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, a efectos de de “*evaluar el caso de la beca otorgada a la Dra. XXX para que sea declarado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta*”

Mediante dictamen N° C-361-2008 del 6 de octubre de 2008, suscrito por la Licda. Silvia Patiño Cruz, Procuradora Adjunta, se concluyó que de conformidad con lo establecido en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, la Procuraduría se encuentra imposibilitada para emitir el dictamen solicitado por detectarse los siguientes vicios formales:

- 1- El asunto resulta prematuro al no constar la apertura formal de un procedimiento ordinario donde se le permita ejercer el derecho de defensa a la afectada.
- 2- La solicitud de dictamen debe presentarse a esta Procuraduría por el órgano superior administrativo una vez llevado a cabo el procedimiento ordinario y antes del dictado del acto final.
- 3- El órgano competente para nombrar el órgano director del procedimiento, requerir el dictamen de esta representación, enviar el expediente administrativo y dictar el acto final es la Junta Directiva del Instituto Costarricense Contra el Cáncer.
- 4- Debe aportarse el respectivo expediente administrativo o copias certificadas del mismo, debidamente ordenadas, foliadas y completas.

En razón de lo anterior, deberán enderezarse los procedimientos correspondientes dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública.

**Dictamen: 362 - 2008 Fecha: 07-10-2008**

**Consultante:** Mario González Salazar

**Institución:** Municipalidad de Santa Bárbara

**Informantes:** Luz Marina Gutiérrez Porras y Shirley Montoya Bolaños

**Temas:** Dedicación Exclusiva. Beneficio Salarial por Prohibición. Trabajador Municipal. Régimen de Prohibición al Ejercicio Liberal de la Profesión en las Municipalidades.

**Estado:** Aclarado

Mediante Oficio AUMSB-115-2008, de 04 de septiembre del 2008, el Auditor de la Municipalidad de Santa Bárbara de Heredia consulta a este Despacho acerca de si es procedente que el Asesor Legal de esa municipalidad se acoja al régimen de Dedicación Exclusiva a que refiere el Reglamento para la Aplicación de la Dedicación Exclusiva, aprobado por esa Municipalidad en Sesión Extraordinaria N° 44, artículo N° 3, mediante acuerdo N° 1419-07 celebrada el 08 de Noviembre del 2007 (Publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 245, Alcance Número 39, de 20 de diciembre del 2007).

Previo estudio al respecto, y mediante el Dictamen N° C-362-2008, de 7 de octubre de 2008, la Licda. Luz Marina Gutiérrez Porras Procuradora Adjunta y la Licda. Shirley Montoya Bolaños Abogada de Procuraduría, concluyeron:

“De conformidad con los artículos 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (No. 7333 de 30 de marzo de 1993) y Ley Número 5867, de 15 de diciembre de 1975, así como lo dispuesto en el Reglamento para la Aplicación de la Dedicación Exclusiva de la Municipalidad de Santa Bárbara de Heredia (aprobado en Sesión Extraordinaria No. 44, artículo 3, mediante acuerdo No. 1419-07, celebrada el 08 de noviembre del 2007, y publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 245, Alcance Número 39, de 20 de diciembre del 2007), no es procedente que un asesor legal de esa entidad, pueda acogerse al régimen de la Dedicación Exclusiva, habida cuenta que se encuentra sujeto al régimen de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión de abogado por mandato del precitado numeral 244; aunque no existe norma legal que autorice la correspondiente compensación económica.”

**Dictamen: 363 - 2008 Fecha: 07-10-2008**

**Consultante:** Leonardo Garnier Rímolo

**Cargo:** Ministro

**Institución:** Ministerio de Educación Pública

**Informante:** Alonso Arnesto Moya

**Temas:** Anulación de Actos Declaratorios de Derechos. Nulidad Absoluta, Evidente y Manifiesta del Acto Administrativo. Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada. Ministerio de educación. Consejo Nacional de la Enseñanza Superior Universitaria Privada. CONESUP. Artículo 9 Ley N° 6693 de 27 de Noviembre de 1981. Artículo 14 del Decreto Ejecutivo N° 29631-MEP de 18 de junio de 2001. Inscripción de Título de Universidad Privada. Carga Académica. Trabajo Comunal Universitario. Acto de Apertura del Procedimiento. Constancias de Notificación. Orden y Foliatura del Expediente.

Mediante oficio DM-3920-07-08 del pasado 3 de julio, el Ministro de Educación Pública nos solicita rendir el dictamen a que se refiere el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública para declarar en vía administrativa “la presunta Nulidad Absoluta, Evidente y Manifiesta de la inscripción en el Consejo Nacional de la Enseñanza Superior Universitaria Privada (CONESUP), del título de Bachillerato en Ingeniería Industrial, inscrito al Tomo 30, Folio 227, Asiento 4384, del señor XXX”.

Esta Procuraduría, en su Dictamen N° 363-2008, del 7 de octubre de 2008, suscrito por el Procurador Adjunto, Alonso Arnesto Moya, decidió rendir el dictamen favorable requerido para la anulación, en vía administrativa, de la inscripción mencionada, al determinar que el proyecto de Trabajo Comunal Universitario realizado por el expedientado violentó de forma clara y manifiesta lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley de Creación del CONESUP y el artículo 14 del Reglamento General del CONESUP, en cuanto a que el Trabajo Comunal Universitario, además de contribuir al estudio y solución de los problemas nacionales, debe consistir en un servicio social de no menos de 150 horas y tener una estrecha relación con la carrera de que se trate permitiendo ejercitar los conocimientos adquiridos; últimos dos requisitos que no se cumplieron en el presente asunto.

Además, se hicieron observaciones sobre los requisitos que debe observar el acto de apertura del procedimiento, los requisitos de las constancias de notificación y respecto al orden y foliatura del expediente.

**Dictamen: 364 - 2008 Fecha: 07-10-2008**

**Consultante:** Olman Rojas Rojas

**Cargo:** Coordinador General a.i

**Institución:** Ministerio de Hacienda

**Informante:** Gloria Solano Martínez

**Temas:** Bienes Demaniales. Refugio de Vida Silvestre Ostional. Manglares y Esteros.

El Coordinador General del Programa de Regularización del Catastro y Registro del Ministerio de Hacienda, mediante oficio UE-1138-07 de fecha 04 de diciembre de 2007, consulta lo siguiente:

1) *Si forman parte del Refugio de Vida Silvestre Ostional las posiciones de los manglares y de los esteros –zona pública- que se extiendan más allá de los 200 metros medidos horizontalmente a partir de la pleamar ordinaria, así como la zona restringida que sobrepase los referidos 200 metros por estar medida a partir del límite de los esteros o de los manglares que se extiendan por más de 50 metros de la pleamar ordinaria.*

2) *Si la ampliación del Refugio de Nacional de Fauna Silvestre Ostional por el Artículo 1 del Decreto No. 16531 del 18 de julio de 1985, al no haber hecho mención a la zona marítimo-terrestre, incluyó dentro de sus límites geográficos aquellas propiedades legítimamente inscritas a nombre de particulares, excluidas de la aplicación de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre según el artículo 6 de este cuerpo legal, que se situaren en ‘el área de 200 metros, contados a partir de la pleamar ordinaria, comprendida desde la margen izquierda de la desembocadura del río Nosara hasta la Punta Guiones’.*

3) *Si a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre de 1992, cuyo Transitorio I generaliza el concepto de zona marítimo-terrestre a todo el Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional, fueron excluidas de los límites geográficos del Refugio aquellas propiedades legítimamente inscritas a nombre de particulares que se encontraren dentro de dichos límites.*

4) *En vista de que la Sala Constitucional declaró que el Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional es un refugio estatal ¿cuál es la situación legal de las propiedades legítimamente inscritas a nombre de particulares que se encontraren dentro de sus límites geográficos?*

Esta Procuraduría, en dictamen N° C-364-2008 del 7 de octubre de 2008, suscrito por la Procuradora Gloria Solano Martínez, concluye:

1) De conformidad con los precedentes constitucionales citados, Ostional es un refugio estatal por haberse constituido en terrenos de dominio público, naturaleza que se remonta hasta la fecha de su creación (Transitorio Único de la Ley número 6919). Siguiendo el razonamiento allí expuesto, de existir terrenos lícitamente inscritos en el Registro Público con anterioridad a la creación del Refugio, lo que procede es tramitar su expropiación.

2) Forman parte del Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional, las áreas demaniales de los esteros y los manglares que conforman el Sector Humedal Estuarino. La zona que se extiende más allá de la línea de vegetación que define su contorno, no se entiende incluida dentro de sus límites.

## OPINIONES JURÍDICAS

**O.J: 058 - 2010 Fecha: 23-08-2010**

**Consultante:** Yolanda Acuña Castro y otro

**Cargo:** Diputada

**Institución:** Asamblea Legislativa

**Informante:** Magda Inés Rojas Chaves

**Temas:** Municipalidad. Función Consultiva de la Procuraduría General de la República. Competencia de la Contraloría General de la República. Presupuesto Municipal. Irregularidad. Recurso de Insistencia. Asamblea Legislativa.

Las señoras Yolanda Acuña Castro y María Jannette Ruiz Delgado, Diputadas a la Asamblea Legislativa por el Partido Acción Ciudadana, en oficio N° PAC-YAC-029-2010 de 28 de junio 2010, consultan en relación con los recursos de insistencia que presentan los gobiernos locales ante la Asamblea Legislativa, en ejecución de lo dispuesto en los artículos 203 y 204 del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

La consulta se plantea porque consideran que el punto es estrictamente técnico y que es competencia de la Contraloría General de la República. En ese sentido, afirman que la aprobación de los planes-presupuesto mediante recursos de insistencia de

los gobiernos locales no debe ser una atribución de la Asamblea Legislativa ya que atenta contra el principio constitucional de autonomía conferido a las corporaciones municipales y podría rozar con otros principios en materia presupuestaria.

La Dra. Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora Asesora, en Opinión Jurídica N° OJ-058-2010 de 23 de agosto de 2010, concluye que:

1. Por mandato constitucional, artículo 184, inciso 2, la aprobación de los presupuestos de las instituciones autónomas y municipalidades es competencia exclusiva y excluyente de la Contraloría General de la República.

2. La Constitución no ha previsto que una ley u otro tipo de acto legislativo aprueben los presupuestos de las Municipalidades o de los entes autónomos. En consecuencia, el acto aprobatorio o improbatorio tiene naturaleza de acto administrativo.

3. La Ley N° 1732 de 20 de febrero de 1954 reformó la anterior Ley Orgánica de la Contraloría General de la República para establecer la posibilidad de que los entes autónomos y las municipalidades ejercieran un recurso de insistencia ante la no aprobación de sus presupuestos o modificaciones presupuestarias. Se establece así la posibilidad de que la Asamblea Legislativa conozca de la improbación del presupuesto, resolviendo en definitiva sobre los puntos en que se hubiera presentado controversia entre la Contraloría y la Municipalidad o los entes autónomos.

4. No obstante, la Ley Orgánica de la Contraloría, N° 1252 de 13 de diciembre de 1950 y su reforma, fue derogada por la Ley N° 7428 de 7 de setiembre de 1994, que no solo no contempla dicho recurso sino que expresamente lo prohíbe.

5. En efecto, el artículo 34 de dicha Ley establece expresamente que los actos en materia de presupuesto carecen de recurso. Esta materia escapa, así, al régimen normal de impugnación de los actos administrativos.

6. El Código Municipal no autoriza un recurso contra lo actuado por la Contraloría General en materia presupuestaria. Sencillamente, aprobado el presupuesto municipal por la Contraloría se remite para su ejecución o en su caso, para que se corrijan los defectos que llevaron a la improbación de las partidas de que se trate.

7. La Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos tampoco reconoce un recurso contra lo actuado por la Contraloría General.

8. Por ende, a nivel legal no se ha previsto ningún recurso o mecanismo contra la decisión de la Contraloría de improbar parcial o totalmente un presupuesto cuya aprobación le corresponde constitucional o legalmente. De lo que se sigue que una vez improbada una partida o un presupuesto, el mecanismo a seguir es la ejecución del presupuesto del año anterior y la modificación de los defectos que hayan sido retenidos por el Órgano Contralor.

9. El artículo 203 del Reglamento de la Asamblea Legislativa regula un trámite parlamentario, sin que su objeto sea crear un recurso de insistencia.

10. En ese sentido, el trámite parlamentario presupone la existencia de una norma legal que faculta a los entes municipales o autónomos a interponer un recurso ante lo resuelto por la Contraloría. Dada esa circunstancia, falta la base que permitiría a la Asamblea Legislativa conocer de ese trámite y, por ende, emitir una decisión sobre el mismo. Por lo que la aplicación del artículo 203 de mérito no solo se enfrenta a un posible problema de constitucionalidad sino también a la imposibilidad material de ejecución.

**O.J : 059 - 2010 Fecha: 25-08-2010**

**Consultante:** Rodolfo Sotomayor Aguilar

**Cargo:** Diputado.

**Institución:** Asamblea Legislativa

**Informante:** Andrea Calderón Gassmann

**Temas:** Ejercicio Liberal de la Profesión. Superposición Horaria. Diputados no están sujetos al Régimen. Conflictos de Intereses.

El diputado Rodolfo Sotomayor Aguilar nos solicita que le indiquemos si conforme al ordenamiento jurídico existe alguna incompatibilidad, prohibición o impedimento en su cargo de Diputado, con respecto al ejercicio liberal de la profesión del abogado y notario público.

Mediante Opinión Jurídica N° OJ-59-2010 del 25 de agosto de 2010 suscrita por la Licda. Andrea Calderón Gassmann, Procuradora, evacuamos la consulta de mérito, arribando a las siguientes conclusiones:

- 1.- El cargo de diputado no se encuentra cubierto por la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión contemplada en el artículo 14 de la Ley N° 8422, de tal suerte que eventualmente un legislador puede ejercer de forma privada su profesión de abogado.
- 2.- Sin embargo, ese ejercicio profesional privado es posible únicamente fuera de las labores y actividades que le corresponde cumplir en la jornada institucional, toda vez que lo contrario sí podría implicar la existencia de superposición horaria, y con ello, la violación a principios básicos del servicio público.
- 3.- Por otra parte, cualquier profesional que ocupe un cargo público y se dedique al ejercicio liberal de su profesión tiene el deber de abstenerse de participar en asuntos en que tenga interés directo la institución a la que sirve, con mucho más razón si el patrocinio de su cliente implica ejercer acciones en contra de aquélla, lo cual es una exigencia elemental de los principios éticos en la función pública.

**O. J. : 060 - 2010 Fecha: 25-08-2010**

**Consultante:** Ana Lorena Cordero Barboza

**Cargo:** Jefa de Área

**Institución:** Asamblea Legislativa

**Informante:** Juan Luis Montoya Segura

**Temas:** Incapacidad Laboral Total Permanente. Pensión de la Caja Costarricense de Seguro Social. Consulta Legislativa sobre Proyectos de Ley. Proyecto N° 17699.

La comisión de Asuntos Sociales solicita se emita criterio sobre el proyecto de ley titulado "OTORGAMIENTO DE JUBILACIÓN O PENSION VITALICIA BAJO EL

REGIMEN DE INVALIDEZ DE LA CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL A PERSONAS CON DISCAPACIDAD SEVERA O MULTIPLE”, expediente N° 17.699.

El Lic. Juan Luis Montoya Segura, Procurador Tributario, mediante la Opinión Jurídica N° OJ-060-2010 del 25 de agosto de 2010, emite criterio al respecto, concluyendo lo siguiente:

En el caso de los artículos 1° y 2° los impuestos creados se ajustan a los principios de justicia tributaria material; sin embargo en dichos impuestos no se identifican claramente los elementos esenciales del tributo, salvo el hecho generador que serían las transacciones en la Bolsa Nacional de Valores y la venta de combustible a todas las aeronaves extranjeras que se abastezcan en el país, lo que obviamente haría que los tributos propuestos fueran ilegales, toda vez que se apartarían de las disposiciones del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, aplicable a todos los tributos y las relaciones jurídicas derivadas de ellos.

Por otra parte el artículo 4 del proyecto de ley establece que corresponde a la Caja Costarricense de Seguro Social, establecer mediante reglamento los procedimientos para hacer efectiva la percepción de los impuestos creados en los artículos 1y 2, así como los controles de administración y fiscalización.

Por otra parte, si bien cierto en el artículo 4 del proyecto dispone que corresponde a la Caja Costarricense de Seguro Social los controles administrativos así como la fiscalización del uso adecuado de los recursos que generen los impuestos creados, esta Procuraduría advierte, que no se crea ningún mecanismo que permita acreditar el grado de discapacidad severa o múltiple de las personas beneficiarias de la pensión, lo cual es sano para establecer el uso adecuado de los recursos.

Finalmente en relación con el impuesto advaloren propuesto en el artículo 2 del proyecto, tendría que definirse de manera clara y precisa quien fungiría como agente de retenedor del impuesto, así como el impacto que podría tener el monto del impuesto en el sector turístico.

**O. J: 061 - 2010 Fecha: 26-08-2010**

**Consultante:** Carlos Góngora Fuentes

**Cargo:** Diputado

**Institución:** Asamblea Legislativa

**Informante:** Alejandro Arce Osés

**Temas:** Incompatibilidad en la Función Pública. Régimen de Inelegibilidades e Incompatibilidades. Nombramientos de Parientes en una misma Junta Directiva. Principio de Reserva de Ley. Acceso a los Cargos Públicos en condiciones de Igualdad es un Derecho Fundamental. Asamblea Legislativa.

El Diputado Carlos Góngora Fuentes, del Partido Movimiento Libertario, solicita nuestro criterio técnico jurídico en torno a lo siguiente:

*“¿Existe alguna incompatibilidad o eventual conflicto de intereses para que parientes hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad puedan ejerzan [sic] el cargo de miembro de una Junta Directiva en la misma Institución autónoma, semiautónoma, Entidades de derecho público de carácter no estatal?”*

*En caso de existir alguna prohibición, le ruego especificar el contenido y alcance de la misma, a efectos de tener claridad acerca [sic] su aplicación.”*

Mediante Opinión Jurídica N° OJ-061-2010 del 26 de agosto de 2010, el Lic. Alejandro Arce Osés, Procurador del Área de Derecho Público, concluye lo siguiente:

**a)** No existe una norma de carácter general que establezca de manera absoluta la imposibilidad legal de nombrar en todas las Juntas Directivas de la Administración Pública (entiéndase el Estado, instituciones autónomas, semiautónomas, entes públicos estatales y no estatales) a parientes de hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad en la misma Junta Directiva.

**b)** Si bien no hay una norma genérica, sí existe en las leyes orgánicas de estas instituciones un régimen de inelegibilidades e incompatibilidades que no permiten este tipo de nombramientos. Así las cosas, en tesis de principio, el legislador se ha decantado por establecer una prohibición para que no puedan ser designados como miembros de la misma Junta Directiva aquellas personas que estén ligados entre sí por parentesco de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

**c)** Esta restricción encuentra sustento en la necesidad de mantener la independencia funcional y de criterio de los miembros del órgano colegiado, garantizando la imparcialidad y objetividad de éstos en la toma de decisiones, y asegurando con ello el correcto y eficaz ejercicio de la función pública.

**d)** Pese a ello, dada la amplia gama de instituciones y Juntas Directivas que conforman la Administración Pública, en cada caso concreto deberán observarse las prohibiciones e incompatibilidades previstas en cada norma legal, orgánica o estatutaria de los entes y órganos públicos respectivos, toda vez que si en algún caso específico no se ha dispuesto por ley esta prohibición, la misma no podría ser aplicada por el operador jurídico.

**e)** Lo anterior, debido a que el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad es un derecho fundamental, de suerte tal que el régimen de inelegibilidades e incompatibilidades se encuentra sujeto al principio de reserva de ley.

**f)** Si en algún caso específico no se ha establecido por ley la prohibición que nos ocupa, nos encontraríamos frente a una omisión grave del legislador que reñiría con los valores y principios éticos que regentan la función pública; sin embargo, en aras del principio de reserva de ley (artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública), no habría otra alternativa que admitir el acceso de una persona a una Junta Directiva en estas precarias y cuestionables condiciones.

**g)** Desde esa perspectiva, de existir ese vacío legal en algún caso concreto, lo conveniente sería subsanar el mismo mediante la reforma legal pertinente, a efectos de garantizar el correcto y eficaz ejercicio de la función pública, impidiendo una indebida concentración de poderes en los órganos colegiados de la Administración Pública y evitando poner en riesgo los principios de probidad, imparcialidad y objetividad que deben regir el actuar administrativo.