

MS-AI-034-2021

24 de enero de 2021

Doctora

Alejandra Acuña Navarro

Viceministra

Presidente

CONSEJO NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL AL VIH-SIDA

ASUNTO: ADVERTENCIA SOBRE LA CONFORMACIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL AL VIH-SIDA; LA REGULARIDAD DE SUS SESIONES Y LA FIRMA DE LOS ACUERDOS TOMADOS EN EL SENO DE ESE ÓRGANO COLEGIADO

Estimada Señora:

Dentro de las competencias atribuidas a la Auditoría Interna mediante el artículo 22 inciso d) de la Ley General de Control Interno N°8292, así como en la norma 1.1.4 del Manual de Normas para el Ejercicio de la Auditoría Interna en el Sector Público (R-DC-119-2009) y el artículo 51, inciso b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta Auditoría, Decreto Ejecutivo N°42345-S, se encuentran los servicios preventivos que debe prestar la Auditoría Interna a la administración activa; por lo que bajo el fundamento legal supra citado, se procede a emitir la siguiente advertencia sobre la conformación del Consejo Nacional de Atención Integral al VIH-SIDA (CONASIDA); la regularidad de sus sesiones ordinarias; y la firma de los acuerdos tomados en el seno de ese órgano colegiado.

En primer término, debo indicarle que los artículos 4 de la Ley N°7771 “Ley General sobre el VIH SIDA”(reformada parcialmente mediante la Ley N°9797) y el numeral 2 del Decreto Ejecutivo N°27894 “Reglamento a la Ley General sobre el VIH-SIDA” establecen la conformación del Consejo a su cargo; instaurando, respectivamente, lo siguiente:

*“Artículo 4- Integración del Consejo Nacional de Atención Integral del VIH (Conasida)
El Conasida estará integrado por una persona representante de las siguientes instituciones: Ministerio de Salud, Ministerio de Educación Pública (MEP), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), Ministerio de Justicia y Paz (MJP), Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), Patronato Nacional de la Infancia (PANI), Instituto Nacional de las Mujeres (Inamu), Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica (CMCCR), Junta de Protección Social (JPS), un representante del Instituto Nacional de Seguros (INS) y una persona representante de las organizaciones de la sociedad civil que atienden los asuntos relacionados con el VIH y dos representantes de las organizaciones de las personas con VIH, registradas ante el Conasida; estas representaciones serán nombradas por un período de dos años y no devengarán dietas por el ejercicio de sus funciones en este Consejo Nacional.”*

El Conasida será coordinado por el Ministerio de Salud, en tanto que su organización y funcionamiento será regulado mediante reglamento de dicho Ministerio.” (El subrayado no es del original)

“Artículo 2º-El Consejo Nacional de Atención Integral al VIH-SIDA estará integrado por las siguientes personas:

- a) El/la ministro(a) o el/la viceministro(a) de Salud, o su representante.*
- b) Un/a representante del Ministerio de Educación Pública.*
- c) Un/a representante del Ministerio de Justicia y Gracia.*
- d) Un/a representante de la Presidencia Ejecutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS).*
- e) Un/a representante de la Rectoría de la Universidad de Costa Rica.*
- f) Dos representantes de las organizaciones no gubernamentales (ONG's) que atienden asuntos relacionados con el VIH-SIDA. Uno(a) de ellos(as) deberá ser una persona portadora del VIH que represente a toda la población afectada.*

Los representantes mencionados en los incisos 2, 3, 4 y 5 serán nombrados por el/la jerarca del Ministerio o institución respectiva.”

Pese a lo anterior, en la revisión realizada al libro de actas N°1 del Consejo se comprobó que durante los años 2018 y 2019, el CONASIDA no contó con la representación del Patronato Nacional de la Infancia, el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica (CMCCR), la Junta de Protección Social (JPS), y el Instituto Nacional de Seguros (INS). Asimismo, se determinó que existe representación del Consejo Nacional de Rectores como miembro integrante del órgano; no obstante, según el numeral 4 del Reglamento a la Ley General sobre el VIH SIDA, la representación debe ser de la Rectoría de la Universidad de Costa Rica; mientras que el representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social está participando como invitado, cuando el legislador dispuso que dicho miembro forma parte del Consejo. Esas inconsistencias suponen la existencia de vicios que podrían acarrear la invalidez de los actos de ese órgano debido a su falta de integración. Al respecto, conviene señalar lo manifestado por la Procuraduría General de la República en su dictamen C-261-2014:

“(…) I.- SOBRE LA DEBIDA INTEGRACION DEL ORGANO:

El primer requisito (de los relacionados con el sujeto (para que resulte válido un acuerdo de un órgano colegiado, consiste en que dicho órgano se encuentre debidamente integrado. Sobre el tema, 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 (...)." (Lo subrayado no es del original).

De igual forma, tal y como se desprende del texto transcrito, la situación descrita, además de implicar una supuesta vulneración del principio de legalidad consagrado en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y en su homólogo de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), supone el quebranto de uno de los objetivos del sistema de control interno, el cual es precisamente el acatamiento de la normativa jurídica y técnica. (Artículo 8, inciso d), Ley N°8292). Véase que si bien el reglamento no dispone una integración tal cual lo establece la reforma a la Ley N°7771, debemos recordar que por jerarquía de normas, la Ley prevalece sobre el reglamento, por lo que no puede pretenderse aplicar sólo ese último texto normativo y dejar sin efecto disposiciones esenciales como el ordinal 4 de la *Ius Ibidem*. Al respecto, es menester destacar lo indicado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su Voto N°2934-93 de las 15:27 horas del 22 de julio de 1993; en el que ese tribunal constitucional enfatizó:

"(...) La potestad reglamentaria es la atribución constitucional otorgada a la Administración, que constituye el poder de contribuir a la formación del ordenamiento jurídico mediante la creación de normas escritas (artículo 140, incisos 3) y 18) de la Constitución Política. La particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez de la ley cuya esencia es su carácter soberano (solo limitada por la propia Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley

produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta (...) solo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiendo que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial". (Lo subrayado no es del original)

En adición a lo anterior, es pertinente resaltar que cada vez que se produzca un cambio en la conformación del órgano, este debe ser publicado en La Gaceta y debe constar en el acta correspondiente, a fin de que tanto la Auditoría Interna como terceros puedan tener certeza de la conformación del órgano colegiado y los cargos que ejercen cada uno de sus miembros.

Por otro lado, se determinó que en el acta 04-2019, transcrita en el Libro de Actas N°1 del Consejo, sólo participaron 3 de los miembros indicados en el bloque de legalidad, lo que provocó que para dicha sesión no se alcanzara el quórum estructural previsto en el artículo 4 del Reglamento a la Ley General sobre el VIH SIDA, el cual es de 4 miembros. Pese a ello, en dicha sesión se tomaron una serie acuerdos. Sobre este aspecto en particular, debemos enfatizar que para que un órgano sesione válidamente, éste debe reunir al número mínimo de miembros que dispone su normativa, pues de lo contrario, el órgano colegiado no podría sesionar válidamente; *ergo*, no podría tomar acuerdos válidos. Lo anterior supone una posible nulidad de los acuerdos tomados en la supra citada sesión, aunado a una trasgresión a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; razón por la cual, el Consejo a su cargo deberá actuar conforme lo establece el ordenamiento jurídico en aras de enmendar dicha situación.

En otro orden de asuntos, es menester recalcar que a tenor de lo estatuido en el ordinal 4 del Reglamento a la Ley General sobre el VIH-SIDA, el CONASIDA debe reunirse ordinariamente una vez al mes. No obstante, tras la revisión del supra citado libro de actas, se determinó que durante los meses de mayo y noviembre de 2018, así como en los meses de mayo, agosto, setiembre y octubre de 2019, el CONASIDA no sesionó con la regularidad instaurada en el reglamento que lo rige; lo cual podría constituir una vulneración al ordenamiento jurídico y un impacto significativo al fin público que se pretende satisfacer mediante el CONASIDA.

Finalmente, debemos hacer hincapié que de conformidad con el artículo 3 del supra citado Decreto Ejecutivo N°27894, el CONASIDA es presidido por “*el/la Ministro (a) o el/la Viceministro(a) de Salud, o su representante, y podrá contar con los (as) asesores(as) que considere necesarios(as) para su buen funcionamiento*”. Pese a que la reforma a la Ley N°7771 y su reglamento no establecen cuál de los miembros del Consejo debe firmar las actas de las sesiones que celebre ese órgano colegiado, la LGAP -la cual aplica en ausencia de normas especiales, según lo preceptuado en el artículo 2, inciso 1), de ese texto normativo-, dispone en su artículo 56, inciso 3, que las actas “*serán firmadas por el Presidente y por aquellos miembros que hubieren hecho constar su voto disidente*”. Lo anterior implica que las actas de las sesiones del CONASIDA deben

ser suscritas por la persona que ostente el cargo de presidente (o su representante), así como por los miembros que con su voto se hayan separado del acuerdo tomado por el colegio.

Empero, tras una revisión exhaustiva del Libro de Actas N°1 del CONASIDA, se determinó que las actas N°05-2018 a la N°07-2018 y de la N°01-2019 a la N° 08-2019, fueron firmadas por quien se desempeña como Coordinador del CONASIDA; coordinador que conforme al artículo 4 de la Ley N°9797 y al ordinal 2 del Decreto Ejecutivo N°27894, no figura dentro de las personas que integran dicho Consejo. Al respecto, debemos ser enfáticos en que la ausencia de las rúbricas de quien por reglamento interno o por la LGAP se encuentra obligado, supone la existencia de un vicio que afecta el acto, y cuya invalidez podría acarrear una nulidad absoluta.

Véase que conforme a lo establecido en el artículo 166 de la LGAP, hay nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente; mientras que el artículo 167 de la *Ius Ibidem* establece que hay nulidad relativa cuando sea imperfecto uno de los elementos constitutivos del acto, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta.

Ante ese tipo de casos, debe tenerse en consideración uno de los principios rectores del Derecho Administrativo, el cual es el principio de conservación del acto; según el cual, la Administración tiene la potestad y el deber de procurar el mantenimiento de sus actos, siempre y cuando ello no implique una contravención grave al ordenamiento jurídico y no se afecten los derechos de terceras personas. Aunado a ello, debe tenerse presente que cuando el vicio pueda ser rectificado, la Administración no sólo tiene la facultad, sino el deber de procurar su corrección. (Dictamen C-471-2006 de la Procuraduría General de la República)

El punto medular ante ese tipo de situaciones es determinar la solución que ofrece el ordenamiento jurídico para rectificar los actos de la Administración que adolecen de algún tipo de vicio. Al respecto, los artículos 187, 188 y 189 de la LGAP instauran una serie de mecanismos, tales como la Convalidación, el Saneamiento y la Conversión. Las dos primeras figuras están reservadas únicamente para rectificar nulidades relativas; mientras que la conversión aplica tanto para nulidades relativas y absolutas, en el tanto se cumplan las condiciones previstas en esa disposición jurídica. Los artículos en cuestión establecen:

“Artículo 187.-

- 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.*

Artículo 188.-

1. Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, éstos podrán darse después del acto, acompañados por una manifestación de conformidad con todos sus términos.
2. Lo anterior no podrá aplicarse a la omisión de dictámenes ni a los casos en que las omisiones arriba indicadas produzcan nulidad absoluta, por impedir la realización del fin del acto final.
3. El saneamiento producirá efecto retroactivo a la fecha del acto saneado.

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."

Por lo anterior, esta Unidad de Auditoría Interna advierte sobre las situaciones acaecidas en el seno del CONASIDA, a efectos de que la Administración Activa, en estricto apego al bloque de legalidad, proceda según corresponda a subsanar lo concerniente a la conformación del órgano, a la regularidad de sus sesiones ordinarias, y a la posible nulidad de las actas antes indicadas.

Para efectos del seguimiento que corresponde ejercer a la presente advertencia, se le solicita comunicar a esta Auditoría Interna, en un plazo máximo de 20 días posterior al recibido de la presente, las acciones efectuadas para corregir las situaciones expuestas.

Atentamente,

AUDITORÍA INTERNA

MSc. Bernardita Irola Bonilla
AUDITORA INTERNA

C: Dr. Daniel Salas Peraza- Ministro de Salud- Despacho Ministerial

SCR/BIB/xzc*