

Alajuela, 6 de octubre del 2020

CLYP-JD-AL-C-040-2020

Señores
Junta Directiva
Colypro

Asunto: Aplicación ley 9866 a Colypro

Estimados señores:

Sirva la presente para saludarles respetuosamente, a la vez, brindar criterio respecto de la aplicación en Colypro de la **Ley 9866** que autoriza prórroga en los nombramientos de Juntas Directivas y otro Órganos en las Organizaciones Civiles que vencen en el 2020, para que este plazo sea extendido hasta el 2021 de manera automática ante la declaratoria de emergencia nacional por el COVID-19.

Regulación contenida en la Ley 9866:

Dada la declaratoria de Emergencia Nacional por el Covid 19 decretada por las autoridades gubernamentales de nuestro país, fue necesario tomar diferentes medidas con el objeto de dar continuidad a la función de muchas instituciones. Actualmente, estamos ante un estado de emergencia sin precedentes desde el mes de marzo, vivimos una condición temporal y excepcional de estado de emergencia.

Una de estas medidas de excepción fue aprobada por la Asamblea Legislativa mediante la Ley 9866 en la que autoriza la prórroga en los nombramientos de Juntas Directivas y otro Órganos en las Organizaciones Civiles que vencen en el 2020, para que este plazo sea extendido hasta el 2021 de manera automática ante la declaratoria de emergencia nacional por el COVID-19. En el artículo 1 de la ley de cita, se señala de forma taxativa cuáles son los órganos regulados por esta norma, entre los que destacan los colegios profesionales (incisos e y k).

En este sentido, cabe destacar que la Junta Directiva, Fiscal, Tribunal de Honor y Tribunal Electoral no debían elegirse en Asamblea General Ordinaria correspondiente al año 2020, por lo que no es necesario la aplicación de prórroga alguna en su nombramiento. Situación distinta acaece con algunas Juntas Regionales, cuya situación ya fue objeto de análisis en el oficio CLYP-JD-AL-C-036-2020, emitido por la Asesoría Legal de Junta Directiva.

Sin embargo, la ley mencionada si hace referencia a otras situaciones derivadas de una eventual suspensión de la realización de la Asamblea General Ordinaria. Así, los artículos 2 y 3 establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 2- Para las organizaciones citadas en el artículo 1 de la presente ley, que sus asambleas propuestas debían aprobar presupuestos, estados financieros, distribución de dividendos y distribución de excedentes, se autoriza, por una única vez, para que sus juntas directivas y consejos de administración puedan aprobarlos, siempre y cuando no se haya podido realizar la asamblea correspondiente como consecuencia directa de la emergencia del COVID-19, después de llevar a cabo esfuerzos razonables para ello y que su no realización no sea atribuible a los órganos encargados de convocarlas y realizarlas.

ARTÍCULO 3- Se aplica esta ley únicamente a las organizaciones que, como consecuencia directa de la declaratoria de emergencia por COVID-19 y las medidas sanitarias dictadas por el Ministerio de Salud, no hayan podido o no puedan realizar la asamblea que permitiera el nombramiento de dichos puestos y dichas aprobaciones, a pesar de haber efectuado esfuerzos razonables para su realización.

En este orden de ideas, resulta un hecho notorio el incremento epidemiológico acelerado de los casos por el COVID-19 en el país y con ello, la necesidad de que el Colegio acate las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo y tome precauciones necesarias, dada la cantidad de colegiados activos que posee Colypro, quienes tienen el derecho y obligación de participar de las Asambleas Generales convocadas (art. 9 inciso a de la Ley 4770).

La aglomeración presencial de personas para la celebración de una Asamblea General, (máxime si involucra a adultos mayores con mayor riesgo y vulnerabilidad), va en contra de las recomendaciones higiénicas y de salud emanadas por el Gobierno de Costa Rica, debido a que facilitan la acelerada propagación del "coronavirus" que ha sido catalogado por la Organización Mundial de la Salud como pandemia, hecho notorio y vastamente difundido por los medios de comunicación a nivel nacional e internacional. Por ende, a efectos de que

no se genere un incremento descontrolado en la curva de crecimiento de los casos por dicha enfermedad, resulta urgente y necesario acatar las medidas de restricción realizadas por el Ministerio de Salud y así, disminuir la exposición de las personas colegiadas a la transmisión de dicha enfermedad.

Por lo anterior, las autoridades costarricenses se vieron obligadas a tomar medidas excepcionales de carácter urgente, con el fin de no afectar la continuidad en el funcionamiento de las entidades tanto de derecho público como de derecho privado. Cabe destacar que, una vez que la emergencia sanitaria llegue a su fin y las medidas excepcionales decretadas se extingan, particularmente las relacionadas con los eventos de concentración masivas; el derecho de excepción también se extinguiría.

Viabilidad legal de la realización de Asambleas Generales de forma virtual

Costa Rica tiene una Ley de Administración Pública de avanzada, se decía cuando se realizó la misma. El Dr. Ortiz creo que no previó en aquella época la virtualidad. Si analizamos las disposiciones legales en torno a los órganos colegiados, resulta evidente que no contienen una regulación para la celebración de sesiones virtuales. Sencillamente, el legislador no vislumbra la posibilidad de una presencia virtual y de que ésta pudiera ser considerada para efectos de una sesión de órgano colegiado. Se partió de la obligación de asistencia, pero de una asistencia física, presencial y participativa, la ley es ayuna del tema virtual.

La Asamblea General Ordinaria del Colegio, según lo dispone el artículo 14 de la Ley 4770, se realiza una vez al año en el mes de noviembre. No refiere la norma a que la misma se realice únicamente de manera presencial, sin embargo, tal como se indicó supra, la Ley del Colegio no establece el mecanismo de la virtualidad como medio para las sesiones de sus órganos.

Sin embargo, hablar de presencia, no necesariamente se refiere a presencia física, salvo que la norma expresamente lo exija, lo que da apertura a contemplar como una alternativa real la aplicación de la presencia virtual, mediante medios tecnológicos idóneos.

Dentro de las sugerencias de sistemas a usar, para la celebración de una Asamblea General de videoconferencia, se recomienda la plataforma "Zoom".

La plataforma Zoom es una herramienta muy amigable y fácil de usar que permite a 10.000 colegiados participar al mismo tiempo en tiempo real, según lo refirió la Ing. Antonieta Scafidi, Jefe del Departamento de TI ante consulta realizada por Asesoría Legal.

Por ende, se considera admisible el uso de medios tecnológicos para las sesiones de los órganos colegiados, siempre que se protejan los principios de **simultaneidad y colegialidad**, es decir que los miembros estén en comunicación al mismo tiempo, con

acceso a la imagen y a la voz de cada uno, sin que distraigan dicho tiempo en otras labores. Desde esta perspectiva, el medio tecnológico que reúne y permite la anterior dinámica es la "videoconferencia", porque logra el acercamiento de todos los miembros del órgano en el mismo momento y en tiempo real, para intercambiar criterios que llevan de forma conjunta a una votación de un acuerdo, o bien la elección de miembros y su respectiva ratificación.

Y es que bajo esta misma línea se ha referido la Procuraduría General de la República en torno al uso de los medios tecnológicos en las sesiones o asambleas de los órganos colegiados, en su dictamen N° 298-2007 del 28 de agosto del 2007, en que dispuso lo siguiente:

"(...) El desarrollo de las telecomunicaciones y la informática permite la ampliación, modificación, exteriorización de funciones humanas, incluida la comunicación y la percepción. El surgimiento de la llamada "telepresencia" ejemplifica acertadamente esas posibilidades de intercomunicación en tiempo real. Efectivamente, la falta de presencia efectiva se suple con la utilización de la tecnología a efecto de intercambiar mensajes, ideas, con posibilidades de comunicación en tiempo real. En ese sentido, la distancia física deja de ser un problema gracias a las nuevas tecnologías que ofrecen un mundo virtual que involucra la telepresencia. (...) Las tecnologías de telepresencia posibilitan la interacción masiva de diversas personas, aumentando las posibilidades de comunicación simultánea, permitiendo incluso "estar juntos", ya que como se dijo, alteran la percepción del espacio y el tiempo. Esa percepción es producto de distintos sistemas de comunicación, englobados bajo el término de teleconferencia. (...) Si analizamos las disposiciones legales en torno a los órganos colegiados, resulta evidente que no contienen una regulación para la celebración de sesiones virtuales. Sencillamente, el legislador no vislumbró la posibilidad de una presencia virtual y de que ésta pudiera ser considerada para efectos de una sesión de órgano colegiado. Se partió de la obligación de asistencia, pero de una asistencia física, presencial y participativa, jamás virtual. (...) Consecuentemente, el uso de las telecomunicaciones para realizar las sesiones debe asegurar el pleno respeto de esos principios. Resulta claro, empero, que no toda forma de telepresencia garantiza los principios de simultaneidad y de deliberación, los cuales solo se respetan cuando simultáneamente hay audio, video y transmisión de datos. La sesión virtual debe permitir a los miembros del órgano colegiado la presencia virtual no solo a través de la transmisión de la voz, de datos sino también visual. Una forma de teleconferencia que no permita a los miembros verse ofrece menos garantías para el funcionamiento del órgano colegiado que aquella que sí lo permite. Los distintos miembros deben no solo intercambiar sus criterios e interactuar en tiempo real, sino que deben poder verse unos a otros. La sesión virtual debe garantizar una integración total. Cabe recordar, al efecto, que la interacción entre los distintos miembros del colegio implica tanto una comunicación verbal como no verbal. Esa doble comunicación debe poder mantenerse en la sesión virtual, de manera de caracterizar una interacción amplia y la extensa circulación de la información. (...) El punto objeto de la consulta es la posibilidad de emplear las telecomunicaciones para la celebración de las sesiones de los órganos colegiados, a partir de las disposiciones de nuestro ordenamiento.

Al efecto, estima la Procuraduría que en razón de los principios que rigen la colegialidad en nuestro país y a los cuales se ha hecho referencia en párrafos anteriores, el órgano colegiado no puede emplear las telecomunicaciones y aplicaciones informáticas si con

ello se altera el sentido de la colegialidad y se vulneran las obligaciones que pesan sobre el miembro director. (...) En consecuencia, debe haber un motivo o circunstancia especial que justifique la sesión virtual. Esta exigencia está presente en diversas disposiciones de Derecho comparado. Así, por ejemplo, el artículo 4 del Reglamento del Banco Central Europeo señala que el directorio puede tomar decisiones por teleconferencia si "circunstancias particulares" lo justifican. Esas circunstancias son determinadas por el presidente. El acta de la sesión debe especificar cuáles han sido las circunstancias particulares y las decisiones adoptadas por el directorio durante la teleconferencia. La valoración del carácter particular de las circunstancias puede ser impugnado tanto por los directores como por terceros. (Cfr. Decisión de la Banque Centrale Européenne concernant le "Règlement Intérieur du Directoire de la Banque centrale européenne" du 12 octobre 1999 (BCE/1999/7) (...)) Dados los principios antes indicados y en ausencia de una norma legal que autorice y regule las sesiones virtuales, el uso de las telecomunicaciones para la celebración de sesiones virtuales o no presenciales debe ser restrictivo. Al efecto, debe considerarse que no toda forma de teleconferencia es compatible con las disposiciones y principios que regulan los órganos colegiados. Consecuentemente, este uso solo es posible si la telecomunicación permite una comunicación integral, simultánea que comprenda video, audio y datos. Este es el caso de la videoconferencia, que permite una interacción amplia y circulación de la información con posibilidad de que los miembros se comuniquen verbal y visualmente."

El Dictamen No. C-112-2020 de 31 de marzo de 2020 de la Procuraduría General de la República señaló que:

Mediante el artículo 1º del Decreto no. 42227, se decretó el estado de emergencia nacional en todo el territorio de la República de Costa Rica, debido a la situación de emergencia sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19. De acuerdo con este Decreto, la declaratoria de emergencia sanitaria comprende toda la actividad administrativa del Estado cuando sea estrictamente necesario para resolver las imperiosas necesidades de las personas y proteger los bienes y servicios cuando inequívocamente exista el nexo de causalidad entre el hecho provocador del estado de emergencia y los daños provocados en este efecto.

Además de lo anterior, el artículo 33 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención de Riesgo (no. 8488 de 22 de noviembre de 2005) establece que todas las todas las dependencias, las instituciones públicas y los gobiernos locales estarán obligados a coordinar con la Comisión Nacional de Emergencias y colaborar de forma efectiva con la Declaratoria de Emergencia decretada al efecto por el Poder Ejecutivo. Esa misma Ley establece, en su artículo 34, que el Poder Ejecutivo puede decretar restricciones sobre habitabilidad, tránsito e intercambio de bienes y servicios en las regiones del territorio nacional afectado por una emergencia.

Por su parte, el artículo 169 de la Ley General de Salud (no. 5395 de 30 de octubre de 1973), establece que, en caso de peligro de epidemia o de epidemia declarados por el Poder Ejecutivo, toda persona, y, particularmente los funcionarios de la administración pública, tienen el deber de colaborar activamente con las autoridades de salud.

Esa misma Ley, en su artículo 367, dispone que el Ministerio de Salud puede declarar cualquier zona del territorio nacional, de forma extraordinaria y de modo temporal, bajo control sanitario, y, establecer las medidas necesarias para extinguir o evitar la propagación de la epidemia:

"ARTICULO 367.- En caso de peligro de epidemia, el Ministerio podrá declarar como epidémica sujeta al control sanitario, cualquier zona del territorio nacional y determinará las medidas necesarias y las facultades extraordinarias que autorice totalmente a sus delegados para extinguir o evitar la propagación de la epidemia. Salvo declaración en contrario, las facultades y medidas extraordinarias se entenderán caducas treinta días después de presentarse el último caso epidémico de la enfermedad."

Bajo ese marco normativo, mediante el Decreto Ejecutivo no. 42221 de 10 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo adoptó "Medidas administrativas temporales para la atención de actividades de concentración masiva debido a la alerta sanitaria por COVID-19." En el artículo 1° de ese Decreto se estableció que, como medida preventiva para evitar la propagación de la epidemia del COVID 19, deben suspenderse las actividades de concentración masiva de personas, entendidas éstas, de conformidad con el artículo 2°, como todo evento temporal que reúna extraordinariamente a una cantidad de personas, bajo condiciones de aglomeración o hacinamiento, en espacios físicos abiertos o cerrados que, por sus características de sitio, estructurales y no estructurales, suponen o hacen suponer un escenario de riesgo o de amenaza que obligan a medidas preventivas de control de uso del espacio y de la conducta humana.

Con base en las disposiciones de la Ley General de Salud antes citadas, resulta claro que dicho Decreto Ejecutivo obliga a las personas, y, particularmente, a las instituciones públicas, a suspender todas sus actividades que impliquen la concentración masiva de personas y que puedan suponer el surgimiento de una cantidad muy elevada de cadenas de transmisión simultáneas del virus COVID-19 o que se pueden dar en un corto periodo, generadas de un mismo evento de concentración de personas.

No existe ninguna duda de que el Colegio Profesional de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales es un ente público no estatal, que, al ejercer ciertas funciones públicas, integran la Administración Pública. En ese carácter, es evidente que ese Colegio se encuentra sujeto a las disposiciones de los artículos 169 y 367 de la Ley General de Salud, y, en consecuencia, a las medidas adoptadas mediante el Decreto Ejecutivo no. 42221 y cualquier otra que se llegue a adoptar relacionada con el manejo de la epidemia del COVID-19.

Resulta entonces que, aunque no exista una disposición concreta dentro de la Ley Orgánica del Colegio que lo faculte a suspender una asamblea general ordinaria, el marco normativo antes expuesto, no solo habilita, sino que requiere, cancelar cualquier actividad que implique una aglomeración de personas que pueda suponer o favorecer cadenas elevadas de transmisión del virus. Y, ante ello, debe tenerse en cuenta que, aunque en su nota se indique que la participación en este tipo de asambleas normalmente alcanza el 5% de los agremiados, lo cierto es que el total de miembros que podrían participar en ese tipo de actividad son más de 1600.

A esa misma conclusión arribó la Procuraduría en el dictamen no. C-100-2020 de 30 de marzo de 2020, ante una consulta planteada por otro Colegio Profesional que, a raíz de la declaratoria de emergencia y las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo, se encuentra en una situación muy similar a la expuesta en esta ocasión. En ese sentido, se indicó:

"Así, aunque el artículo 12 de la Ley N.º 9148 del 9 de julio de 2013 disponga que la

Asamblea General Ordinaria debe celebrarse en el mes de abril de cada año, lo cierto es que el Colegio de Profesionales en Bibliotecología igual se encuentra sujeto también a las disposiciones de los Decretos Ejecutivos N.º 42227 y 42221 que ordenan suspender las actividades de concentración masiva. Tómese nota de que, de acuerdo con la información disponible en la página web del Colegio de Profesionales en Bibliotecología, dicha corporación tiene más de 2000 agremiados que integran la Asamblea General. (Ver: <https://www.coprobi.co.cr/contenido/listado/>)

Es relevante advertir que ambos Decretos Ejecutivos, tanto el N.º 42227 como el N.º 42221, responden a un estado de emergencia sanitaria debidamente declarada como tal por la Administración Central del Estado, por lo cual tienen la virtud de desaplicar, de forma temporal, la ley ordinaria en virtud de la propia situación excepcional que se presenta.

Al respecto es importante señalar que ya en otra ocasión, haciendo eco de la jurisprudencia constitucional, este Órgano Superior Consultivo ha indicado que el estado de emergencia o necesidad, responde a la máxima jurídica que se expresa en el aforismo latino "salus populi suprema lex est". El estado de emergencia permite excepcionar cualquier área de actividad administrativa del trámite ordinario para garantizar que la institucionalidad de la administración pueda responder de una forma más efectiva a las nuevas y extraordinarias circunstancias que se asocian con una emergencia. Se ha dicho que para que el derecho de excepción de la emergencia -formado por el conjunto de normas dictadas en un momento de necesidad- aplique, debe existir de una forma efectiva una realidad fáctica excepcional. Asimismo, se ha indicado que dicho derecho de excepcionalidad -el cual sería inconstitucional en condiciones ordinarias- es siempre transitorio, así, su aplicación se extingue con la desaparición de las condiciones del estado de emergencia. Al respecto, conviene citar el dictamen C-221-2005 de 17 de junio de 2005, reiterado por el dictamen C-173-2013 de 28 de agosto de 2013:

«1.-La urgencia como fuente del ordenamiento.

La Administración Pública está sujeta al principio de legalidad de acuerdo con la jerarquía de las normas. Pero, el ordenamiento no sólo se compone de normas jurídicas, sino también de principios y valores. Estos también son fuente del ordenamiento y pueden, consecuentemente, fundar la adopción de decisiones administrativas.

Uno de los principios que informan el ordenamiento es precisamente el del mantenimiento de éste y del Estado: "salus populi suprema lex est", que obliga a la Administración a actuar para responder efectivamente a la situación excepcional. La necesidad de preservar la institucionalidad y el orden jurídico regular obligan a aplicar otras reglas que se adecúen a las nuevas y excepcionales circunstancias. Con base en lo cual se admite que la necesidad puede ser fuente del ordenamiento. Se permite con ello que ante situaciones o circunstancias excepcionales la legalidad ordinaria sea sustituida por una legalidad extraordinaria o de crisis.

Diversos institutos pretenden reflejar esa necesidad y determinan el margen de actuación de las autoridades públicas. Lo importante es que la emergencia o la urgencia, el estado de necesidad pueden autorizar que el Poder Ejecutivo emita decretos de urgencia que desaplican la ley ordinaria en virtud de la propia situación excepcional que se presenta. Una ley ordinaria que responde a una situación de normalidad, carente de respuestas para la situación que se presenta:

"El estado de necesidad permite al Poder Ejecutivo excepcionar cualquier área de actividad del trámite ordinario y ese ejercicio conlleva, en algunos casos, un desplazamiento y otros un acrecentamiento de competencias; el derecho excepción - formado por el conjunto de normas dictadas en un momento de necesidad- deviene en inconstitucional en caso de normalidad, precisamente por ello, esta Sala estima que debe ser reflejo cierto de una realidad fáctica excepcional; otra de las características esenciales del estado de emergencia es su transitoriedad, no es admisible un trámite de excepción para realizar actividad ordinaria de la administración, aunque ésta sea de carácter urgente; además, la medida de emergencia para que se entienda como de desarrollo constitucional debe tener como propósito el bien común, debe ser justa y razonable (proporcionada en sentido estricto). Es decir, no basta con que se justifique el accionar administrativo en un estado de necesidad, la actuación material o normativa de la administración -en casos de necesidad- siempre podrá ser enjuiciada a luz de los principios que se han señalado y de ello nos ocuparemos a continuación." Sala Constitucional, resolución N° 6503-2001 de 9:25 hrs. del 6 de junio de 2001.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha tenido particular cuidado en diferenciar el estado de necesidad y urgencia de la mera urgencia. La mera urgencia sería la necesidad de satisfacer una necesidad apremiante ("la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos de cómo ha sido manejada ella misma", resolución de la Sala Constitucional N° 1369-2001 de 14:10 hrs. de 14 de febrero de 2001). El criterio mantenido desde la resolución 3410-92 de las 14:45 hrs. de 10 de noviembre de 1992 es que la mera urgencia no autoriza desconocer el ordenamiento jurídico. En tratándose de la afectación de la prestación de los servicios se considera que la situación sólo configura un estado de necesidad y de urgencia, cuando se presentan hechos naturales que califican como fuerza mayor o caso fortuito (resolución N° 1369-2001 de 14:30 hrs. del 14 de febrero de 2001). Los problemas que pueda presentar un servicio público en virtud de la falta de inversión o bien, por la falta de prevención, aún cuando arriesguen la continuidad y la eficiencia del servicio no justifican una legalidad de excepción.

Al respecto, no puede olvidarse que la emergencia y urgencia en tanto permiten una legalidad de crisis constituyen la vulneración más grave que el principio de juridicidad pueda sufrir. Por ende, su admisión no puede ser sino verdaderamente excepcional.»

Así debe entenderse que la posibilidad de suspender o aplazar la Asamblea General Ordinaria del Colegio de Profesionales en Bibliotecología respondería a las necesidades planteadas por el estado de emergencia sanitaria decretado por el Poder Ejecutivo y que tiene por objeto proteger y garantizar el derecho a la salud y a la vida de las personas, que es un valor fundamentalísimo de nuestro ordenamiento jurídico.

No se puede desconocer que un estado de emergencia supone una causa de fuerza mayor que eventualmente justificaría que determinadas actividades de las administraciones sean aplazadas o reprogramadas si así lo requiere la mejor atención de dicha emergencia, particularmente si la salud pública y el derecho a la vida se encuentra comprometida.

No obstante, debe acotarse que el hecho de que por la emergencia sanitaria decretada por el Poder Ejecutivo para la atención del COVID-19, se pueda suspender la Asamblea General Ordinaria del Colegio de Profesionales en Bibliotecología, no implica que la

celebración de su sesión se deba postergar necesariamente por un año calendario, pues es claro que una vez que la emergencia sanitaria llegue a su fin y las medidas excepcionales decretadas se extingan, particularmente las relacionadas con los eventos de concentración masivas; el derecho de excepción también se extinguiría, por lo que el Colegio estaría en la obligación de celebrar, en cuanto sea posible y dentro de un lapso de tiempo razonable, su Asamblea General Ordinaria una vez que concluya el estado de emergencia sanitaria decretada por el Poder Ejecutivo.” (Se añade la negrita).

El criterio supra referido, fue emitido previo a la aprobación de la Ley 9866, la cual resuelve varias de las interrogantes planteadas por la Procuraduría General de la República.

En este mismo orden de ideas en el Dictamen C-264-2020 del 08 de julio de 2020, la Procuraduría manifiesta que:

A. LA POSIBILIDAD EXCEPCIONAL DE REALIZAR ASAMBLEAS VIRTUALES.

El Legislador costarricense no ha aprobado ni, por consiguiente, promulgado una norma legal que, en términos generales, habilite a los órganos colegiados de la administración pública para sesionar virtualmente. El Legislador, hasta la fecha, se ha circunscrito a promulgar legislación sectorial en la materia.

En este sentido, debe advertirse que ya por Ley N.º9842 de 27 de abril de 2020. "Ley de Toma de posesión y realización de sesiones virtuales en caso de emergencia nacional o cantonal", se promulgó, en efecto, una Ley sectorial que permite que los Concejos Municipales y de los Concejos Municipales de Distritos, puedan celebrar sesiones municipales virtuales a través del uso de medios tecnológicos, cuando por estado de necesidad y urgencia, ocasionado por circunstancias sanitarias, de guerra, conmoción interna y calamidad pública exista una declaración de estado de emergencia nacional o cantonal.

De seguido, importa advertir que la Ley N.º 15 de 29 de octubre de 1941 no prevé la posibilidad de que la Asamblea o Junta General del Colegio de Farmacéuticos se celebre de forma virtual. Por el contrario, el artículo 15 de la Ley N.º 15 establece, de forma expresa, que toda Asamblea debe verificarse, siempre que sea posible, en el edificio del Colegio. Es decir que la Ley N.º 15 ha dispuesto que las Asambleas Generales del Colegio de Farmacéuticos se celebren de forma presencial y, en principio, en el edificio del Colegio.

A pesar de lo anterior, debe indicarse que ya se ha admitido, sin embargo, que bajo circunstancias excepcionales, verbigracia una declaratoria de emergencia, los colegios profesionales que son entes públicos de base corporativa – y en los que por consecuencia una Asamblea General es parte de sus órganos esenciales de gobierno - pueden acudir a las nuevas tecnologías para celebrar sus asambleas de forma virtual cuando por aquellas circunstancias excepcionales, no se pueda celebrar la asamblea de forma presencial. Al respecto, cabe citar lo indicado en el dictamen C-207-2020 de 7 de junio de 2020 – que reitera lo dicho en el dictamen C-112-2020 de 31 de marzo de 2020-:

"Lo que sí podría implementarse, tal como se dijo en el dictamen C-112-2020, es un mecanismo electrónico que permita, de forma excepcional y dada la declaratoria de

emergencia, la celebración de la totalidad de la asamblea ordinaria, garantizando, en todo momento, las formalidades que al efecto exige para el caso del Colegio de Químicos, la Ley 8412.”

Así, debe insistirse en que ya en nuestros dictámenes se ha precisado que, si bien la Ley no ha habilitado la posibilidad de que los colegios profesionales, realicen sus asambleas generales de forma virtual, podrían existir circunstancias excepcionales y extraordinarias bajo las cuales se justificaría su celebración. Esto en orden de garantizar la continuidad y regularidad del funcionamiento del respectivo ente, y para evitar un daño por la disrupción en la actividad pública del ente. (Ver el dictamen C-185-2020 de 22 de mayo de 2020)

De seguido, importa denotar que en nuestra jurisprudencia se ha admitido que un estado de emergencia es justificación para que determinadas actividades de los colegios profesionales, particularmente sus Asambleas Generales, que deben realizarse por regla general de forma presencial, deban ser aplazadas o suspendidas.

Luego, debe reiterarse lo indicado en los dictámenes C-222-2020 de 15 de junio de 2020, C-207-2020 de 2 de junio de 2020 y C-100-2020 de 30 de marzo de 2020, en el sentido de que, en virtud de una declaratoria de emergencia, y por disposición específica del artículo 34 de la Ley N.º 8488 de 22 de noviembre de 2005, el Poder Ejecutivo puede decretar restricciones sobre habitabilidad, tránsito e intercambio de bienes y servicios en las regiones del territorio nacional afectado por una emergencia. Esto con el objeto de proteger la vida y salud de las personas. Además, por disposición del artículo 33 de la misma Ley N.º 8488 es claro que las instituciones públicas, incluyendo los colegios profesionales, están obligadas a coordinar sus actividades para colaborar de forma efectiva con la Declaratoria de Emergencia decretada al efecto por el Poder Ejecutivo.

Es indudable, entonces, que tal como se advirtió en el dictamen C-222-2020 de 15 de junio de 2020, los colegios profesionales, dentro de los cuales se incluye el Colegio de Farmacéuticos, se encuentran obligados a acatar las medidas extraordinarias que el Poder Ejecutivo decreta como necesarias para atender una Emergencia Sanitaria así decretada. Asimismo, dicho Colegio se encuentra obligado a coordinar sus actividades con el Poder Ejecutivo para colaborar de forma efectiva con la respectiva Declaratoria de Emergencia.

Asimismo, importa también reiterar el mismo dictamen C-222-2020 en el sentido de que es relevante reconocer que el acaecimiento de una calamidad pública, verbigracia una epidemia, puede ser considerada, tal y como se dijo en el dictamen C-100-2020, como una causa de fuerza mayor que eventualmente justificaría que determinadas actividades de los colegios profesionales sean, entonces, aplazadas o suspendidas si así lo requiere la mejor atención de dicha emergencia, particularmente si la salud pública y el derecho a la vida se encuentra comprometida. (Valga notar que en el Derecho Comparado ya se ha reconocido en algunas sentencias extranjeras que la epidemia del denominado Covid 19 puede ser, en efecto, considerada una causa de fuerza mayor, ver al respecto: <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/civil/contrat/26856/covid-19-et-force-majeure-les-premieres-decisions-rendues>)

Así, debe indicarse nuevamente que el hecho de que se suscite una Emergencia Sanitaria, en ocasión de una epidemia, sería un motivo justificante para que la Asamblea General de un colegio profesional, que en principio debe ser celebrada de forma presencial, deba ser aplazada o suspendida, si esto es necesario para proteger la vida y la salud de las

personas. (Esta doctrina ha sido recogida en la Ley N.º 9866 de 18 de junio de 2020 que de forma transitoria autoriza la prorrogatio de las Juntas Directivas de los Colegios Profesionales que como consecuencia directa de la declaratoria de emergencia por la epidemia COVID-19 y las medidas sanitarias dictadas por el Ministerio de Salud, no hayan podido o no puedan realizar la asamblea que permitiera el nombramiento de dichos puestos y dichas aprobaciones, a pesar de haber efectuado esfuerzos razonables para su realización. Ley a la que este dictamen se referirá en el momento oportuno)

No obstante, se impone hacer la acotación de que el hecho de que las Asambleas Generales no puedan celebrarse de forma presencial, debiendo ser suspendidas o aplazadas, no implica que el ente, sea en este caso una corporación profesional, se encuentre impedido buscar implementar medidas alternativas, utilizando las tecnologías de la información, que permitan celebrar las respectivas Asambleas Generales de una forma no presencial, sino virtual garantizando de esta forma la continuidad de la actividad administrativa de los colegios profesionales, incluso durante un estado de emergencia.

En este orden de ideas es relevante anotar, tal y como se hizo en el dictamen C-178-2020 de 18 de mayo de 2020, que la regulación constitucional del Estado de Emergencia, supone que uno de los deberes fundamentales del Estado, durante la emergencia, es garantizar el mantenimiento y funcionamiento de la estructura mínima esencial de las instituciones públicas, pues de hecho la declaratoria del Estado de Emergencia comprende, más bien, una serie de situaciones transitorias y que son urgentes en las que se hace necesario mantener la continuidad de los servicios públicos adaptándose a situaciones de urgencia que hacen peligrar la conservación del orden jurídico y social. Así, el artículo 33 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, N.º 8488 de 22 de noviembre de 2005, establece que, durante la vigencia de una declaratoria de Estado de Emergencia, todas las instituciones públicas están en el deber de coordinar sus actividades para la atención del desastre o la calamidad pública. Además, en virtud del mismo artículo 33 de la Ley N.º 8488, durante un Estado de Emergencia, la administración pública, en general, y los colegios profesionales en particular, y precisamente en orden a garantizar su continuidad, debe también adaptar su actividad a las medidas que el Poder Ejecutivo decreta en atención a la calamidad o conmoción pública.

Valga indicar que la Ley N.º 9866 habilita a los colegios profesionales, y demás entes enumerados en el artículo 1 de la Ley N.º 9866, a llevar a cabo "esfuerzos razonables" para celebrar las Asambleas Generales a pesar de las condiciones impuestas por la Declaratoria de Emergencia de la Epidemia del COVID 19. Doctrina de los artículos 2 y 3 de la Ley N.º 9866.

Ergo, es claro que a pesar de que, por una declaratoria de Emergencia, los colegios profesionales se vean forzados, por causa de fuerza mayor, a suspender o aplazar la celebración presencial de sus Asambleas Generales, esto no impide que, en aras de proteger el principio de continuidad, aquellas corporaciones acudan a la posibilidad de celebrar aquellas Asambleas Generales de forma virtual.

En este sentido, se impone denotar que la relevancia y trascendencia de la Asamblea General tiene para el funcionamiento del Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica, pues de acuerdo con el artículo 13 de la Ley N.º 15, corresponde a la Asamblea General Ordinaria aprobar o improbar el informe de rendición de cuentas de la Junta Directiva, elegir a la Junta cuando corresponda, aprobar el presupuesto. Luego, el artículo 14 establece que corresponde a la Asamblea General Extraordinaria dictar los reglamentos

de organización y funcionamiento, conocer y resolver las quejas contra la Junta Directiva, conocer en apelación de las resoluciones de la Directiva o de los acuerdos del Presidente, y nombrar los funcionarios y delegados que las leyes y reglamentos dejen a su cargo designar.

Así, se comprende que la obligación constitucional de garantizar la continuidad de la actividad administrativa del Colegio de Farmacéuticos, y la relevancia que sus Asambleas Generales, tanto Ordinaria como Extraordinaria, tienen para garantizar aquella continuidad, justificarían que, debido a circunstancias excepcionales y extraordinarias, verbigracia las derivadas de una declaratoria de emergencia por epidemia, el Colegio de Farmacéuticos pueda celebrar sus Asambleas de forma virtual.

Ahora bien, es claro que el hecho de que las Asambleas Generales del Colegio de Farmacéuticos, tanto ordinarias como extraordinarias, eventualmente se realicen de forma virtual, no libera al Colegio de cumplir con las formalidades necesarias para la respectiva convocatoria, y que están reguladas en el artículo 15 de su Ley fundacional. En consecuencia, para convocar a una Asamblea General debe publicarse el acto de convocatoria, aprobado por la Junta Directiva, en el Diario Oficial "La Gaceta", durante dos días consecutivos, debiendo mediar tres días hábiles, por lo menos, entre la primera publicación y el día señalado, e insertar en el aviso el objeto de la convocatoria. Por tratarse de Asambleas Generales Virtuales, para garantizar el derecho de los colegiados de integrar y participar en las Asambleas Generales previsto en el artículo 11 de la Ley N.º 15, el acto de convocatoria debe indicar las razones que habrían justificado adoptar tal medida e indicar expresamente que se trata de Asambleas Virtuales. Además, el acto de convocatoria debe indicar la forma en que los agremiados podrán acceder y acreditarse para participar la respectiva Asamblea General Virtual.

En otro orden de cosas, debe acotarse aunque se reconoce que la utilización de tecnología podría suplir las sesiones presenciales de las Asambleas Generales del Colegio de Farmacéuticos, lo cierto es que no todo mecanismo tecnológico permite el contraste de las diversas opiniones durante la fase de deliberación del órgano; y, por tal motivo, resulta indispensable la utilización de técnicas que permitan la transmisión simultánea de audio, video y datos. Entonces, el medio utilizado, además de garantizar la publicidad, debe necesariamente respetar los principios de simultaneidad, colegialidad y deliberación. (Al respecto, ver el dictamen C-131-2020 de 7 de abril de 2020)

Dicho en otras palabras, aun en las sesiones virtuales, y particularmente con la finalidad de que los acuerdos y actas que se levanten recogiendo las deliberaciones de las Asambleas Generales del Colegio de Farmacéuticos sean válidas, debe garantizarse que el órgano colegiado funcione como colegio, con respeto al principio de simultaneidad. Y funcionar como colegio implica la deliberación de los distintos asuntos sobre los cuales debe formarse una voluntad colegiada. Deliberar implica un debate que debe realizarse oralmente.

Así pues, el recurso o medio tecnológico que se elija utilizar para las sesiones virtuales debe garantizar la simultaneidad, colegialidad y deliberación, de tal forma que durante la respectiva sesión virtual, los integrantes de la Asamblea General puedan discutir, utilizando los cauces y recursos legales previstos, de forma real los asuntos del correspondiente orden del día y de modo que se

pueda constatar la participación continua y sin interrupciones de los integrantes de la Asamblea.

Además, cabe señalar que debe existir una plena compatibilidad entre los sistemas empleados entre los participantes de la respectiva sesión, sea por los emisores y receptores, garantice la autenticidad e integridad de la voluntad y la conservación de lo actuado.

Asimismo, se insiste en que, de acuerdo con el numeral 56 de la Ley General de la Administración Pública las actas deben expresar las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, por lo cual se entiende que, si la sesión se ha celebrado en forma virtual, tendrá que indicarse cuál de los miembros del colegio ha estado "presente" en forma virtual.

Finalmente, conviene reiterar lo explicado en el dictamen C-47-2019 de 21 de febrero de 2019 en el sentido de que el Colegio de Farmacéuticos se encuentra habilitado para reglamentar el voto electrónico para elegir a las autoridades del Colegio, siempre que se respeten las formalidades impuestas por la Ley para dichos actos, específicamente las disposiciones legales que establecen que aquella elección es acto que corresponde a la Asamblea General del Colegio, sea ésta presencial, o como este dictamen se ha explicado, virtual, por lo cual ésta debe estar debidamente integrada. Se transcribe lo dicho en el dictamen C-47-2019:

"Por lo tanto, para introducir el voto electrónico o cualquier otro tipo de voto distinto al dispuesto por el Código Electoral para la elección de la Junta Directiva, es necesario que, de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Colegio, la asamblea general modifique esa normativa interna, regulando de manera expresa la modalidad seleccionada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, dado que de conformidad con el artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública, los reglamentos internos se encuentran sujetos a las disposiciones de mayor rango, cualquier modificación al Código Electoral debe garantizar que se cumplan los requisitos exigidos por la Ley Orgánica del Colegio para elegir a los miembros de la Junta Directiva, y que, de ningún modo, se establezca un procedimiento que sea contrario a las formalidades que el legislador previó para esos efectos y que fueron comentadas anteriormente."

B. EN ORDEN A LA PRORROGATIO TRANSITORIA AUTORIZADA POR LA LEY N.º 9866

De seguido, importa advertir recientemente el Legislador aprobó y promulgó la Ley N.º 9866 de 18 de junio de 2020. En dicha Ley N.º 9866 se ha dispuesto que en el caso de que, debido a la denominada Emergencia COVID-19, no se haya podido o no se pueda renovar las juntas directivas de los organismos e instituciones enumeradas en su artículo 1- entre las cuales se cuenta a los colegios profesionales-; se tengan por prorrogados, en consecuencia, hasta por un año adicional, los nombramientos que hayan vencido a partir del 1 de marzo de 2020 y venzan antes del 31 de diciembre de 2020, inclusive. Se transcribe, en lo que interesa, la Ley N.º 9866:

"ARTÍCULO 1- Se tienen por prorrogados, hasta por un año adicional, los nombramientos que hayan vencido a partir del 1 de marzo de 2020 y venzan antes del 31 de diciembre

de 2020, inclusive, o que deban realizar sus procesos de renovación de estructuras durante ese periodo, de los siguientes órganos y organizaciones sociales:

k) Las juntas de gobierno o juntas directivas, así como las fiscalías y cualquier otro órgano de los colegios profesionales, de conformidad con las respectivas leyes por las que se rigen.(...)

Luego, debe indicarse que la Ley N.º 9866, sin embargo, tiene un carácter transitorio y subsidiario pues dicha Ley, tal como lo dispone su artículo 3, es aplicable sólo en el caso de que las organizaciones incluidas en su artículo 1, entre ellas los colegios profesionales, no hayan podido o no puedan realizar la asamblea general necesaria para elegir o renovar sus juntas directivas. Esto como consecuencia directa a la declaratoria de emergencia por la epidemia del COVID-19. Se transcribe el artículo 3 en comentario:

"ARTÍCULO 3- Se aplica esta ley únicamente a las organizaciones que, como consecuencia directa de la declaratoria de emergencia por COVID-19 y las medidas sanitarias dictadas por el Ministerio de Salud, no hayan podido o no puedan realizar la asamblea que permitiera el nombramiento de dichos puestos y dichas aprobaciones, a pesar de haber efectuado esfuerzos razonables para su realización."

La misma Ley N.º 9866 ha previsto que en el supuesto de que las organizaciones del artículo 1, incluidos los colegios profesionales, no puedan realizar sus Asambleas Generales, las Juntas Directivas quedarían autorizadas, por una única vez, para aprobar presupuestos y estados financieros, entre otras cosas. Se transcribe el artículo 2 de la Ley N.º 9866:

"ARTÍCULO 2- Para las organizaciones citadas en el artículo 1 de la presente ley, que sus asambleas propuestas debían aprobar presupuestos, estados financieros, distribución de dividendos y distribución de excedentes, se autoriza, por una única vez, para que sus juntas directivas y consejos de administración puedan aprobarlos, siempre y cuando no se haya podido realizar la asamblea correspondiente como consecuencia directa de la emergencia del COVID-19, después de llevar a cabo esfuerzos razonables para ello y que su no realización no sea atribuible a los órganos encargados de convocarlas y realizarlas."

Ergo, es claro que en el caso de que el Colegio de Farmacéuticos no pueda celebrar su Asamblea General de forma ordinaria en el año 2020, la cual debe celebrarse el segundo domingo de cada diciembre por disposición del artículo 14 de la Ley N.º 15 de 1941-, se tendrían por prorrogados los nombramientos que debían realizarse en dicha Asamblea hasta por un año adicional. Asimismo, quedaría la Junta Directiva autorizada, por una única vez, para aprobar presupuestos y estados financieros. No obstante, dicha Junta no podría, por no haberlo autorizado así la Ley N.º 9866, ni aprobar nuevas dietas ni tampoco aprobar o improbar el informe anual de la misma Junta Directiva." (énfasis suplido)

Igual criterio expone la Procuraduría General de la República en los dictámenes C-207-2020, C-276-2020 y C-299-2020.

En resumen, establece la Procuraduría la viabilidad legal de realizar Asambleas virtuales, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a. Simultaneidad:** Los colegiados que integran el órgano colegiado deben concurrir en forma simultánea a la formación de la voluntad imputable al órgano. La simultaneidad es inherente a las deliberaciones y al procedimiento de formación de la voluntad colegiada. Toda la regulación que se hace del procedimiento de formación de la voluntad parte de esa simultaneidad que es la que permite la deliberación permitiendo incluso "estar juntos", a través de mecanismos de telepresencia o videoconferencia.
- b. Interactividad:** Estos mecanismos son interactivos, permitiendo una comunicación bidireccional y sincrónica, sea en tiempo real, es decir se transmite en vivo y en directo, desde un punto a otro o entre varios puntos a la vez. La participación será en tiempo real y no diferido, de tal manera que permita a todas las personas que participan en la asamblea o sesión, escuchar y comunicarse entre sí al mismo tiempo y de forma permanente.
- c. Integralidad:** La comunicación debe ser integral, porque permite el envío de imagen (colegiados, video, multimedia), sonido (voz de alta calidad, música,) y datos (ficheros automáticos, bases de datos;).

Además, es necesario indicar que, en caso de realizar una Asamblea de forma virtual, deben cumplirse con los demás requerimientos establecidos en la Ley 4770, en materia de convocatoria, quórum (revisión periódica del mismo), presentación de mociones, solicitudes de palabra, votaciones de acuerdos, etc.

¿Es viable técnicamente realizar la Asamblea General Ordinaria 2020?

En el anterior acápite se concluye que legalmente es viable realizar virtualmente una Asamblea General. Sin embargo, existen elementos que en la práctica no podrían garantizar el cumplimiento de los principios de simultaneidad, interactividad e integralidad.

Así, si bien la herramienta Zoom permite un acceso de hasta 10.000 usuarios, actualmente Colypro tiene más de 70.000 colegiados activos. Aunque es de conocimiento que la totalidad de las personas colegiadas no se apersonan a Asambleas presenciales, Colypro no ha tenido experiencia en una Asamblea virtual, pero igualmente debe garantizar el acceso a todos los colegiados, con lo cual se sobrepasa la capacidad de la herramienta zoom utilizada como ejemplo.

Si se compara la situación con otros Colegios Profesionales que han realizado Asamblea virtuales, como por ejemplo el Colegio de Profesionales en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, quienes realizaron con éxito su Asamblea, debe tomarse en cuenta que este Colegio tiene 1200 colegiados aproximadamente.

Para un Colegio con pocos colegiados, es viable realizar una asamblea virtual. En el caso de Colypro, es una posibilidad que se torna nugatoria si se toma en cuenta en cómo se define los mecanismos de control del quórum, que todos los asistentes mantengan sus cámaras abiertas. Además, se requiere un sistema de votación a la medida, herramienta que no proporciona Zoom por ejemplo.

Es importante que los aspectos anteriores sean validados por el Departamento de TI desde el punto de vista técnico, lo anterior para cumplir con lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Ley 9866 respecto de que se deben agotar las opciones para realizar una Asamblea General, para tener la misma por "suspendida" y que los aspectos relacionados con **"aprobar presupuestos, estados financieros, distribución de dividendos y distribución de excedentes"**, sea ejecutado de forma excepcional por la Junta Directiva, acción que debe realizarse en una sesión extraordinaria.

Consideraciones:

Si se optara por realizar una *Asamblea Virtual*, en caso de contar con el aval técnico, debe respetarse lo normado por la Ley 4770 y el Reglamento General en la materia. Así, la Asamblea General Ordinaria debería realizarse el sábado 28 de noviembre de 2020, por lo que la publicación del orden del día debe hacerse a más tardar el viernes 13 de noviembre (para ello el orden del día debe ser votado por la Junta Directiva a más tardar el 2 de noviembre, para que la publicación salga a tiempo). La documentación debe estar disponible para los colegiados el día lunes 16 de noviembre. Aspectos como debates, votaciones y presentaciones de mociones deben ajustarse a lo regulado por el Reglamento General. Es criterio de la suscrita que, desde la práctica, no se cuentan con los elementos que garanticen los requisitos señalados por la Procuraduría General de la República, sin embargo, se reitera la recomendación de contar con el dictamen técnico del Departamento de TI, quienes deberán indicar si existe una herramienta tan robusta que garantice el acceso y la permanencia de todas las personas colegiadas a una misma sesión y que puedan acceder a mecanismos seguros de votación y posibilidades de deliberación.

La aprobación de presupuesto y estados financieros, únicos aspectos habilitados por la ley 9866 que podría aprobar la Junta Directiva de Colypro, deberían realizarse a más tardar en

la misma fecha dispuesta para la realización de la Asamblea General. Sin embargo, la ley 9866 no establece parámetros al respecto.

Se recomienda que, en caso de suspender la realización de la Asamblea General Ordinaria CXII, la cual no puede realizarse presencialmente por disposiciones emanadas por el Ministerio de Salud, y por no ser viable técnicamente realizarla virtualmente, se realice un comunicado en el que se explique la situación y se comunique que se actúa de conformidad con la Ley 9866. Además, se sugiere que los informes anuales de Junta Directiva, Tesorería y Fiscalía se divulguen por los medios del Colegio (tanto por escrito como por video) adicional al presupuesto aprobado por la Junta Directiva.

Quedo a sus órdenes para cualquier otra consulta. Se suscribe atentamente;

M.Sc. Francine María Barboza Topping
Asesora Legal de Junta Directiva

fmbt

cc/ archivo Asesoría Legal