

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio N° **10063**

15 de octubre de 2010
DJ-03840-2010

Señora
Karen Arias Hidalgo
Secretaría, Concejo Municipal
MUNICIPALIDAD DE PÉREZ ZELEDÓN
Fax 2771-2105
Apartado Postal 274-8000

Estimada señora:

Asunto: Se atiende consulta del Concejo Municipal de la Municipalidad de Pérez Zeledón, a fin de determinar si existe o no incompatibilidad entre el cargo de regidor propietario y el de miembro de la Junta Vial Cantonal en calidad de representante de Asociaciones de Desarrollo Integral del cantón.

Nos referimos a su oficio n.º TRA-742-10-SSC, del 19 de agosto del 2010 – recibido en la Contraloría General de la República el día 6 de setiembre siguiente, mediante el cual se nos pone en conocimiento el acuerdo del Concejo Municipal artículo 7), inciso 6) de la sesión ordinaria n.º 016-10, celebrada el 17 de agosto del año en curso-, el cual literalmente señala:

“MOCIÓN PRESENTADA POR LA REGIDORA KEMLY JIMENEZ TABASH, CON DISPENSA DE TRÁMITE DE COMISIÓN, CONSIDERANDO QUE: El OPJ-007-10-PST suscrito por el Licenciado Juan José Mora Cordero, en donde el funcionario externa criterio respecto a posible incompatibilidad de caso de un regidor municipal que también ejerce como miembro de la Junta Vial Cantonal, donde concluye: “*Es mi opinión entonces que no existe la incompatibilidad de cargos alegada y que es definitivo que cualquier funcionario que haya sido designado por algún sector comunal para representar sus intereses en el seño (sic) de la JVC, que cumpla los requisitos para ser parte de ese órgano, que además haya resultado electo como miembro del Concejo Municipal, pueda simultáneamente ejercer ambos cargos sin ningún impedimento jurídico*”.

I. Del criterio legal de la Municipalidad consultante.

Con su gestión, la Municipalidad de Pérez Zeledón, adjunta el criterio legal n.º OPJ-007-10-PST del 6 de mayo del 2010, suscrito por el Lic. Juan José Mora Cordero, Coordinador de la Asesoría en Servicios Técnicos, en el cual, tras analizar la naturaleza jurídica de las Juntas Viales Cantonales (en adelante JVC) y el marco legal que las rige, concluye que “no existe la incompatibilidad de cargos alegada y que es definitivo que cualquier funcionario que haya sido designado por algún sector comunal para representar sus intereses en el seno de la JVC, que cumpla con los requisitos para ser parte de este órgano, que además haya resultado electo como miembro del Concejo Municipal, puede simultáneamente ejercer ambos cargos sin ningún impedimento jurídico”.

II. Criterio del Despacho.**A. Sobre el régimen jurídico de las Juntas Viales Cantorales.**

De manera preliminar, es importante indicar cuál es el régimen jurídico de las JVC a efectos de determinar su naturaleza, integración, funcionamiento y competencia y posteriormente analizar si en el supuesto consultado, existe o no alguna incompatibilidad.

Este tema ya ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, particularmente en los dictámenes números C-135-03, del 19 de mayo del 2003, C-449-07, del 17 de diciembre del 2007, C-120-09, del 5 de mayo del 2009 y C-131-10, del 6 de julio del 2010, por lo que procederemos a hacer una breve referencia a lo ya analizado por el Órgano Procurador.

Mediante la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias, n.º 8114, del 4 de julio del 2001, se dispuso la creación de un impuesto único a los combustibles definiéndose, en el artículo 5, el destino que debe darse a los recursos provenientes de la recaudación de dicho impuesto.

En lo que interesa, la norma en cuestión dispone:

"Del producto anual de los ingresos provenientes de la recaudación del impuesto único sobre los combustibles, se destinará un treinta por ciento (30%) a favor del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) y un tres coma cinco por ciento (3,5%), exclusivamente para el pago de servicios ambientales, a favor del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal (FONAFIFO). El destino de este treinta y tres coma cinco por ciento (33,5%) tiene carácter específico y su giro es de carácter obligatorio para el Ministerio de Hacienda.

Del treinta por ciento (30%) destinado al Consejo Nacional de Vialidad, se asignará hasta el tres por ciento (3%) para garantizar la máxima eficiencia de la inversión pública de reconstrucción y conservación óptima de la red vial costarricense. Este treinta por ciento (30%) se distribuirá de la siguiente manera:

a) El setenta y cinco por ciento (75%) se destinará exclusivamente a conservación, mantenimiento rutinario, mantenimiento periódico, mejoramiento y rehabilitación; una vez cumplidos estos objetivos, los sobrantes se emplearán para construir obras viales nuevas de la red vial nacional.

La suma correspondiente al tres por ciento (3%) será girada por la Tesorería Nacional al CONAVI para que la entregue a la Universidad de Costa Rica, (...).

b) El veinticinco por ciento (25%) restante se destinará exclusivamente a conservación, mantenimiento rutinario, mantenimiento periódico, mejoramiento y rehabilitación; una vez cumplidos estos objetivos, los sobrantes se usarán para construir obras viales nuevas de la red vial cantonal, que se entenderá como los caminos vecinales, los no clasificados y las calles urbanas, según las bases de datos de la Dirección de Planificación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT).

La suma correspondiente será girada a las municipalidades por la Tesorería Nacional, de acuerdo con los siguientes parámetros: el sesenta por ciento (60%) según la extensión de la red vial de cada cantón y un cuarenta por ciento (40%), según el Índice de Desarrollo Social Cantonal (IDS) elaborado por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN); los cantones con menor IDS recibirán proporcionalmente mayores recursos.

La ejecución de estos recursos se realizará de preferencia bajo la modalidad participativa de ejecución de obras. Conforme lo establece el Reglamento de esta Ley, el destino de los recursos lo propondrá, a cada Concejo Municipal, una junta vial cantonal nombrada por el mismo Concejo, la cual estará integrada por representantes del gobierno local, del MOPT y de la comunidad, por medio de convocatoria pública y abierta. (...)"

En el mismo orden de ideas, el Reglamento sobre el manejo, normalización y responsabilidad para la inversión pública en la red vial cantonal, Decreto Ejecutivo n.º 34624, del 27 de marzo del 2008, define la naturaleza jurídica, integración y funciones de las JVC.

Así se dispone:

“Artículo 9º—Junta Vial Cantonal. La Junta Vial Cantonal es un órgano público, nombrado por el Concejo Municipal de cada cantón, ante quien responde por su gestión, según lo establece el artículo 5º, inciso b) de la Ley n.º 8114.

Es un órgano de consulta obligatoria en la planificación y evaluación en materia de obra pública vial en el cantón y de servicio vial municipal, indistintamente del origen de los recursos”.

“Artículo 10.- Integrantes. Esta Junta estará integrada por los siguientes

miembros, quienes fungirán ad honóreme:

- a) El Alcalde Municipal, quien la presidirá.
- b) Un miembro del Concejo Municipal, con voz pero sin voto.
- c) El Director de la Región o de la Macro Región del MOPT o un representante designado por éste.
- d) Un representante de los Consejos de Distritos, nombrados en Asamblea de estos.
- e) **Un representante de las Asociaciones de Desarrollo Integral del cantón, que será seleccionado en Asamblea de la Unión Cantonal de Asociaciones de Desarrollo Comunal, o, en su ausencia, de las Asociaciones vigentes en el cantón.**
- f) El Director de la Unidad Técnica de Gestión Vial Municipal” (el destacado es propio).

“Artículo 11.- Funcionamiento de la Junta Vial Cantonal.

- a) Los miembros, una vez juramentados por el Concejo se desempeñarán **gratuitamente**, por un período de cuatro años y podrán ser reelectos, siempre y cuando ostenten la titularidad del puesto al cual representan. Si en algún caso venciera el período de alguno de los miembros, se nombrará al sustituto, en un plazo no mayor a un mes.
- b) La Junta Vial Cantonal considerando la disponibilidad de sus miembros, sesionará una vez cada mes y extraordinariamente cuando ésta así lo acuerde, o cuando la convoque los órganos del Gobierno Municipal. La promotora o promotor social de la Unidad Técnica, deberá asistir a las sesiones a las cuales se le convoque válidamente. Los acuerdos serán aprobados por mayoría simple de los miembros presentes, salvo los casos en que la legislación establezca una votación más calificada y en caso de empate, el presidente ejercerá el voto calidad.
- c) Dicha Junta sesionará válidamente con la presencia de la mayoría absoluta, es decir con mitad más uno del total de sus miembros. Lo no previsto en el presente Reglamento regirá en lo conducente por la Ley General de Administración Pública vigente para los órganos colegiados.
- d) Será causal de destitución de los miembros, el incumplimiento de sus deberes o la ausencia injustificada a tres sesiones consecutivas o seis alternas en el plazo de un año calendario, previa comunicación que hará la Junta Vial; el Concejo Municipal, otorgando el derecho de audiencia, procederá a efectuar la sustitución

correspondiente a la brevedad posible.

e) El Concejo Municipal reglamentará el funcionamiento de la Junta Vial y de la Unidad Técnica de Gestión Vial”.

“**Artículo 12.- Competencia.** Será responsabilidad exclusiva e indelegable de la Junta Vial Cantonal, lo siguiente:

a) **Proponer al Concejo, el destino de los recursos referidos en los artículos 4 y 9 del presente Reglamento, por medio de planes anuales y quinquenales de conservación y de desarrollo vial del cantón. Dichos planes serán remitidos al Concejo para la aprobación o improbación respectiva**, en este último caso deberá fundamentarse técnica y legalmente para que se proceda con la subsanación correspondiente en un plazo de diez días hábiles. Estas propuestas o planes deberán considerar la prioridad que fija el artículo 5, inciso b) de la Ley N° 8114.

b) Conocer y avalar los proyectos de presupuesto anual de la gestión de la Red Vial Cantonal correspondiente, los cuales serán formulados por la UTGVM y contendrán el detalle de las obras a intervenir con indicación expresa, al menos, de lo siguiente: nombre de la obra, descripción, meta a alcanzar, modalidad de ejecución, costo total, monto presupuestado, plazo estimado y probable fecha de inicio.

c) Velar por el cumplimiento de las políticas, normativa y reglamentación aplicable en gestión vial, emitida por el MOPT y otros entes competentes.

d) Conocer los informes mensuales de la evaluación de la Gestión Vial Municipal, que prepare la UTGVM.

e) **Las que expresamente le fueren conferidas por el Concejo.**

f) **Presentar en el mes de enero ante el Concejo Municipal un informe anual de rendición de cuentas.** Con el mismo propósito, publicará durante ese mismo mes, en un medio de comunicación colectiva, local o nacional, un resumen o el texto íntegro del informe anual de labores, así como la convocatoria para asamblea pública y abierta, que deberá realizarse a más tardar un mes después de esta publicación, en la que la JVC presentará el informe de rendición de cuentas.

g) **Solicitar al Concejo la realización de auditorías financieras y técnicas cuando las circunstancias lo ameriten.**

h) Velar porque las actividades de diseño, construcción y planeamiento estratégico sean desarrolladas por profesionales competentes e idóneos.

-
- i) Velar porque se apliquen principios de aseguramiento de calidad para garantizar la eficiencia de las obras.
 - j) Acatar lineamientos del MOPT para el inventario, clasificación y referencia de la red vial cantonal, y suministrar dichos inventarios periódicamente al MOPT.
 - k) **Proponer al Concejo Municipal la reglamentación que considere pertinente para la efectiva Gestión Vial Cantonal**". (los destacados no son del original).

De lo anterior se tiene que las JVC son órganos públicos, no estatales, de consulta obligatoria en la planificación y evaluación en materia de obra pública vial. Además se tiene que es facultad de los Concejos Municipales el nombrar a las JVC quienes a su vez están encargadas de proponer a cada Concejo el destino que se le debe dar a los recursos girados a las Municipalidades - por parte de la Tesorería Nacional como resultado de la recaudación del impuesto único a los combustibles -, para la conservación, mantenimiento rutinario y periódico, mejoramiento, rehabilitación y construcción de obras de la red vial nacional. Del mismo modo, deben rendir cuentas de manera anual, solicitar la realización de auditorías y proponer reglamentación, todo ante el Concejo Municipal.

Por otra parte se tiene que las JVC están conformadas por el Alcalde, un miembro del Concejo Municipal que participa con voz pero sin derecho a voto, el Director de la Región o de la Macro Región del MOPT (o un representante designado por éste), un representante de los Consejos de Distrito, el Director de la Unidad Técnica de Gestión Vial Municipal y finalmente un representante de las Asociaciones de Desarrollo Integral del cantón.

En este orden de ideas, y de particular interés para este pronunciamiento al ser el tema consultado, el mismo artículo 10 establece que ese representante de las Asociaciones de Desarrollo Integral del cantón, será seleccionado en Asamblea de la Unión Cantonal de Asociaciones de Desarrollo Comunal, o, en su ausencia, de las Asociaciones vigentes en el cantón (todo ello teniendo como base el derecho de asociación establecido en el artículo 25 de la Constitución Política) sin establecerse en la ley alguna causal de impedimento o abstención para su elección, sea o no una persona que ya ejerza un cargo dentro de la función pública en general o dentro de una corporación municipal.

B. No existencia legal de incompatibilidad en el supuesto que se nos consulta. Posible existencia de conflictos de intereses. Deber de probidad e imparcialidad de los funcionarios públicos.

1. No existencia legal de incompatibilidad en el supuesto que se nos consulta.

Aunado a las consideraciones anteriores, la ley n.º 8422 del 6 de octubre del 2004, denominada "Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, estableció como norma una limitación para el desempeño simultáneo de cargos públicos. Tal norma

tiene como fin evitar que las labores y responsabilidades públicas se descuiden o sean atendidas en una forma indebida o ineficiente, lo cual cobra importancia al tomar en cuenta que justamente la eficiencia es uno de los principios que inspiran la prestación de los servicios públicos, de conformidad con el artículo 4º de la Ley General de la Administración Pública (ley n.º 6227, del 2 de mayo de 1978).

En su literalidad esa norma dispone:

“Artículo 17.- Desempeño simultáneo de cargos públicos. Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente. De esta disposición quedan a salvo los docentes de instituciones de educación superior, los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y los de las bandas que pertenezcan a la Administración Pública, así como quienes presten los servicios que requieran la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias para atender emergencias nacionales así declaradas por el Poder Ejecutivo, el Tribunal Supremo de Elecciones, durante los seis meses anteriores a la fecha de las elecciones nacionales y hasta tres meses después de verificadas, así como otras instituciones públicas, en casos similares, previa autorización de la Contraloría General de la República.

Para que los funcionarios públicos realicen trabajos extraordinarios que no puedan calificarse como horas extras se requerirá la autorización del jerarca respectivo. La falta de autorización impedirá el pago o la remuneración.

Igualmente, ningún funcionario público, durante el disfrute de un permiso sin goce de salario, podrá desempeñarse como asesor ni como consultor de órganos, instituciones o entidades, nacionales o extranjeras, que se vinculan directamente, por relación jerárquica, por desconcentración o por convenio aprobado al efecto, con el órgano o la entidad para el cual ejerce su cargo.

Asimismo, quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública, no podrán devengar dieta alguna como miembros de juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, salvo si no existe superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de tales órganos.

Quienes, sin ser funcionarios públicos integren, simultáneamente, hasta tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, podrán recibir las dietas correspondientes a cada cargo, siempre y cuando no exista superposición horaria. Cuando, por razones de interés público, se requiera que la persona integre más de tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, deberá recabarse la autorización de la Contraloría General de la República.

Los regidores y las regidoras municipales, propietarios y suplentes; los síndicos y las síndicas, propietarios y suplentes; las personas miembros de los concejos de distrito; las personas miembros de los concejos municipales de distrito, propietarias y suplentes, no se regirán por las disposiciones anteriores”. (el destacado es personal).

Por su parte, el artículo 18 del mismo cuerpo legal establece el régimen de incompatibilidades dentro de la función pública. Esta norma tiene su fundamento en la necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal, basándose en razones de moralidad tendentes a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen evitando una colisión de intereses –interés público e interés privado.

La norma indicada expresamente señala:

“Artículo 18. - Incompatibilidades. El Presidente de la República, los vicepresidentes, diputados, magistrados propietarios del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los miembros de junta directiva, los presidentes ejecutivos, los gerentes y subgerentes, los directores y subdirectores ejecutivos, los jefes de proveeduría, los auditores y subauditores internos de la Administración Pública y de las empresas públicas, así como los alcaldes municipales, no podrán ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas; tampoco podrán figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas, ni tampoco participar en su capital accionario, personalmente o por medio de otra persona jurídica, cuando tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con ella.

La prohibición de ocupar cargos directivos y gerenciales o de poseer la representación legal también regirá en relación con cualquier entidad privada, con fines de lucro o sin ellos, que reciba recursos económicos del Estado.

Los funcionarios indicados contarán con un plazo de treinta días hábiles para acreditar, ante la Contraloría General de la República, su renuncia al cargo respectivo y la debida inscripción registral de su separación; dicho plazo podrá ser prorrogado una sola vez por el órgano contralor, hasta por otro período igual”

Realizando un análisis de los artículos 17 y 18 de la ley n.º 8422 citados, es claro que en el supuesto consultado, esto es tratándose de regidores propietarios del Concejo Municipal que figuren

al mismo tiempo como miembros de las JVC en representación de las Asociaciones de Desarrollo Integral, no nos encontraríamos dentro de ninguno de los supuestos de prohibición o incompatibilidad contemplados en la ley.

Por una parte, es claro que en virtud de la reforma introducida mediante ley n.º 8445 del 10 de mayo del 2005, los regidores y síndicos municipales, sean propietarios o suplentes; las personas miembros de los concejos de distrito y las personas miembros de los concejos municipales de distrito, propietarias o suplentes, no tienen restricción legal para participar en órganos colegiados o juntas directivas pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública (siempre y cuando no exista superposición horaria entre ambos puestos) y por otro lado, la enumeración contenida en el numeral 18 que prohíbe el ejercicio simultáneo de cargos en juntas directivas, ser representantes o apoderados de empresas privadas, ni tampoco participar en su capital accionario cuando aquéllas presten servicios a instituciones o a empresas públicas o que compitan con ella o bien, que reciban recursos económicos del Estado, no cobija tampoco a los regidores y síndicos municipales.

En razón de lo anterior, compartimos el criterio legal del Lic. Juan José Mora Cordero en cuanto que no existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico norma expresa que establezca algún impedimento para que una persona que forme parte del Concejo Municipal de alguna corporación territorial en calidad de regidor pueda también, de manera simultánea, ser miembro de las JVC. Sin embargo, consideramos que existen otros elementos que deben ser analizados en la presente consulta y que pasamos a exponer a valorar.

2. El deber de probidad e imparcialidad de los funcionarios públicos.

No obstante lo manifestado en el aparte anterior, al momento de conformarse un órgano colegiado interdisciplinario e intersectorial, en este caso las JVC, lo que se intenta es que en el seno de aquéllas, los miembros elegidos representen los intereses del grupo que representan. Así, el Alcalde y el Director de la Unidad Técnica de Gestión Vial Municipal representarán los intereses municipales, el miembro del Concejo Municipal elegido directamente éste representará los del Concejo, el representante de los Consejos de Distrito los de éstos, el delegado del Ministerio de Obras Públicas y Transportes lo concerniente a las competencias de esa cartera y finalmente, el representante de las Asociaciones de Desarrollo Integral, los intereses del cantón.

De esta manera se contribuye de manera activa a orientar las decisiones a tomar, a fin de realizar las funciones y ejercer las competencias que los artículos 11 y 12 del Reglamento n.º 34624 de cita les encomienda y delega y en razón de ello se les dota de capacidad para participar en su condición de integrantes en las sesiones y se les concede el derecho al voto, salvo que la misma ley disponga lo contrario.

En el caso particular de las JVC el artículo 11 inciso b) establece que “los acuerdos serán aprobados por mayoría simple de los miembros presentes, salvo los casos en que la legislación establezca una votación más calificada y en caso de empate, el presidente ejercerá el voto calidad”. Por su parte, el inciso b) del artículo 26 del Código Municipal (ley n.º 7794, del 30 de abril de

1998) dispone como deber de los regidores “votar en los asuntos que se sometan a su decisión; el voto deberá ser afirmativo o negativo”.

Ahora bien, el ejercicio simultáneo de ese derecho de participación y de voto en dos órganos, entes o instituciones públicas que estén directa o indirectamente relacionadas, como es el caso de las JVC (órgano consultivo) respecto al Concejo Municipal (órgano decisor), podría claramente provocarse un eventual o real conflicto de intereses entre las funciones que ejerza una misma persona en aquéllos, pues al ser el representante de las Asociaciones de Desarrollo Integral podría participar activamente y votar en las sesiones de las JVC y al mismo tiempo tendría que participar en las sesiones del Concejo Municipal, en donde también tendría el derecho-deber de votar.

En este sentido la Contraloría General de la República ha indicado que:

“(…) todo servidor público debe tener una clara convicción y conciencia de que en toda actuación o decisión propia de su cargo priva el interés público por sobre cualquier otro interés privado, de manera que esto exige que ha de evitar o abstenerse razonablemente de participar en actividades que puedan ocasionar dudas de la imparcialidad con que debe conocer y resolver los asuntos que como funcionario público tiene a cargo, aunque sean de índole privada. La clave de interpretación de este deber ético está en las frases “conflicto de intereses” y “razonablemente”, en el tanto si, por ejemplo, la actividad privada de que se participa por su naturaleza y aspectos que trata no tiene vinculación o relación alguna con la índole de los asuntos que son inherentes con el respectivo cargo público que se ocupa, sencillamente en tal hipótesis no surge ningún tipo de conflicto de interés; mientras que en el dado caso de que por determinadas circunstancias tal situación de afinidad o coincidencia aflora, en una forma en que sea evidente “razonablemente” que no podía ser prevista por el servidor, allí lo importante es la actitud del servidor, la cual debe ser en el lógico sentido de no comprometer en modo alguno la gestión pública, evitando en la esfera privada adelantar alguno criterio, vertir consejo o comprometerse con determinada decisión o actuación, en vista del conflicto de intereses que ello supondría cuando en la esfera pública llegue a tramitar y conocer del caso. Por lo tanto, lo importante de las directrices ético-jurídicas que nos ocupan estriba precisamente en señalarle un norte u orientación de comportamiento al que deben aspirar los servidores públicos, de modo que se alcancen, promuevan y mantengan altos niveles éticos en el sector público, siendo la prevención un mecanismo de suprema importancia para el adecuado desempeño y protección de la noble función pública (...). (Oficio n.º 11456 (DAGJ-2712) del 12 de setiembre del 2005).

En orden a lo anterior, pudiendo presentarse en esas interrelaciones JVC-Concejo Municipal contradicciones, discrepancias, predisposiciones, parcialidad y subjetividad, no sería recomendable ni aconsejable el ejercicio simultáneo del voto en ambas esferas, debiéndose abstener el regidor de participar en la votación de los asuntos propios de las JVC que vayan a ser conocidos posteriormente por el Concejo Municipal. Del mismo modo, deberá abstenerse de votar en todos los

asuntos sometidos a conocimiento del Concejo que tengan relación directa o indirecta con las competencias de las JVC- pues su investidura como regidor propietario seguiría intacta- a fin de evitar cualquier conflicto de intereses.

Además, téngase que el deber de abstención resulta necesario aún en ausencia de una disposición legal expresa pues se impone en el tanto exista un interés particular con independencia de que efectivamente se derive un beneficio o perjuicio concreto y directo.

Con esa abstención se evitaría de igual forma que se ponga en peligro la imparcialidad y la objetividad que han de mantener los funcionarios públicos, conforme al principio de probidad establecido en el artículo 3 de la ley n.º 8422, el cual dispone:

“Artículo 3.- Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente”.

Sobre este tema es extensa la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República y de este Órgano Contralor. A modo de referencia nos permitimos reseñar unos pocos pronunciamientos al respecto:

“(…) conviene tener presente que el deber de probidad regulado en el artículo tercero de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, obliga a que la gestión del funcionario público esté orientada a la satisfacción del interés público, asegurándose de guardar objetividad e imparcialidad en sus actuaciones, motivo por el cual su persona deberá de abstenerse de intervenir de cualquier forma en la toma de decisiones que lleven a las empresas (...), a prestar en el presente o el futuro a cualquier entidad o empresa pública, los servicios a los que se hace referencia en el oficio de consulta y sobre los que se emite ahora el criterio jurídico solicitado (...).” **(Oficio n.º 3027 (DAGJ-644) del 14 de marzo del 2005 de la Contraloría General de la República)**

“(…) Huelga mencionar que en nuestro criterio, este desempeño simultáneo de cargos públicos dentro de una misma corporación municipal, y más aún el hecho de eventualmente no abstenerse de participar en la discusión y votación en el Concejo Municipal de asuntos que la persona puede haber gestionado como funcionario, podría estar rozando además con una serie de principios contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, como lo es el actuar de conformidad con las reglas de la

ética y la moral, así como en ajuste a los deberes de probidad, objetividad e imparcialidad entre otros (...). **(Oficio n.º 6347 (DAGJ-1452) del 2 de junio del 2005 de la Contraloría General de la República)**

“(...) El principio de imparcialidad previene contra los conflictos de intereses que pueden suscitarse cuando el funcionario que ordinariamente debería intervenir en el análisis o resolución de un asunto debe cuidar de no hacerlo cuando posee un interés personal y/o directo en el mismo, y esta materia ha sido desarrollada en el ordenamiento jurídico infra constitucional a través de diversos institutos jurídicos como la abstención o recusación, o incluso más agravados o reforzados como los referidos a la prohibición o incompatibilidad (...) la sanción para la infracción del régimen de abstención e imparcialidad es en dos vías: primero, al presentarse un vicio de invalidez del acto administrativo en razón de que intervino un funcionario que no debió hacerlo, ello puede acarrear una nulidad absoluta –siempre que se trate de las causales que se entienden referidas como hemos visto supra a las establecidas en los artículos 49 y 51 del Código Procesal Civil- o nulidad relativa, en los demás casos; segundo, acarrea responsabilidad personal para el funcionario público infractor, siempre que haya mediado culpa grave o dolo en su actuación, previo cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa –doctrina del artículo 11 Constitucional y del ordinal 211 de la Ley General de la Administración Pública (...).”..**(Oficio N° 16645 (DAGJ-3689) del 9 de diciembre de 2005 de la Contraloría General de la República).**

Bajo este orden de ideas, es necesario indicar que la imparcialidad que debe regir la actuación de todo funcionario público, constituye un principio constitucional de la función pública, que es fundamental para lograr la satisfacción de las necesidades públicas a través de conductas objetivas que permitan la prestación del servicio de manera eficaz y continua para la colectividad.(...) En consecuencia, desde el punto de vista ético, cualesquiera que sean las labores o negociaciones privadas que asuma el funcionario fuera de su jornada ordinaria, no deben llevar aparejado ningún conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución para la que presta sus servicios, ni responder a un aprovechamiento indebido de la posición que le otorga el cargo para obtener un beneficio económico de cualquier naturaleza, situaciones en las que se genera un grave daño para la institución y para el ejercicio transparente de la función pública (...). **(Dictamen n° C-429-2005 del 12 de diciembre del 2005 de la Procuraduría General de la República).**

“(...) Bajo ese entendido, el funcionario público tiene el deber de abstenerse de participar en asuntos institucionales en los que directa o indirectamente tenga algún interés personal, lo cual es una exigencia elemental de los principios éticos de la función pública (...). **(Opinión Jurídica n.º OJ-014-2006 del 6 de febrero del 2006 de la Procuraduría General de la República).**

En apoyo de nuestra posición, nótese que el mismo artículo 10 del Reglamento sobre el manejo, normalización y responsabilidad para la inversión pública en la red vial cantonal, al disponer que dentro de la integración de las JVC estará un miembro del Concejo Municipal, con voz pero sin voto, se hace manifiesto que el propio legislador valoró la potencial existencia de conflictos de intereses de un sujeto que formara parte del Concejo Municipal y a la vez participara - con derecho a voto – como miembro de las JVC.

III. Conclusión.

Con fundamento en el análisis precedente, este Despacho concluye que:

- 1- Si bien no existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico norma expresa que establezca algún impedimento para que una persona que forme parte del Concejo Municipal de alguna corporación territorial en carácter de regidor pueda también de manera simultánea, ser miembro de las JVC como representante de las Asociaciones de Desarrollo Integral, no resultaría recomendable ni aconsejable tal ejercicio pues podrían presentarse potenciales conflictos de intereses (contradicciones, discrepancias, predisposiciones, parcialidad y subjetividad) en las relaciones que por disposición normativa deben mantener aquéllas.
- 2- En razón de esa potencialidad de conflicto, todo regidor propietario que forme parte de las JVC como representante de las Asociaciones de Desarrollo Integral, debe de abstenerse de participar en la votación de los asuntos propios de las JVC que vayan a ser conocidos posteriormente por el Concejo Municipal. Del mismo modo, deberá abstenerse de votar en todos los asuntos sometidos a conocimiento del Concejo que tengan relación directa o indirecta con las competencias de las JVC.

Atentamente,

Lic. Sergio Mena García
Gerente Asociado

Licda. M^a Gabriela Pérez López
Fiscalizadora

Smg/gpl/ysp

Ci Archivo Central
Ni: 15935
G: 2010002152-1