

DAJ-014-C-2018

26 de febrero, 2018

Señor

Orlando de la O Castañeda

Director

Director de Gestión y Desarrollo Regional

Asunto: Atención a oficio DGDR-DGAR-0956-10-2017

Estimado señor:

Reciba un cordial saludo. Se procede a atender el oficio de cita.

FUNDAMENTO JURÍDICO

I. Objeto de la consulta

El interesado solicita la revisión y reconsideración del criterio legal DAJ-002-C-2015.

II. Acciones preliminares

Un particular interesado en el tema, externa una serie de observaciones respecto a la interpretación del artículo 13 del Decreto No. 38249 ante la Dirección de Gestión y Desarrollo Regional, razón por la cual, dicha dependencia agrega algunas consideraciones y eleva la presente gestión a esta Dirección.

I. Antecedentes

La Dirección de Asuntos Jurídicos ha abordado el tema de la integración de juntas en repetidas ocasiones, al conocer consultas concretas realizadas por distintas dependencias, de las cuales nos interesa destacar:

- El criterio DAJ-002-C-2015, se refirió a la modificación en cuanto a conflicto de intereses, surgida con la entrada en vigencia del Decreto Ejecutivo No. 38249, Reglamento General de Juntas de Educación y Juntas Administrativas, el cual reemplazó al Decreto Ejecutivo No. 31024. En esa oportunidad se mencionaron los fines y funciones de las Juntas, así como la limitación existente para los docentes en cuanto al manejo de dinero con fines distintos al escolar, manifestando que eventualmente podría contraponerse el ejercicio de ambos cargos de forma simultánea, dadas las atribuciones de los miembros de las Juntas relativas al manejo de los recursos; sin embargo, se recalcó que no es posible establecer de forma general cuáles funcionarios están o no dentro de algún supuesto que implique conflicto de intereses, por lo que para determinar este aspecto, se requiere de un estudio del perfil del puesto del servidor que se pretenda integre la Junta, considerando sus responsabilidades e impedimentos de origen normativo.
- El criterio DAJ-106-C-2017, sobre la posible incompatibilidad del tesorero contador con el cargo de Vice Alcalde, desarrolla más concretamente el tema de conflicto de interés, haciendo énfasis al marco preventivo de los principios que rigen la actuación de los funcionarios públicos, concluyendo que en las interrelaciones de los cargos analizados en esa oportunidad, al ser factible que *“se presenten circunstancias que pongan en entredicho los principios que rigen la actuación de los servidores públicos, no debe darse un ejercicio simultáneo de los mismos,*

evitando así eventuales conflictos de intereses para garantizar la transparencia en la función pública.”

- El criterio DAJ-151-C-2017 aclara que no es posible que una disposición se ocupe de prever aspectos muy puntuales, por lo que a nivel jurídico existen parámetros normativos generales orientadores aplicables a gran variedad de situaciones fácticas para acercarse a la mayor cantidad de casos de la realidad social, sin detrimento de aquellas situaciones que se encuentran expresamente reguladas por mediar un interés general en las mismas. Además conceptualiza el término conflicto de interés, expone una serie de criterios orientadores para determinar su existencia en la función pública y concluye recalcando el deber de los servidores de no someterse a contextos que comprometan los principios que rigen el ejercicio de sus actos.

II. Análisis de la gestión

Con el fin de dar una visión amplia de la normativa y principios vinculantes en el caso que nos ocupa, se abordarán puntualmente algunos aspectos fundamentales para el análisis requerido.

a. Deberes y prohibiciones de los funcionarios docentes

La Ley 1581, en su Título II de la Carrera Docente (artículos 57 y 58) y su reglamento (numerales 8 y 9) establecen de forma particular, una serie de deberes y prohibiciones aplicables a los servidores docentes, las cuales tienen fundamento en el papel clave que juegan en la formación de las personas menores de edad, además del interés público que el ejercicio práctico de su profesión reviste, dada la injerencia directa en la consecución de los fines de la educación en nuestro país; no obstante, esta mención

específica de la legislación no los exime de cumplir con el resto del ordenamiento jurídico aplicable a los funcionarios públicos.

b. Funciones de las Juntas Educativas y Juntas Administrativas y nombramiento de sus miembros.

Las Juntas de Educación y las Juntas Administrativas, son personas jurídicas con patrimonio propio, y con una naturaleza de entes descentralizados instrumentales, pues buscan satisfacer los intereses públicos para los que fueron ideadas.

El Reglamento 38249, Reglamento General de Juntas de Educación y Juntas Administrativas, instrumento que desarrolla sus funciones, menciona las siguientes de interés para el presente análisis: **desarrollo de proyectos de mejora de infraestructura; proveer material didáctico, mobiliario y equipo; desarrollo de programas o actividades con otras Juntas; y presentar denuncias por incumplimiento o falta ya sea del director o personal docente y administrativo, que afecte la institución o a la Junta.** (Art. 31)

Las responsabilidades dichas implican beneficios o, por el contrario, deficiencias, con repercusión directa en toda la comunidad educativa, desde el estudiantado hasta el personal de la institución, incluyendo los docentes. Estos últimos pueden ver catapultado o afectado su trabajo con la injerencia de la Junta, que desde varios aristas de su accionar (proyectos, equipo, infraestructura, material didáctico o por denuncia), puede transformar el campo donde este tipo de personal desarrolla su labor.

Debido al impacto en el ámbito educativo mencionado, en el Decreto No. 38249, se estableció restricción para formar parte de este cuerpo colegiado, según se desprende del numeral 13:

“Artículo 13.-Los miembros de las Juntas desempeñarán sus cargos "Ad Honorem". Para efectos de transparencia los miembros de la Junta no podrán ser parientes entre sí por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, ni de quien ejerza la dirección del centro educativo. Tampoco los parientes de los miembros del Concejo Municipal, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, podrán conformar las Juntas que le corresponde nombrar. Los funcionarios del Ministerio de Educación Pública y de la Municipalidad podrán ser miembros de una Junta siempre y cuando no exista un conflicto de interés por la naturaleza del puesto que desempeñen.”

Según lo anterior, para que un servidor del MEP pueda ser miembro de una Junta debe superar un análisis que determine que el ejercicio de dicho nombramiento no se verá afectado por la naturaleza del puesto que desempeña o viceversa.

Aquí es necesario traer a colación el concepto y alcances del término “conflicto de interés” y los principios en juego.

c. Principios que rigen el actuar de los funcionarios públicos y el conflicto de interés

Existen una serie de principios que rigen la conducta del servidor público y se encuentra normados en distintos instrumentos¹, de los cuales nos interesa subrayar los de **objetividad, imparcialidad, neutralidad, transparencia y primacía del interés público**², mismos que se han correlacionado bajo el fundamento de la necesidad de **dotar al servidor público de independencia para que sus decisiones se ajusten a criterios públicos e institucionales**, lo cual deriva la existencia de responsabilidad si el servidor ofrece o desempeñe actividades que los comprometan, tesis ampliamente desarrollada por la jurisprudencia judicial y administrativa y que da lugar al concepto de conflicto de intereses.

¹ Ley No. 8422, Decreto Ejecutivo No. 32333 y Directrices emitidas por la Contraloría General de la República

² Desarrollados en el criterio DAJ-106-C-2017 de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MEP.

Teniendo claro lo anterior, es menester hacer hincapié en la actuación de los funcionarios públicos en general, la cual está enmarcada dentro de un régimen preventivo contra actos de corrupción en el ejercicio de la función pública, en aras de salvaguardar el bien común, mediante un sistema de normas y principios que implican restricciones, prohibiciones e incompatibilidades en ciertos supuestos.

Así la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 dicta:

“Artículo 38.-Causales de responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que:

(...)

b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público...

c) Se favorezca él, su cónyuge, su compañera o compañero, o alguno de sus parientes, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, por personas físicas o jurídicas que sean potenciales oferentes, contratistas o usuarios de la entidad donde presta servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de esta misma Ley.

d) Debilite el control interno de la organización u omita las actuaciones necesarias para su diseño, implantación o evaluación, de acuerdo con la normativa técnica aplicable.

(...)

f) Con inexcusable negligencia, asesore o aconseje a la entidad donde presta sus servicios, a otra entidad u órgano públicos, o a los particulares que se relacionen con ella.

g) Incurra en culpa grave en la vigilancia o la elección de funcionarios sometidos a sus potestades de dirección o jerarquía, en cuanto al ejercicio

que estos hayan realizado de las facultades de administración de fondos públicos.

(...)

n) Incumpla la prohibición del artículo 17 de la presente Ley para ejercer cargos en forma simultánea en la Administración Pública...”

Lo expuesto se enlaza con un deber de carácter ético desarrollado en el mismo instrumento jurídico y en su reglamento, este es el deber de probidad, que comprende obligaciones éticas-legales esenciales del ejercicio de la función pública y su inobservancia puede acarrear responsabilidades graves para el servidor.

“Artículo 3º-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.”
(Ley No. 8422)

“Artículo 1º- Definiciones. Para la aplicación del presente Reglamento, los términos siguientes tienen el significado que a continuación se indican:

(...)

14) Deber de probidad: Obligación del funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, el cual se expresa, fundamentalmente, en las siguientes acciones:

- a) Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igual para los habitantes de la República;***

- b) *Demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley;*
- c) *Asegurar 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;*

(...)
- f) *Abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica de Poder Judicial, en el Código Procesal Civil, y en otras leyes.*
- g) *Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público.*” (Decreto Ejecutivo No. 32333)

En este mismo orden de ideas, la Contraloría General de la República, como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la hacienda pública, en el ejercicio de sus funciones emitió las “*Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República, auditorías internas y servidores públicos en general*” N° D-2-2004-CO que para nuestro estudio nos interesa rescatar:

1. Directrices para los jefes, titulares subordinados y funcionarios públicos en general.

1.1 Enunciados rectores

1. Los jefes, los titulares subordinados y demás funcionarios públicos deben guiar su conducta a partir de principios como los siguientes:

(...)

b) Igualdad: principio de derechos humanos que exige tratar a todas las personas sin ningún tipo de discriminación. No es posible una conducta pública que haga distinciones.

(...)

g) Transparencia: la rendición de cuentas obliga a que el ejercicio del poder -y el cumplimiento de las funciones públicas asignadas- se haga de cara a los administrados.

(...)

i) Probidad: el servidor público está obligado a trabajar por el interés público; su gestión debe atender las necesidades prioritarias, según lo que responsablemente se ha planificado. Esto obliga a mostrar rectitud y buena fe en el uso de las facultades que confiere la ley (Vid, artículo 3° de la Ley 8422).

(...)

k) Integridad: Los actos del funcionario público deben estar alejados de buscar beneficios en lo personal, familiar o para sus amigos.

l) Honestidad: Todo interés diferente al público, que pudiese ocasionar un conflicto de intereses, debe ser declarado por el funcionario público. De inmediato debe detenerse aquel actuar que potencialmente pueda comprometer la recta honestidad.

(...)

1.2 Objetividad e imparcialidad

1. Los jefes, los titulares subordinados y demás funcionarios públicos deben ser independientes de grupos de intereses internos y externos, así como también deben ser objetivos al tomar decisiones.

2. Es esencial que los jefes, los titulares subordinados y demás funcionarios públicos sean independientes e imparciales en el ejercicio de su función.

3. En todas las cuestiones relacionadas con su labor, los jefes, los titulares subordinados y demás funcionarios públicos deben cuidar porque su independencia no se vea afectada por intereses personales o externos. Por ejemplo, la independencia podría verse afectada por las presiones o las influencias de personas internas o externas a la propia entidad para la que sirven; por los prejuicios de los jefes y demás funcionarios públicos acerca de las personas, la administración, los proyectos o los programas; por haber trabajado recientemente en la administración de la entidad a la cual sirven; o por relaciones personales o financieras que provoquen conflictos de lealtades o de intereses. Los jefes, titulares subordinados y

demás funcionarios públicos están obligados a no intervenir en asuntos donde tengan algún interés personal o familiar, directa o indirectamente.

4. Se requiere objetividad e imparcialidad en toda la labor efectuada por los jefes, titulares subordinados y demás funcionarios públicos, y en particular en sus decisiones, que deberán ser exactas y objetivas y apegadas a la ley.

(,,)

1.4 Conflicto de intereses.

(...)

2. Los jefes, titulares subordinados y demás funcionarios públicos deben evitar toda clase de relaciones y actos inconvenientes con personas que puedan influir, comprometer o amenazar la capacidad real o potencial de la institución para actuar, y por ende, parecer y actuar con independencia.

3. Los jefes, titulares subordinados y demás funcionarios públicos no deberán utilizar su cargo oficial con propósitos privados y deberán evitar relaciones y actos que impliquen un riesgo de corrupción o que puedan suscitar dudas razonables acerca de su objetividad e independencia.

4. Los jefes, titulares subordinados y demás funcionarios públicos no deberán aprovecharse indebidamente de los servicios que presta la institución a la que sirven, en beneficio propio, de familiares o amigos, directa o indirectamente.

(...)

6. Los jefes, titulares subordinados y demás funcionarios públicos no deberán participar directa o indirectamente en transacciones financieras, aprovechándose de información confidencial de la cual tengan conocimiento en razón de su cargo, de forma tal que ello les confiera una situación de privilegio de cualquier carácter, para sí, o para terceros, directa o indirectamente.

7. Los jefes, titulares subordinados y demás funcionarios públicos no deberán llevar a cabo trabajos o actividades, remuneradas o no, que estén en conflicto con sus deberes y responsabilidades en la función pública, o cuyo ejercicio pueda dar motivo de duda razonable sobre la imparcialidad en la toma de decisiones que competen a la persona o a la institución que representa.

(...)

14. Los jefes, titulares subordinados y demás funcionarios públicos no deberán dirigir, administrar, patrocinar, representar o prestar servicios remunerados o no, a personas que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la administración o que fueren sus proveedores o contratistas.

15. Los jefes, titulares subordinados y demás funcionarios públicos no deberán recibir directa o indirectamente, beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la administración.

(...)

17. Los jefes, titulares subordinados y demás funcionarios públicos deberán excusarse de participar en actos que ocasionen conflicto de intereses. El funcionario público debe abstenerse razonablemente de participar en cualquier actividad pública, familiar o privada en general, donde pueda existir un conflicto de intereses con respecto a su investidura de servidor público, sea porque puede comprometer su criterio, ocasionar dudas sobre su imparcialidad a una persona razonablemente objetiva, entre otros...”

Así, estos principios que se extraen de objetividad, imparcialidad, neutralidad, transparencia y primacía del interés público, se han correlacionado bajo el fundamento de la necesidad de dotar al servidor público de independencia para que sus decisiones se ajusten a criterios institucionales, ello implica la existencia de responsabilidad si el servidor ofrece o desempeña actividades que los comprometan,³ lo cual ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia judicial y administrativa al indicar:

“Al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que pueda inducir al menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad e independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad de los funcionarios, del principio-deber de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública. En el fondo lo que existe es una exigencia moral de parte de la

³ Contraloría General de la República, Criterio CGR/DJ-1365, del 29 de julio de 2016

sociedad en relación a (sic) la prestación del servicio público...” Sala Constitucional, resolución N° 2883-96 de 17:00 horas. de 13 de junio de 1996.

“...el artículo 11 de la Constitución Política estipula el principio de legalidad, así como sienta las bases constitucionales del deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos, al señalar que estos están sometidos a la Constitución y a las leyes; aquí nace el fundamento de las incompatibilidades, el funcionario público no puede estar en una situación donde haya colisión entre interés público e interés privado...”. Sala Constitucional, resolución N° 3932-95 de las 15:33 horas del 18 de julio de 1995.

En este mismo orden de ideas, teniendo claro el contexto ideológico y normativo que rige el actuar en la función pública, para el caso de los funcionarios del MEP, (en el asunto bajo análisis: los docentes en concreto) el restrictor específico que se utiliza en la normativa es el “conflicto de interés” correlacionado a lo indicado supra, por lo que amerita una amplia mención.

Un conflicto de interés, es cualquier situación en la que se puede entender que un beneficio o interés personal o privado de un servidor (no necesariamente de índole económico) puede influir en sus decisiones relacionadas al cumplimiento de sus obligaciones con la entidad en la que presta sus servicios, supone una contraposición que puede afectar indebidamente en el desempeño de la función pública. Conlleva un eventual riesgo de sesgar la imparcialidad que, debe tener todo funcionario público, al momento de tomar decisiones, pudiendo inclinarse por un interés personal que privaría sobre el público e institucional, los cuales en el plano legal deben constituirse en el norte de su conducta. De manera que busca garantizar la integridad e imparcialidad en la adopción de las decisiones y actuaciones administrativas.

Aclarando un poco esta figura, se debe tener claro que **es de orden preventivo,** pues no existe un favorecimiento como tal; sin embargo, la situación concreta vista objetivamente **implica un riesgo potencial para ejercer la imparcialidad y objetividad**

en el actuar del servidor, de manera que evita que se produzca una lesión en los asuntos que le corresponde conocer en ejercicio de su cargo, resguardando el interés público.⁴ “...*Debe tenerse presente que la condición de funcionario público implica el cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético consagrados en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el funcionario está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento, las actividades de cualquier índole que realice a nivel privado –aún cuando sea fuera de horas de trabajo– no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de sus funciones como servidor público;*”⁵ de modo que “*Al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que pueda inducir al menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad e independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad de los funcionarios, del principio-deber de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública. En el fondo lo que existe es una exigencia moral de parte de la sociedad en relación a (sic) la prestación del servicio público...*”⁶

A todas luces se pretende fortalecer la función pública de toda situación que pueda generar algún tipo de duda sobre el íntegro, transparente e imparcial manejo de los asuntos del Estado.⁷

d. Análisis de la gestión

Los funcionarios públicos deben orientar sus actuaciones siempre a la consecución de los fines e interés públicos e institucionales, para ello, el ordenamiento jurídico ha

⁴ Procuraduría General de la República Dictamen C-304-2015 del 11 de noviembre del 2015

⁵ Procuraduría General de la República, dictamen C-139-2012 del 5 de junio del 2012

⁶ Sala Constitucional, resolución N° 2883-96 de 17:00 hrs. de 13 de junio de 1996

⁷ Dictamen N° C-163-2007 de 25 de mayo de 2007

establecido una serie de principios que rigen su actuar, mismos que han sido desarrollados doctrinariamente y por la jurisprudencia.

Sin embargo, es latente la posibilidad que en ciertos escenarios la independencia e imparcialidad del servidor pueda verse sesgada por intereses privados o actividades que efectúe fuera de su jornada laboral, surgiendo así la figura de conflicto de intereses, la cual pone en peligro la gestión administrativa.

Por ello, es deber del funcionario no someterse a contextos en los que puedan comprometerse los principios que rigen su conducta y decisiones en el ejercicio de su función, por lo que debe abstenerse de participar en cargos o actividades de forma simultánea que en alguna medida comprometan sus labores en los puestos en cuestión.

A la luz de las responsabilidades inherentes a las Juntas, es notorio que algunas de ellas repercuten directamente en el trabajo del docente, pudiendo representar una mejoría sustancial en su labor, situación latente específicamente en aquellas referidas al deber que tienen estos órganos colegiados de denunciar incumplimiento, falta grave o mala gestión, por parte del director o el personal docente y administrativo; así como la posibilidad de proponer proyectos, programas o actividades; además del desarrollo de infraestructura o el aporte de material didáctico.

En términos generales, las decisiones que fundamentan acciones como las descritas, deben ser tomadas con base en el interés público e institucional como se ha dicho, lo cual podría verse comprometido en el caso en que un miembro sea docente del mismo centro educativo, pues lo coloca como beneficiario directo en su ejercicio de la docencia, generando un posible conflicto de interés. Sumado a ello, esta situación podría interpretarse por una persona razonablemente objetiva, como actuaciones de la Junta basadas en decisiones parcializadas por la injerencia de un miembro que en última

instancia se verá favorecido, poniendo en entredicho los principios que rigen la actuación de los servidores públicos y la transparencia en la función pública.

Así, por lo expuesto se mantiene la vigencia del criterio DAJ-002-C-2015 y adicionalmente se amplían las razones por las que esta Dirección considera que existe un conflicto de intereses entre el ejercicio de la docencia y ser miembro de la Junta del mismo centro educativo donde labora.

Cordialmente,

Mario López Benavides

Director

Revisado por: MSc. María Gabriela Vega Díaz, Jefa Dpto. Consultas y Asesoría Jurídica

Realizado por: Licda. Dayana Cascante Núñez, Coordinadora Área de Consultas