

Deber de abstención es parte del deber de probidad.

“(…) vemos que en el numeral 11 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito se indica, de forma expresa, que el abstenerse de conocer y resolver de un asunto cuando existan las causales de impedimento establecidas en el Código Procesal Civil es parte del deber de probidad, y en el artículo 4 de la citada Ley se indica que *“la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal. (...)”*.

(Dictamen n.º C-181-2009 del 29 de junio del 2009)

(También, dictamen n.º C-153-2008 del 8 de mayo del 2008)

El incumplimiento al deber de abstención puede generar tanto responsabilidad disciplinaria, como penal.

“(…) Por otra parte, la acreditación efectiva de un incumplimiento al deber de probidad puede traer además de la imposición de una sanción administrativa, la imposición de una sanción penal (...). // Teniendo claro lo anterior, (...) el incumplimiento del deber de abstención (que supone un incumplimiento al deber de probidad), podría llegar a configurar el delito de “incumplimiento de deberes” previsto en el artículo 332 del Código Penal, el cual se encuentra sancionado con pena de inhabilitación de uno a cuatro años. (...)”

(Dictamen n.º C-008–2008 del 14 de enero del 2008)

(También, dictamen n.º C-153-2008 del 8 de mayo del 2008)

El interés general es afectado cuando se incumple el deber de abstención.

“(…) El funcionario público no sólo debe actuar con objetividad, neutralidad e imparcialidad, sino que toda su actuación debe estar dirigida a mantener la prevalencia del interés general sobre los intereses particulares. La apreciación de ese interés general puede sufrir alteraciones cuando el funcionario tiene un interés particular sobre el asunto que se discute y respecto del cual debe decidir. (...)”

(Dictamen n.º C-106-2010 del 18 de mayo del 2010)

(También, dictamen n.º C-59-2011 del 14 de marzo del 2011)

Siempre que el interés personal del servidor, razonablemente, pueda pensarse que llegará a incidir en su criterio y decisiones funcionales, existe obligación de abstención.

“(…) Como vemos, el motivo de abstención se genera cuando el interés personal que el funcionario pueda tener en el asunto sea de tal envergadura que razonablemente pueda pensarse que llegará a incidir en su criterio y decisiones, en detrimento del interés público que debe perseguir toda actuación administrativa. Es decir, cuando esa situación personal pueda llegar a viciar la voluntad del servidor al momento de discutir y eventualmente votar el asunto de que se trate.// Tal y como se observa en el dictamen de cita, los conflictos de intereses surgen cuando por alguna circunstancia el funcionario público posee un interés particular que le pueda restar imparcialidad u objetividad en el ejercicio de sus funciones, lo cual, a criterio de esta Procuraduría, sucedería en la hipótesis que se consulta, dado que, innegablemente, la objetividad de un funcionario se puede ver seriamente menoscabada si éste conoce de asuntos relacionados con cuestionamientos de los que él mismo ha sido objeto –sobre los cuales, obviamente, tiene un interés directo-. (...)”.

(Dictamen n.º C-181-2009 del 29 de junio del 2009)

(También, dictámenes n.º C-153-2008 del 8 de mayo del 2008, y n.º C-147-2011 del 29 de junio del 2011)

Se configura un conflicto de intereses cuando el servidor público conoce asuntos relacionados con cuestionamientos efectuados en su contra.

“(…) Tal y como se observa en el dictamen de cita, los conflictos de intereses surgen cuando por alguna circunstancia el funcionario público posee un interés particular que le pueda restar imparcialidad u objetividad en el ejercicio de sus funciones, lo cual, a criterio de esta Procuraduría, sucedería en la hipótesis que se consulta, dado que, innegablemente, la objetividad de un funcionario se puede ver seriamente menoscabada si éste conoce de asuntos relacionados con cuestionamientos de los que él mismo ha sido objeto –sobre los cuales, obviamente, tiene un interés directo-. (...)”.

(Dictamen n.º C-181-2009 del 29 de junio del 2009)

(También, dictámenes n.º C-153-2008 del 8 de mayo del 2008, y n.º C-147-2011 del 29 de junio del 2011)

Regidora debe abstenerse de conocer asuntos de interés directo de su esposo, quien ocupa el cargo de Alcalde en el mismo Municipio.

“(…) Bajo ese contexto, en atención a lo consultado, no cabe duda que si el Alcalde pone en conocimiento del Concejo asuntos en los cuales tiene un interés directo, su esposa –en su condición de regidora- no podría intervenir en la discusión y votación de esos asuntos, por existir una expresa prohibición para ello en el inciso a) del artículo 31 del Código Municipal, y en vista de que le asisten los deberes de abstención, de probidad, de imparcialidad y de objetividad, los cuales surgen del artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 del 6 de octubre del 2004, como parte fundamental de la ética en el ejercicio de la Función Pública. (…)”.

(Dictamen n.º C-016-2013 del 11 de febrero del 2013)

Las causales de abstención previstas en el artículo 49 del Código Procesal Civil, por remisión del artículo 230 de la LGAP, se aplican a todo funcionario público.

“(…) En ese sentido, resulta imperativo recordar que en la Ley General de la Administración Pública -a partir del artículo 230- se establecen las reglas generales sobre abstención y recusación de los funcionarios públicos. Específicamente, en el numeral 230 de recién cita, se indica que los motivos de abstención para los miembros de órganos colegiados son los mismos de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual en su artículo 31 remite a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, que señala en su numeral 49 como una causa de impedimento el tener un interés directo en el asunto que se debe conocer. (…)”.

(Dictamen n.º C-181-2009 del 29 de junio del 2009)

(También, dictamen n.º C-147-2011 del 29 de junio del 2011)

Miembros de los concejos municipales no deben participar ni deliberar sobre asuntos de su interés personal.

“(…) Tómese en cuenta que, en caso de discutirse un asunto que revista interés personal para cualquiera de los miembros del concejo, incluido el presidente, debe abstenerse de participar en la deliberación y toma del acuerdo, ya que, caso contrario incurriría en un conflicto de intereses.//A partir del expuesto, deviene

imperioso, hacer hincapié, en que el único norte que debe guiar la conducta de los servidores públicos, categoría en la se ubican los ediles en pleno, incluido el presidente del Concejo, *-canon 2 de la Ley Contra la Corrupción y enriquecimiento ilícito-* es la satisfacción del interés público, entendido este como *"...la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados..."-ordinal 113 de la Ley general de la Administración Pública-*. (...)"

(Dictamen n.º C-133-2011 del 22 de junio del 2011)

El instituto de la abstención y recusación protege la imparcialidad y objetividad del funcionario.

"(...) De todas formas, es necesario advertir que nuestra jurisprudencia administrativa se ha ocupado de subrayar que el deber de imparcialidad constituye una exigencia predicable de los órganos instructores de procedimientos administrativos. Deber cuyo cumplimiento es protegido a través del instituto de la abstención y recusación. Al respecto, transcribimos en lo conducente el dictamen C-334-2005 de 26 de setiembre de 2005:// *Así, nuestro derecho administrativo, (...) impone la obligación de abstención o excusa y la posibilidad de recusación del funcionario que, en el curso del procedimiento administrativo y al decidirlo, tenga interés personal con el asunto que haya de conocer (...) o bien una relación de parentesco, de amistad íntima o enemistad manifiesta e incluso de servicio o subordinación, con alguno de los interesados o que haya intervenido con anterioridad en el mismo asunto como perito o testigo, o si como funcionarios -auxiliares o asesores-hubieren manifestado previamente opinión, de manera que pudieran prejuzgar sobre la resolución del asunto (imparcialidad objetiva), ya sea porque puedan comprometer la imparcialidad o independencia funcional o bien porque puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes e incluso perjudicar los intereses generales. (...)"*

(Dictamen n.º C-123-2011 del 9 de junio del 2011)

Consecuencias de infringir el deber de abstención. Invalidez de actos administrativos y responsabilidad personal del funcionario.

"(...) No obstante lo anterior, es de suma importancia señalar que, si bien la existencia en sí de un procedimiento administrativo en contra de un funcionario no afecta la validez de los acuerdos en los que éste participe, si el funcionario debía abstenerse de participar en un determinado acuerdo por estar relacionado con el procedimiento administrativo y no lo hizo, dicho acuerdo resulta inválido, ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 237 de la Ley General de Administración

Pública//Ahora bien, si el funcionario -teniendo la obligación de abstenerse de participar en el conocimiento de un asunto- participa, dicha acción le podría acarrear responsabilidad administrativa, civil, política y hasta penal, según el caso.//En cuanto a la responsabilidad administrativa, en el numeral 237 de la Ley General de Administración Pública se establece que la actuación de aquellos funcionarios en los que concurren motivos de abstención no solo provocará la invalidez de los actos en los que hayan intervenido, sino que dará lugar a responsabilidad para el funcionario –previo cumplimiento del debido proceso y siempre que haya mediado culpa grave o dolo en su actuación-. (...)”.

(Dictamen n.º C-181-2009 del 29 de junio del 2009)

Procedimiento a seguir cuando integrante de órgano colegiado tiene motivo de abstención.

“(...) Ahora bien, para finalizar, consideramos importante señalar que el numeral 234 de la Ley General de Administración Pública establece el procedimiento que se debe seguir cuando un integrante de un órgano colegiado tenga motivo de abstención para conocer sobre un asunto y se separe del conocimiento del mismo.// Tal y como se observa, la citada Ley establece de forma clara el procedimiento que se debe seguir en aquellos casos en los que uno o varios de los miembros de un órgano colegiado se abstengan de conocer sobre un determinado asunto, señalando, de forma expresa, que cuando una abstención fuese declarada con lugar, el órgano deberá ser integrado por miembros suplentes para que conozcan del asunto. (...)”.

(Dictamen n.º C-181-2009 del 29 de junio del 2009)

Recusación es el derecho de las partes del procedimiento de solicitar la no intervención de un funcionario, porque concurren motivos de abstención. Sólo puede alegarla las partes y no otros funcionarios.

“(...) La recusación que es el derecho que tienen los interesados de obtener la no intervención de un funcionario o autoridad en un procedimiento, cuando concurren los motivos que determinan la abstención.// Tal y como se observa en las consideraciones expuestas, la recusación es un instrumento jurídico que nuestro ordenamiento jurídico le otorga a las partes interesadas en un determinado procedimiento administrativo o judicial, por lo que debido a la propia naturaleza del instituto como tal, resulta improcedente que el presidente u otro funcionario miembro de un órgano colegiado -que no sea parte interesada en el procedimiento- “recuse” a otro miembro del órgano, ya que carece de legitimación para hacerlo y se desnaturalizaría el instituto jurídico de la recusación. (...)”.

(Dictamen n.º C-181-2009 del 29 de junio del 2009)

Aunque los miembros de los órganos colegiados no puedan recusarse entre sí, están en la obligación de advertir sobre el deber de abstención.

“(…) No obstante lo anterior, considera esta Procuraduría que si bien dichos funcionarios no se encuentran en posibilidad de recusar a otros, porque técnicamente la figura de la recusación no lo admite, si estos tienen conocimiento de que un funcionario se encuentra afectado por una causal de abstención para conocer de un asunto, ellos se encuentran obligados, en acatamiento al deber de probidad y en salvaguarda de principios tan importantes como el de legalidad y de eficiencia en la Administración Pública, a advertir la situación al funcionario, al órgano y al superior respectivo, para que se tomen las medidas del caso y se evite la infracción al ordenamiento jurídico. (…)”.

(Dictamen n.º C-181-2009 del 29 de junio del 2009)

Relación de parentesco entre funcionario fiscalizador y empleado, administrador o director de empresa fiscalizada, genera deber de abstención respecto a todos los asuntos de interés de empresa.

“(…) Sobre el particular, debemos estarnos a lo dispuesto en el inciso 14) del artículo 1º del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Decreto Ejecutivo N° 32333 del 12 de abril de 2005 (…)// De lo anterior, se desprende claramente que en caso de darse una relación de parentesco como la descrita en las normas indicadas, entre un funcionario público del Servicio Fitosanitario del Estado y alguien que administre o dirija una empresa privada dedicada a la materia fitosanitaria, existe un deber general de abstención del funcionario, relativo a todos aquellos temas que sean sometidos a su conocimiento y que tengan relación con la empresa donde trabaja su pariente. Esto, independientemente de si ocupó algún puesto en la empresa durante un permiso sin goce de salario. (…)”.

(Dictamen n.º C-147-2011 del 29 de junio del 2011)

Actos administrativos dictados por funcionarios que debían abstenerse son inválidos.

“(…) No obstante lo anterior, es de suma importancia señalar que, si bien la existencia en sí de un procedimiento administrativo en contra de un funcionario no afecta la validez de los acuerdos en los que éste participe, si el funcionario debía abstenerse de participar en un determinado acuerdo por estar relacionado con el procedimiento administrativo y no lo hizo, dicho acuerdo resulta inválido, ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 237 de la Ley General de Administración Pública (…).”

(Dictamen n.º C-181-2009 del 29 de junio del 2009)

Deber de abstención en el régimen municipal. Vicealcalde primero sustituye al alcalde cuando éste deba abstenerse. Si vicealcalde primero también debe abstenerse sustituye el vicealcalde segundo.

“Y en ese contexto, cuando por algún motivo de impedimento, excusa o recusación (artículo 230 de la Ley General de la Administración Pública en concordancia con lo estipulado en el numeral 31 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 49, 51 y 53 del Código Procesal Civil) , el Alcalde está imposibilitado para atender o tramitar determinada gestión administrativa que le correspondería decidir, se ha admitido que es válido que conforme a lo dispuesto por aquel ordinal 14 del Código Municipal, se le sustituya por el vicealcalde primero; cuya competencia estaría obviamente limitada al conocimiento y resolución de aquel asunto (dictámenes C-079-06 de 28 de febrero de 2006 y C-033-2009 de 10 de febrero de 2009). Por lo que es lógico suponer que si algún motivo de impedimento, excusa o recusación recae también en ese mismo caso en el vicealcalde primero, sería entonces él o la vicealcalde segundo quien tendría que sustituir al Alcalde, con igual limitación del ámbito de competencia; es decir, ejerciendo funciones específicas, por un tiempo determinado y en un caso individualizado; esto por cuanto el Tribunal Supremo de Elecciones ha interpretado que, por la naturaleza del cargo, jurídicamente no es posible que se le asignen funciones operativas ni administrativas permanentes al segundo vicealcalde, pues a éste la única función que se le atribuye en la ley (art. 14 del Código Municipal) es la de sustituir al alcalde cuando no pueda hacerlo el primer vicealcalde (resoluciones N°s 1296-M-2011 de las 13:15 horas del 3 de marzo del 2011 y 2037-E8-2011 de las 12:45 horas del 12 de abril de 2011).”

(Dictamen n.º C-025-2012 del 26 de enero del 2012)