Bagaces, 17 de mayo de 2024.
MB-AI-AS-004-24

Señora
Concejo Municipal
Municipalidad de Bagaces

ASUNTO: conformación de la Junta Vial

Estimados señores:

Como parte de los servicios preventivos que presta esta Auditoría Interna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22, inciso d) de la Ley General de Control Interno, y la norma 1.1.4 de las Normas para el ejercicio de la auditoría interna en el Sector Público (R-DC-119-2009) se encuentra la asesoría, la cual provee a la Administración Activa criterios, sugerencias, opiniones observaciones u concejos en asuntos competencia de la Auditoría Interna, a fin de que se conviertan en insumos que permitan la toma de decisiones más fundamentadas, con apego jurídico y técnico, sin comprometer la independencia y objetividad de la auditoría interna. Así como además no tiene carácter vinculante.

Por lo anterior y como parte de los servicios de asesoría que la Auditoría Interna deben de prestar a la administración activa, adjunto la presente asesoría **Conformación de Junta Vial.**

I. NORMATIVA

La normativa bajo la cual se apega la presente asesoría es:

- *La Ley 8114 y su reglamento*
- *Opinión Jurídica : 106 - J del 16/07/2020*

II. ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN

a) Junta Vial como órgano colegiado

La Junta Vial Cantonal es un órgano colegiado nombrado por el Concejo Municipal, ante quien viene a responder por su gestión, sus miembros quienes fungen ad honorem, conforman el órgano asesor de consulta en planificación y evaluación en temas de gestión vial del cantón y servicio vial.

La Opinión Jurídica : 106 - J del 16/07/2020, indica:

> Del otro extremo, cabe reiterar lo dicho en la Opinión Jurídica OJ-57-2019 de 10 de junio de 2019, en el sentido de que, salvo que la ley disponga algo distinto, la regla general es que para que un órgano

colegiado pueda sesionar válidamente y, por tanto, ejercer sus competencias y actuar de forma regular y conforme con el ordenamiento jurídico, debe estar debidamente integrado; es decir, que todos sus miembros deben estar correctamente nombrados y habilitados, por consiguiente, para participar de las deliberaciones y votaciones del colegio, y así formar la voluntad del órgano. No se puede entender que el colegio se encuentre integrado, si sus miembros propietarios no se encuentran nombrados y no existen suplentes para cubrir su ausencia absoluta. Corolario de lo anterior, la integración del colegio es presupuesto indispensable para que pueda funcionar. En caso de que uno de los puestos de director esté vacante, y la ley no haya previsto el supuesto de suplencia, el órgano no está integrado y, por consiguiente, no puede sesionar.

(…) si el representante, miembro propietario de las Asociaciones de Desarrollo Comunal, no ha sido nombrado- sea que su plaza está vacante-, su ausencia absoluta, sin embargo, podría ser cubierta por su respectivo suplente– en caso que su nombramiento subsistiera vigente-; lo cual garantizaría que la Junta Vial podría continuar funcionando regularmente a pesar de la falta del propietario.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, en el eventual supuesto de que tanto el puesto del miembro propietario – representante de las Asociaciones de Desarrollo Comunal – como el del suplente, estuvieran vacantes; sería claro, entonces, que el órgano colegiado estaría desintegrado hasta que quede correctamente conformado; de tal forma que, por principio, no podría sesionar ni ejercer las competencias que la Ley le asigna.(Ver sobre la desintegración de los órganos colegiados, ver Opinión Jurídica OJ-57-2019 de 10 de junio de 2019)

De seguido, cabe considerar el caso en que el representante propietario haya sido, más bien, irregularmente nombrado, por un vicio en su investidura – verbigracia la omisión de dictar el acto de convocatoria pública y abierta necesaria para designar al representante de las Asociaciones de Desarrollo Comunal-.

En este orden de ideas, debe acotarse que para que un órgano colegiado pueda funcionar y sesionar válidamente, todos los miembros que concurren en una particular sesión y en una determinada decisión, no solo deben estar nombrados, sino que su investidura debe ser válida. Esto para que ni la sesión, ni los acuerdos que en ella se adopten, eventualmente padezcan de vicios que les anulen. Se transcribe al respecto, el dictamen C-444-2008 de 16 de diciembre de 2008, reiterado por C-311-2011 de 13 de diciembre de 2011

> *"*Reiterados *pronunciamientos de esta representación han reconocido que la titularidad de los órganos colegiados reside en cada una de las personas físicas que lo integran, lo cual tiene importancia en cuanto a su constitución, pues sólo en la medida que todos los miembros hayan sido investidos de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, puede considerarse que el órgano está integrado y puede válidamente funcionar. Debido a esa concurrencia de la titularidad en las distintas personas físicas, se obliga a que cada uno de los miembros se encuentre debidamente investido para que las decisiones del órgano adquieran validez, lo cual tiene relación directa con el quórum exigido para regular la actividad del órgano. …."*

Sin embargo, cabe indicar que el hecho de que un miembro irregularmente nombrado en la Junta Vial, verbigracia el representante de las Asociaciones de Desarrolle *Comunal*, integre y participe en determinadas sesiones y en la adopción de acuerdos en dicho órgano colegiado; no lleva necesariamente, en todos los casos, a invalidar esas sesiones tampoco sus acuerdos; pues cabría ponderar la posibilidad de que dicho órgano haya funcionado, más bien, como un órgano de hecho, conforme el artículo 115 de la Ley General de la Administración Pública. Esto siempre que la conducta del órgano haya desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho y a condición de que la irregular constitución del órgano colegiado no haya sido declarada judicial o administrativamente.

Consecuentemente, y al tenor del numeral 116 también de la Ley General de la Administración Pública, es claro que los actos acordados por el órgano colegiado, verbigracia una Junta Vial, actuando como órgano de hecho, deben presumirse como válidos, aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad en la constitución del órgano de tal modo que la administración quedaría obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos. Al respecto, citamos el dictamen C-020-2018 de 29 de enero de 2018 –reiterado por el C-212-2019 de 23 de julio de 2019-:

> *"No obstante lo anterior, debe indicarse que, conforme lo dispuesto en los artículos 115 y 116 de la Ley General de la Administración Pública, en el eventual caso de que los integrantes nombrados de una Junta Vial Cantonal inicien en sus funciones, y se desempeñen en ellas- sin haber sido*

juramentados-, esta circunstancia no implica, per se, la nulidad de las actuaciones de dicho órgano, pues como disponen las normas de cita, dichos funcionarios podrían ser reputados como funcionarios de hecho por padecer, en defecto de su juramentación, de una investidura irregular.

En este sentido, vale indicar que, de acuerdo con el artículo 116 en comentario, los actos de los funcionarios de hechos serán presumidos válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de los funcionarios. Igualmente, es importante acotar que los actos de los funcionarios irregularmente investidos, igual obligan o favorecen a la administración ante terceros. Por supuesto, debe precisarse que, para estimar que los integrantes de una Junta Vial Cantonal han actuado como funcionarios de hecho se requiere la concurrencia de dos presupuestos esenciales: a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente, y b) que la conducta haya sido desarrollada en forma pública, pacífica, continúa y normalmente acomodada a Derecho."

b)* Conformación *de la Junta Vial

La Ley 8114 en el artículo 5 indica:

> El destino de los recursos lo propondrá, a cada concejo municipal, una **junta vial cantonal** o distrital, en su caso, **nombrada por el mismo concejo, la cual estará integrada por representantes del gobierno local y de la comunidad, por medio de convocatoria pública y abierta, de conformidad con lo que determine el reglamento de la presente ley**.

El Reglamento al inciso b) del artículo 5 de la Ley N° 8114 "Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias" No. 40138 -MOPT en su artículo 9 indica sobre la conformación de la Junta Vial:

> a) El Alcalde Municipal, quien la presidirá.
> b) Un representante nombrado por el Concejo Municipal.
> c) Un representante de los Concejos de Distrito, nombrado en asamblea de estos.
> d) Un representante de las Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad reguladas por la Ley sobre el Desarrollo de la Comunidad, número 3859 del 7 de abril de 1967 y sus reformas. El representante

será seleccionado en asamblea de todas las Asociaciones vigentes en las localidades del cantón.
e) Un funcionario de la dependencia técnica municipal encargada de la gestión vial.

Cada miembro de la Junta Vial Cantonal deberá tener un suplente que lo representará en sus ausencias, nombrado de la misma forma en que se designó al propietario; en el caso del Alcalde Municipal, en sus ausencias aplicará lo dispuesto en el numeral 14 del Código Municipal (negrita no es propio del original).
(Así reformado *el párrafo anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 40914 del 23 de enero de 2018)*

Los miembros de la Juntas Viales, una vez **juramentados** por el **Concejo Municipal**, se desempeñarán 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, por el plazo que le hubiese correspondido a su predecesor. **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**. (negrita no propia del original).

La Juramentación de los miembros que son nombrados en las Junta Viales, obedece a un requisito de eficacia, por lo que el acto de nombramiento surte efecto hasta la persona acepta el cargo y realiza el respectivo juramento ante el Concejo Municipal conforme indica el artículo 11 y 194 de la constitución.

c) Concejo *Municipal y el acto de convocatoria pública y abierta para representantes de la comunidad en la Junta Vial*

La Opinión Jurídica : 106 - J del 16/07/2020, indica:

… es claro que el acto de convocatoria, previsto expresamente en el artículo 5 de la Ley N.° 8114, tiene un carácter de formalidad sustancial – y que cumple una finalidad pública relevante - para el nombramiento de los representantes de la comunidad en la Junta Vial, pues es un acto necesario para que la elección del representante de la comunidad se realice a través de un procedimiento público y abierto que excluya cualquier tipo de secretismo o componenda en el proceso.

(…)

Ahora bien, como se indicó en el dictamen C-20-2018 del 29 de enero de 2018, el mismo artículo 9 del Decreto N.° 40138 ha previsto que **corresponde al Concejo Municipal del cantón, nombrar a todos los integrantes de la Junta Vial Cantonal, tanto a los representantes del gobierno municipal como a aquel que represente a la comunidad.** Empero, de la misma forma que el representante de los Concejos de Distrito – que lo eligen los Concejos de Distrito constituidos en asamblea convocada por el Concejo Municipal-; el representante de la comunidad debe ser seleccionado, de acuerdo con lo dispuesto en esa norma, en asamblea de todas las Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad vigentes en las localidades del cantón. Luego, **debe insistirse en que, para la celebración de esa Asamblea de Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad, el Concejo Municipal debe realizar, de previo y por mandato legal, un acto de convocatoria que debe ser pública y abierta. Es decir, que la convocatoria debe publicitarse de tal forma que todas las Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad vigente en el cantón pueda enviar a un delegado, con poder legal suficiente, para participar, de manera efectiva, en la respectiva asamblea de Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad**.(negrita no propia del texto).

(…)

Ahora bien, en el supuesto de que en el trámite del procedimiento para nombrar a un representante comunal en una Junta Vial Cantonal o Distrital, se haya realizado una Asamblea de Asociaciones de Desarrollo Comunal sin haberse decretado previamente el respectivo acto de convocatoria, prescrito por el artículo 5 de la Ley N.° 8114, es claro que estaríamos ante el incumplimiento de una formalidad sustancial necesaria para llevar a cabo de dicho procedimiento.

Tal y como se ha explicado, el acto de convocatoria pública y abierta es una formalidad necesaria para que se pueda celebrar válidamente la correspondiente Asamblea de Asociaciones de Desarrollo Comunal- que designa a su representante- y para que el respectivo Concejo Municipal pueda ejercer, de forma regular, su competencia para nombrar a quien resulte designado de dicha Asamblea. Esto en el tanto el acto de convocatoria previsto en la Ley N° 8114 tiene por finalidad que aquel procedimiento sea público y abierto (negrita no propia del texto).

Así las cosas, es notorio que en el supuesto de que se haya nombrado a un representante comunal ante la Junta Vial Cantonal – o si fuera el caso ante la Junta Vial Distrital – omitiendo, sin embargo, el correspondiente acto de convocatoria; que debe dictar el respectivo Concejo Municipal; para la correcta constitución de la Asamblea de Asociaciones de Desarrollo Comunales; es evidente que estaríamos ante una nulidad absoluta de aquel acto de nombramiento, pues **la omisión de dictar el acto previo de convocatoria pública y abierta supondría no solo un incumplimiento de una formalidad sustancial indispensable para que la Asamblea de Asociaciones de Desarrollo Comunal pueda constituirse válidamente – y para que el Concejo Municipal pueda ejercer, de forma correcta, la competencia para nombrar, y por tanto proceder a juramentar, al representante comunal ante la Junta Vial Cantonal –; sino que supondría también la frustración del fin público buscado por el ordenamiento jurídico en el artículo 5 de la Ley N.° 8114, sea que el nombramiento del representante del sector comunal se realice dentro de un procedimiento público y abierto** (negrita no propia del texto).

En este sentido, conviene denotar que hay nulidad absoluta cuando la imperfección en uno de los elementos constitutivos del acto administrativo, verbigracia la omisión de una formalidad sustancial, impida la realización del fin público que, en principio, debía alcanzarse a través del acto administrativo. Doctrina del artículo 167 de la Ley General de la Administración Pública.

En otro orden de cosas, importa denotar que el hecho de que, a pesar de la omisión del acto previo de convocatoria, el Concejo Municipal eventualmente juramente a la persona designada a través del procedimiento viciado por aquel defecto; no conlleva a que se pueda tener el acto de nombramiento por convalidado.

En este sentido, debe insistirse en que el acto de convocatoria, previsto en el artículo 5 de la Ley N.° 8114, es un elemento formal necesario para que el Concejo Municipal pueda ejercer su competencia para nombrar y juramentar al representante de las Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad, por lo que en caso de que dicho órgano deliberativo nombre y juramente a un representante sin haber satisfecho aquella formalidad sustancial, esos actos del Concejo estarían viciados de nulidad absoluta sin que tengan, por un defecto grave en el ejercicio de su competencia, la virtud de convalidar lo actuado.

A fin de cumplir con efectividad en la labor de asesoría que compete a esta Auditoría Interna y el principio de legalidad en la función pública, se procede a emitir la misma.

El presente documento tiene como finalidad un servicio preventivo, que busca que la gestión de Auditoría Interna brinde servicios que fortalezcan el Sistema de Control Interno de la Municipalidad, esto de acuerdo con la competencia institucional, la normativa técnica y jurídica aplicable, así como los objetivos indicados en el artículo 8 de dicha Ley.

Atentamente,

PRISCILA SALAZAR RUIZ (FIRMA)
Firmado digitalmente por PRISCILA SALAZAR RUIZ (FIRMA)
Fecha: 2024.05.17 09:37:39 -06'00'

Priscila Salazar Ruiz
Auditor Interno
Municipalidad de Bagaces

PSR
C.: Expediente