

**Al contestar refiérase
al oficio N° 02218**

7 de marzo, 2011
DFOE-DL-0179

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA, ÁREA DE SERVICIOS PARA EL DESARROLLO LOCAL, San José, a las trece horas del siete de marzo de 2011.

Se conoce el recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad absoluta concomitante, interpuesto por el señor RODOLFO FERNÁNDEZ CARBALLO, mayor de edad, catedrático universitario pensionado, cédula de identidad número dos – doscientos noventa y cinco – setecientos cincuenta y cinco, en su calidad de presidente del Concejo Municipal de Palmares y debidamente autorizado para los efectos mediante el acuerdo ACM-09-38-11 de la sesión ordinaria Nro. 38 del 17 de enero del año en curso de ese órgano colegiado, en contra del oficio Nro. 12187 (DFOE-SM-1576) de fecha 13 de diciembre de 2010 emitido por esta Contraloría General referente a la organización de los festejos de Palmares

RESULTANDO:

1.- Que la Contraloría General de la República mediante el oficio Nro. 12187 (DFOE-SM-1576) de fecha 13 de diciembre de 2010 como producto de un estudio realizado referente a la organización de los festejos de Palmares, dirigió el oficio citado al Sr. Fernández Carballo para que lo hiciera del conocimiento del Concejo Municipal y que se dictaran las acciones pertinentes que garantizaran que la organización y desarrollo de los festejos de Palmares se ajuste a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico aplicable y a las disposiciones giradas en su oportunidad por la Contraloría General de la República, advirtiendo, que se debía atender lo dispuesto en el dictamen C-183-2010 de la Procuraduría General de la República, así como de la obligación y responsabilidad de los miembros del Concejo Municipal de emitir las regulaciones correspondientes a la luz de lo establecido en el Transitorio III de la resolución R-CO-9-2009 del 26 de enero de 2009 y cumplir con lo dispuesto en la Ley Nro. 4286.

2.- Que la Contraloría General en el ejercicio de las competencias constitucionales y legales asignadas, dictó mediante la resolución R-CO-9-2009 del 26 de enero de 2009 (publicada en La Gaceta Nro. 26 del 6 de febrero de 2009) las “Normas de control interno para el sector público”, señalando en el Transitorio III que: *“Las corporaciones municipales, considerando cada una de las disposiciones contenidas en esta normativa y puesto que los festejos populares constituyen una actividad más respecto de los sistemas de control interno institucionales, deberán adoptar, dentro de los tres meses siguientes a la publicación de estas normas, las regulaciones necesarias de acuerdo con el enfoque de la presente normativa para que las comisiones de festejos populares planifiquen, organicen y administren la realización de los festejos populares de conformidad con el ordenamiento y para los fines procedentes, y para que se garantice que los recursos recaudados se trasladen en forma oportuna a su destinatario último”*.

3.- Que el artículo 12 de la Ley Nro. 7428, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, define a la Contraloría General como el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores y establece que las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan.

DFOE-DL-0179

2

7 de marzo, 2011

4.- Que en el artículo 22 ibídem se establece la potestad de investigación del órgano contralor, señalándose que: *“... podrá instruir sumarios o realizar investigaciones especiales de oficio, a petición de un sujeto pasivo o de cualquier interesado”*.

5.- Que en el informe Nro. DFOE-SM-IF-14-2009 denominado “Informe sobre la aplicación de la ley de festejos populares No. 4286, por parte de los gobiernos locales”, la Contraloría General señaló como parte de los resultados, que la ley de cita es omisa respecto de lo que debe entenderse como festejos populares, por lo que desde su emisión ha existido un vacío que ha generado confusión en torno a la nomenclatura del tipo de eventos de carácter festivo que se realiza en las comunidades, resultado que se reiteró en el oficio Nro. 12187 recurrido.

6.- Que en el artículo 2 de la Ley Nro. 6815, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se establece que sus dictámenes constituyen jurisprudencia administrativa y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública consultante.

7.- Que la Auditora de la Municipalidad de Palmares planteó ante la Procuraduría General de la República formal consulta referente a que *“... Si con fundamento en el artículo 1 de la Ley 4286, las municipalidades pueden autoriza (sic) la realización de festejos en sus respectivos cantones a entidades como Asociaciones o Fundaciones, o si por el contrario, solo se podrán realizar festejos, si los realiza la comisión a la que hace alusión el artículo 1 de la Ley 4286 ...”*.

8.- Que en el dictamen Nro. C-183-2010 el órgano procurador se pronuncia sobre la consulta citada e indica en el punto IV que: *“En la especie, se cuestiona la factibilidad de permitirle a distintas entidades privadas que organicen los festejos populares en Palmares. Empero tal autorización, no solo carece (sic) fundamento jurídico, sino que se contraponen abiertamente al ordinal primero de la Ley 4286, que es enfático al indicar que la realización de la actividad que nos ocupa, recae de forma exclusiva y excluyente en el gobierno local. / (...). / Aunado a lo anterior, no cabe duda que al analizar con detenimiento las discusiones legislativas no podría arribarse a una ilación distinta que el fin último de la norma es la regulación de cualquier actividad realizada dentro de los diversos espacios territoriales en manos de gobiernos locales, con el respectivo control de ingresos y egresos. Lo contrario conllevaría desvirtuar la finalidad de la norma y hacer ilusorio el motivo que produjo su creación jurídica. / Así las cosas, resulta que el gobierno local está vedado para delegar en organizaciones de tipo privado, competencias que le son propias, endilgadas de forma directa por la Ley, ya que esta última constituye el límite infranqueable de su actuar y en consecuencia no podría desconocerla sin quebrantar el principio de legalidad, tornando absolutamente nula la conducta realizada en contraposición al ordenamiento jurídico. / En consecuencia, el ente territorial, por imperio de ley, se encuentra impedido para autorizar la organización de los Festejos Populares de Palmares a Asociaciones, Fundaciones o cualquier otra entidad de carácter privado”*.

9.- Que la Procuraduría General de la República en el dictamen Nro. C-183-2010 arribó, entre otras, a las siguientes conclusiones: *“B.- Según lo sostenido en el pronunciamiento supra citado –se refiere al dictamen C-080-2010–, el espíritu del legislador, al momento de regular lo que denominó Festejo Popular, mediante la Ley 4286 del 17 de diciembre del 1968, fue poner coto a una situación anómala que se había prolongado a lo largo del tiempo y en consecuencia buscó la tutela efectiva de toda actividad de carácter local, que se celebre en los diferentes cantones o distritos del país. / (...). / E.- El ente territorial, por imperio de ley, se encuentra impedido para autorizar la organización de los Festejos Populares de Palmares a Asociaciones, Fundaciones o cualquier otra entidad de carácter privado”*.

10.- Que el Alcalde de la Municipalidad de Palmares, mediante el oficio DE-004-10 de fecha 4 de enero de 2010, comunicó al órgano contralor que en Palmares se realizan festejos los cuales son organizados por la Asociación Cívica Palmareña y que la Municipalidad solamente otorga los permisos y patentes para dichas actividades.

11.- Que mediante el oficio Nro. SCM-026-2011 de fecha 18 de enero de 2011, el Sr. Rodolfo Fernández Carballo, en su calidad de presidente del Concejo Municipal de Palmares, autorizado para los efectos y a nombre de su representada, interpuso los recursos de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad absoluta concomitante ante la Contraloría General de la República, argumentando en resumen que: A. Como el oficio Nro. 12187 que remitió la Contraloría General surge de una acción ciudadana o consulta en la cual se encuentra involucrada la Municipalidad de Palmares, se considera que debió darse el debido proceso y derecho de defensa al Gobierno Local a efectos de poder hacer referencia sobre los argumentos planteados en la consulta ciudadana que se menciona, así por cuanto se realiza una advertencia a los regidores de la Municipalidad de Palmares sin que como corresponde pudieran ejercer una efectiva defensa ante cualquier consulta y/o denuncia que se presente, y con ello evitar lesionar principios constitucionales; B. Que de acuerdo con la Ley Nro. 7428 y la circular CO-529 publicada en la Gaceta del 5 de junio de 2000, tratándose el oficio Nro. 12187 de una consulta ciudadana y no tener competencia la Contraloría General para definir si una actividad determinada está o no sujeta a la ley 4286, debió con base en la disposición 6 de la circular citada archivar la gestión; C. Que el dictamen C-183-2010 de la Procuraduría General de la República no señala en forma específica que dichas actividades festivas correspondan a un festejo popular; D. Que el oficio Nro. 12187 no es específico en indicar que se refiere en forma concreta a las fiestas Palmares organizadas por la Asociación Cívica Palmareña, haciendo referencia únicamente al oficio DE-004-10 del 4 de enero de 2010 en el que se indicó que en Palmares se realizan festejos que son organizados por la Asociación mencionada; E. El dictamen C-183-2010 es de alcance general por cuanto no hace referencia en forma específica y concreta al caso de las fiestas Palmares que realiza la Asociación Cívica Palmareña, por lo que la deducción que hace la Contraloría General de que los festejos Palmares están afectos a la Ley Nro. 4286 es errónea; F. El Concejo Municipal en ningún momento ha desatendido pronunciamiento de la Procuraduría, por cuanto la definición de festejo popular que incluye el dictamen C-183-2010 es de carácter general y no se refiere a las actividades que organiza la Asociación Cívica Palmareña; G. Que en el acuerdo ACM-20-28-10 del 8 de noviembre de 2010, el Concejo Municipal de Palmares motivó y justificó que las actividades festivas que organiza la Asociación Cívica Palmareña, no se catalogan dentro de la definición de festejo popular brindada en el dictamen C-183-2010 de la Procuraduría General; H. Que el Concejo Municipal de Palmares en ningún momento ha emitido acuerdo autorizando o aprobando las actividades festivas de dicha Asociación, habiendo procedido únicamente a conceder el aval para la designación de la fecha a realizarse las fiestas Palmares 2011; planteando finalmente como petición que: *“... se proceda con la aceptación de la nulidad absoluta y revocatoria contra el oficio DFOE-SM-1576 (12187) del 13 de diciembre de 2010 de la Gerencia de Servicios Municipales, por tanto se deje sin efecto el mismo y se proceda con el archivo definitivo de la consulta y/o solicitud ciudadana planteada a la Contraloría General de la República sin la emisión de particular pronunciamiento al respecto, de lo contrario se proceda a resolver el recurso de apelación planteado en subsidio”*.

CONSIDERANDO:

I.- El recurrente alega que el oficio Nro. 12187 surge ante una denominada solicitud ciudadana planteada ante esta Contraloría General, lo que pareciera tener carácter de denuncia, sin embargo el oficio no es claro. Sobre el particular, debe señalarse que el oficio Nro. 12187 recurrido es el producto de un estudio o investigación especial llevado a cabo por la Contraloría General de la República como órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización, de acuerdo con el marco de competencias otorgadas constitucional y legalmente, específicamente para este asunto, en el numeral 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley Nro. 7428). Los estudios que realice el órgano contralor pueden iniciarse de oficio o a partir de una denuncia, sin embargo, cuál sea el activador de la investigación no comporta diferencia alguna en el tratamiento de la investigación; así tampoco era un requisito de validez indicar en el oficio, qué originó el estudio, pues aún en el supuesto de una denuncia, ésta actúa únicamente como desencadenante de la potestad de investigación del órgano contralor.

II.- Señala el recurrente que tratándose de una consulta, de acuerdo con la Ley Nro. 7428 y la circular CO-529, debe versar sobre materias propias de la competencia del órgano contralor y provenir de sujetos pasivos de su fiscalización, por lo que en su criterio debió archivar. Sobre el particular, en primer término debe indicarse que, el órgano contralor al amparo de su independencia funcional constitucionalmente conferida, tiene la potestad para valorar de frente a una gestión presentada por un particular, si corresponde a una consulta –resultando aplicable lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley N° 7428 y la circular CO-529- o bien si se trata de una denuncia – en cuyo caso aplica lo establecido por el artículo 22 de la ley de cita-; en ambos supuestos corresponde al órgano contralor determinar si la gestión debe archivar o atenderse emitiendo criterio, o efectuando la investigación pertinente, y aún en el supuesto que se responda o archive una consulta, no implica que quede vedada la potestad de investigación oficiosa del órgano contralor. Tal y como se indicó en el aparte anterior, el oficio Nro. 12187 es el producto de una investigación sustentada en la potestad de investigación del artículo 22 de la Ley N° 7428, no así de la atención de una consulta, por lo que, no es de recibo la petición del recurrente para que se rechace y archive la gestión del particular y que en consecuencia se anule el oficio recurrido.

III.- Además alega el recurrente que en el trámite de la consulta se debió conceder el debido proceso y derecho de defensa al gobierno local. Al respecto, aclarado que el órgano contralor ejerció su potestad de investigación y no la potestad consultiva, debe tenerse presente que la Sala Constitucional ha expresado que en una investigación no es exigible el debido proceso y el derecho de defensa, dado que en esa fase aún no existe certeza de la procedencia o no de lo denunciado, de modo que su resultado no permite determinar en forma definitiva algún tipo de responsabilidad, no produce una condena, ni sanción, como sí ocurriría en un procedimiento administrativo o un proceso penal (sentencias números 7397-98 y 13620-2005), así también la Contraloría General ha mencionado que la comunicación con el denunciado, constituye una herramienta o instrumento que de manera facultativa, puede utilizar el investigador en procura de conducir la investigación que le ha sido encargada, más no resulta una exigencia constitucional o legal (Oficio Nro. 329-2008); ante esta situación el oficio Nro. 12187 no constituye una resolución final sino una advertencia, que se emite a la luz del análisis de la Ley Nro. 4286, el Transitorio III de la resolución R-CO-9-2009 del 26 de enero de 2009 y la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República -en

particular su dictamen C-183-2010- que generó un cambio sustantivo en relación con la concepción y organización de la actividad de los festejos Palmares, de manera que conforme a la jurisprudencia constitucional citada, en la investigación del órgano contralor sobre los festejos Palmares no existía una exigencia legal de informar de ello a los regidores municipales, por ende no se está en un caso en que obligatoriamente se debía dar oportunidad de audiencia y defensa en favor de un posible afectado. En consecuencia, encontrándose el oficio de mérito ajustado al ejercicio de las competencias del órgano contralor –como se indicó supra-, así como a los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico administrativo para su validez y eficacia, resulta improcedente la alegada nulidad absoluta.

IV.- En cuanto a la alegada incompetencia del órgano contralor para definir si una actividad determinada está o no sujeta a la Ley 4286, procede mencionar que el oficio Nro. 12187 se dirigió a los señores Concejales para que dictaran las acciones pertinentes *“que garanticen que la organización y desarrollo de los Festejos de Palmares se ajuste a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico aplicable y a las disposiciones giradas oportunamente por la Contraloría General”*. El manejo de los recursos públicos que se obtengan de esos festejos puede tener una incidencia en la Hacienda Pública, de ahí la competencia del órgano contralor para actuar como lo hizo en el presente asunto, elaborando la advertencia de marras. Por otra parte, el órgano contralor no definió si los festejos Palmares corresponden a un festejo popular, pues la Contraloría General había reconocido un vacío en la Ley Nro. 4286 en torno a la nomenclatura del tipo de eventos de carácter festivo que se realizan en las comunidades; situación que cambia a partir de lo expresado por la Procuraduría General de la República en el dictamen C-183-2010, criterio que en primer término establece una especie de definición de qué se entiende por festejo popular y en segundo lugar, se refirió concretamente a los festejos de Palmares, de modo que es a la luz de esas consideraciones que se dedujo que dichos festejos están afectos a la Ley Nro. 4286.

V.- El recurrente alega además que el dictamen C-183-2010 de la Procuraduría General de la República no especifica que las actividades que organiza la Asociación Cívica Palmareña correspondan a un festejo popular. Al respecto, no lleva razón el recurrente, pues de una lectura integral del dictamen, se tiene que el órgano procurador si bien no mencionó expresamente a la Asociación Cívica Palmareña, sí se refirió puntualmente a que la organización de los Festejos de Palmares compete al ente municipal, estando vedado delegarlos en organizaciones privadas, entre otras, en Asociaciones. En tal sentido señala en el punto IV del dictamen que: *“En la especie, se cuestiona la factibilidad de permitirle a distintas entidades privadas que organicen los **festejos populares en Palmares**. Empero tal autorización, no solo carece (sic) fundamento jurídico, sino que se contrapone abiertamente al ordinal primero de la Ley 4286, **que es enfático al indicar que la realización de la actividad que nos ocupa, recae de forma exclusiva y excluyente en el gobierno local. / (...). / Aunado a lo anterior, no cabe duda que al analizar con detenimiento las discusiones legislativas no podría arribarse a una ilación distinta que el fin último de la norma es la regulación de cualquier actividad realizada dentro de los diversos espacios territoriales en manos de gobiernos locales, con el respectivo control de ingresos y egresos. Lo contrario conllevaría desvirtuar la finalidad de la norma y hacer ilusorio el motivo que produjo su creación jurídica. / Así las cosas, resulta que el gobierno local está vedado para delegar en organizaciones de tipo privado, competencias que le son propias, endilgadas de forma directa por la Ley, ya que esta última constituye el límite infranqueable de su actuar y en consecuencia no podría***

*desconocerla sin quebrantar el principio de legalidad, tomando absolutamente nula la conducta realizada en contraposición al ordenamiento jurídico. / En consecuencia, **el ente territorial, por imperio de ley, se encuentra impedido para autorizar la organización de los Festejos Populares de Palmares a Asociaciones, Fundaciones o cualquier otra entidad de carácter privado***” (el resaltado no es parte del original). Arribando más adelante, entre otras, a las siguientes conclusiones: “B.- Según lo sostenido en el pronunciamiento supra citado –se refiere al dictamen C-080-2010-, el espíritu del legislador, al momento de regular lo que denominó Festejo Popular, mediante la Ley 4286 del 17 de diciembre del 1968, fue poner coto a una situación anómala que se había prolongado a lo largo del tiempo y en consecuencia buscó la tutela efectiva de toda actividad de carácter local, que se celebre en los diferentes cantones o distritos del país. / (...). / E.- **El ente territorial, por imperio de ley, se encuentra impedido para autorizar la organización de los Festejos Populares de Palmares a Asociaciones, Fundaciones o cualquier otra entidad de carácter privado**” (el resaltado no es parte del original).

VI.- Señala el recurrente que el oficio Nro. 12187 no es específico en cuanto a indicar que se refiere de forma concreta a las Fiestas Palmares organizadas por la Asociación Cívica Palmareña, haciendo referencia únicamente al oficio DE-004-10. Al respecto, debe indicarse que el oficio DE-004-10 que el municipio cursara como respuesta al seguimiento de disposiciones del Informe No. DFOE-SM-IF-14-2009, contiene la comunicación hecha al órgano contralor por las autoridades municipales de Palmares sobre los festejos que han venido organizándose en ese Cantón y que en los últimos años han estado a cargo de la Asociación Cívica Palmareña; festejos de Palmares a los que se refiere el dictamen C-183-2010 de la Procuraduría General de la República como afectos a lo dispuesto en la Ley Nro. 4286. No obstante lo expresado en el citado oficio DE-004-10, a partir del dictamen mencionado -que tiene fecha posterior- se reformula la situación fáctica con respecto a lo que se considera como actividades dentro del marco de la Ley Nro. 4286, así como los órganos competentes para su organización, en particular, para el caso de los festejos Palmares, circunstancias bajo las cuales se origina y fundamenta la advertencia contenida en el oficio Nro. 12187 recurrido.

VII.- El recurrente alega también, que en ningún momento ha desatendido el pronunciamiento de la Procuraduría, ya que a partir de la definición de festejo popular que señala ese órgano en el dictamen C-183-2010, que en su criterio es general, el Concejo Municipal en el acuerdo ACM-20-28-10 del 8 de noviembre de 2010, determina que las actividades festivas que organiza la Asociación Cívica Palmareña no se catalogan dentro de la definición dada por el órgano procurador. Sobre el particular, resulta necesario mencionar que de lo expuesto en el dictamen C-183-2010, así como del dictamen C-080-2010 y del análisis de las actas legislativas del caso (referidos por la Procuraduría en su dictamen), la normativa citada tiene como norte tutelar las actividades de carácter local que se celebren en los diferentes cantones o distritos del país y sobre lo que se concluye en el tantas veces citado dictamen C-183-2010 que su organización corresponde a los municipios, además de que los recursos públicos que se obtengan sean invertidos en obras de beneficio de la comunidad. Ahora bien, dada la vigencia y carácter vinculante del referido pronunciamiento al amparo del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, este órgano contralor carece de competencia para cambiar el criterio de la Procuraduría o dejarlo sin efecto. Consecuentemente, se tiene que dichos festejos se encuentran afectos a la Ley Nro. 4286, al menos hasta que no se modifiquen los criterios vertidos sobre el tema en cuestión por el órgano procurador.

DFOE-DL-0179

7

7 de marzo, 2011

VIII.- Por último, señala el recurrente que en el citado acuerdo ACM-20-28-10, en ningún momento está autorizando o aprobando las actividades festivas de la Asociación Cívica Palmareña, tampoco de las fiestas Palmares 2011, solamente concede el aval para la designación de la fecha para su realización. Sobre el particular, por prematuro, no resulta procedente referirse a este alegato, situación que corresponde analizar en una eventual fiscalización posterior, momento en el que cobrarán relevancia las acciones de los participantes e involucrados en torno a la advertencia hecha por el órgano contralor y la observancia que se haya hecho o no sobre el caso de marras.

POR TANTO:

Con fundamento en lo expuesto y lo establecido en los artículos 183 de la Constitución Política, 11, 12, 22 y 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 347 de la Ley General de la Administración Pública, **SE RESUELVE:** 1) RECHAZAR el recurso de revocatoria y la alegada nulidad absoluta concomitante, interpuesto por el Sr. Rodolfo Fernández Carballo, presidente del Concejo Municipal de Palmares, actuando debidamente autorizado para esos efectos, en contra del oficio Nro. 12187 (DFOE-SM-1576) del 13 de diciembre de 2010 de esta Contraloría General referente a la organización de los festejos Palmares. 2) En cuanto al recurso de apelación, de conformidad con el artículo 349 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, se emplaza al recurrente, para que si a bien lo tiene, dentro de los tres días hábiles siguientes a su notificación se manifieste ante el Despacho de la Contralora General de la República. 3) Se remite el expediente administrativo al Despacho antes indicado para que ahí se conozca y se resuelva la apelación en subsidio planteada.
NOTIFÍQUESE.-----

Lic. German A. Mora Z.
Gerente de Área

Licda. Amelia Jiménez R.
Gerente de División



GMZ/AJR/DMR/GMT/MAS/all

Ci: Archivo Central (2)
Copiador
Expediente

Ce: Secretaría Técnica, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa
Ni: 746, 1340, 1889, 2324