

**Al contestar refiérase
al oficio N.° 15631**

29 de noviembre, 2016
DFOE-DL-1294

Licenciado
Geiner Calderón Umaña
Auditor Interno
auditoria@muniparrita.go.cr
MUNICIPALIDAD DE PARRITA
Puntarenas

Estimado señor:

Asunto: *Emisión de criterio solicitado por el Auditor de la Municipalidad de Parrita con respecto a la utilización de los recursos de la Ley N.° 6043, en relación con lo dispuesto en el numeral 17 del Código Municipal y 107 de la Ley General de la Administración Pública.*

Se atiende el oficio N.° DAMP-N° 134-2016 de 2 de noviembre de 2016, relativo a *“Solicitud de opinión referente a la utilización de los ingresos contemplados en el inciso b) del numeral 59 de la Ley sobre Zona Marítima Terrestre N.°6043; además, el alcance que tienen los numerales 17 de (sic) Código Municipal, Ley N.° 7794 y el 107 de la Ley General de la Administración Pública N.° 6227, respecto a la vialidad (sic) que tiene una orden expresa por el jerarca máximo administrativo, para que se ejecuten dichos fondos en acciones distintas a las establecidas en el precitado inciso de la Ley 6043.”.*

I. MOTIVO DE LA GESTIÓN

Manifiesta que la solicitud de criterio se plantea con respecto *“(…) a lo indicado en el inciso b) en la parte que establece ‘inversiones necesarias en servicios de asesoría y gastos de administración requeridos para los fines de la presente ley’ (sic) y a su relación con la jerarquía de los artículos 17 de (sic) Código Municipal y 107 de la Ley General de la Administración Pública señalados”.*

Para los efectos del caso, luego de que transcribe el numeral 59¹ de la Ley N.º 6043, el artículo 78² del Reglamento a la citada ley (Decreto 7841-P), referirse a la atribución del alcalde como administrador general de la municipalidad (artículo 17³, Código Municipal) y al numeral 107⁴ de Ley General de la Administración Pública, consulta esa Auditoría Interna si:

“1.- Se puede realizar la adquisición de bienes y servicios con recursos provenientes de la zona marítima terrestre a otras áreas, Departamentos o programas presupuestarios con fines diferentes a lo indicado en el inciso b) del artículo 59 de la Ley 6043, sin caer en una ilegalidad o se contravenga lo indicado en los artículos 17 de Código Municipal y 107 de la Ley General de la Administración Pública. / 2.- Pueden otras áreas, Departamentos o programas presupuestarios, solicitar el Recurso Humano (Encargado, Abogada, Inspector o Auxiliar) del Departamento de la Zona Marítima Terrestre para fines distintos, a lo indicado en el inciso b) del artículo 59 de la Ley 6043, sin caer en una ilegalidad o se contravenga lo indicado en los artículos 17 de (sic) Código Municipal y 107 de la Ley General de la Administración Pública. / 3.- Pueden otras áreas, Departamentos o programas presupuestarios, solicitar o utilizar activos del Departamento de la Zona Marítima Terrestre (Vehículos, equipos tecnológicos, etc.) para fines distintos, a lo indicado en el inciso b) del artículo 59 de la Ley 6043, sin caer en una ilegalidad o se contravenga lo indicado en los artículos 17 de (sic) Código Municipal y 107 de la Ley General de la

¹ Artículo 59.- Los ingresos que perciban las municipalidades por concepto de concesiones en la zona restringida se distribuirán en la forma siguiente: / a) Un veinte por ciento se destinará a formar un fondo para el pago de mejoras según lo previsto en esta ley; / b) Un cuarenta por ciento será invertido en obras de mejoramiento en las correspondientes zonas turísticas, incluyendo en aquellas todas las inversiones necesarias en servicios de asesoría y gastos de administración requeridos para los fines de la presente ley. / Cuando los fondos indicados en los dos incisos anteriores, no fueren total o parcialmente necesarios para el desarrollo de la zona turística, a juicio del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y del Instituto Costarricense de Turismo, el remanente podrá destinarse a otras necesidades del respectivo cantón; y / c) El cuarenta por ciento restante será invertido en obras de mejoramiento del cantón.

² Artículo 78.- Las obras de mejoramiento de las zonas turísticas a que se refiere el inciso b) del artículo 59 de la Ley incluyen la compra o expropiación de terrenos de propiedad privada ubicados en la zona marítimo terrestre, además de las obras de infraestructura y cualquiera otra que determinen el ICT y el INVU. Las municipalidades darán prioridad a la compra o expropiación de terrenos sometidos a dominio privado ubicados en la zona pública bajo su jurisdicción.

³ Artículo 17. — Corresponden a la persona titular de la alcaldía las siguientes atribuciones y obligaciones: / a) Ejercer las funciones inherentes a la condición de administrador general y jefe de las dependencias municipales, vigilando la organización, el funcionamiento, la coordinación y el fiel cumplimiento de los acuerdos municipales, las leyes y los reglamentos en general. / (...).

⁴ Artículo 107.- / 1. Todo servidor público estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, con las limitaciones que establece este Capítulo. / 2. El servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato.

Administración Pública. / 4.- Tiene validez la aplicación de jerarquía de los artículos 17 del Código Municipal y 107 de la Ley General de la Administración Pública si se ordena la utilización de los recursos del inciso b) del artículo 59 de la Ley 6043, para fines distintos no contemplados en dicho inciso.”.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En primer término, señalamos que el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se encuentra regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica (Ley N.º 7428 del 4 de setiembre de 1994) y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (Resolución N.º R-DC-197-2011), publicado en el Diario Oficial La Gaceta N.º 244 de 20 de diciembre de 2011.

De manera precisa, en la normativa indicada se establecen los requisitos que deben cumplirse al momento de remitirse consultas a la Contraloría General, entre los que interesa destacar que, debe definirse de manera clara y concreta el objeto consultado, con una detallada explicación de los aspectos que ofrecen duda y que originan la gestión, así como aportar el criterio legal del caso.

No obstante lo anterior, el auditor interno goza de cierto privilegio en relación con el tema de consultas que consiste en que no necesariamente debe aportar el criterio legal pertinente; sin embargo, sí debe señalar la posición que estima y asume sobre los puntos que consulta. Aspecto que en esta oportunidad no se cumple, motivo por el cual se deja señalado para que se observe y cumpla en futuras gestiones de consulta que realice ante el Órgano Contralor, de otra manera se rechazarán las gestiones.

III. CRITERIO DEL ÓRGANO CONTRALOR

Con el carácter vinculante de los pronunciamientos que dicta el Órgano Contralor según lo dispuesto en su Ley Orgánica N.º 7428, seguidamente se manifiesta lo que se estima pertinente con respecto a los puntos objeto de consulta.

En primer término, señalar que los funcionarios públicos están sujetos al principio de legalidad que contempla el numeral 11 de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública. Lo anterior, implica que podrán realizar aquellos actos y conductas previamente establecidos y que les autorice ejecutar el ordenamiento jurídico vigente, de lo contrario podrían verse sometidos a los procedimientos y procesos que correspondan relativos a responsabilidades administrativas, civiles y penales, según sea el caso.

El alcalde municipal es uno más de los funcionarios públicos que se encuentra sometido al principio de legalidad de cita, de manera que las atribuciones y funciones que se le establecen, entre otros, en el numeral 17 del Código Municipal [en particular en el inciso a)], no tienen otra manera de ejercerse más que en pleno cumplimiento de los cánones legales pertinentes, lo que implica que debe actuar dentro de lo que le dispone el bloque de legalidad.

Por otra parte, considerar que en toda organización pública o privada existe una jerarquía que debe observarse y bajo la cual se organiza y responde la entidad. Las municipalidades no son la excepción y, en ese sentido, se debe comprender y ejercer el deber de obediencia⁵ que se deriva, en términos generales, de los artículos 107 al 110 de la Ley N.º 6227.

En términos generales, el deber de obediencia involucra seguir unos pasos elementales para constatar que efectivamente se está bajo el enunciado dispuesto en los numerales citados. Principalmente, que ante la orden ilegal e irregular del superior, el subordinado debe hacer patente y dejar constancia de su negativa de cumplirla y de suceder la insistencia del jerarca para que se cumpla asumiendo la responsabilidad y relevando de efectos al subordinado, debe en principio quedar constancia por escrito que así lo haya dictado.

En esos términos, mientras que no se trate de un acto o acción que califique como extraña a la competencia del subordinado o que resulte de un abuso de autoridad del superior o delito, porque de ser así no es válida ni se releva de responsabilidad al subordinado que cumpla aquella orden; esto es que en esas circunstancias de ejecutar el subordinado la orden se involucra y asume responsabilidad personal en el caso.

⁵ Artículo 108.- / 1. Deberá desobedecer el servidor cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias: / a) Que la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior; y / b) Que el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito. / 2. La obediencia en una cualquiera de estas circunstancias producirá responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativo como civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda caber.

Artículo 109.- / 1. Cuando no se presente ninguna de las circunstancias enumeradas en los dos artículos anteriores el servidor deberá obedecer aunque el acto del superior sea contrario al ordenamiento por cualquier otro concepto, pero en este último caso deberá consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibo. / 2. El envío de las objeciones escritas salvará la responsabilidad del inferior, pero éste quedará sujeto a inmediata ejecución de lo ordenado. / 3. Cuando la ejecución inmediata pueda producir daños graves de imposible o difícil reparación, el inferior podrá suspenderla, sujeto a responsabilidad disciplinaria y eventualmente civil o penal si las causas justificantes resultaren inexistentes en definitiva. / 4. Quedará a salvo lo dispuesto por el artículo 158 del Código Procesal Contencioso-Administrativo. / *(Así reformado el inciso anterior por el inciso 4) del artículo 200 del Código Procesal Contencioso-Administrativo, Ley N°8508 de 28 de abril de 2006)*

Artículo 110.- / 1. En caso de urgencia el inferior podrá salvar su responsabilidad aun si no ha podido enviar sus objeciones por escrito previamente a la ejecución. / 2. En estos casos el inferior podrá hacer verbalmente sus objeciones ante el inmediato superior, pero se requerirá la presencia de dos testigos.

Con respecto al principio de la jerarquía de las normas que apunta en la gestión, indicar que éste se deriva, entre otras disposiciones, del artículo 6^o de la Ley N.º 6227 y que más que su aplicación en el caso de interés, lo que corresponde es armonizar los artículos en cuestión y actuar bajo el principio de legalidad. De esa manera, se podrá sin ninguna dificultad comprender que bajo el principio de legalidad, la norma que establece que el alcalde es el administrador general de la municipalidad, no puede interpretarse que le habilite para disponer y hacer uso de los recursos que indica el numeral 59 de la Ley N.º 6043, en contrario de lo dispuesto en ese texto legal.

En ese sentido, para disponer de los recursos generados según la Ley N.º 6043, se debe cumplir con la finalidad establecida para estos en el numeral 59 ídem. Sin embargo, téngase presente que en el párrafo segundo del inciso b) del artículo referido, se abre una posibilidad para utilizar esos recursos en necesidades diferentes a las determinadas en los incisos a) y b) mencionados, en cuyo caso, de previo, debe cumplirse con obtener las autorizaciones del Instituto Costarricense de Turismo y del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y luego tramitar la aprobación del contenido presupuestario en las partidas que se requiere, según lo dispuesto en las Normas Técnicas de Presupuesto Público (NTPP) emitidas por la Contraloría General de la República, mediante la resolución N.º R-DC-24-2012 de 26 de marzo de 2012.

De manera que disponer y utilizar los recursos de interés en contrario de lo contemplado en los incisos a) y b) del artículo 59 citado, sin haber cumplido con los requisitos y procedimiento pertinente, transgrede el principio de legalidad y la normativa indicada, por lo que dicha conducta implicaría enfrentar eventualmente los procedimientos y procesos por responsabilidades administrativas, civiles y penales del caso, con las consecuencias incluso de pérdida de credencial del alcalde que así disponga o de los regidores participantes. Incluso, responsabilidad de otros funcionarios municipales que hayan participado en concretar dichos actos o conductas.

Se reitera que en la Ley N.º 6043 se establece la finalidad que debe darse a los recursos que, por su aplicación, obtengan las municipalidades y con respecto al 40% que refiere el inciso b) del numeral 59 tantas veces citado, es que se ha

⁶ Artículo 6º.- / 1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden: / a) La Constitución Política; / b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana; / c) Las leyes y los demás actos con valor de ley; / d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia; / e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y / f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas. / 2. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia. / 3. En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos.

permitido la adquisición de los bienes y servicios necesarios para velar por los propósitos y actividades que el legislador estableció a las municipalidades con zona costera. Esto es que dado el uso específico dispuesto por el legislador a dichos recursos, la utilización de estos es, única y exclusiva, para los fines consignados en la Ley de cita, en principio no corresponde su uso o asignación en actividades ajenas a las señaladas por esa ley.

A manera de resumen, el hecho general de tener al alcalde como administrador de la municipalidad, no excepciona ni releva a este funcionario público de cumplir con el principio de legalidad, de manera que ante el enunciado directo que se hace en la Ley N.º 6043 y su Reglamento para disponer de los recursos obtenidos por su aplicación, el uso en contrario a lo así dispuesto, no está permitido legalmente y, eventualmente, tendrá consecuencias legales para los funcionarios involucrados.

Para responder las tres primeras consultas se observa que, se refieren a un mismo punto, como es la disposición y uso de recursos de la Ley N.º 6043, por lo que no se responderán una a una, sino en una sola. Al respecto y de conformidad con lo comentado en párrafos anteriores, indicar que los recursos en cuestión tienen un destino establecido por ley, por lo que su disposición y uso diferente, deviene en improcedente. Igualmente resulta si se dispone del personal, bienes, servicios, maquinaria o equipo adquiridos con esos recursos, dado que tienen como destino específico cumplir el objetivo y propósitos que la ley de cita determinó con respecto a la actividad de la zona marítimo terrestre, por lo que es improcedente utilizarlos o asignarlos en otras actividades del gobierno local.

Finalmente, en relación con la cuarta consulta, es importante manifestar que aunque se considere al alcalde como el administrador general del gobierno local, de conformidad con el principio de legalidad y la normativa supracitada, éste no debe disponer el uso de esos recursos, en contrario a las finalidades y cánones que el legislador estableció en la Ley N.º 6043. De suceder dicha conducta, el funcionario subordinado debe ejercer el deber de obediencia en los términos explicados supra, en plena aplicación de lo dispuesto en los artículos 107 al 110 de la Ley N.º 6227, constituyendo las pruebas del caso que serán de utilidad en el eventual procedimiento o proceso que se instaure.

IV. CONCLUSIONES

De conformidad con las citas legales precedentes y lo expuesto sobre el caso de marras, indicar que los recursos que se obtengan por la aplicación de la Ley N.º 6043, tienen un destino establecido por el legislador y que bajo el principio de legalidad el alcalde y funcionarios municipales deben cumplir. Actos en contrario tendrían consecuencias legales para los funcionarios que así lo hayan dispuesto y los que estén involucrados en la ejecución. De acuerdo con el ordenamiento jurídico

DFOE-DL-1294

7

29 de noviembre, 2016

vigente el alcalde municipal no está excepcionado ni autorizado legalmente para disponer o usar en contrario a lo dispuesto en la propia ley N.º 6043, los recursos que obtenga o, en general, los bienes y servicios adquiridos con esos fondos.

Atentamente,



Lic. German A. Mora Zamora
Gerente de Área

Didier Mora Retana
Fiscalizador

FARM/msb

NI: 30237 (2016)

G: 2016003884-1