

**Al contestar refiérase
al oficio N° 15216**

24 de octubre, 2018
DFOE-PG-0568

Señor
Victor Barrantes Marín
Viceministro
MINISTERIO DE GOBERNACIÓN Y POLICÍA
Presidente
CONSEJO NACIONAL DE MIGRACIÓN
CORREO: vbarrantes@mgp.go.cr

Estimado señor:

Asunto: Consulta solicitada por oficio CNM-40-08-2018, sobre la posibilidad de realizar el pago de dietas a los miembros suplentes representantes de la sociedad civil

Se refiere el Área de Fiscalización al oficio n.º CN40-08-2018 de fecha 28 de agosto del año en curso, suscrito por quien ocupa el cargo de Viceministro del Ministerio de Gobernación y Policía, y también Presidente del Consejo Nacional de Migración, recibido en la Contraloría General el día 30 del mismo mes y año; en el que se planteó solicitud del criterio del Órgano Contralor, sobre la posibilidad de realizar el pago de dietas a los miembros suplentes por parte de las representaciones de la sociedad civil, ante el Consejo Nacional de Migración.

I. MOTIVO DE LA GESTIÓN

En el texto de la consulta planteada, se esboza la siguiente interrogante:

"(...) sobre la posibilidad de realizar el pago de dietas a los miembros suplentes representantes de la sociedad civil. Para esos efectos, nótese que el artículo 10 de la Ley General de Migración y Extranjería, solamente prevé la designación de miembros suplentes ante ese Consejo para los miembros que ostenten cargos de Ministro, Director Ejecutivo o Director, a quienes se les reconoce, según el último párrafo de esa norma, el pago dietas. Sin embargo, ese presupuesto no lo cumplen los miembros de la sociedad civil, pues no ostentan ninguno de esos puestos."

Adicionando que la consulta la realiza con fundamento en la delegación realizada por el órgano colegiado en pleno, quienes en la sesión ordinaria n.º 14 de dicho Consejo Nacional de Migración, en acuerdo n.º 2 celebrada el 20 de agosto de 2018, se consignó: *"Se aprueba el envío de la consulta sobre el pago de dietas a los miembros suplentes por parte de las representaciones de Sociedad Civil, ante el Consejo Nacional de Migración, a la Contraloría General de la República para que emitan criterio respecto a lo solicitado. Se comisiona a la Presidencia la firma del documento."*

Sobre el particular, la División Jurídica de la Contraloría General por oficio 12741 (DJ-1184) del 7 de setiembre del presente año, previno subsanar la remisión el criterio de la asesoría legal mencionado en la consulta presentada (oficio AJ-0340-04-2018-AC), así como el oficio n.º C-129-2018 emitido por la Procuraduría General de la República. Sustentado en el inciso 6) del artículo 8 del Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, resolución R-DC-0197-2011. Remitiéndose al efecto y en tiempo, el oficio CNM-41-09-2018 de fecha 7 de setiembre de 2018, en el cual se cumplió con todo lo solicitado.

Es así que con relación a lo indicado, en el oficio AJ-0340-04-2018-AC suscrito por el señor Johnny Marín Artavia como Jefe de Asesoría Jurídica, de la Dirección General de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación y Policía; en resumen se indicó que la Ley General de Migración y Extranjería, Ley n.º 8764, sólo reguló la posibilidad de designar miembros suplentes a los ministros, presidentes ejecutivos o director de migración que integran el Consejo, quedando excluido el inciso 10) del artículo 10 que incluye como miembros a los representantes de organizaciones de la sociedad civil. Además se agregó que el párrafo segundo del artículo 2, último párrafo del numeral 9, ordinal 16 y todos los que hagan alusión a la designación de miembros suplentes del Decreto 38094-G, no cuentan con respaldo legal; siendo que el Decreto regula la posibilidad de nombrar suplentes, pero no así del pago de dietas a su favor.

Concluyendo que el pago de dietas resulta ser "reserva de ley", por lo que son del criterio de que a la luz del Reglamento para nombramientos de representantes de la sociedad civil en el Consejo Nacional de Migración (Decreto 38094-G), era evidente que en caso de que esa persona suplente asista a las sesiones del Consejo, no podría devengar dietas.

Por su parte, el dictamen C-129-2018 de fecha 11 de junio de 2018 y emitido por la Procuraduría General, en relación a la interpretación del ordinal 10 de la Ley 8764, en síntesis se dijo que el Legislador creó al Consejo como un órgano multisectorial, delegando en el Ejecutivo la forma específica de realizar el procedimiento de elección de los representantes de la sociedad civil, autorizándose para que en el Reglamento a la Ley se regulara lo relativo a dicha suplencia. Estando el pago de la dieta prevista por Ley, sin violentarse el principio de reserva legal en materia de pago de dietas, pues el legislador sí previó su pago para todos los integrantes del órgano colegiado, salvo para el Director de Migración o su representante, y que además, no existirá un doble pago, por cuanto el miembro suplente de la sociedad civil, acudirá cuando el titular se encuentre imposibilitado de hacerlo. Se trata de una erogación presupuestaria que en condiciones normales está prevista para el titular.

Finalmente se señala que los suplentes ostentan los mismos derechos y obligaciones, de sus titulares cuando se encuentran sustituyéndolos; por lo que se concluye que a partir de lo dispuesto en el numeral 10 de la Ley General de Migración y Extranjería, así como 2 del Decreto Ejecutivo n.º 38094 e inciso 1) del 96 de la Ley General de la Administración Pública, los suplentes de los representantes de la sociedad civil ante el Consejo Nacional de Migración, sí tienen derecho a recibir dieta.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428, el Órgano Contralor ejerce la potestad consultiva en el ámbito de sus competencias, de manera que atiende las consultas que al efecto le dirijan los sujetos consultantes en las materias de su competencia constitucional y legal. Complementándose al efecto, con lo regulado en el “Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República” (resolución R-DC-1972011), el cual establece las condiciones que rigen el trámite y la atención de las consultas ingresadas como parte del ejercicio de la competencia consultiva.

En suma a lo señalado, el artículo 8 del Reglamento de referencia establece algunos requisitos de obligatorio cumplimiento para la presentación de las consultas dirigidas al Órgano Contralor, entre los que se citan, en lo de interés, lo dispuesto en el inciso 2 de dicho ordinal, el cual determina:

"Artículo 8º—Requisitos para la presentación de las consultas. Las consultas que ingresen para su atención conforme al artículo 29 de la Ley No. 7428, deberán cumplir los siguientes requisitos:

(...)

2. Plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante".

De lo cual se desprende la obligación de plantearse las consultas en términos generales, sin que se someta al Órgano Consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.

Dicho proceder, obedece a la finalidad propia del proceso consultivo, que no pretende sustituir a la Administración en la toma de decisiones respecto de las competencias que le han sido asignadas en el ordenamiento jurídico, a la vez que se trata de evitar el riesgo que genera la emisión de un criterio vinculante, sobre la base de supuestos fácticos y jurídicos que no se conocen a plenitud, y por ende, puede generar un pronunciamiento errado en sus conclusiones. De manera que se reitera el carácter general de las observaciones y el análisis que aquí se plantea sobre el tema en consulta.

Por ello, la potestad consultiva no debe verse como un medio por el cual la Contraloría General sustituye a las Administraciones Públicas en el manejo de situaciones particulares en el plano meramente administrativo, la resolución de los conflictos internos que se puedan generar entre las diferentes instancias en el seno de la administración consultante, o la validación o confirmación de conductas previamente adoptadas por la Administración activa.

En ese tanto, lo anterior no impide emitir un criterio vinculante respecto a consultas relacionadas con el ámbito competencial del Órgano Contralor, máxime cuando se trata de temas o materias abordados previamente en el ejercicio de su potestad consultiva, bajo el entendido que se trata de consideraciones y observaciones que se esbozan desde una perspectiva general, y no de una situación específica e individualizada; para que sea utilizado en el análisis sobre la legalidad de las conductas administrativas que serán adoptadas por el sujeto competente, a quien corresponde finalmente tomar las decisiones que considere más ajustadas a derecho.

III. CRITERIO

Sobre el particular, en primera instancia resaltar lo indicado por la Procuraduría General en el dictamen n.º C-129-2018 aportado con la consulta, sobre el reconocimiento a las "dietas" entendido como una contraprestación económica que reciba una persona por participar en la sesión de un órgano colegiado, siendo su fundamento, la prestación efectiva de un servicio que consiste en la participación del servidor en las sesiones del órgano.

Por su parte, el Órgano Contralor mantiene la misma línea, en el sentido que se ha entendido a la "dieta", como una forma de remunerar, un reconocimiento en dinero que se hace a favor de los miembros de un órgano colegiado, por la asistencia y participación a las sesiones respectivas; teniendo la condición necesaria, que solo por ley puede reconocer y establecerse tal pago, pudiendo así incluso determinarse los límites que la restringen en cuanto al monto a percibir y el número de sesiones (por lo general). (Ver en ese sentido los oficios n.º 11826 (DJ-4044-2010) del 1º de diciembre, y n.º 11241 (DJ-3985-2010) del 17 de noviembre, ambos del año 2010).

Ahora bien, en el caso del Consejo Nacional de Migración, es la Ley General de Migración y Extranjería la que establece lo concerniente a su integración, la cual indica que:

"El Consejo estará integrado de la siguiente manera:

- 1) El ministro o la ministra de Gobernación y Policía, quien lo presidirá.
- 2) El ministro o la ministra de Relaciones Exteriores y Culto.
- 3) El ministro o la ministra de Trabajo y Seguridad Social.
- 4) El ministro o la ministra de Planificación Nacional y Política Económica.
- 5) El ministro o la ministra de Salud.
- 6) El ministro o la ministra de Educación.
- 7) El director o la directora general de Migración y Extranjería.
- 8) El presidente ejecutivo o la presidenta ejecutiva del Instituto Costarricense de Turismo.
- 9) El presidente ejecutivo o la presidenta ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.
- 10) Dos personas representantes de las organizaciones de la sociedad civil, vinculadas al tema migratorio, nombradas por la Defensoría de los Habitantes, según se establezca en el Reglamento de esta Ley.

Cuando el ministro, presidente ejecutivo o director no pueda asistir a las sesiones del Consejo, deberá designar a un funcionario de su dependencia para que lo represente.

Las personas miembros del Consejo, excepto el director de migración o su representante, devengarán dietas por su asistencia a las sesiones; para ello, se ajustarán a las disposiciones de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, N.º 8422. El monto, los incrementos y el número de estas dietas serán iguales a los que el Poder Ejecutivo determine para las personas miembros de las juntas directivas de las instituciones autónomas." (El subrayado no corresponde al original).

Al respecto, adicionalmente la Procuraduría General en el dictamen de referencia, concluyó en relación al caso del Consejo Nacional de Migración y en referencia al artículo transcrito, que el Legislador lo creó como un órgano multisectorial integrado por representantes de alto nivel de varias instituciones públicas, pero además, por dos representantes de la sociedad civil vinculados al tema migratorio, tal y como se observa en el inciso 10, estando el procedimiento de elección a cargo de la Defensoría de los Habitantes.

Agregándose que el Legislador autorizó que por vía Reglamento a la Ley, se regulara lo relativo a la suplencia de dichos representantes (Decreto Ejecutivo 38094), por cuanto también en materia de pago de dietas, aplicaba el principio de reserva legal, el cual sí había sido contemplado para todos sus miembros, salvo para el Director de Migración o su representante (ver también en relación el dictamen C-156-2013 de la misma Procuraduría General).

Tal argumento, posición y conclusiones manifiestas en el dictamen en comentario, son compartidos por la Contraloría General, considerándose el principio de legalidad que vincula la función pública, resaltándose lo que ya se ha definido, acerca de la necesidad de la existencia de una ley que ampare el pago de dietas, como ocurre con la Ley n.º 8764.

IV. CONCLUSIONES

1. El reconocimiento al pago de la dieta solo es posible por la vía legal, en este caso la Ley General de Migración y Extranjería, Ley n.º 8764.
2. Se comparte el argumento, posición y conclusiones manifiestas en el dictamen n.º C-129-2018 emitido por la Procuraduría General de la República; considerándose el principio de legalidad que vincula la función pública, resaltándose la necesidad de la existencia de una ley que ampare el pago de dietas.

En los términos anteriores se deja atendida la gestión, no sin antes recordar la importancia de continuar utilizando el sistema de la potestad consultiva para futuras consultas, de manera que se pueda brindar un servicio más oportuno y eficiente.

Atentamente,

Licda. Damaris Vega Monge
GERENTE DE ÁREA



MSc. Mario Alberto Pérez Fonseca
ASISTENTE TÉCNICO

MSc. Hilda Natalia Rojas Zamora
FISCALIZADORA

/ghj

Ci: Archivo

G: 2018002894-2

Exp: CGR-CO-2018005761

NI: 22134, 22854, 23556 (2018)