

Al contestar refiérase al
oficio **Nº 1514-2019**

05 de febrero de 2019
DJ-0138-2019

Señor
Marcel Soler Rubio
Alcalde
MUNICIPALIDAD DE MONTES DE OCA
Ce: alcaldia@montesdeoca.go.cr

Estimado señor:

Asunto: Consulta relacionada con la vinculación de los dictámenes de la Contraloría General de la República para las instituciones no consultantes y la procedencia del pago de dietas a los regidores cuando se realizan dos sesiones ordinarias en la misma semana.

Se refiere esta oficina a su oficio número D.Alc.1094-18 de fecha 21 de diciembre de 2018, mediante el cual consulta lo siguiente:

“...1) si los criterios o dictámenes emitidos por la Procuraduría General de la República (PGR) o la Contraloría General de la República (CGR) emitidos para otra Municipalidad, son vinculantes para el resto de las Municipalidades, o si en su defecto rige solamente para el Municipio consultante; 2) si es procede(sic) el pago de dietas a los regidores cuando se realizan dos sesiones ordinarias en la misma semana...”

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De previo a dar respuesta a la interrogante planteada, debe advertirse que en el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, regulada en el artículo 29 de su Ley Orgánica (Ley Nº 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 Nº R-DC-197-2011, publicada en el diario oficial La Gaceta Nº 244 del 20 de diciembre de 2011), el Órgano Contralor tiene por norma no referirse a casos y situaciones concretas, pues estas deben ser resueltas por la institución solicitante o, en su caso, por la Auditoría Interna en el ejercicio de sus competencias.

De manera puntual, el artículo 8 de la norma reglamentaria antes mencionada establece, como parte de los requisitos que deben cumplirse al momento de remitir consultas a la Contraloría General, que éstas deben “(...) *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 (...)*”.

Este proceder se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que implica emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

Lo anterior no impide, sin embargo, emitir un **criterio vinculante**, respecto a consultas relacionadas con el ámbito competencial de la Contraloría General (definido por el constituyente y perfilado por el legislador ordinario), máxime cuando se trate de temas o materias abordados previamente en el ejercicio de su potestad consultiva. Esto en el entendido, claro está, de que se trata de consideraciones que se establecen desde una perspectiva general y no respecto de una situación específica e individualizada, sino dirigida a orientar a la entidad consultante en la toma de sus decisiones.

Por consiguiente, en el presente caso se emitirá un **criterio vinculante** de manera general sobre el alcance de los criterios de la Contraloría General de la República y tema consultado; no así, respecto de la Procuraduría General de la República, pues ello no es competencia de este despacho y no podría referirse al alcance de estos. Asimismo, se insiste que el criterio se brinda de manera general, pues en todo caso es el órgano consultante el que tiene que realizar los análisis para aplicar lo indicado por el Órgano Contralor al caso en concreto, pues no le corresponde a la Contraloría General dar respuestas para situaciones concretas donde la decisión la debe asumir el consultante.

II. CRITERIO DEL DESPACHO

A. Respecto a si los criterios de esta Contraloría General son vinculantes para los sujetos no consultantes.

En este punto, se debe indicar que el ejercicio de la potestad consultiva toma como base, la existencia de una consulta planteada por un órgano o sujeto determinado, en respuesta de la cual se formulan consideraciones –de índole general- que ayudan a fundamentar la toma posterior de decisiones.

Por supuesto, que al amparo de los artículos 4 y 12 en relación con el 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, los criterios que emita esta última son vinculantes para el órgano o sujeto que consulta, lo anterior como una regla general más no de carácter absoluto, habida cuenta que la normativa que regula el ejercicio de la potestad consultiva permite, la posibilidad que el Órgano Contralor -en función del sujeto consultante, el tema en consulta o por razones valoradas en un caso concreto- disponga que el criterio emitido no tiene un efecto vinculante. Ahora bien, la inquietud que se nos plantea exige en primer término determinar cuál es el alcance de los criterios que emite el Órgano Contralor en ejercicio de la función consultiva en relación con los diferentes actores.

Sobre el particular, hay que realizar una distinción esencial entre los diferentes actores que eventualmente pueden utilizar de los criterios que emite el Órgano Contralor, los cuales se pueden clasificar de dos tipos, los sujetos consultantes -participaron de manera directa del proceso consultivo- y los terceros.

Por regla general, de conformidad a lo establecido en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y artículo 7 de la norma reglamentaria antes citada, el efecto jurídico que tienen los criterios para los sujetos consultantes o bien terceros que hayan sido incorporados de manera discrecional por el Órgano Contralor dentro del trámite de la consulta respectiva, es que el criterio que se emita va a tener el efecto de vinculante, no así para los terceros que no hayan formado parte del proceso consultivo, a los cuales el criterio vertido no les es vinculante.

Ahora bien, lo indicado hasta ahora no puede llevar a la errónea conclusión que el criterio emitido por la Contraloría General carece -entonces-, de sentido o relevancia para aquellos terceros que no han consultado o no han sido integrados al proceso consultivo en un caso concreto, lo anterior en la medida en que dichos terceros sean sujetos pasivos de la fiscalización de este Órgano Contralor, con relación a los cuales se estará en presencia de criterios generales relevantes de orientación en lo que respecta al manejo de fondos públicos, que aquellos estarán en la obligación de considerar.

Siempre con relación a los efectos que tales criterios consultivos tienen respecto a terceros que no han consultado, importa advertir que se está ante pronunciamientos que fijan y demarcan una posición jurídica en torno a temas vinculados con la Hacienda Pública y sus componentes, a través de los cuales se intenta satisfacer la finalidad de garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y el manejo de fondos públicos por parte de los sujetos pasivos de la fiscalización contralora, de ahí que los mismos lejos de poder desconocerlos o descalificarlos -por el hecho de no haberlos solicitado- necesariamente deben ser considerados, con el agregado que la reiteración de una posición jurídica por parte del Órgano Contralor se erige como doctrina legal, por consiguiente sería impensable que no se pudiera utilizar dichos criterios para el ejercicio de funciones de control, por ejemplo en el quehacer de una auditoría interna.

Este criterio ya había sido abordado más ampliamente en el oficio de esta propia Contraloría General No. 08218-2016 (DJ-0954) del 27 de junio, el cual se reitera y sirve de referencia, para el tema aquí tratado.

B. En cuanto a si es procedente el pago de dietas a los regidores cuando realizan dos sesiones ordinarias en la misma semana.

Para responder el segundo tema consultado, es necesario mencionar tal y como se hace en los dictámenes emitidos por los asesores legales (el del Concejo y el del Alcalde) y que adjuntan a la gestión que nos ocupa, que la Contraloría General de la República en su oportunidad mediante el oficio No. 02364 (DFOE-DL-0201) del 17 de febrero de 2016, emitió criterio sobre el tema de interés evacuando prácticamente la misma consulta que se plantea en esta ocasión.

Del citado oficio interesa destacar que en él se arribó –básicamente- a que de acuerdo con el principio de legalidad y lo permitido por el numeral 30 del Código Municipal según lo dispuesto por el legislador, se *considera improcedente pagar a regidores municipales más de una sesión ordinaria celebrada en la misma semana*. Además, se indicó que el tema de interés también había sido abordado y resuelto por la Procuraduría General de la República (dictamen No. C-246-2015 del 9 de setiembre de 2015) en el mismo sentido que se manifestó de nuestra parte y que su contenido, argumentos y conclusiones se comparten y se hicieron propios.

En esta oportunidad, se valora de nuevo la situación teniendo a la vista el criterio que externó el asesor legal del Concejo y que consta en el acta de la Sesión Ordinaria N° 110, artículo 10 del 4 de julio del 2018, celebrada por el Concejo Municipal de Montes de Oca. Criterio que no se comparte por las razones que se expondrán a continuación.

Valga indicar que el criterio emitido por la asesora legal del Alcalde coincide con lo dispuesto sobre la materia por el Órgano Contralor.

Así las cosas, para contestar la consulta es relevante señalar que al dictamen C-246-2015 citado se le presentó una acción de reconsideración, la que resolvió la Procuraduría General de la República mediante el dictamen C-054-2016 del 11 de marzo de 2016. Dictamen este último que se observa que no se cita en los criterios aportados por los asesores de la Municipalidad, lo que permite asumir que no fue considerado para los propósitos del caso.

Además, es oportuno manifestar que el dictamen con el que resuelve la Procuraduría la reconsideración es de fecha posterior a la del oficio No. 02364 de esta

Contraloría General, sin embargo, en el fondo la respuesta no sufre ninguna afectación, más bien resulta fortalecida al especificarse sobre alguna situación que se planteó como excepcional y justificante para el pago de dos sesiones ordinarias realizadas en la misma semana, las que a final de cuentas resultaron improcedentes.

Al respecto, en la conclusión C del dictamen C-054-2016 mencionado se indica que: Se ratifica, en todos sus extremos el Dictamen 246-2015 del 09 de setiembre del 2015, en tanto, establece que, es resorte exclusivo y excluyente del Concejo Municipal, la cantidad de sesiones que se realicen por semana y su programación. Empero, el pago por aquellas está, **expresamente**, tutelado en la Ley y, en consecuencia, **sólo resulta cancelable el estipendio, que nos ocupa, a razón de “...una sesión ordinaria por semana y dos extraordinarias al mes...”**

Además, antes de la conclusión transcrita y en línea con el tema de interés, señaló el Órgano Procurador:

*“(...) la cantidad de sesiones que se realicen por semana y su programación, es resorte exclusivo y excluyente del Concejo Municipal, pero el pago por sesión está, **expresamente**, tutelado en la Ley y, en consecuencia, **sólo resulta cancelable el estipendio por “...una sesión ordinaria por semana y dos extraordinarias al mes...”***

Tal postura, no es antojadiza, por el contrario, no sólo, es conforme con el fin último del artículo 30 del Código Municipal –*velar por el erario*-, sino además, con la postura sostenida, con anterioridad, por este órgano técnico asesor, el cual, indicó:

“... Como vemos, la norma en primer término define el número de (sic) máximo de sesiones (tanto ordinarias como extraordinarias) que pueden ser remuneradas por mes, y a partir de ahí utiliza ese criterio objetivo para distinguirlas de las restantes, lo que a todas luces conlleva, como bien lo explica el dictamen bajo análisis, que existen otras sesiones que, por sí mismas, no son remunerables...

A nuestro juicio, mediante esta norma el legislador se preocupó por limitar el gasto mediante la instauración de un orden con carácter objetivo, de ahí que la finalidad de esa norma no puede ser desvirtuada mediante un subterfugio interpretativo que la deje desprovista de ese elemento objetivo, pretendiendo fundar la procedencia del pago en un elemento de carácter subjetivo...

En este punto, importa, referirse al principio de legalidad, prohijado por el canon onceavo de la Constitución Política y su homónimo de la Ley General de la Administración Pública, según el cual, para

que, la conducta del ente territorial, se ajuste a derecho debe contar con norma que la autorice.

En la temática que nos ocupa, no sólo, se carece de aquella, sino que existe regulación expresa que impide remunerar, más de una sesión ordinaria por semana y dos extraordinarias al mes –**artículo 30 del Código Municipal**-, por lo que, realizar tal pago resulta, absolutamente, ilegal.

Conjuntamente, resulta de obligatoria mención, el deber que permea a todo funcionario público, con mayor razón a la jerarquía superior suprema del ente territorial, respecto de velar por el buen manejo de los fondos públicos y ajustarse al principio de legalidad, según lo exige el cardinal 3 de la Ley Contra la Corrupción y El Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública que indica:

Artículo 3º—Deber de probidad. *El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; **asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.** (El énfasis no es propio)."*

Por otra parte, se menciona en el criterio del asesor del Concejo una norma del "Reglamento interior de orden, dirección, comisiones y debates del Concejo Municipal de Montes de Oca", que establece:

"Artículo 14.- Las sesiones ordinarias del Concejo se celebrarán los días y a la hora fijados por el Concejo, no pudiendo ser menos de cuatro sesiones mensuales; pudiéndose variar el día y la hora por Acuerdo firme del Consejo y previa publicación del mismo en el Diario Oficial "La Gaceta".

Sobre el particular, indicar que de acuerdo con el principio de jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo como es conocido la norma reglamentaria es de menor jerarquía que la legal, en ese sentido, la norma reglamentaria transcrita es de rango inferior al artículo 30 del Código Municipal y para los efectos

pertinentes, es en esta última que el legislador tajantemente dispuso sobre la materia del pago de dietas en las municipalidades: (...) *Sólo se pagará la dieta correspondiente a una sesión ordinaria por semana y dos extraordinarias por mes (...)*. De esto último se deriva que únicamente resulta legal y que procede el pago de una sesión ordinaria por semana tal y como se ha comentado supra.

La norma reglamentaria citada tiene alguna relación con lo dispuesto en el numeral 35 del Código Municipal, en donde se establece como mínimo celebrar una sesión ordinaria semanal y la competencia del Concejo para acordar la hora y día de sus sesiones. No obstante, ni en el artículo 35 *ibídem* ni el 14 del reglamento mencionado, se regula sobre el pago de las dietas, eso sucede –se regula- en el artículo 30 *ibídem*; motivo por el que no hay mérito para considerar ese artículo 14 en el caso de marras.

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 35 citado sin lugar a duda el Concejo Municipal de Montes de Oca tiene la competencia legal para fijar la hora y días en que sesionará, sobre lo que podrá disponer según lo acuerden sus miembros y siempre y cuando se cumplan los requisitos pertinentes.

No obstante, el pago de las sesiones que celebren –como se ha expuesto supra- es materia reglada por el legislador sin que exista en el ordenamiento jurídico aplicable impedimento alguno para que ese órgano colegiado disponga sesionar ordinariamente más de una vez por semana, sin embargo, legalmente lo que procede es el pago de la primera de esas sesiones que tenga lugar en cada semana, esto independientemente de las circunstancias que medien y de cómo se le denomine a una eventual segunda sesión: si de reposición de una anterior o que se trate de adelantar una próxima.

III. CONCLUSIONES

1. Los criterios jurídicos que emite la Contraloría General de la República en el ejercicio de la potestad consultiva tienen efecto vinculante únicamente para el órgano consultante o bien terceros que hayan sido debidamente incorporados en el proceso consultivo, y por consiguiente no son vinculantes para los terceros ajenos al proceso consultivo, lo cual no quiere decir que los mismos no sean relevantes.
2. No hay impedimento alguno para que las Administraciones Activas en el ejercicio de sus funciones utilicen criterios emitidos por la Contraloría General de la República en los cuales incluso no haya formado parte, toda vez que dichos pronunciamientos que fijan y demarcan una posición jurídica en torno a temas vinculados con la Hacienda Pública y sus componentes, constituyen doctrina legal que busca garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y el manejo de fondos públicos por parte de los sujetos pasivos

de la fiscalización contralora; por consiguiente, dichos criterios necesariamente deben ser considerados como marco de referencia en su quehacer.

3. Referente al tema del pago de dietas por sesiones ordinarias que tengan lugar en la misma semana se comparten los argumentos, desarrollo y conclusiones contenidos en los dictámenes de la Procuraduría General de la República No. C-246-2015 del 9 de setiembre de 2015 y C-054-2016 del 11 de marzo de 2016.

4. En cuanto al pago de dietas de igual manera, manifestar que de conformidad con lo expuesto en el marco de lo que especificó el legislador en el numeral 30 y en relación con el 35, ambos del Código Municipal y, en particular donde se dispone que (...) *Sólo se pagará la dieta correspondiente a una sesión ordinaria por semana y hasta dos extraordinarias por mes (...)*, se reitera lo resuelto en el oficio No. 02364 (DFOE-DL-0201) del 17-2-16 y que en relación con la gestión que nos ocupa, es criterio vinculante de esta Contraloría General de la República que resulta improcedente el pago de la dieta por asistir a una segunda sesión ordinaria que se desarrolle en una misma semana, esto independientemente de las circunstancias que medien y de cómo se le denomine a esa eventual segunda sesión: si de reposición de una anterior o que se trate de adelantar una próxima.

De la manera expuesta, se da por atendida la consulta formulada.

Se le recuerda la importancia de registrarse y utilizar el sistema de la potestad consultiva, de manera que se le pueda brindar un servicio más oportuno y eficiente en la atención de su gestión. Éste se encuentra disponible en el sitio web de la Contraloría General de la República www.cgr.go.cr

Atentamente,

Lic. Roberto Rodríguez Araica.

Gerente Asociado

KSZG/ DMR/FARM
NI: 177
G: 2019000819-1 y 2

