

C-100-2005 7 de marzo del 2005.

MSc. Percy Rodríguez Arguello

Alcalde Municipalidad de Tibás.

S. O.

Estimado señor:

Con la anuencia de la Señora Procuradora General de la República, nos permitimos dar respuesta a su oficio número DA-E-1684-2004 del 28 de octubre del 2004, por medio del cual nos consulta si: "¿pueden entrometerse los regidores en asuntos propios de la administración que realiza el Alcalde con respecto al personal?".

En cumplimiento de lo establecido en el numeral 4º de nuestra Ley Orgánica -Nº 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas-, la presente consulta se acompaña de la opinión del asesor legal, materializada en el oficio LI.475-2004 del 03 de noviembre del 2004, según la cual: acorde con lo dispuesto en el artículo 17 incisos a) y k) del Código Municipal, es en el Alcalde que recaen las potestades de mando, dirección y disciplina del personal a su cargo, exceptuando al auditor, al contador y al secretario del Concejo; así como la facultad de proponer modificaciones a las condiciones laborales de éstos, no debiendo el Concejo transgredir las funciones propias de aquél, cuyas decisiones en materia laboral del personal subalterno carecen de recurso ante éste, confirmándose así que en dicha materia es el Alcalde quien ostenta las citadas potestades sobre el personal subalterno.

De previo a referirnos sobre el particular, ofrecemos disculpas por el atraso en la emisión del criterio solicitado, todo justificado por motivos de fuerza mayor.

I.-Sobre lo consultado.

En diversas oportunidades este Órgano Superior Consultivo se ha referido a temas afines al que ahora se nos consulta, y pese a la imposibilidad de diferenciar tajantemente dentro de la estructura municipal, entre las funciones de gobierno y administración, hemos deslindado adecuadamente las competencias que cada órgano integrante del Gobierno Municipal -entiéndase Concejo y Alcalde- tienen encomendadas.

Al respecto, hemos indicado lo siguiente:

"B.-EL GOBIERNO MUNICIPAL ES TAMBIEN ADMINISTRACION

Como se deriva del texto constitucional y del Código Municipal, el Gobierno Municipal está integrado por dos órganos: un órgano deliberante, el Concejo, y un órgano ejecutivo, el alcalde y sus suplentes. Puesto que la Constitución consideró que el funcionario ejecutivo es parte del Gobierno Municipal, no puede afirmarse que la Carta Política haya hecho un deslinde entre Gobierno y Administración y que, por ende, el ejercicio de la función administrativa resulte incompatible con el concepto de "Gobierno".

El término Gobierno Municipal está referido fundamentalmente a señalar la autonomía organizativa y política de la corporación municipal en orden a los intereses y servicios locales. Se sigue de ello que los órganos encargados del "gobierno municipal" pueden ejercer función administrativa y que en tanto ello es así, son Administración Pública.

Lo anterior es válido tanto para el órgano colegiado llamado a adoptar las decisiones más importantes en orden a los intereses locales, el Concejo, como para el alcalde que no puede ser considerado como un simple funcionario ejecutor de lo dispuesto por el Concejo.

En la resolución N° 5445-99 de 14 de julio de 1999, la Sala Constitucional se refirió al régimen municipal en los siguientes términos:

"En Costa Rica el régimen municipal es una modalidad de la descentralización territorial, según se desprende del párrafo primero del artículo 168 constitucional. Se define, principalmente, en los artículos 169 y 170 de la Constitución Política que señalan, en lo que interesa, que la "administración de los intereses y servicios locales estará a cargo del Gobierno Municipal formado por un cuerpo deliberante de elección popular y de un funcionario ejecutivo que designa la ley" (hoy día Alcalde Municipal); es un "sistema corporativo que goza de autonomía y de recursos económicos propios (competencia presupuestaria)". De esta enunciación de los principales rasgos jurídicos de la institución municipal, resulta absolutamente claro que se derivan ciertos elementos, a saber: la existencia de una jurisdicción territorial para atender los intereses y servicios del nivel local; la constitución de una población fincada en lazos de vecindad, de manera que todo habitante del Cantón es munícipe; el gobierno formado por dos órganos diferenciados (Concejo y Alcalde) con funciones y relaciones entre ellos definidas; la naturaleza corporativa de la institución; garantía constitucional de independencia (autonomía); y la materia objeto de su administración, que está formada por todo aquello que sea o constituya "interés y servicio local". Desde el punto de vista político, las municipalidades son gobiernos representativos con competencia sobre un determinado territorio (cantón), con personalidad jurídica propia y potestades públicas frente a sus munícipes (habitantes del cantón); operan de manera descentralizada frente al Gobierno de la República, y gozan de autonomía constitucionalmente garantizada y reforzada que se manifiesta en materia política, al determinar sus propias metas y los medios normativos y administrativos en cumplimiento de todo tipo de servicio público para la satisfacción del bien común en su comunidad. Puede decirse, en síntesis, que las municipalidades o gobiernos locales son entidades territoriales de naturaleza corporativa y pública no estatal, dotadas de independencia en materia de gobierno y funcionamiento...". La cursiva es del original.

El "gobierno" municipal conlleva para el Concejo el poder de definir políticas, programas de acción, metas y medios normativos y administrativos necesarios para su cumplimiento y ante todo para la satisfacción del interés público local; así como un poder normativo referido a la organización y prestación de los servicios locales, lo que le permite emitir reglamentos autónomos de organización y servicio (Sala Constitucional, resoluciones N° 620-2001 de 15:21 hrs. de 24 de enero de 2001 y 5277-99 de 16:03 de 7 de julio de 1999). Pero también implica el ejercicio concreto de la función administrativa por los órganos competentes.

La competencia del Concejo Municipal deriva de lo dispuesto en el artículo 13 del Código Municipal. Dicha disposición lo configura como el jerarca superior de la Municipalidad y ello tanto en el ejercicio de las atribuciones que podríamos calificar de gobierno como en las propiamente administrativas. Dispone dicho numeral:

"Son atribuciones del Concejo:

- a) Fijar la política y las prioridades de desarrollo del municipio, conforme al programa de gobierno inscrito por el alcalde municipal para el período por el cual fue elegido.*
- b) Acordar los presupuestos y aprobar las contribuciones, tasas y precios que cobre por los servicios municipales, así como proponer los proyectos de tributos municipales a la Asamblea Legislativa.*
- c) Dictar los reglamentos de la Corporación, conforme a esta ley.*
- d) Organizar, mediante reglamento, la prestación de los servicios municipales.*

e) *Celebrar convenios, comprometer los fondos o bienes y autorizar los egresos de la municipalidad, excepto los gastos fijos y la adquisición de bienes y servicios que estén bajo la competencia del alcalde municipal, según el reglamento que se emita, el cual deberá cumplir con los principios de la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494, de 2 de mayo de 1995 y su reglamento.*

f) *Nombrar y remover al auditor o contador, según el caso, y al Secretario del Concejo*

g) *Nombrar directamente, por mayoría simple, a los miembros de las Juntas Administrativas de los centros oficiales de enseñanza y de las Juntas de Educación, quienes solo podrán ser removidos por justa causa.*

Además, por igual mayoría, nombrar a los representantes de las municipalidades ante cualquier órgano o ente que los requiera.

h) *Resolver los recursos que deba conocer de acuerdo con este código.*

i) *Proponer a la Asamblea Legislativa los proyectos de ley necesarios para el desarrollo municipal, a fin de que los acoja, presente y tramite. Asimismo, evacuar las consultas legislativas sobre proyectos en trámite.*

j) *Acordar la celebración de plebiscitos, referendos y cabildos de conformidad con el reglamento que se elaborará con el asesoramiento del Tribunal Supremo de Elecciones, observando, en cuanto a la forma e implementación de estas consultas populares, lo preceptuado por la legislación electoral vigente.*

(...).

k) *Aprobar el Plan de desarrollo municipal y el Plan operativo anual, que el Alcalde Municipal elabore con base en su programa de gobierno.*

Estos planes constituyen la base del proceso presupuestario de las municipalidades.

l) *Conocer los informes de auditoría o contaduría, según el caso, y resolver lo que corresponda.*

m) *Crear las comisiones especiales y las comisiones permanentes asignarles funciones.*

n) *Conferir distinciones honoríficas de acuerdo con el reglamento que se emitirá para el efecto.*

ñ) *Comunicar, al Tribunal Supremo de Elecciones, las faltas que justifiquen la remoción automática del cargo de regidor o alcalde municipal.*

o) *Dictar las medidas de ordenamiento urbano.*

p) *Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta.*

q) *Autorizar las membresías ante entidades nacionales y extranjeras, públicas o privadas, que estime pertinentes para beneficio del cantón.*

r) *Las demás atribuciones que la ley señale expresamente".*

Junto a la actividad política de fijación de las políticas y programas, planes de desarrollo, planes urbanísticos, aprobación del presupuesto, la actividad normativa, el Concejo debe realizar funciones netamente administrativas, como la celebración de distintos contratos,

resolver recursos y el nombramiento de diversos órganos, entre otros. Ergo, desde la perspectiva del Código Municipal no cabe duda de que el Concejo Municipal es órgano de Administración Activa (...) Ello en el tanto en que es un órgano al que le corresponde el ejercicio de funciones administrativas.

Anteriormente indicamos que el Código Municipal obliga al Concejo Municipal a conocer de los informes de auditoría y a adoptar las decisiones correspondientes. Puede, entonces, afirmarse que la Ley de Control Interno no viene a imponer una nueva obligación al Concejo Municipal. El numeral 37 se refiere en primer término al jerarca y el jerarca máximo de la Municipalidad es el Concejo Municipal. En este sentido, la Sala Constitucional, en resolución N° 3683-94 de las 8:48 hrs. de 22 de julio de 1994, señaló:

"...debe indicarse que en cualquier entidad de carácter corporativo (como el Estado o los Municipios) las potestades residuales, valga decir, las competencias de la entidad que no estén atribuidas expresamente por la Constitución o la ley, según el caso, a un órgano específico, le corresponde ejercerlas siempre y sin excepción al jerarca, entendiéndose por tal en el sistema democrático al órgano de mayor representación democrática y pluralista. En el Estado, a la Asamblea Legislativa, en el caso de las Municipalidades al Concejo Municipal, en las personas jurídicas corporativas no estatales, a las Asambleas correspondientes. El valor de este principio se refuerza con el general de derecho público de que las competencias residuales de toda persona jurídica pública le corresponden al jerarca (Junta Directiva -si ésta existe o su equivalente-". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 3683-94 de 8:48 hrs. de 22 de julio de 1994.

Por consiguiente, al establecer el artículo que:

"Informes dirigidos al jerarca. Cuando el informe de auditoría esté dirigido al jerarca, este deberá ordenar al titular subordinado que corresponda, en un plazo improrrogable de treinta días hábiles contados a partir de la fecha de recibido el informe, la implantación de las recomendaciones. Si discrepa de tales recomendaciones, dentro del plazo indicado deberá ordenar las soluciones alternas que motivadamente disponga; todo ello tendrá que comunicarlo debidamente a la auditoría interna y al titular subordinado correspondiente".

Se sigue como lógica consecuencia que el Concejo Municipal debe adoptar las decisiones correspondientes, a efecto de que el "titular subordinado" acate lo recomendado en el Informe. En caso de que discrepe del Informe, corresponderá al Concejo adoptar las soluciones que considere adecuadas y pertinentes.

C.-EL "TITULAR SUBORDINADO"

En el criterio legal que se adjunta se indica que el Titular Subordinado es el Alcalde, por lo que éste es el funcionario de la administración activa responsable de ejecutar lo resuelto por el Concejo Municipal. Por lo que se estima que en aplicación del artículo 37 de la Ley de Control Interno, si el Concejo Municipal recibe un informe de auditoría tendría que ordenar al Alcalde proceder a ejecutar las recomendaciones emitidas en los informes de auditoría.

El funcionario ejecutivo integrante del Gobierno Municipal es hoy día un funcionario de elección popular, lo que implica que goza de una legitimación democrática para el desempeño del cargo. El aspecto democrático se refuerza con la inclusión del plebiscito revocatorio dispuesto en el numeral 19 del Código Municipal. En razón de lo cual no puede ser considerado como un funcionario puramente ejecutivo. Antes bien, la circunstancia misma de que para su elección debe proponer a los electores un programa de gobierno determina un ámbito de acción propio.

La jurisprudencia constitucional y administrativa se ha referido al significado del funcionario ejecutivo en la organización municipal y a la relación que corre entre este órgano y el Concejo Municipal. Dicha jurisprudencia impide considerarlo como un simple subordinado del Concejo Municipal. Y si ello era así en tratándose del anterior Código Municipal con mucha mayor razón bajo el actual, dada la elección popular del citado funcionario y, por ende, su carácter

democrático. En resolución N° 2859-92 de 14:45 hrs. del 8 de septiembre de 1992, el Tribunal Constitucional expresó:

"II- El artículo 169 de la Constitución Política señala que la administración de los intereses y servicios municipales, están a cargo del Gobierno Municipal, formado por un cuerpo deliberante de elección popular y un funcionario ejecutivo que designa la ley, que en este caso particular, es el Código Municipal. De lo anterior se infiere que el Ejecutivo no es sólo un funcionario municipal más, sino, además, un verdadero agente político, responsable de la rama ejecutiva de esa unidad de gobierno autónoma que se denomina Municipalidad. Amplias son sus atribuciones y grandes, por ello, sus responsabilidades, tanto desde el punto de vista legal, como por ser el principal depositario de la confianza popular para la correcta administración y solución de las necesidades comunales, confianza que le es transmitida por la delegación que recibe de la propia Constitución en la norma aquí comentada y de la misma corporación, en virtud del mandato que recibe en el acto de su nombramiento que hace el Concejo. Como administrador general y jefe de las dependencias municipales, encargado de la organización, funcionamiento y coordinación, así como de la correcta ejecución de los acuerdos del Concejo (Art. 57 Código Municipal), tiene funciones políticas, ejecutivas y administrativas y no está subordinado más que a la ley en el ejercicio de sus funciones y al mismo Concejo, en lo que atañe al cumplimiento de los planes, metas y objetivos, la aplicación de los reglamentos y normas internas y la ejecución del presupuesto, facultades que emanan todas del Concejo como manifestación de su propia autonomía. Por ello, bajo ningún concepto se puede entender, que es un simple subordinado de los regidores municipales, quienes sólo pueden indicarle los límites de sus actuaciones, por medio de acuerdos adoptados en deliberación previa, pero nunca en forma individual o fuera de la solemnidad de la sesión. Es decir, los regidores municipales ejercen las funciones de Gobierno Local que se les encomienda por el voto directo de los ciudadanos, únicamente, cuando concurren con sus votos en la adopción de decisiones que atañen a todo el municipio, en el decurso de una sesión legalmente convocada para esos efectos. Consecuentemente, la relación del Ejecutivo Municipal con el Concejo, no es jerárquica propiamente dicha, porque lo esencial de las funciones administrativas que le competen, las ejerce en forma exclusiva y con exclusión del mismo Concejo; en síntesis, conforma la parte "ejecutiva" del Gobierno Municipal y por ello no se le aplican, en sus vinculaciones con la Municipalidad, las regulaciones ordinarias de los demás empleados y funcionarios a que aluden los artículos 149 y 154 del Código de esa materia".

Ahora bien, en relación con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley de Control Interno, dadas las funciones del Alcalde, debe considerarse que este funcionario es Administración activa. Ello en el tanto en que decide, resuelve y ejecuta. Al efecto, cabe recordar que el artículo 17 del Código Municipal le atribuye la condición de **"administrador general y jefe de las dependencias municipales"** y administrar no es sino ejercer actividades de Administración activa. También le atribuye funciones de decisión como son el sancionar o vetar los acuerdos municipales, el autorizar los gastos de la municipalidad. **Por demás, el Código Municipal asigna al Alcalde funciones en materia de personal, incluyendo el poder de nombrar, otorgar permisos y sancionar.** Así como funcionales claramente ejecutivas: la ejecución de los acuerdos municipales y la vigilancia del desarrollo de la política municipal y la correcta ejecución de los presupuestos municipales, entre otras. **No cabe duda, entonces, de que el Alcalde es Administración activa y de que es el jerarca unipersonal de la Municipalidad, sin que pueda hablarse de una relación de subordinación jerárquica respecto de los miembros del Concejo Municipal.**

No obstante, a la luz del artículo 2 de la Ley de Control Interno, dado que el Concejo Municipal es el jerarca máximo de la Municipalidad y en virtud de la definición de "titular subordinado", se sigue que el Alcalde como Administración Activa puede ocupar la posición de "titular subordinado" (posición que por el contrario no puede ser propia del Concejo Municipal puesto que éste es el jerarca máximo). El titular subordinado es un órgano de administración activa responsable de un proceso y puesto que es un funcionario con autoridad para ordenar y tomar decisiones se sigue que no se trata de cualquier funcionario jerárquicamente subordinado. Por el contrario, se trata de un funcionario con potestad de decisión (el término "autoridad" señala que detenta un poder dentro de la estructura orgánica, poder que deriva de la ley), por lo que tiene un grado de responsabilidad alto.

Se sigue de lo expuesto que a efecto de los informes de auditoría, el Alcalde puede ocupar la posición de titular subordinado, aun cuando sea el jerarca unipersonal del Ente. Ello en el tanto le corresponde ordenar la ejecución de los acuerdos municipales y vigilar esa ejecución, así como supervisar el desarrollo de la política municipal, lo que implica que en última instancia es responsable por el logro de los fines municipales. Es por ello que el artículo 36 de la Ley de Control Interno señala que el informe de auditoría puede contener recomendaciones dirigidas a titulares subordinados y que estos deben "ordenar" la ejecución de las recomendaciones. Se está ante el reconocimiento expreso de un poder de jerarquía, aún cuando no sea el jerarca máximo. En igual forma, el artículo 12 reconoce el poder de decisión propio del titular subordinado.

No escapa a la Procuraduría que los informes de auditoría podrían contener recomendaciones respecto de otros "titulares subordinados" de la Municipalidad. No pareciera, empero, que el Concejo Municipal pueda dirigirse directamente al funcionario involucrado a efecto de que proceda a ejecutar las recomendaciones del informe de auditoría. Por el contrario, cabe considerar que lo procedente es que se dirija al Alcalde para que éste, en tanto administrador general de la Municipalidad proceda a hacer cumplir las referidas recomendaciones." (Pronunciamiento C-048-2004 de 2 de febrero de 2004) (Lo destacado es nuestro).

Con base en lo transcrito, resulta innegable la existencia de una subordinación administrativa -no jurídico laboral ni estatutaria- del Alcalde en relación con el Concejo Municipal; reafirmando así la tesis de que el órgano superior jerárquico administrativo de la Municipalidad es el Concejo (Véanse al respecto, los pronunciamientos C-093-2001 de 28 de marzo de 2001, C-048-2004 op. cit. y C-042-2005 de 28 de enero de 2005).

Ahora bien, según explicamos, el Alcalde tiene claramente delimitada su esfera de competencia en materia de personal (art. 17 incisos a) y k) del Código Municipal), pues como administrador general y jefe de las dependencias municipales, debe nombrar, promover y remover al personal de la municipalidad, así como concederle licencias e imponerle sanciones, todo de acuerdo con el Código Municipal y los reglamentos respectivos. En ese sentido pueden verse los artículos 124, 130, 144, 146, 149, incisos c) y d), así como el numeral 150 del Código de cita.

Entre las demás atribuciones y obligaciones que en materia de administración de personal posee el Alcalde, tenemos: el autorizar permutas o traslados horizontales (*artículo 132 Ibidem*), dirimir los conflictos que en materia de evaluación de desempeño se presenten entre un jefe inmediato y el subalterno de éste (*artículo 140 Ibidem*), así como conocer de los recursos de revocatoria y apelación que se interpongan contra las decisiones de los funcionarios que no dependen directamente del Concejo (*artículo 162 Ibid*).

Resulta claro entonces que Alcalde como administrador general y jefe de las dependencias municipales, debe dirigir, organizar y graduar el uso de los recursos humanos y materiales de que dispone, a efectos de maximizar el rendimiento o efectividad de los funcionarios bajo su responsabilidad, en torno a los cuales le fue conferida la necesaria competencia material para ello. Tan es así, que las determinaciones adoptadas por el Alcalde en materia disciplinaria (suspensiones y despidos) solo admiten recurso de apelación ante el correspondiente Tribunal de Trabajo (*incisos d) y g) del artículo 150 Código Municipal*), y las decisiones de los funcionarios que no dependen directamente del Concejo solo pueden ser apeladas ante el Alcalde, en el evento de que éstas se mantengan tras el correspondiente recurso de revocatoria (*artículo 162 Ibid*).

En lo que concierne a los regidores municipales, individualmente considerados, tenemos que las atribuciones o facultades legalmente conferidas a éstos se encuentran establecidas en el artículo 27 del citado Código Municipal. Y en lo que interesa a la presente consulta, al igual que ocurre respecto del Concejo Municipal, su esfera competencial no comprende la materia de administración del personal, la cual reiteramos se encuentra inmersa en las competencias del Alcalde; de forma tal que éstos no podrían intervenir válidamente en la competencia de aquél y los funcionarios municipales dependientes jerárquicamente del Alcalde

no estarían obligados a obedecerlos - *artículo 107 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública* -.

Cabe indicar que la única salvedad que hace el numeral 31, inciso c) de aquel cuerpo normativo, respecto de la prohibición que tienen los regidores municipales de intervenir en asuntos y funciones que le competen específicamente al Alcalde, es el caso de que el Concejo municipal conforme una comisión especial (art 13, inciso m) *Ibídem*) integrada por regidores, con la intención de analizar algún aspecto relacionado con la forma en que el Alcalde dirige, coordina, dispone o en general administra el recurso humano que se encuentra bajo su responsabilidad.

II.-CONCLUSIONES:

1. Por regla general, como administrador general y jefe de las dependencias municipales, el Código Municipal asigna al Alcalde funciones específicas en materia de administración del personal - *con excepción del auditor, contador o Secretario del Concejo* -.
2. Salvo el caso excepcional de que un Regidor o un grupo de ellos, sean designados por el Concejo Municipal en una comisión especial instaurada con el fin de analizar algún aspecto relacionado con la administración del personal subordinado al Alcalde, éstos carecen de competencia para interferir en el poder de dirección y administración que ostenta el Alcalde sobre dicho personal (art. 31 del Código Municipal).
3. Otro supuesto de excepción sería aquél derivado de la aplicación de la Ley de Control interno, referido al caso de informes de auditoría que podrían contener recomendaciones en materia de administración de personal. Frente a lo cual el Concejo Municipal debe dirigirse al Alcalde -como titular subordinado-, para que éste como administrador general de la Corporación territorial proceda a cumplir las referidas recomendaciones.

De Usted muy atentamente,

MSc. Luis Guillermo Bonilla Herrera

PROCURADOR

LGBH/alpm/gvv

1) “La competencia es no solo un principio de organización sino de legalidad administrativa. El principio de legalidad, según antes fue explicado, significa que todo acto del Estado que implique ejercicio de imperio (actuación unilateral) tiene que estar previamente autorizado por una norma. El modo de la autorización es la regulación de las competencias. En virtud de la regulación de éstas, queda predeterminado el efecto jurídico esencial de los actos que han de realizarse o las operaciones materiales de los comportamientos necesarios. La regulación de las competencias, como medición de los poderes de acción del Estado, es el medio de realización del principio de legalidad”. Ortiz Ortiz, Eduardo. “Tesis de Derecho Administrativo”. Tomo II. Biblioteca Jurídica DIKE. Edición 2002. Pp: 51

2) Se exceptúa de dicho personal al Auditor o Contador según sea el caso, así como al Secretario del Concejo (artículo 13 inciso f) Código Municipal.

3) La competencia material es la que refiere “ a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano”. Dromi, José Roberto. “Manual de Derecho Administrativo” Tomo I. Editorial Astrea. 1987. Pp: 116.