

Acta Sesión Extraordinaria No. 13-2002

28 de febrero del 2002

Acta de la Sesión Extraordinaria N°13-2002 celebrada por el Concejo Municipal de Belén, a las seis de la tarde del veintiocho de febrero del dos mil dos, en el Salón de Sesiones de la Municipalidad de Belén, en el Distrito San Antonio.

MIEMBROS PRESENTES: Regidores Propietarios: Licda. Rocío Arroyo Chaves quien preside, Sr. Juan Vianney González Ramírez, Vicepresidente; Prof. Lucrecia González Zumbado, Sr. Jesús María Rojas Araya; y Sra. Ana Cecilia Barrantes Araya. **Regidores Suplentes:** Sr. Desiderio Solano Moya, Sr. Tobías Zárate Bogantes; Sr. Néstor Villegas Murillo; y Sr. Juan Emilio Vargas González. **Síndicos Propietarios:** Licda. María Esmeralda Zamora Ulloa, Srta. Elvia González Fuentes, **Funcionarios Municipales: Auditor Interno:** Eliécer Leitón. **Unidad de Recursos Humanos:** Lic. Víctor Sánchez **Dirección Jurídica:** Doctor Ennio Rodríguez y Lic. Francisco Ugarte, **Dirección del Area Administrativa Financiera:** Jorge González González **Secretaria Municipal:** Sra. Viria Murillo Murillo; **MIEMBROS AUSENTES: Regidores Suplentes:** Sr. Gaspar Rodríguez Delgado; **Síndicos Propietarios:** Srta. Ana Guiselle Rodríguez Chaves; **Síndicos Suplentes:** Sr. Hermes Vásquez Alvarado, y Sr. Juan Luis Mena Venegas; y Sr. Luis Alberto Zumbado Carmona.

CAPITULO I

DISCUSIÓN SOBRE INFORMES AI-06-2001, "PERMISO SIN GOCE DE SALARIO PARA OCUPAR UN PUESTO DE CONFIANZA." Y EL INFORME RH-01-2002 DE LA UNIDAD DE RECURSOS HUMANOS

ARTICULO N° 1. Se atiende al licenciado Víctor Sánchez de la Unidad de Recursos Humanos y al licenciado Eliécer Leitón Auditor Interno de esta Municipalidad, para discutir sobre los informes relacionados con el pago de tiempo extraordinario, emitidos por los encargados de ambos departamentos.

Al respecto el licenciado Víctor Sánchez manifestó que en efecto, previo a un proceso de discusión con el auditor interno, es el Informe de la Auditoría el que se encuentra a derecho con respecto a que no procede el pago de tiempo extraordinario para los colaboradores municipales que tienen cargos de coordinador o puestos de confianza, de conformidad con la normativa vigente.

En la reunión de trabajo realizada el 18 de enero, en donde estuvieron presentes los miembros del Concejo Municipal, el Auditor y el Encargado de la Unidad de Recursos Humanos, también se concluyó la necesidad de realizar una valoración de puestos, para determinar si éstos puestos (coordinadores y funcionarios de confianza) en efecto cumplen con las funciones que ostentan esos cargos y si realmente se les está pagando de acuerdo con sus funciones.

Ampliamente discutido el asunto.

SE ACUERDA: **Primero:** Encargar al Alcalde Municipal de girar instrucciones a la Unidad de Recursos Humanos, para que proceda a realizar un estudio de los puestos de coordinador a efecto de formular las recomendaciones que sean necesarias, en cuanto a sus funciones y valoración. **Segundo:** Que esa unidad efectúe también un estudio del proceso hacendario y formule lo antes posible, una propuesta sobre la organización de ese proceso. **Tercero:** Mantener en todos sus extremos los acuerdos del Capítulo III. Artículo 13 de la Sesión Ordinaria 02-2002, del 8 de enero del 2002. **Cuarto:** Comunicar el presente acuerdo a la Auditoría Interna de esta Municipalidad.

CAPITULO II

ANÁLISIS SOBRE EL “CONVENIO DE COOPERACIÓN PARA LA GESTIÓN DE DESECHOS QUE GENERAN LAS EMPRESAS AFECTADAS AL RÉGIMEN DE ZONA FRANCA”

ARTICULO N° 2. Se atiende al licenciado Francisco Ugarte y al doctor Ennio Rodríguez, de la Dirección Jurídica de esta Municipalidad, quienes exponen el Informe DJ-032, que textualmente dice: “Con aprobación del Director de esta Asesoría Jurídica nos referimos a la solicitud hecha por el Regidor Vianney González Ramírez, y el acuerdo tomado en sesión ordinaria No. 01-2002, celebrada el 3 de enero del presente año, en relación con la validez legal del “Convenio de Cooperación para la Gestión de Desechos que generan las Empresas Afectadas al Régimen de Zona Franca” , otorgado el 18 de diciembre de 1997, por la Municipalidad de Belén y la Asociación de Padres de Familia del Liceo Belén, así como posibles soluciones alternas. Una vez analizada la documentación existente sobre este caso, en forma atenta señalamos:

ANTECEDENTES.

Resaltan como antecedentes los siguientes documentos:

1- Convenio de fecha 18 de setiembre de 1997, suscrito entre el Alcalde Municipal (léase correctamente Ejecutivo Municipal) de Belén Señor Víctor Víquez Bolaños y el Presidente de la Asociación de Padres de Familia del Liceo de Belén, señor Juan R. Vargas Montero, denominado” Convenio de Cooperación para la Gestión de los Desechos que se generan en las Empresas Afectadas al Régimen de Zonas Francas, ubicadas en el Cantón de Belén”.

2- Pronunciamiento del Dr. Francisco Morera Alfaro, Abogado y Asesor Externo de la Municipalidad de Belén de fecha 7 de diciembre del 2000, en el que se analiza el Convenio de marras.

3- Pronunciamiento del Dr. Morera Alfaro, de fecha 12 de febrero del 2000 (sic), en el que se analiza los alcances de una resolución del Convenio supracitado.

4- Informe de Auditoría Interna AI-08-2000, del mes de junio del año 2000, denominado “Informe sobre el Manejo de Mermas, Subproductos y Desperdicios que Desechan las Empresas de Régimen de Zonas Francas”.

5. Informe de la Comisión Encargada de analizar el Convenio precitado.

MARCO JURIDICO APLICABLE

CONTITUCION POLITICA

“ ARTICULO 50:

....Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”.

“ARTICULO 169:

La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal. Formado por un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley”.

CODIGO MUNICIPAL:

a)- Ley N°4574 del 4 de mayo de 1970 y sus reformas, Código vigente al momento de suscribirse el Convenio que se analiza.

“ ARTICULO 67

Las donaciones o préstamos de cualquier tipo de recursos o de bienes muebles o inmuebles, así como su arrendamiento o la extensión de garantías a favor de otras personas, sólo podrán darse cuando una ley especial así lo autorice expresamente; o cuando la donación o el préstamo, no referido a dinero o valores, fuere de interés para el cantón y a favor de una institución estatal, previa anuencia de la Contraloría General de la República, en ambos casos..”.

b) Ley No. 7794 del 30 de abril de 1998 y sus reformas, Código vigente a la fecha.

ARTICULO 62:

La municipalidad podrá usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos y contratos permitidos por este Código y al Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines.

Las donaciones de cualquier tipo de recurso o bienes inmuebles, así como la extensión de garantía a favor de otras personas, solo serán posibles cuando las autorice expresamente una ley especial...”.

LEY ORGANICA DEL AMBIENTE:

“ARTICULO 28:

Es función del Estado, de las municipalidades y de los demás entes públicos, definir y ejecutar políticas nacionales de ordenamiento territorial, tendientes a regular y promover los asentamientos humanos y las actividades económicas y sociales de la población, el aprovechamiento de los recursos naturales y la conservación del ambiente..”

LEY GENERAL DE SALUD:

“ARTICULO 284:

Queda prohibida la recuperación de desechos y residuos sólidos en lugares no aprobados por la autoridad de salud para tales efectos.

Las personas naturales o jurídicas que se ocupen de la recuperación, aprovechamiento comercio, industrialización de tales materias, deberán solicitar permiso previo a la autoridad de salud y ésta podrá otorgarlo cuando se compruebe que los trabajos de selección, recolección, aprovechamiento de los desechos y residuos no impliquen peligro de contaminación del ambiente o riesgos en la salud a las personas que trabajan en tales faenas o de terceros..”

LEY DE ZONAS FRANCAS (LEY N°7210).

“ARTICULO 16:

La propiedad de las mermas, los subproductos y desperdicios que desechen las empresas acogidas al Régimen de zonas Francas, corresponderá prioritariamente a la municipalidad del cantón donde dichas empresas se ubiquen, siempre que puedan ser tratados a nivel local o nacional y no causen peligro a la población; en estos casos, las municipalidades quedan autorizadas para venderlos de modo

directo. Si las mermas, los subproductos y desperdicios no pueden tratarse a nivel local o nacional, será responsabilidad de la empresa darles el tratamiento debido..”.

REGLAMENTO A LA LEY DE ZONAS FRANCAS (No. 29606 H-COMEX Y SU REFORMA DECRETO No. 30124-COMEX)

“ARTICULO 3:

Para efectos de este reglamento, se adoptan las siguientes definiciones:

“Desperdicios”: mercancías remanentes del proceso productivo...

“Mermas”: La proporción en que disminuyen los insumos respecto de su cantidad inicial, después de ser sometidos o utilizados en un proceso productivo....

“Subproductos: Los bienes que se obtienen en forma accesoria al proceso productivo principal...”.

“ARTICULO 79: (TEXTO MODIFICADO DECRETO No. 30124-COMEX-H)

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley No. 7210 y sus reformas, los beneficiarios que decidan desechar , mermas, subproductos y desperdicios, deberán comunicarlo por escrito a la municipalidad del cantón donde se ubiquen. La Municipalidad deberá presentarse a retirar las mermas, subproductos y desperdicios dentro de un plazo de tres días contados a partir de la comunicación, levantando un acta que deberá ser firmada por el funcionario del puesto de aduana.

En caso que la Municipalidad no se presente dentro de ese plazo, o que manifieste no tener interés en obtener dichos bienes, el beneficiario podrá donarlos, destruirlos o nacionalizarlos previo pago de los impuestos de conformidad con lo dispuesto en éste capítulo.

Las Municipalidades podrán establecer convenios con los beneficiarios con el objeto de autorizarlo a entregar directamente a un tercero, designado por la Municipalidad y expresamente establecido en el convenio, las mermas, subproductos y desperdicios, que los funcionarios decidan desechar. Dicha autorización podrá ser otorgada por plazos máximos de seis meses prorrogables y servirá como documento sustituto del acta que debe ser firmada por el funcionario del puesto de aduana.

Una vez suscrito el convenio por las partes, la empresa beneficiaria del régimen de zonas francas no necesitará comunicar a la Municipalidad cada vez, que decida desechar una merma, subproducto o desperdicio, sino que la entregará directamente

a quien haya sido designado en el convenio, en los términos y condiciones allí expuestos.

Los beneficiarios del régimen podrán disponer libremente de los empaques y embalajes de las materias, de las mercancías, de la maquinaria y del equipo adquiridas al amparo del régimen.”

Consideración sobre el artículo 79 del Reglamento a la Ley de zonas Francas (Ley No. 7210):

El texto del artículo antes transcrito, podría resultar inconstitucional, toda vez que se plantea la posibilidad de disponer de mermas, subproductos y desperdicios, sin que se compruebe fehacientemente que la Municipalidad del Cantón respectivo haya procedido a la venta de tales objetos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley de Zonas Francas.

Es decir vía reglamentaria, norma de grado inferior se establece un procedimiento de disposición y manejo de esos bienes, que puede a la postre generar confusión en cuanto a la disponibilidad o no de ciertos materiales, y en cuanto a la posibilidad de incumplir lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley.

III VALIDEZ DEL CONVENIO DE COOPERACION PARA LA GESTION DE LOS DESECHOS QUE SE GENERAN EN LAS EMPRESAS AFECTADAS AL REGIMEN DE ZONAS FRANCAS, UBICADAS EN EL CANTON DE BELEN.

En los informes de referencia citados en el punto anterior, con toda claridad se establece que el Convenio objeto de análisis, carece de validez, es decir no contiene todos los elementos necesarios para ser conforme al ordenamiento jurídico.

En efecto el señor Eliécer Leitón Auditor Municipal, en la sección 2.4 b de su informe señala que en el Considerando Octavo del Convenio, se consignó que el Concejo, en la sesión ordinaria 49-97, había autorizado al Ejecutivo Municipal para firmarlo, sin embargo, comprobó que el acta de esa sesión, no consta ningún acuerdo al respecto. Lo único que existe en el acta, es la referencia a un informe del Ejecutivo Municipal, sobre la firma de un Convenio con la Asociación, lo cual no constituye un acuerdo de aprobación del Concejo Municipal. Sobre el particular literalmente se menciona en el Informe de Auditoría:

“...Lo anterior no constituye un acuerdo expreso del Concejo, mediante el cual de autorizara al Ejecutivo par al suscripción del Convenio. El acuerdo del Concejo era un requisito establecido en el artículo 21 inciso d) del Código

Municipal vigente en el momento en que se firmó el Convenio, por lo tanto, no se cumplió con ese requisito legal...”. (El resaltado no es del original).

Aunado a lo antes expuesto, se expresa en los Informes de Auditoría y en el Pronunciamiento del Dr. Morera Alfaro de fecha 12 de febrero del 2000, otros aspectos que conviene citar:

Expresa el Dr Morera en la página segunda de su informe:

“...I. La disposición de un bien, recurso o ingreso municipal a manera de donación requiere autorización legal expresa. Tal y como lo señalaba el anterior Código Municipal, reiterándose en el artículo 62 del Código

Municipal vigente, las donaciones solo podrán darse cuando una ley especial así lo autorice expresamente.

II.En este mismo artículo 67 citado, del Código anterior y con el cual se llevó a cabo el convenio en mención, establecía una única salvedad en cuanto a la autorización legal expresa, cuando existiera interés para el Cantón y a favor de una institución estatal previa anuencia de la Contraloría General de la República.

III.En el convenio en su artículo 1, la Municipalidad enajena gratuitamente, dona sin estar autorizado para ello, a favor de la Asociación de Padres de Familia del Liceo de Belén, el retiro y gestión de las mermas, desperdicios y subproductos desechados por las Empresas acogidas al Régimen de Zonas Francas, a pesar de que son bienes o recursos que conforme lo establece la Ley 7210 de Zonas Francas en su artículo 16 y en los artículos 3 y 76 del Reglamento a dicha Ley, la propiedad de estos desechos corresponde prioritariamente a las Municipalidades quienes inclusive están legalmente facultadas para hacer venta directa de los mismos.

IV. La Asociación de Padres de Familia del Liceo de Belén es un ente privado que evidentemente no encaja en la excepción anteriormente señalada para el régimen de las donaciones para así válidamente recibirlas, así como tampoco se contó con la anuencia previa de la Contraloría General de la República en su función de control de la legalidad de un acto de disposición de este tipo.

V. De igual manera, aparte de los tres vicios formales invalidativos detallados a nivel de su operación, el convenio presentaba serias deficiencias e incumplimientos de lo pactado....”. (El destacado es nuestro).

En relación con lo transcrito, es oportuno agregar que la Contraloría General de la República en reiterados pronunciamientos ha señalado que la posibilidad de donar, esto es, disponer del patrimonio adquirido con fondos públicos, requiere de una

norma legal que lo autorice en virtud del principio de legalidad. (Ver dictámenes 1641 del 12 de febrero de 1997, y 14292 del 13 de noviembre de 1999, de la División de Asesoría y Gestión Jurídica del Ente Contralor, entre otros).

Por su parte el Informe de Auditoría señala en el punto 2.4 en lo conducente:

“...Al respecto, el artículo 67 del Código Municipal vigente en esa época, estipulaba lo siguiente:

“Las donaciones o préstamos de cualquier tipo de recursos o de bienes muebles o inmuebles, así como su arrendamiento o la extensión de garantías a favor de otras personas, sólo podrán darse cuando una ley especial así lo autorice expresamente; o cuando la donación o el préstamo, no referido a dinero o valores, fuere de interés para el cantón y a favor de una institución estatal, previa anuencia de la Contraloría General de la República, en ambos casos..”.

Al respecto, no se localizó ninguna ley especial que autorice la transferencia de la propiedad de esos recursos, a la Asociación de Padres de Familia del Liceo de Belén....”. (La negrita no es del texto original).

Finalmente como otro aspecto medular, podemos decir que de acuerdo a lo consignado en el Informe de Auditoría de repetida cita, al 15 de junio del año 2000, la personería de la Asociación estaba vencida, según la información que consta en el Registro Público.

Es importante señalar que en lo sustancial el Informe de la Comisión encargada de analizar el Convenio entre La Municipalidad de Belén y la Asociación de Padres de Familia del Liceo de Belén, para la gestión de los desechos que se generan en las empresas afectadas al Régimen de Zona Franca, arriba a los mismos resultados.

Ahora bien, queda claro entonces que en el presente caso no existió un acto válido emitido por el Concejo, en virtud del cual se pudiera suscribir el Convenio en cuestión, lo cual origina una nulidad absoluta, que lo hace inexistente e ineficaz.

En punto a lo anterior la Sala de Casación en la Resolución N° 110 de las 10 horas del 17 de noviembre de 1978, estableció en lo conducente:

“...El ordenamiento jurídico es una unidad, y opera como tal, y el principio de legalidad no hace referencia a una norma específica, sino al ordenamiento entero, de manera que la Administración, que tiene como

función propia realizar determinados fines de carácter público, sólo debe hacerlo dentro de los límites y sobre el fundamento de la ley y el Derecho, sus actos y disposiciones han de ajustarse y ser conformes a Derecho, pues el desajuste y la disconformidad constituyen una infracción al ordenamiento jurídico y les priva de validez, sea en forma actual o potencial, toda Administración, considerada en conjunto y cada acción administrativa aislada están condicionadas por la existencia de un precepto jurídico administrativo que da sustento a esa acción”. (**Lo marcado en negrita no es del original**)

Como bien lo señala el autor Rodolfo Saborío Valverde¹, la idea de validez del acto administrativo remite necesariamente como punto de partida al principio de legalidad, esto es el sometimiento del quehacer de la Administración al ordenamiento jurídico, supuesto recogido en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de Administración Pública..

En ese orden de ideas sería válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil que lo dicta (artículo 128 de la Ley General de Administración Pública), por tal razón las infracciones al ordenamiento originan su invalidez. (artículo 158 íbidem).

Consecuencia de lo anterior, sería que si la infracción al ordenamiento es grave y sustancial se origina la nulidad del acto, la cual en el caso que nos ocupa es absoluta, por no existir la aprobación del Convenio por parte del Concejo Municipal, en los términos que establecía el anterior Código Municipal en el artículo 21 inciso d), asimismo por no existir autorización legal que permita a la Municipalidad de Belén la libre disposición de mermas, subproductos y desperdicios que generan las empresas del Cantón de Belén sujetas al Régimen de zonas Francas; y finalmente por hacerse otorgado la facultad de disponer de los bienes u objetos a un ente privado que incluso en un momento determinado tenía la personería jurídica vencida.

Para mayor abundamiento señala el autor Saborío Valverde “ **Un acto administrativo es absolutamente nulo cuando la gravedad de la infracción**

al ordenamiento jurídico impide la realización de los fines públicos previstos para la concreta función administrativa que se ejerce. La sanción de nulidad absoluta apareja serias consecuencias tanto para la vigencia práctica y jurídica del acto administrativo...”.² Es decir el acto en esos supuestos es

¹ Saborío Valverde (Rodolfo),.Eficacia e Invalidez del Acto Administrativo, San José, Segunda Edición. Ediciones SEINJUSA, 1994, pág. 21.

² Op. Cit pág 97.

ineficaz, no produce efectos jurídicos. (Lo señalado en negrita no es del texto original).

En suma, el Convenio de referencia, es inválido por no ajustarse al ordenamiento jurídico, y a su vez es ineficaz, porque no puede producir efectos jurídicos, lo que lo hace absolutamente nulo, por las razones apuntadas.

Así las cosas, por las condiciones imperantes, y partiendo de la premisa que el Convenio referido se encuentre en ejecución, es necesario adoptar un acuerdo municipal, para que se ordene un procedimiento ordinario, según lo preceptuado en el artículo 308 y siguientes de la Ley General de Administración Pública, para dejar sin efecto el Convenio de repetida cita, otorgando un plazo prudencial para suprimir la actividad, y sin que se deba reconocer indemnización alguna. El procedimiento implicaría un traslado al de cargos al personero de la Asociación de Padres de Familia del Liceo de Belén, en el que se detallen las infracciones al Ordenamiento Jurídico en las que se ha incurrido a saber: 1) Ejecución del Convenio sin contar con la aprobación correspondiente por parte del Concejo Municipal de la Municipalidad de Belén, según lo previsto en el artículo 21 inciso d) del Código Municipal (Ley N°4567 del 4 de mayo de 1970 y sus reformas), vigente al momento de suscribirse el referido instrumento. 2) Disposición de las mermas subproductos o desperdicios a favor de la Asociación de Padres de Familia del Liceo de Belén, sin que exista autorización previa de la Contraloría General de la República, y sin que exista disposición legal que permita la donación o disposición de los referidos objetos por parte de la Municipalidad de Belén., todo de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley N° 7210 (Ley de Régimen de Zonas Francas), y 67 del Código Municipal (Ley No. 4567), vigente al momento de otorgarse el Convenio.

En abono a lo anterior, en el Artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se estipula que cuando un acto o contrato requieran la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de

la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de dicha aprobación, impedirán la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de nulidad absoluta

De la misma forma, al momento de darse el traslado escrito, debe conferirse una audiencia al representante legal de la Asociación con el propósito que haga valer sus derechos, cumplido lo anterior y analizada la prueba de emite la recomendación respectiva.

III ALTERNATIVAS O SOLUCIONES PARA EL MANEJO DE LAS MERMAS, DESECHOS Y SUBPRODUCTOS QUE GENERAN LAS EMPRESAS DEL CANTON DE BELEN, REGULADAS POR REGIMEN DE ZONA FRANCA.

En aplicación del principio de legalidad, entendido en una dimensión más amplia como bloque de legalidad, que sería la sujeción de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, es posible valorar algunas alternativas de solución:

1. El manejo directo de las mermas, desechos o subproductos por parte de la Municipalidad d Belén, para lo cual se tendrían que efectuar los estudios técnicos correspondientes, y adoptar una decisión, según criterios de oportunidad y conveniencia.
2. La suscripción de un Convenio de Cooperación con una Junta Administrativa de algún Colegio, Junta de Educación, o bien una Asociación de bienestar social, en el que se detalle y fundamente por la coincidencia de fines y objetivos de ambas entidades, y se compromete a aportar el transporte, acarreo y personal, la Municipalidad vende los materiales y objetos, y se destinan los recursos o el producto de las ventas a alcanzar la satisfacción de intereses cantonales , como puede ser el desarrollo de la cultura, las ciencias, las artes, programas de educación o de prevención, programas cívicos, compra de materiales y artículos para colaborar con la educación, entre otros.

Consideramos que el referido Convenio debe ser refrendado por la Contraloría General de la República, en el que se defina una adecuado control y fiscalización del manejo de la actividad, por el marco jurídico aplicable al efecto.

3. La tramitación de una contratación directa con alguna Fundación (entes privados de utilidad pública), en virtud de la cual, se establezca que con fundamento en el artículo 16 de al Ley de Zonas Francas (Ley N° 7210), la Municipalidad de Belén, proceda a la venta de los materiales por una suma específica, estimada prudencialmente en forma mensual, cuyo producto ingresará a las arcas municipales para ser destinada a proyectos de interés institucional en los que la población meta son escolares y colegiales. El contrato deberá comprender regulaciones sobre fiscalización y coordinación que resulten necesarias. Asimismo el documento contractual debe ser aprobado por el Concejo Municipal y refrendado por la Contraloría General de la República, si el monto de las venta anuales por su cuantía así lo requiera.

3.1 Experiencia de la Municipalidad de Cartago

Es importante reseñar como referencia, que la Municipalidad de Cartago suscribió un contrato con la Fundación Tecnológica de Costa Rica para el manejo de mermas, subproductos y desechos del Parque Industrial de Cartago, que data del 21 marzo del año 2001. En dicho contrato se estipula la venta de las mermas, subproductos y desechos que se originan prácticamente en toda la zona franca, fijándose como precio de venta a favor de la citada Municipalidad ₡ 2.000.000.00 (dos millones de colones sin céntimos) mensuales.

Se incorpora en el contrato la obligación a cargo de la Fundación de sufragar los gastos originados por la recolección, transporte, almacenamiento, mano de obra y otros gastos. Adicionalmente, se prevé la designación de un coordinador para que enlace a la Municipalidad, a la empresa contratista y a Aduanas, y la creación de una Comisión Especial Municipal de Mermas.

Finalmente se estipula la obligatoriedad de remitir el contrato al refrendo contralor.

4. En virtud de lo previsto en el artículo 16 de la Ley del Régimen de Zonas Francas, corresponde en forma prioritaria a las Municipalidades del país, en cuyas jurisdicciones territoriales se ubiquen las zonas francas, la propiedad de las mermas, subproductos y desperdicios, sin embargo, su Reglamento a través del artículo 79 establece que en el caso que las Municipalidades no se presenten dentro del plazo de tres días, a partir de la comunicación que deben hacer las mencionadas empresas, a fin de disponer de tales materiales, o que manifieste no tener interés en dichos bienes el beneficiario puede donarlos destruirlos o nacionalizarlos, pagando los impuestos correspondientes. Esta constituye la cuarta opción que perfectamente puede acudir la Municipalidad de Belén, una vez que deje sin efecto el convenio analizado.

IV. CONCLUSIONES:

De conformidad con todo lo expuesto, podemos colegir lo siguiente:

1) En virtud de las condiciones imperantes (infracciones al Ordenamiento Jurídico), y partiendo de la premisa que el convenio objeto del presente estudio se encuentre en ejecución, es necesario adoptar un acuerdo municipal, para que se ordene un procedimiento ordinario, según lo preceptuado en el artículo 308 y siguientes de la Ley General de Administración Pública, para dejar sin efecto el Convenio de repetida cita, otorgando un plazo prudencial para suprimir la actividad, y sin que se deba reconocer indemnización alguna.

2) Las alternativas o soluciones que se plantean en el presente oficio, no son absolutas o definitivas, por lo que el Concejo podría valorar otras opciones, las cuales podrían ser oportunamente analizadas por esta Dirección Jurídica.

3) En cuanto a la toma de decisión sobre el futuro manejo de las mermas subproductos y desperdicios que se generan en las empresas ubicadas en el cantón de Belén, y sujetas al Régimen de Zonas Francas, es necesario tutelar los intereses locales y cumplir con lo previsto en el ordenamiento jurídico que ha sido objeto de análisis en el presente dictamen.

Es importante mencionar que ante esta exposición, los señores Desiderio Solano y Juan Emilio Vargas aclaran que por la misma nulidad del presente convenio, la Junta Administrativa del Liceo de Belén, en coordinación con los demás centros educativos han firmado un convenio con las empresas ubicadas en las zonas francas, para la transferencia de desechos, mermas producos y subproductos

SE ACUERDA: Primero: Encargar al Alcalde Municipal el inicio de un procedimiento ordinario para dejar sin efecto el “**CONVENIO DE COOPERACIÓN PARA LA GESTIÓN DE DESECHOS QUE GENERAN LAS EMPRESAS AFECTADAS AL RÉGIMEN DE ZONA FRANCA**”. **Segundo:** Encargar al Alcalde Municipal de Ordenar a la Encargada de la Unidad Ambiental de esta Municipalidad que se realice una identificación de las mermas, productos y subproductos que generan la empresas del cantón, que se ubican en el régimen de zona franca, que están donando estas materias a la Junta Administrativa del Liceo de Belén y otros centros educativos del cantón, así como las recomendaciones correspondientes para su adecuada disposición y que presente un informe al Concejo Municipal. **Tercero:** Comunicar el presente acuerdo a la Auditoría Interna de esta Municipalidad.

CAPITULO III. INFORME DE LA AUDITORIA

ARTICULO N° 3. Se conoce Informe AI-01-2002, “Aguinaldo a Regidores e Impuesto sobre las Dietas y Contrataciones, presentado por el licenciado Eliécer Leitón, Auditor Interno de esta Municipalidad.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Origen del estudio

Este estudio especial se efectuó en atención a una solicitud verbal de la Presidenta del Concejo. Al respecto, se solicitó que se verificara el sustento legal del pago de aguinaldo que realiza la Municipalidad a los regidores.

1.2 Alcance y objetivo

- El estudio comprendió la verificación de lo requerido por la Presidenta del Concejo. También se analizó, por decisión de la Auditoría, el cumplimiento por parte de la Municipalidad, del artículo 23 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.
- En ese artículo se establece la obligación de la Municipalidad, de retener y enterar al Fisco un 15% sobre las dietas que paga a los regidores y un 2% sobre las contrataciones que realiza.

2. RESULTADOS

Mediante la realización del estudio, se determinó lo siguiente:

2.1 Base Legal para el pago de aguinaldo a los Regidores

Según lo ha señalado la Procuraduría en varios pronunciamientos, entre ellos los Nos. C-036-89, C-178-96 y C-176-2001, existen disposiciones en el Estatuto del Servicio Civil, que regulan lo relativo al pago de aguinaldo a los funcionarios cubiertos por ese régimen (artículo 37 inciso g) y otras leyes que disponen el pago de ese beneficio a otros servidores del Sector Público, incluidos los servidores municipalidades. Las leyes a las que hace referencia la Procuraduría, son la No.1835 del 11 de diciembre de 1954, denominada Ley de Pago de Aguinaldo para los Servidores Públicos y la No.1981 del 9 de diciembre de 1955, llamada Pago de Aguinaldo a Servidores de Instituciones Autónomas.

Esta última Ley, la No. 1981, es, en consecuencia, la que resulta de mayor interés para efectos de este estudio. Al respecto, el artículo 1° establece lo siguiente:

“Artículo 1°.- Todas las instituciones autónomas y semiautónomas del Estado y las Corporaciones Municipales están obligadas a pagar a sus funcionarios administrativos y empleados de cualquier clase que sean y cualquiera que sea la forma en que desempeñen sus labores y en que se les pague el salario, figuren o no individualmente sus salarios en los respectivos presupuestos, un sueldo o salario adicional en el mes de diciembre de cada año...” (La negrilla no es del original).

Además, el artículo 5° de esa Ley, señala que:

“Artículo 5°.- Cuando las circunstancias económicas de cada institución lo permitan se podrá conceder los beneficios de esta ley a los miembros de las respectivas Juntas Directivas”.

Sobre el alcance de esa disposición, la Procuraduría señaló en los dictámenes C-036-89, C-178-96 y C-176-2001, éste último del 19 de junio del 2001, lo que se transcribe a continuación:

“Si bien es cierto la última de las normas transcritas extrañamente (hasta podría hablarse de una ficción legal) vino a establecer, por vía de excepción, la

*posibilidad de devengar aguinaldo como producto del pago de dietas, también lo es que esa posibilidad (que incluso depende de circunstancias difíciles de determinar) se limita exclusivamente a los **concejales** y directivos de instituciones autónomas y semiautónomas. (La negrilla no corresponde al original)*

Por otra parte, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Contraloría General de la República, por medio de los oficios No. DAJ-739, del 14 de abril de 1998 y No. 155565-95, señaló la procedencia de ese reconocimiento, con base en lo establecido en el artículo 5° de la Ley 1981. En ese último oficio se señala:

“Así las cosas, consideramos procedente el reconocimiento del pago de aguinaldo a las dietas que reciben los regidores y síndicos municipales por asistir a las sesiones de los Concejos Municipales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley No. 1981-55, en la medida en que cuenten con el contenido presupuestario para ello”.

De acuerdo con lo anterior, existe la posibilidad, por la excepción establecida en la Ley 1981, de pagar aguinaldo a los regidores y síndicos, calculado con base en el monto de las dietas recibidas.

2.2 Impuesto sobre las dietas percibidas

En lo relativo al impuesto sobre los ingresos por dietas, hay que hacer referencia, como lo hace la Procuraduría en el dictamen C-221-2001 del 07 de agosto del 2001, a la normativa vigente antes de agosto del 2001 y a las disposiciones legales aplicables a partir de esa fecha.

El 01 de agosto del 2001, entraron en vigencia algunas modificaciones a la Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley No 7092, efectuadas por medio de la Ley No. 8114, Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria.

2.2.1 Situación existente antes de la Ley 8114

Señala la Procuraduría en el dictamen C-221-2001, que antes de la promulgación de la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria, el inciso b) del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, No. 7092 del 21 de abril de 1988, establecía dentro de los ingresos afectos, los devengados por concepto de dietas. Ese artículo disponía, en lo de interés, lo siguiente:

“Artículo 32.- Ingresos Afectos: A las personas físicas domiciliadas en el país se les aplicará, calculará y cobrará un impuesto mensual, de conformidad con la escala que se señalará sobre las rentas que a continuación se detallan y cuya fuente sea el trabajo personal dependiente, la jubilación o la pensión.../b) Dietas, gratificaciones y participaciones que reciban los ejecutivos, directores, consejeros y miembros de sociedades anónimas y otros entes jurídicos”.

Como se observa, en el párrafo primero de ese artículo 32 y en el inciso b) del artículo 23 de esa misma Ley, se señalaba con claridad que los ingresos afectos (incluidas las dietas), son aquellos generados en ocasión del trabajo en una relación de dependencia.

Sobre ese particular, la Procuraduría había mantenido el criterio, en múltiples dictámenes, que las dietas que percibían los regidores no estaban afectas por el mencionado impuesto, ya que no se originaban en una relación de dependencia o subordinación. En consecuencia, no se daba el hecho generador del impuesto estipulado en la Ley.

A continuación se transcriben, en lo de interés, dos de esos dictámenes. En el C-069-98 la Procuraduría indicó:

“Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría es del criterio que las dietas que perciben los regidores, no están afectas al impuesto establecido en el Título II de la Ley de Impuesto sobre la Renta (inciso b) artículo 30), por cuanto las mismas no tienen su origen en una relación de dependencia o subordinación, requisito sine qua non establecido tanto en el artículo 23 inciso b) como en el 32 inciso b) de la Ley y 29 de su reglamento”.

Asimismo, en el dictamen C-221-2001, del 07 de agosto del 2001, esa entidad estableció lo que se cita a continuación:

“De la normativa transcrita podía deducirse que las rentas que el legislador había gravado hasta ese momento, eran aquellas que percibía el contribuyente como producto de una relación de dependencia o subordinación. Esa dependencia o subordinación debía entenderse - en estos casos- como un estado de limitación de la autonomía, o bien, como aquella situación particular de dependencia jerárquica y/o disciplinaria, que vincula la libre actividad del individuo a las órdenes de otro sujeto./ Así lo entendió reiteradamente esta Procuraduría en diversos dictámenes, mediante los cuales se consolidó la tesis de que los ingresos por dietas, percibidos por miembros de órganos no sujetos a relación de dependencia alguna, no estaban afectos al impuesto sobre la renta. Tal era el caso de las dietas devengadas por los miembros de los órganos superiores de los entes descentralizados y de los órganos con desconcentración máxima. Por el contrario, las dietas percibidas por los miembros de órganos inferiores de los entes descentralizados, o por órganos con desconcentración mínima, sí se consideraban afectos al impuesto, precisamente porque se trataba de rentas percibidas bajo una situación de dependencia”.

2.2.2 Modificaciones efectuadas a la Ley del Impuesto sobre la Renta

En el Alcance No. 53 de La Gaceta No. 131, del 9 de julio del año 2001, se publicó la Ley No. 8114, Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria, mediante la cual se efectuaron varias reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta. En esa oportunidad se modificaron, entre otros los

artículos 23 y 32 de esa Ley. En virtud de esa reforma, el Artículo 23, en lo de interés, se varió de la siguiente manera:

*“Artículo 23. - Retención en la fuente./Toda empresa pública o privada, sujeta o no al pago de este impuesto, incluidos el Estado, los bancos del Sistema Bancario Nacional, el Instituto Nacional de Seguros y las demás instituciones autónomas o semiautónomas, las municipalidades y las asociaciones e instituciones a que se refiere el artículo 3 de esta Ley, está obligado a actuar como agente de retención o de percepción del impuesto, cuando pague o acredite rentas afectas al impuesto establecido en esta Ley. Para estos fines, los indicados sujetos deberán retener y enterar al Fisco, por cuenta de los beneficiarios de las rentas que a continuación se mencionan, los importes que en cada caso se señalan:/a) .../b) Dietas, **provengan o no de una relación laboral dependiente**, gratificaciones y otras prestaciones por servicios personales, en ocasión del trabajo en relación de dependencia. En estos casos, **si los beneficiarios de tales rentas fueren personas domiciliadas en el país, el pagador deberá retener el quince por ciento (15%) sobre los importes que pague o acredite a dichas personas**; si los receptores de la renta fueren personas no domiciliadas en Costa Rica, se retendrán las sumas que correspondan, según lo estipulado en el artículo 59 de esta Ley”.* La negrilla no corresponde al original.

Por otra parte, el artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, según lo menciona la Procuraduría en el dictamen C-221-2001, también fue modificado, por lo que quedó vigente en los siguientes términos:

“Artículo 32. - Ingresos afectos./A las personas físicas domiciliadas en el país se les aplicará, calculará y cobrará un impuesto mensual, de conformidad con la escala que se señalará sobre las rentas que a continuación se detallan y cuya fuente sea el trabajo personal dependiente o la jubilación o pensión u otras remuneraciones por otros servicios personales:.../b) Dietas, gratificaciones y participaciones que reciban los ejecutivos, directores, consejeros y miembros de sociedades anónimas y otros entes jurídicos, aun cuando no medie relación de dependencia”.

Concluye la Procuraduría que con base en los cambios efectuados a la Ley del Impuesto sobre la Renta, todos los ingresos por concepto de dietas, originados o no en una relación de dependencia, se encuentran gravados, a partir de 01 de agosto del 2001, con un 15 %, para efectos del Impuesto sobre la Renta.

Seguidamente se transcribe, en lo de interés, el pronunciamiento C-221-2001 de la Procuraduría:

A juicio de esta Procuraduría, las reformas realizadas al artículo 32 transcrito, las cuales se destacan mediante el subrayado, permiten afirmar que a partir de la vigencia de la Ley de Simplificación y Eficiencia

Tributaria, todas las rentas percibidas por dietas se encuentran gravadas con el impuesto sobre la renta, independientemente de que se hubiesen percibido bajo una relación de dependencia o no./Evidentemente, el legislador puso especial énfasis en ese objetivo, para lo cual gravó las remuneraciones por servicios personales (las dietas son una de ellas) y modificó el hecho generador del impuesto, señalando, expresamente, que las dietas están gravadas aun cuando no medie relación de dependencia.../De conformidad con lo anterior, no cabe duda de que a partir de la vigencia de la Ley n.º 8114 citada, todos los ingresos por dietas, independientemente de las circunstancias en que fueron percibidas, se encuentran gravados con un 15 % de impuesto sobre la renta./Conviene señalar, en todo caso, que la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria entró en vigencia - al menos en lo que respecta a los artículos 19 y 20, que son los que aquí interesan- el 1º de agosto del año 2001. Lo anterior debido a que el artículo 32 de dicha ley, en su párrafo segundo, establece que tales disposiciones entrarían en vigencia a partir del primer día del mes siguiente a la publicación de la Ley, publicación que se produjo en el Alcance n.º 53 de La Gaceta n.º 131, del 9 de julio del año 2001. Tomando en cuenta esa situación, los ingresos por dietas quedaron gravados, en todos los casos, a partir del 1º de agosto del presente año”.

Sobre ese particular, se determinó que a la fecha la Municipalidad no ha cumplido con esa obligación legal, señala en el artículo 23 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de retener y enterar al Fisco, el 15% de las dietas que paga.

2.3 Impuesto sobre los contrataciones

En el inciso g) del artículo 23 del Impuesto sobre la Renta, se establece lo siguiente:

“g) El Estado o sus instituciones, autónomas o semiautónomas, las municipalidades, las empresas públicas y otros entes públicos, en los casos de licitaciones públicas o privadas, contrataciones, negocios u otras operaciones realizadas por ellas, que paguen o acrediten rentas a personas físicas o jurídicas con domicilio en el país, deben retener el dos por ciento (2%) del producto bruto sobre las cantidades mencionadas, aun cuando se trate de pagos a cuenta o adelanto de esas operaciones./El contribuyente podrá solicitar que los montos de las retenciones efectuadas con base en la presente disposición, se acrediten a los pagos parciales citados en el artículo 22 de esta Ley./Esas retenciones deben practicarse en las fechas en que se efectúen los pagos o los créditos que las originen. Las sumas retenidas deberán depositarse en los bancos del Sistema Bancario Nacional o en sus agencias o sucursales, que cuenten con la autorización del Banco Central, dentro de los quince días naturales del mes siguiente a la fecha de la retención./ Los agentes de retención y percepción señalados en esta Ley, deberán presentar una declaración jurada, en los medios que para tal efecto disponga la Administración Tributaria, por las retenciones o

percepciones realizadas durante el mes. El plazo para presentarla será el mismo que tienen para enterar al fisco los valores retenidos o percibidos”.

Mediante el estudio se verificó que la Municipalidad no realiza, en los casos que corresponde, las retención prevista en el inciso g) del citado artículo 23 de la Ley del Impuesto sobre la Renta; en consecuencia está incumpliendo también esa obligación legal.

En relación con lo comentado sobre el impuesto a las dietas y a las contrataciones, es conveniente señalar que el artículo 44 de esa Ley, indica que los agentes de retención que no cumplan con su obligación de retener el importe del impuesto establecido, se harán responsables solidarios de su pago.

3 CONCLUSIONES

Del estudio se concluye lo siguiente:

- a. Las disposiciones contenidas en la Ley 1981, específicamente las contenidas en el artículo 5°, establecen la posibilidad de pagar aguinaldo a los regidores y síndicos, calculado con base en el monto de las dietas recibidas. En consecuencia, el pago que realiza la Municipalidad por ese concepto, resulta procedente.
- b. De acuerdo con el criterio de las Procuraduría General de la República, emitido en varios dictámenes, las dietas que percibieron los regidores antes de que entrara en vigencia la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria, no estaban afectas por el impuesto establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta.
- c. A partir de 01 de agosto del 2001, de conformidad con lo establecido por la Procuraduría, todos los ingresos por concepto de dietas, originados o no en una relación de dependencia, se encuentran gravados con un 15 %, para efectos del Impuesto sobre la Renta, en virtud de las modificaciones a esa Ley efectuadas por medio de la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria.
- d. Según se dispone en el artículo 23 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, la Municipalidad está obligada a actuar como agente de retención del impuesto citado en el inciso anterior, en el caso de las dietas pagadas a los regidores y síndicos. Asimismo, en ese artículo 23, específicamente en el inciso g), se establece la obligación para la Municipalidad de retener un 2% sobre los pagos que realiza a los proveedores.

A la fecha, esas disposiciones legales no han sido cumplidas por la Municipalidad.

4 RECOMENDACIONES

4.1 AL CONCEJO

Recomendación No. 1

Tomar un acuerdo en relación con el presente documento e informar a esta Auditoría sobre lo acordado.

4.2 AL ALCALDE

a. Recomendación No. 2

Tomar las medidas necesarias a efecto de que se dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 23 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. En consecuencia, retener y entregar al Fisco un 15% de los desembolsos que realiza por concepto de dietas, según lo previsto en el inciso b) del mencionado artículo 23 de esa Ley.

Asimismo, retener y entregar al Fisco un 2% sobre las contrataciones que lleva a cabo la Municipalidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 23, inciso g) de la Ley del Impuesto sobre la Renta y en su Reglamento.

b. Recomendación No. 3

Determinar y ejecutar, con la asesoría legal correspondiente, las acciones que procedan, en relación con las sumas no retenidas a la fecha por concepto de dietas y de contrataciones, desde el momento en que entraron en vigencia las disposiciones legales citadas.

c. Recomendación No. 4

Informar a esta Auditoría sobre las acciones tomadas para dar cumplimiento a las anteriores recomendaciones.

SE ACUERDA: Primero: Aprobar en todos sus extremos el Informe AI-01-2002, “Aguinaldo a Regidores e Impuesto sobre las Dietas y Contrataciones”
Segundo: Encargar al Alcalde Municipal el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el presente informe. **Tercero:** Comunicar el presente acuerdo al Auditor Interno de esta Municipalidad.

Sin más asuntos que tratar a las 9:30 p.m. se levanta la Sesión.

Sra. Viria Murillo Murillo
 SECRETARIA MUNICIPAL

Lcda. Rocío Arroyo Chaves
 PRESIDENTA MUNICIPAL

.....ul.....