

Panamá, 15 de julio de 2003.

Honorable Concejal
RENÉ A. GARCÍA
Presidente del Consejo Municipal
Distrito de Los Santos- Provincia de Los Santos

Señor Presidente del Consejo Municipal:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales de servir de consejería jurídica a los servidores públicos administrativos que nos consulten sobre la interpretación de la ley o procedimiento a seguir en un caso concreto; procedo a ofrecer la asesoría solicitada mediante nota de 27 de junio del presente año, por la cual nos solicita opinión respecto a la utilización de las dietas de los Concejales de Corregimiento sin su debida autorización.

Antecedentes

“ Primero: Que la Ley 106 de 8 de octubre de 1973 en su artículo 249, en concordancia con el capítulo V del Funcionamiento del Consejo Provincial de la Ley 51 de 12 de diciembre de 1984, reconocen el derecho de los Concejales (Representantes de Corregimiento) a las dietas por su asistencia a las sesiones ordinarias una vez en el Consejo Provincial.

Segundo: Que el Consejo Provincial, proyecta todos los años un Congreso de Alcalde y Representante el cual se realizará este año en el Hotel Decamerum.

Tercero: Que en reunión ordinaria del Consejo Provincial, se propuso el Congreso de este año 2003, en el Hotel antes mencionado, y se les paso a todos los Concejales una lista de asistencia para todo aquel que quería asistir a dicho evento.

Cuarto: Que posteriormente se hace del conocimiento de los Concejales que existía en el anteproyecto de ley del Presupuesto de tres mil (3,000.00) balboas, en Imprevistos para el

Congreso, pero en el proyecto de ley no se aclaró para que era esta cifra (sólo aparece el reglón de imprevistos) y no se puede utilizar para la referida actividad.

*Quinto: Que en reunión ordinaria del Consejo Provincial, el H.R. **Francisco Israel Rodríguez**, ilustró al Concejo Provincial sobre la no utilización de las Dietas para estos eventos sin la autorización de los concejales, y los que no están de acuerdo para que se les realice el pago correspondiente de sus dietas por asistir a dicha reunión.*

Sexto: Posteriormente llegó al Concejo Municipal de Los Santos, un formulario que solamente representa una ficha de inscripción a la referida actividad y no una autorización para el uso de la dieta. Este formulario no fue firmado por los Concejales que no asistirán a dicho Congreso.

Séptimo: El Concejo Municipal de Los Santos, envió nota al Jefe Regional de Fiscalización en Los Santos, de los Concejales que no asistirán a dicho congreso, manifestando su desaprobación al uso de sus dietas para la realización de este evento, por lo que solicitan se les pague las mismas.

Octavo: El Jefe Regional de Fiscalización, luego de haber manifestado en sesión ordinaria del Concejo Municipal de Los Santos, que no se podía descontar de la dieta de los Concejales sin su autorización expresa; señala que no puede hacer nada para salvar las mismas y que procederá a firmar el cheque a nombre del Hotel antes mencionado donde aparece el total de las dietas a utilizar para la actividad.

Lo que se Consulta

1. Puede el presidente del Concejo Provincial autorizar el uso de las dietas de los concejales de corregimientos sin la aprobación de los mismos para una actividad?
2. Puede el Jefe Regional de Fiscalización refrendar un cheque donde se utilizó las dietas de los Concejales sin la autorización de los mismos?
3. De haber incurrido los funcionarios antes descritos en una falta administrativa, cual es el procedimiento a seguir para recuperar dichas dietas?

Como quiera que son las **dietas** el objeto del conflicto a estudiar, iniciaremos con un breve análisis del concepto.

Se conoce como *dieta* el honorario que los funcionarios de diverso orden devengan durante los días en que realizan una comisión que les ha sido confiada fuera de su residencia oficial; es el **estipendio** que se da a los que ejecutan

comisiones o encargos por cada día en que se ocupan en ellos o por el tiempo que emplean en realizarlos.¹

El jurista Rafael de Pina destaca que la dieta es la cantidad que se asigna a los diputados y senadores, a los vocales de juntas o consejos de administración, a los sinodales de los tribunales de examen, etc., por el ejercicio de sus funciones.²

Es decir, que por el término dieta debemos entender como aquel emolumento, estipendio o retribución adicional al salario que un servidor público municipal recibe por el ejercicio efectivo de determinadas funciones, comisiones o por su asistencia a reuniones específicas, a contrario sensu, si el funcionario público no realiza la tarea o no asiste puntualmente a la reunión no procede su pago, con fundamento al principio de legalidad. Según el principio de legalidad los funcionarios públicos, **incluso los municipales, solamente pueden hacer lo que la Ley autoriza**, principio estatuido en nuestra Constitución Política en sus artículos 17, 18 y 297. (Subrayado de la Procuraduría).

En torno al principio de legalidad, la Corte Suprema de Justicia expresó en su Fallo de 28 de octubre de 1966, de la Sala III de lo Contencioso-Administrativo:

"El principio de legalidad de la Administración Pública mira a una doble vertiente: la positiva, que sustenta la presunción, tan necesaria para la estabilidad de los actos administrativos, de que éstos están basados en el ordenamiento jurídico; la negativa, que perentoriamente le exige a la administración circunscribir su actividad a lo prescrito en dicho ordenamiento, del cual no queda por esta razón ausente lo discrecional que ha de entenderse en el sentido de que la voz tiene en el Estado de Derecho, es decir, como la potestad de dar contenido concreto a cometidos genéricos para los cuales la administración tiene competencia expresa."

Volviendo al tema de la definición de dieta, la Ley N°.106 de 8 de octubre de 1973 "sobre Régimen Municipal" (Gaceta Oficial 17,458 de 10 de octubre de 1973) reformada por la Ley N°.52 de 12 de diciembre de 1984 de 10 de octubre de 1973, en su artículo 24, también reconoce el derecho a los Concejales

¹ Ossorio, M., Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 21ª edic., Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 343

² Diccionario de Derecho, México, Edit. Porrúa, 1977, p. 192

Municipales de cobrar dietas por cada sesión del Concejo en base a una tabla. Por otro lado, debemos aclarar que el concepto dieta; en el Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, lo clasifica de la siguiente forma:

"CODIGO DETALLE 020 HONORARIOS Son los gastos por...
021 Dietas son las retribuciones devengadas por miembros de juntas y comisiones, determinadas en función del número de sesiones". (Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, Dirección de Presupuesto de la Nación del Ministerio de Planificación y Política Económica: 1980, agosto, pág. 27) En cambio, la Ley de Presupuesto para la vigencia fiscal de 1998 (Ley N°.51 de 22 de noviembre de 2002, publicada en G.O. N°.24, 692 de 3 de diciembre de 2002), no incluye entre su normativa general una relativa al concepto dieta.

Nuestro máximo Tribunal de Justicia en cuanto al concepto de dieta se ha pronunciado de la siguiente forma:

"La nueva Enciclopedia Jurídica nos informa que dieta es 'la indemnización y emolumento que los funcionarios públicos y algunas otras personas devengan diariamente por los servicios y **comisiones extraordinarias que prestan fuera de su residencia oficial o por la concurrencia a sesiones de Consejos, Juntas, etc.**' (pág. 448, tomo VII, Barcelona, 1955). Ya aquí, como puede verse, se habla de indemnización y emolumento que se percibe diariamente, o que también puede serlo mensualmente, según se convenga, tratándose de este caso específico de 'dieta a directivos' que viene siendo una especie de 'gasto de representación' por su función y en atención al puesto que se desempeña dentro de la sociedad..." (Auto de 23 de enero de 1980. Demanda interpuesta en representación de BARRAZA y Cía. S.A. para que se declaren nulas las Resoluciones dictadas por la Caja de Seguro Social. Autos y Sentencias de enero de 1980.) (Subrayado nuestro)

Se concluye de las definiciones transcritas que *dieta* es la asignación que reciben, en este caso los miembros del Consejo Municipal, **por el ejercicio de las funciones inherentes al cargo.**

Aclaradas estas nociones jurídicas, pasamos entonces a comentar lo pertinente a las atribuciones directas de los Concejales para la concesión del derecho a dietas y de las facultades de Control Fiscal sobre el efecto.

Es importante subrayar que los miembros del Consejo Provincial son todos funcionarios públicos (*artículo 3 de la Ley 51 de 1984*), cuyo servicio es retribuido a través de un salario y que las **dietas** constituyen un estipendio **por la función que ejercen dentro del Consejo Provincial**. (Artículo 22 de Ley 51/84).

Por las razones expuestas, debemos así mismo recalcar que **el derecho a dieta es un derecho adquirido y personalísimo**.

Los *derechos adquiridos* son aquellos incorporados definitivamente al patrimonio de su titular por haberse cumplido los presupuestos de hecho necesarios, según la ley vigente, para darle nacimiento, por oposición a las '*simples expectativas*', meras '*posibilidades*' de que el derecho nazca. La distinción tiene importancia por cuanto, comúnmente, los ordenamientos disponen que las leyes retroactivas no pueden violar los derechos adquiridos, pero sí las meras expectativas.³

La *expectativa* es cualquier esperanza de lograr alguna cosa, verificándose la oportunidad que se desea, por ejemplo, oficio o herencia en que debe suceder o que le toca, a falta de poseedor.⁴

Los *derechos personalísimos* son los inherentes a la persona y no son transmisibles, como lo son la integridad física y la honra.⁵

Aclaradas estas nociones jurídicas, pasamos entonces a comentar lo pertinente al Consejo Provincial..

Como es de vuestro conocimiento, es la **Ley 51 de 12 de diciembre de 1984** "*Por la cual se regula el funcionamiento de los Consejos provinciales, de conformidad con los artículos 251, 252 y 253 de la constitución Nacional y se subroga la Ley 50 del 26 de junio de 1973*" la que regula todo lo referente a los Consejos Provinciales.

El Capítulo I "*Disposiciones Generales*" empieza con el **artículo 1** señalando que el Consejo Provincial servirá como órgano de consulta, el **artículo 2** indica que tendrá iniciativa para presentar Proyectos de Leyes ante la Asamblea Legislativa, el **artículo 3** como mencionamos anteriormente hace un elenco de los integrantes del Consejo Provincial y el **artículo 4** especifica sus funciones.

³ Ossorio, M., Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Op.cit., p. 312

⁴ Op.cit., p. 410

⁵ Op.cit., p. 324

El Capítulo II “*De las sesiones del Consejo Provincial*” establece en sus **artículos 6 y 7** parte del fundamento para aclarar el conflicto planteado en la presente consulta:

“Artículo 6: Las decisiones del Consejo Provincial se adoptarán en las reuniones ordinarias o extraordinarias que se celebren en la provincia.

Las reuniones extraordinarias se celebrarán cuando la convoque el Presidente o a solicitud de no menos de la tercera parte de sus miembros.

Artículo 7: El quórum estará constituido por más de la mitad de los Representantes de Corregimiento que integran el Consejo Provincial y las decisiones se adoptarán por la mayoría de los representantes presentes.

....”

Aunado a esto, el Capítulo V “*Del funcionamiento del Consejo Provincial*” señala precisamente la normativa relacionada con las **dietas a ser devengadas por el Consejo Provincial:**

“Artículo 21: En desarrollo a los dispuesto en la Constitución Nacional, los Representantes de Corregimientos devengarán una remuneración o emolumentos no menor que la devengada en el período inmediatamente anterior, sin perjuicio de las licencias con sueldo, vacaciones, aumento de salario, décimo tercer mes o cualquier otra prestación a que puedan tener derecho como servidores públicos de una entidad del Estado y serán efectivos a partir de la fecha en que tomen posesión de sus cargos. Estas erogaciones se imputarán al Tesoro Nacional.

....

Artículo 22: Para los efectos de salarios, gastos de representación, viáticos, dietas, combustible o cualquier otro gasto necesario para la buena marcha de los Consejos Provinciales, se cargarán las partidas necesarias al Tesoro Nacional, previa elaboración del presupuesto correspondiente, a través del Ministerio de Planificación y Política Económica.

Nota: Mediante Ley 7 de 21 de diciembre de 1998, se fusionó el Ministerio de Planificación y Política Económica con el Ministerio de Hacienda y Tesoro, creándose el Ministerio de Economía y Finanzas.

Artículo 23: El Consejo Provincial establecerá los mecanismos de entrega de las partidas correspondientes, a las Juntas Comunales, cuyos montos no serán menores a los asignados en el año inmediatamente anterior.

Artículo 24: Los planes para la utilización de la asignación presupuestaria de los Consejos Provinciales serán ejecutados por el Presidente del Consejo Provincial. Tales planes serán diseñados con el concurso de los miembros del Consejo Provincial.

La administración de estos fondos será fiscalizada por el Auditor Provincial respectivo.

Después de haber estudiado la legislación copiada y relativa al conflicto en cuestión, procedemos a contestar la primera inquietud elevada: **¿puede el presidente del Consejo Provincial autorizar el uso de las dietas de los concejales de corregimientos sin la aprobación de los mismos para una actividad?**

Este despacho es de la opinión que no puede el Presidente del Consejo Provincial, disponer del uso de las Dietas de los Honorables Representantes sin la aprobación de los mismos para una actividad. Veamos:

Tal y como destaca en el artículo 7 previamente citado, el **quórum** estará constituido por más de la mitad de los Representantes de Corregimiento que integran el Consejo Provincial **y las decisiones se adoptarán por la mayoría de los representantes presentes.**

Nótese que las decisiones no son adoptadas por un solo directivo, sino que debe entenderse por mayoría es decir, el número entero que sigue a la fracción matemática. Este despacho se pronunció al respecto en la **Vista número 557 de 15 de diciembre de 1997** con relación a un proceso contencioso administrativo de nulidad. Éste casualmente se solicitó en contra del Acta de 26 de mayo de 1997 dictada por el Consejo Provincial de Coordinación de Coclé (escogencia de la Junta Directiva). A continuación exponemos el pasaje relativo a la explicación enunciada:

“...la elección de la nueva Junta Directiva del Consejo Provincial de Coordinación de Coclé se dio con la participación necesaria de los Representantes de Corregimiento para aprobar los asuntos del Consejo, el cual por disposición legal, requiere de la mayoría de los integrantes del Consejo, de manera que el Consejo Provincial al estar conformado por 39 representantes de corregimiento, la mitad sería diez y nueve y medio (19 ½), por lo que

según las reglas de interpretación jurídica, la mayoría la determina el número entero que sigue a la fracción matemática., es decir, veinte (20).”

En congruencia con las disposiciones legales y doctrinales somos de opinión que las decisiones que vayan a afectar a los miembros del Congreso Provincial, debe ser consensuado con todos, de allí nuestra posición de que esta decisión no puede quedar en manos sólo del Presidente o de algunos miembros del Consejo Provincial, dado que es una situación de derecho que debe ser conocida y decidida por todos los Concejales.

Sobre este tema, ya nos hemos pronunciado en Consulta N°.137 en la que se manifestó que **la mayoría relativa de los Representantes de Corregimiento que integran el Consejo Provincial, no es suficiente para adoptar las decisiones discutidas en las reuniones ordinarias o extraordinarias que se celebren en la provincia.**

“En el caso presentado, la decisión que se tomó fue la de aportar la dieta correspondiente al mes de abril para ayudar al financiamiento del Congreso de Representantes que responde a una futura asociación llamada Coordinadora Nacional y que se realizará en el mes de junio.

Sin embargo y como quiera que el derecho a dieta es un derecho adquirido y personalísimo, cabe la posibilidad de que los Representantes de Corregimiento que votaron a favor de la decisión antes descrita, puedan disponer de sus dietas para el propósito alegado.

Los Representantes de Corregimiento que votaron en contra de la decisión adoptada en el Consejo Provincial, no pueden ser afectados por la misma, esto es, sus dietas no podrán ser destinadas a objetivos distintos de los originalmente establecidos.

Al ser la dieta devengada por los Representantes de Corregimiento que integren el Consejo Provincial, un gasto necesario para la buena marcha de los Consejos Provinciales y un estipendio por la función que ejercen dentro del Consejo Provincial, se debe considerar lo siguiente:

1. La dieta es un derecho inherente a la persona y no es transmisible por ningún motivo sin la autorización expresa del individuo en posesión de este derecho.

2. La dieta, por ser una remuneración imputable al Tesoro Nacional, deberá ser refrendada por la Contraloría General de la Nación.

El **refrendo** es la acción y efecto de *refrendar*, de autorizar por medio de la firma hábil para ello; tiene especial importancia con referencia a una de las funciones políticamente atribuidas a cada ministro del Poder Ejecutivo.”⁶ (Adjuntamos copia de la consulta descrita para mayor ilustración.)

Sobre la segunda interrogante, referente a sí **¿Puede el Jefe de Fiscalización refrendar un cheque donde se utilizó las dietas para otras actividades sin la debida autorización de sus beneficiarios?**, es conveniente analizar esta función contenida en la Ley 32 de 1984. Veamos:

Respecto a las funciones de Control Fiscal sobre el efecto, la **Ley 32 de 8 de noviembre de 1984** “*Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*” dispone en su **Título VI “Disposiciones Generales”, artículos 74 y 77** lo siguiente:

“Artículo 74: Toda orden de pago que se emita con cargo al Tesoro Nacional o contra cualquier otro tesoro público deberá ser sometido al refrendo de la Contraloría General, sin cuyo requisito no podrá ser pagada. A tal efecto, la Contraloría verificará:

- a. Que ha sido emitida de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia;
- b. Que está debidamente imputada al presupuesto;
- c. Que la partida presupuestaria respectiva tiene saldo disponible para cubrir la erogación;
- d. Que ha sido emitida para pagar bienes recibidos o servicios efectivamente presentados, salvo las excepciones establecidas en la ley; y
- e. Que el beneficiario de la orden es titular efectivo del crédito.

Artículo 77: **La Contraloría improbará toda orden de pago contra un tesoro público y los actos administrativos que afecten un patrimonio público, siempre que se funde en razones de orden legal y económico que ameriten la medida.** En caso de que el funcionario u organismos que emitió la orden de pago o el acto administrativo insista en el cumplimiento

⁶ Op. cit., p. 843

de aquélla o de éste, la Contraloría deberá cumplirlos o, en caso contrario, pedir a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del pago o del cumplimiento del acto.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el funcionario u organismo encargado de emitir el acto, una vez improbadó éste por la Contraloría, puede también someter la situación planteada al conocimiento del Consejo de Gabinete, de la Junta Directiva, Comité Directivo, Consejo Ejecutivo, Patronato o cualquiera otra corporación administrativa que según el caso, ejerza la máxima autoridad administrativa en la institución, a efecto de que ésta decida si se debe insistir o no en la emisión del acto o en el cumplimiento de la orden. En caso de que dicha corporación decida que el acto debe emitirse o que la orden debe cumplirse, la Contraloría deberá refrendarlo, pero cualquier responsabilidad de que el mismo se derive recaerá, de manera conjunta y solidaria, sobre los miembros de ella que votaron afirmativamente. En caso de que la decisión sea negativa, el funcionario u organismo que emitió el acto o libró la orden se abstendrá de insistir en el refrendo.”

El copiado artículo 74 indica claramente los requisitos a ser verificados por la Contraloría para proceder con una orden de pago, que cuando ésta se emita con cargo **al Tesoro Nacional** o contra cualquier otro tesoro público, será primeramente verificada por la **Contraloría**; y en este caso, **que el beneficiario de la orden sea titular efectivo de la dieta y que se hayan cumplido con las disposiciones legales sobre la materia.**

Por otra parte, si Control Fiscal se negare a refrendar una orden de pago contra las arcas nacionales o cualquier otro tesoro público deberá fundamentarlo en razones de orden legal y económico; sin embargo, si el “funcionario u organismos” que emitió la orden de pago o el acto administrativo, insiste en el cumplimiento de aquélla o de éste, la Contraloría deberá cumplirlo o, pedir a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, se pronuncie sobre la viabilidad del pago o del cumplimiento del acto.

Empero, si el funcionario u organismos encargado de emitir el acto, una vez negado el refrendo por la Contraloría, puede someter la situación planteada a la corporación administrativa que según sea el caso, ejerza la máxima autoridad administrativa de la institución a efectos de que ésta decida si se debe insistir o no en la emisión del acto o insistir en la orden. En caso de que dicha corporación

decida que la orden de pago deba cumplirse la Contraloría lo refrendará. **Pero cualquier responsabilidad que dimanare de ésta, recaerá en forma conjunta y solidaria sobre los miembros que votaron afirmativamente.**

Desde esta perspectiva jurídico-administrativa la Contraloría General de la República le corresponde verificar que los requisitos exigidos para refrendar una orden de pago emitida contra el tesoro nacional se cumplan, de acuerdo con los artículos 74 de la Ley 32 de 1984, para proceder al pago de las dietas a los Representantes de Corregimientos.

Por otro lado y dando respuesta a la tercera inquietud, de mantenerse dicha decisión por parte de Control Fiscal y el Consejo Provincial de utilizar las dietas sin la autorización de los concejales, ambos de conformidad con el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, serían responsables de forma conjunta y solidaria de las consecuencias que sobre este efecto se hayan tomado, de ser este el caso.

Por consiguiente, los afectados (Concejales) pueden denunciar o poner en conocimiento de esta actuación administrativa a la Contraloría General de la República o ejercer las acciones legales ante las instancias jurisdiccionales correspondientes de conformidad con el artículo 97, numeral 7 del Código Judicial.

Con la pretensión de haber orientado y aclarado su solicitud, me suscribo de usted.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.