

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio N° **10871**

11 de noviembre, 2010
DJ-03941-2010

Señora
Rosalba Espinoza Chavarría
Alcaldesa en funciones
MUNICIPALIDAD DE UPALA

Estimada Señora:

Asunto: Consulta relacionada con el reconocimiento de prohibición al abogado de la municipalidad.

Se refiere este Despacho a su oficio sin número, recibido el 28 de octubre pasado, mediante el cual plantea una consulta relacionada con el reconocimiento de prohibición al abogado de la municipalidad, al cual -según se indica- se le viene aplicando dicho reconocimiento “(...) a partir de agosto de 2010, el 65% sobre el salario base (...) de acuerdo al artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios”. La inquietud concreta es la siguiente:

“(...) si dicho pago procede de forma retroactiva, pagándole desde la fecha en que el abogado empezó a laborar para la municipalidad, ya que el funcionario a cargo de dicha asesoría legal, así lo está solicitando, pues alega que él tiene la prohibición desde que ingresó a laborar para la Municipalidad”.

I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De previo a dar respuesta a la interrogante recién transcrita, debe advertirse que en el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica (Ley N° 7428 del 4 de setiembre de 1994) y la Circular N° CO-529 publicada en el diario oficial La Gaceta N° 107 del 5 de junio de 2000, el órgano contralor no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas.

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

Lo anterior no impide, sin embargo, emitir un criterio general respecto a consultas vinculadas con el ámbito competencial de la Contraloría General, definido por el Constituyente y perfilado por el legislador ordinario, máxime cuando se trate de temas o materias abordados previamente por el órgano contralor en el ejercicio de su potestad consultiva.

Vale recalcar, que se trata de consideraciones que se formulan desde una perspectiva general y no respecto a una situación específica e individualizada y que están dirigidas a orientar a la entidad consultante en la toma de sus decisiones.

Por otra parte, y dado que en el oficio de consulta se menciona que la Opinión Jurídica de la Procuraduría General N° OJ-51-2010 del 4 de agosto de 2010, ha servido de fundamento al reconocimiento de prohibición que se viene dando a favor del abogado municipal a partir del año en curso, se advierte, además, que este Despacho no entra a analizar la aplicación y alcances de dicho pronunciamiento al caso concreto.

Finalmente y más allá de las consideraciones generales que de seguido se esbozan en cuanto al pago de prohibición a los abogados de las municipalidades, el órgano contralor no emite criterio en torno a la validez del reconocimiento que se viene llevando a cabo en el caso concreto y tampoco si el abogado municipal cumple o no con los requisitos necesarios y suficientes para ello, extremos cuya determinación compete exclusivamente a esa municipalidad.

II

CRITERIO DEL DESPACHO

En primer término, interesa señalar que esta Contraloría General ha emitido una abundante cantidad de pronunciamientos, en punto al reconocimiento de prohibición a favor de los abogados municipales, en los cuales se ha advertido la situación particular de ese tipo de servidores, a quienes no obstante estar alcanzados por prohibición de conformidad con el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no les puede ser compensada por la ausencia de una norma legal que así lo establezca¹.

Ahora bien, lo que tanto la Contraloría General, como la Procuraduría General han reconocido como una posibilidad excepcional, es que la prohibición pueda serles compensada a los abogados municipales de conformidad con el artículo 118 del Código Tributario y las disposiciones de la Ley N° 5867.

Cabe señalar que lo anterior constituye una posibilidad excepcional frente al vacío existente en el ordenamiento jurídico nacional. De ahí que la compensación opera -sí y solo sí- en circunstancias calificadas cuya configuración debe ser examinada celosamente por cada Administración y que pasan por una vinculación directa de las atribuciones y responsabilidades

¹ Entre otros pueden verse los memoriales de esta Contraloría General N° 10455 (DAGJ-1333) del 8 de octubre de 2008 y N° 767 (DJ-285) del 25 de enero de 2010.

ordinarias y habituales del abogado municipal con la condición de las municipalidades como administraciones tributarias.

Es mejores términos, debe tratarse de un funcionario “(...) *cuyas labores, atribuciones y responsabilidades se vinculen directamente con la determinación de las obligaciones tributarias municipales, de manera que no sea una simple vinculación accesoria con la materia tributaria sino que debe existir una relación esencial y básica, propia del cargo, y en consecuencia consista en una labor continua para el abogado municipal, prevalente y regular en la determinación de las obligaciones tributarias*”.²

De lo recién transcrito se subraya, que esa vinculación de las atribuciones y responsabilidades del abogado municipal -establecidas en el Manual Descriptivo de Puestos o en el contrato realidad si fuera el caso- con la condición de las municipalidades como administraciones tributarias, debe ser directa y no accesoria o circunstancial. Asimismo, debe ser habitual y continua lo cual excluye el reconocimiento en supuestos en los que la función (llámese asesoría en materia consultiva, representación de la municipalidad en procesos judiciales, intervención en procedimientos de fijación o cobro de impuestos, tarifas o precios públicos, etc-) sea ocasional.

Siempre bajo esta tesitura y de cara a lo que plantea el oficio de consulta, debe diferenciarse entre la prohibición en tanto limitación a una libertad fundamental y su compensación económica.

Con relación al punto, si bien, la prohibición debe ser soportada por el abogado municipal desde el momento en que es nombrado en dicho cargo -por tratarse de una restricción que opera de pleno derecho de conformidad con el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³-, nótese que su compensación depende de la vinculación directa de sus atribuciones y responsabilidades con la temática tributaria municipal, lo cual requiere de un análisis por parte de la Administración que así lo acredite, examen que constituye un requisito indispensable que debe cumplirse previamente al reconocimiento y pago de la prohibición.

Es decir, la prohibición se tiene desde que se asume el cargo de abogado municipal, sin embargo, ésta no podrá ser compensada hasta tanto la Administración no realice ese ejercicio y concluya que sí existe la vinculación directa a la que se viene haciendo referencia, extremo que tiene una especial trascendencia frente a un eventual reconocimiento retroactivo.

En ese sentido, la posibilidad de realizar un reconocimiento retroactivo de prohibición al abogado municipal, requeriría comprobar que esa vinculación directa se viene presentando desde el momento a partir del cual se haría el reconocimiento (sea la fecha de nombramiento en el cargo o una posterior según sea el caso), examen que, según lo expuesto, debería darse a la luz del Manual

² Contraloría General, oficio N° 767 (DJ-285) del 25 de enero de 2010.

³ Cabe señalar, que tanto la Contraloría General como la Procuraduría General han advertido, la improcedencia de reconocer dedicación exclusiva a los abogados municipales, habida cuenta que el régimen aplicable a quienes ocupan dicho cargo es el de prohibición (en ese sentido puede verse el dictamen de la Procuraduría General N° C-362-2008 del 7 de octubre de 2008).

Descriptivo de Puestos, o bien, del contrato realidad, esto último porque es frecuente que ese tipo de manuales no estén debidamente actualizados y que en la realidad se asignen y se desempeñen funciones que no siempre están contenidas en dicho documento.

Adicionalmente, la Administración debe tener por acreditado con un grado de certeza, que no se ha dado un ejercicio liberal de la profesión durante el lapso de tiempo que sería reconocido retroactivamente, análisis que también es indispensable de cara a un eventual reconocimiento indebido. Aquí, si bien, la propia municipalidad es quien debe seleccionar el medio que le permita arribar a esa conclusión, debe tomarse en cuenta que el giro de recursos públicos que implicaría un reconocimiento de esa naturaleza exige y demanda, una indagación completa y exhaustiva que fundamente tal reconocimiento e informe de manera necesaria y suficiente la decisión por tomar.

En los términos anteriores dejamos atendida su consulta.

Atentamente,

Licda. Rosa Fallas Ibañez
Gerente Asociada

Lic. Jaínse Marín Jiménez
Fiscalizador

JMJ/ysp
Ci: Archivo Central
NI: 20886
G: 2010002886-1