

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio N° **11620**

26 de noviembre, 2010
DJ-4031-2010

Licenciado
Geovanny Chinchilla Sánchez
Auditor Interno
MUNICIPALIDAD DE FLORES

Estimado Señor:

Asunto: Consulta relacionada con el reconocimiento de prohibición al Abogado Municipal.

Se refiere este Despacho a su oficio N° AI-OF-105-10, recibido el 11 de noviembre pasado, mediante el cual plantea una consulta relacionada con la posibilidad de pagar prohibición al Asesor Legal, tomando en cuenta que el Consejo Municipal de esa corporación, aprobó recientemente una Escala Salarial así como un Manual de Valoración y de Puestos.

En el memorial de consulta se hace referencia, al supuesto de un eventual pago de prohibición al Asesor Legal por recargo de funciones asociadas con la materia tributaria municipal, y también a la restricción contenida en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la sabida ausencia de una norma legal que establezca el porcentaje de compensación respectivo.

I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De previo a dar respuesta a las interrogante planteada, 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 entidades consultantes 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 imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

Lo anterior no impide, sin embargo, emitir un pronunciamiento 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. Esto en el entendido,

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

Cabe subrayar, la particular importancia que lo apuntado tiene en la especie, habida cuenta que la consulta de interés toma como base una situación específica, cual es, el eventual reconocimiento de prohibición al abogado municipal a la luz de la reciente aprobación –según se indica- de una nueva Escala Salarial y un Manual de Valoración y de Puestos, en los cuales se atribuyen a ese profesional tareas vinculadas con la temática tributaria municipal.

Sobre el particular, retomando lo señalado en cuanto a los alcances de este pronunciamiento y por ser extremos que escapan a la competencia del órgano contralor, importa acotar que este último no emite criterio con relación a la situación concreta antes referenciada y tampoco en torno al contenido y aplicación de la Escala Salarial y del Manual de Valoración y de Puestos al caso que nos ocupa. Lo anterior, tomando en cuenta que lo allí dispuesto se podría invocar como sustento a un eventual reconocimiento de prohibición.

Por otra parte, importa señalar que la relativa atenuación en el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Circular N° CO-529, dispuesta a favor de las auditorías internas cuando éstas apelen a la potestad consultiva del órgano contralor (ver disposición N° 8), se da en el marco de la relación especial que corre ente dichas unidades y la Contraloría General.

Ahora bien, esa atenuación no permite ni autoriza, claro está, la remisión de consultas que no satisfagan requerimientos básicos y esenciales como es la claridad en la redacción y también, y esto se subraya con especial énfasis, la obligación de motivar –fundamentar- las consultas, lo cual implica acompañar el criterio del auditor interno respecto a los temas consultados, elementos que este Despacho extraña en la gestión de marras.

Por último, valga mencionar que al igual y como sucede con la Administración Activa, los pronunciamientos que emita el órgano contralor con arreglo a su potestad consultiva, pretenden orientar a las auditorías internas y no sustituirlas, y menos aún, asumir la solución de asuntos o temas propios de dichas unidades, de conformidad con su ámbito funcional de competencias, elementos que siempre deben ser tomados en cuenta de manera previa a remitir consultas a la Contraloría General.

II

CRITERIO DEL DESPACHO

En el marco de lo indicado en el apartado anterior, importa tener presente que la prohibición al ejercicio liberal de la profesión, constituye una restricción impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación completa del servidor a las labores y responsabilidades públicas que le han sido encomendadas y evitar que su interacción

con el ámbito privado ponga en riesgo su atención efectiva, merced al surgimiento -real o potencial- de conflictos de intereses.

Es decir, tal y como lo ha advertido la Contraloría General en anteriores oportunidades, este tipo de restricción está dirigida a asegurar la prevalencia del interés público sobre cualquier interés privado sea personal o de un tercero. Así se ha indicado:

“(...) el legislador, bajo el principio de reserva legal como corresponde a un sistema democrático de libertades públicas, ha considerado conveniente y compatible con las exigencias de un transparente, imparcial, objetivo, ético y correcto ejercicio de la función pública, el disponer que determinados funcionarios públicos y profesionales al servicio del Estado –latu sensu- se dediquen por completo a su función, desvinculándose estrictamente de otras actividades privadas a nivel profesional o empresarial, que pudieran comprometer ya sea esa dedicación o bien generar reales o potenciales conflictos de intereses, para lo cual ha creado todo un régimen de prohibiciones e incompatibilidades, disgregado en diversas normas legales como la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, etc. para prevenir dichas situaciones y generar confianza en la gestión de los asuntos públicos, libres de toda vinculación privada (...)”. (Contraloría General, oficio N° 9318 (DAGJ-2228) del 4 de agosto de 2005)

Asimismo y desde el punto de vista de su contenido, debe tomarse en cuenta que la prohibición entraña una limitación a una libertad fundamental, habida cuenta que impide el ejercicio de la profesión en el ámbito privado¹, rasgo que se pierde de vista cuando se le toma como un mero incentivo económico o se intenta aplicar a cargos públicos sin fundamento legal alguno, pasando por alto la naturaleza restrictiva del instituto y que tanto su interpretación, como aplicación, deben darse en términos igualmente restringidos.

De lo dicho hasta ahora y por implicar una limitación a una libertad fundamental, se tiene que la prohibición –y su respectiva compensación- corresponden a un *régimen legal*, de manera que quien ocupe un cargo público tendrá prohibición –sí y solo sí- cuando una norma legal así lo establezca de manera expresa², salvedad hecha de sentencias judiciales definitivas que así pudieran

¹ “(...) En este sentido, debe tenerse presente que el ejercicio liberal de la profesión ha sido reconocido por la Sala Constitucional como una libertad fundamental. Ahora bien, como cualquier libertad, su ejercicio no es irrestricto, sino que el mismo se encuentra sujeto a una serie de limitaciones impuestas por el Estado, en virtud de que a éste le corresponde ejercer las potestades de fiscalización, regulación, control y disciplina sobre determinadas profesiones liberales tituladas (...)”. (Contraloría General, oficio N° 7150 (DAGJ-1672) del 20 de junio de 2005)

² A modo de ilustración –y entre otras- pueden mencionarse los artículos 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, 34 de la Ley General de Control Interno, 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y las disposiciones de la Ley de Compensación por Pago de Prohibición.

establecerlo y que resultan de obligado acatamiento, de conformidad con los artículos 152 y 153 de la Constitución Política.

Ahora bien, frente al tema en consulta vale señalar que este órgano contralor 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 establezca³.

No obstante, tanto la Contraloría General, como la Procuraduría General, han reconocido como una posibilidad **excepcional**, 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, esto frente al vacío existente en el ordenamiento jurídico nacional.

Debe quedar claro que bajo este supuesto excepcional 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 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*”.⁴

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 tan solo ocasional.

En conclusión, en caso que el Manual Descriptivo de Puestos encargue al abogado municipal, labores y responsabilidades vinculadas de manera directa con la condición de las municipalidades como administraciones tributarias, la posibilidad de compensar la prohibición de conformidad con artículo 118 del Código Tributario y las disposiciones de la Ley N° 5867,

³ 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.

⁴ Contraloría General, oficio N° 767 (DJ-285) del 25 de enero de 2010.

dependerá de la continuidad, habitualidad y permanencia que suponga el ejercicio de tales actividades en los términos arriba señalados, extremos que deben ser analizados por las autoridades municipales bajo su exclusiva responsabilidad y como requisito previo a un eventual reconocimiento.

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: 21917
G: 2010001370