Al contestar refiérase

al oficio N.° 02969

3 de abril, 2013
DFOE-DL-0231

Doctora
Querima Bermúdez Villegas
Alcaldesa Municipal
alcalde-atenas@hotmail.com
MUNICIPALIDAD DE ATENAS
Alajuela

Estimada señora:

Asunto: Solicitud de criterio en torno al pago de prohibición a un funcionario de la Municipalidad de Atenas

Se atiende su oficio MAT-DASA-00124-2013 del 30 de enero de 2013 recibido el pasado 31 de ese mes, complementado con la remisión de la copia del oficio MAT-DGJ-03-02-2013, de 14 de enero del 2013, suscrito por el Máster Crhistian Arias Guerrero, abogado y notario público, recibido por la Contraloría General el 28 de febrero del año en curso.

I. MOTIVO DE LA CONSULTA

Mediante el memorial MAT-DASA-00124-2013 se requiere criterio de la Contraloría General sobre los siguientes asuntos, según se transcribe literalmente:

> "[…]
> ¿Corresponde al Concejo o a la Alcaldía dictar el acto que ordena el inicio de una (sic) proceso contencioso de lesividad en contra de una conducta administrativa cuya validez y legalidad se cuestiona, si está se ejecutó al amparo de la autorización del presupuesto, pero condicionada a que la Alcaldía verificara que efectivamente se dieran las condiciones expuestas como justificación para obtener la aprobación de la Contraloría?
>
> ¿Cuál es el proceso que se debe seguir para dejar sin efecto el acto administrativo, si efectivamente se comprueba que no se están dando las condiciones indicadas como justificación ante la Contraloría?
>
> ¿Se puede considerar un derecho adquirido por el trabajador, el pago del plus salarial de prohibición, aún cuando se determine que ésta fue asignada por ejercer funciones que en la realidad no ejecuta el funcionario?

Habiendo aprobado la Contraloría el presupuesto para el pago de prohibición al Contador, con justificaciones en el ejercicio de funciones de Administración Tributaria, en un estudio especial posterior, efectuado por el mismo Ente Contralor, se determina que las funciones de Contador y de Administración Tributario son incompatibles. ¿Se debe retirar el pago de la prohibición al funcionario y cual (sic) es el procesos (sic) a seguir?
[…]"

II. CONSIDERACIONES GENERALES

Es pertinente señalar que de conformidad con el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N.º 7428 del 7 de setiembre de 1994 y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República[1], el Órgano Contralor no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas.

En el artículo 8 del Reglamento indicado se estipulan los requisitos de presentación y admisibilidad de las consultas dirigidas al Órgano Contralor, dentro de los cuales interesa destacar:

"*Artículo 8º—**Requisitos para la presentación de las consultas**. Las consultas que ingresen para su atención conforme al artículo 29 de la Ley N.° 7428, deberán cumplir los siguientes requisitos: 1. Tratarse de asuntos de competencia del órgano contralor./ 2. Plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.../ 6. Incorporar el criterio jurídico que deberá contener la posición jurídica del sujeto consultante en relación con los aspectos sometidos a consideración del órgano contralor. En casos excepcionales, en los que se acredite que no se cuenta con la asesoría legal, se podrá presentar la consulta sin el estudio legal debiendo fundamentar la posición del consultante./... 8. Señalar medio para recibir notificaciones."*

Por su parte, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo señala que se rechazarán de plano y sin más trámite las consultas *"cuyo objeto principal consista en requerir la resolución de circunstancias concretas que correspondan al sujeto consultante.".*

Cabe resaltar que la potestad consultiva de la Contraloría General tiene como propósito emitir criterios que constituyen insumos para la toma de decisiones por parte de los sujetos consultantes, de ahí que conforme con los requisitos enunciados, no procede que el órgano contralor se refiera a casos o situaciones concretas pues no aportaría un insumo sino que estaría sustituyendo a la propia

[1] Resolución N.° R-DC-197-2011 de las 8:00 horas del 13 de diciembre de 2011, publicado en el Alcance Digital N.° 107 a La Gaceta N.° 244 del 20 de diciembre de 2011.

administración; ello sumado a que lo haría con el riesgo de emitir una posición sin tener un conocimiento suficientemente informado.

Ahora bien, pese a que la gestión presentada en principio no cumplía con lo dispuesto en el artículo 8 incisos 2 y 6, a efectos de no proceder con su rechazo y con la única finalidad de obtener mayores elementos que permitieran valorar la eventual emisión de un criterio general que se ajustara a la potestad consultiva del órgano contralor, se procedió a prevenir la presentación del criterio jurídico relacionado con la situación consultada por medio del oficio N.° DFOE-DL-0184 del 27 de febrero del año en curso.

Así, con el memorial "MAT-DGJ-03-02-2013 CRITERIO SOBRE PROHIBICION A CONTADOR", suscrito por el Máster Crhistian Arias Guerrero, de fecha 14 de enero de 2013, recibido por la Contraloría General vía fax el 28 de febrero, entre otros aspectos, señala que el pago de prohibición solo puede efectuarse por medio de ley, de tal manera que de no existir una norma que defina la obligación del pago no se puede efectuar. Que a partir del momento que la Alcaldía conoce de la situación del caso del pago de prohibición improcedente, debe elevar la declaración ante el Concejo para que éste tome los acuerdos pertinentes en procura del inicio del proceso ordinario de lesividad.

De acuerdo con lo expuesto corresponde señalar. Se confirma que ya la administración municipal de Atenas contaba con un criterio jurídico sobre el tema objeto de consulta. Sin embargo, no se logró obtener elementos que en definitiva le permitieran a la Contraloría General emitir un criterio que no le implique estar administrando de forma conjunta con el consultante —situación que escapa de sus competencias legales y constitucionales—, por lo que procede el rechazo y archivo de la consulta.

Que si bien, respecto del tema del pago de prohibición, la Contraloría General ha mantenido un especial interés en el régimen municipal, lo cierto del caso es que se trata de una materia propia de la determinación de la Procuraduría General de la República, la que mantendría la competencia para emitir criterios con carácter vinculante de conformidad con los términos de su ley orgánica.

En ese sentido, en un afán de colaboración y, de manera general, sin que se tenga como una resolución vinculante girada al caso específico y con un propósito de orientar a ese ayuntamiento a tomar las decisiones y encausar las acciones correspondientes, se procede a indicar lo siguiente:

1- Según criterio de la Procuraduría General de la República N.° C-474-2006, del 21 de noviembre del 2006, las municipalidades tienen la posibilidad de reconocer y pagar la compensación económica denominada "prohibición" a los funcionarios que participan en actividades –con tareas y funciones– bien definidas de la Administración Tributaria y que cumplan con los requisitos estipulados en el artículo 1 de la Ley de Compensación por pago de prohibición No.

5867, verificación que corresponderá hacer la entidad municipal respectiva. De lo contrario, el servidor no podrá ser beneficiarios del emolumento a que hace referencia la citada normativa.

2- Respecto de los temas, sobre ¿a quién? le corresponde dictar el acto de ordenar el inicio de un proceso contencioso de lesividad en contra de una conducta administrativa y ¿cuál es el proceso a seguir para dejar sin efecto el acto administrativo?, el Capítulo Sexto –De las Nulidades- (artículos 158 y siguientes) de la Ley General de la Administración Pública, N.° 6227 y la jurisprudencia correspondiente desarrollan los criterios correspondientes a dichos temas.

Finalmente, es pertinente efectuar una aclaración a la referencia que se hace en su oficio respecto de que la Contraloría General de la República aprobó vía presupuesto, "…el pago de prohibición al Contador, con justificaciones en el ejercicio de funciones de Administración Tributaria…".

Sobre el particular, debe señalarse que la aprobación presupuestaria de la Contraloría General de la República, trata sobre un contenido presupuestario de orden global para la partida de remuneraciones siendo la responsabilidad primaria, directa y exclusiva de las autoridades municipales, la individualización de esa aprobación presupuestaria a los casos concretos, en el tanto es a estas autoridades a quienes corresponde la ejecución del presupuesto, debiendo realizar las verificaciones pertinentes y necesarias a efecto de que la decisión de ejecutar el contenido presupuestario aprobado de manera genérica, se ajuste en todo momento al marco legal.

Atentamente,

GERMAN ALBERTO MORA ZAMORA (FIRMA) Firma Digital

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA * COSTA RICA *

Lic. German Mora Zamora
Gerente de Área

Lic. Ricardo Arias Camacho
Fiscalizador

RAC/GMT/GMZ/zwc

ci Archivo Central

NI 2504 (2012)

G: 2013000741-1