Al contestar refiérase
al oficio N°4996

21 de abril de 2016
DJ-0566-2016

Licenciada
Ivonne G. Campos Romero
Auditora Interna
MUNICIPALIDAD DE VASQUEZ DE CORONADO

Estimada señora:

Asunto: Consulta sobre criterio vinculante en relación con la procedencia del pago por concepto de prohibición a favor del contralor de servicios.

Nos referimos a su oficio N° AU 101-032-16 del 03 de marzo de 2016 -recibido el 07 de marzo de los corrientes- mediante el cual consulta, respecto de los criterios emitidos sobre la procedencia o no del pago por concepto de prohibición favor del contralor de servicios "...cuál de los dos criterios es vinculante en este caso el de la Contraloría General de la República o el de la Procuraduría General de la República?".

Lo anterior por cuanto, según indica en su misiva, ante consulta formulada a la Procuraduría General de la República, esta mediante dictamen C-004-2016 del 11 de enero de 2016 indicó que ""...*al indicar posteriormente al contralor y subcontralor interno se está haciendo alusión a cualquier tipo de funcionario que ejerza en forma específica ese tipo de funciones, dentro de los cuales estarían contemplados obviamente los contralores o subcontralores de servicios./ En este orden de ideas, debemos entender que el cargo de contralor y subcontralor está dispuesto en una acepción realmente amplia, comprendiendo entonces todos los tipos de contralor y subcontralor que existan en la nomenclatura interna que corresponda*.""

Por su parte, este órgano contralor ha indicado, mediante oficio N° 1858 del 09 de febrero de 2016 que "...*debemos señalar que la prohibición al ejercicio liberal de la profesión constituye un (sic) restricción impuesta legalmente a quienes ocupan determinados cargos públicos y que, la nomenclatura de "contralor y subcontralor internos" refiere específicamente a quienes ocupen los cargos de auditor y subauditor internos; por lo que el cago de contralor de servicios no se encuentra incorporado en el listado de cargos públicos alcanzado por dicha prohibición establecida en la Ley 8422 y su reglamento*."

I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De previo a dar respuesta a la 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 Nº 7428 del 4 de setiembre de 1994) y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (Resolución N° R-DC-197-2011 publicada en el diario oficial La Gaceta N° 244 del 20 de diciembre de 2011), **el órgano contralor no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas.**

De manera puntual, en el artículo 8 de la norma reglamentaria antes mencionada se establece, como parte de los requisitos que deben cumplirse al momento de remitir consultas a la Contraloría General, que éstas deben *"(…) 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*".

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). Esto en el entendido, claro está, que se trata de consideraciones que se esbozan desde una perspectiva general y no respecto a una situación específica e individualizada y dirigida 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 legalidad o no de los actos administrativos tendentes al pago de prohibición, es un extremo que compete y es responsabilidad primaria de esa entidad. Bajo esa inteligencia el órgano contralor exhorta a ese gobierno local a que, de previo a lo que disponga sobre el particular, se asegure que cualquier acto de disposición de recursos públicos resulte acorde con el ordenamiento jurídico.

II

CRITERIO DEL DESPACHO

En primer orden, importa señalar, este órgano contralor mantiene y reitera el criterio señalado en los oficios N°16090 (DAGJ-3421-2004) de 14 de diciembre del 2004, 1901 (FOE-SOC-102) del 16 de febrero de 2009), 7929 (DFOE-ED-0546) del 29 de julio de 2009 y 1858 (DJ-0167-2016) del 05 de febrero de 2016 en el sentido de que, la nomenclatura de "contralor y subcontralor internos" refiere específicamente a quienes ocupen los cargos de auditor y subauditor internos; por lo que el cargo de contralor de servicios no se encuentra incorporado en el listado de cargos públicos alcanzado por dicha prohibición establecida en la Ley N° 8422 y su reglamento.

Lo anterior, por tres razones fundamentalmente; en primer término, la prohibición al ejercicio liberal de la profesión constituye una restricción impuesta por ley a quienes ocupan determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación completa del servidor a las labores y responsabilidades públicas que le han sido encomendadas, evitando el surgimiento de conflictos de intereses reales o potenciales.

En segundo lugar, dicha figura entraña una limitación a una libertad fundamental ya que impide el ejercicio de la profesión en el ámbito privado; **de ahí su naturaleza restrictiva, tanto en cuanto a su interpretación como aplicación.** En tal sentido, quien ocupe un cargo público tendrá prohibición si y solo si una norma de rango legal así lo dispone de manera expresa y siendo que la interpretación es de carácter restrictivo no procede ampliar dicha figura a cargos que no se encuentran expresamente consignados en una norma legal.

Así lo ha señalado de manera reiterada la misma Procuraduría General de la República, al indicar expresamente que: "...debe entenderse que la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales constituye un régimen que impone limitaciones al ejercicio de una libertad, de ahí que **su interpretación necesariamente deba ser de corte restrictivo, y por consiguiente, no puede pretenderse extender su aplicación a supuestos no contemplados en la norma**. (dictamen C-422-2005 del 07 de diciembre del 2005; entre otros)

Cabe mencionar, que una de las normas jurídicas –entre otras- que establece la prohibición es el artículo 14 de la Ley N° 8422, en el cual se incluye un listado taxativo de cargos públicos alcanzados por dicha restricción (al respecto ver lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento a la Ley N° 8422 (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J).

En tercer lugar y puntualmente respecto de la referencia a las categorías de contralores y subcontralores internos indicada en dicha norma legal, importa reiterar que tal y como lo establece el artículo 27 del Reglamento Ejecutivo a la Ley N° 8422, **dicha categoría refiere a los auditores y subauditores internos que reflejan -en la norma**

legal- otro tipo de nomenclatura como lo es la de contralor y subcontralor interno, fuera de los cuales ningún otro cargo, como el de contralor de servicios, se entiende cubierto por la prohibición.

En cuanto al cargo de "contralores de servicios", es claro que categoría no está expresamente señalada en el artículo 14 de la ley N° 8422; de ahí que, en virtud de una interpretación restrictiva de la norma, en tanto, como se indicó antes, se trata de una limitación a un derecho fundamental, requiere la denominación expresa del cargo a fin de limitar el ejercicio de la profesión.

En cuanto al carácter vinculante del criterio de este órgano contralor, interesa destacar, la Contraloría General de la República ostenta, en materia de uso, disposición, vigilancia, control y fiscalización de fondos pertenecientes a la Hacienda Pública una competencia prevalente, siento este el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores.

Dicha competencia dispuesta por el constituyente -183 y 184 de la Constitución Política- y perfilada por el legislador ordinario mediante la Ley N° 7428 "Ley Orgánica de la Contraloría General de la República" se concreta además en la potestad de emitir dictamen -de manera vinculante- en aquellos asuntos donde esté de por medio el uso y disposición de fondos públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la ley de cita.

En el particular, en tanto la consulta implica determinar si los contralores de servicios están sujetos al régimen de prohibición previsto en el artículo 14 de la Ley N° 8422 "Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública"; y en tanto ello tiene un efecto directo en la disposición de fondos públicos, existe una competencia prevalente por parte de este órgano contralor.

Así lo ha señalado, de manera acertada, la Procuraduría General de la República, al respecto ha señalado de manera reiterada que:

> *"...**la competencia para dictaminar, con carácter vinculante, sobre los funcionarios que están sujetos al régimen de prohibición previsto en el artículo 14 de la Ley N° 8422 citada, corresponde a la Contraloría General de la República y no a esta Procuraduría***". (OJ-129-2005, del 31 de agosto de 2005, reiterado en los dictámenes C-422-2005, C-133-2006, C-281-2006). (se agregó el destacado)

Adicionalmente, en el dictamen C-422-2005 del 7 de diciembre de 2005 agregó que es en primera instancia a la Administración activa a la que le corresponde determinar los puestos sujetos al régimen de prohibición, no obstante, si:

> "...a pesar del análisis efectuado por la propia administración -utilizando como insumo los criterios emitidos en torno a este tema por este

órgano superior consultivo y por la Contraloría General de la República- persistiera alguna duda, **es en última instancia a la Contraloría a quien corresponde pronunciarse sobre el tema**,...” (se agregó el destacado)

Bajo esta tesitura, se reitera -de manera vinculante- que la prohibición al ejercicio liberal de la profesión constituye una restricción impuesta legalmente a quienes ocupan determinados cargos públicos y que, la nomenclatura de “contralor y subcontralor internos” refiere específicamente a quienes ocupen los cargos de auditor y subauditor internos; por lo que el cargo de contralor de servicios no se encuentra incorporado en el listado de cargos públicos alcanzado por dicha prohibición establecida en la Ley N° 8422 y su reglamento.

En los términos anteriores dejamos atendida su consulta.

Atentamente,

HANSEL ARIAS RAMIREZ (FIRMA)

Firmado digitalmente por HANSEL ARIAS RAMIREZ (FIRMA)
Fecha: 2016.04.21 15:07:32 -06'00'

Lic. Hansel Arias Ramírez
Gerente Asociado

Firmado digitalmente por SONIA FRANCELLA NAVARRO MOYA (FIRMA)
Fecha: 2016.04.21 15:04:01 -06'00'

Licda. Francella Navarro Moya
Fiscalizadora

NI: 6824

Ci: Área de Desarrollo Local - DFOE
Archivo Central

G: 2016002479