

Al contestar refiérase
al oficio N° **11950**

12 de octubre de 2017
DJ-1184

Doctor
Luis Oscar Quesada Esquivel
Alcalde
MUNICIPALIDAD DE VALVERDE VEGA
oscar.quesada@munisarchi.go.cr

Estimado Señor Alcalde:

Asunto: Solicitud de criterio sobre la procedencia del reconocimiento de prohibición.

Se refiere este Despacho a su oficio n° MVV-OA-OF-0672-2017 -recibido el 27 de septiembre pasado-, mediante el cual plantea ante esta Contraloría General las siguientes consultas:

“1.- Pueden (sic) considerarse que los perfiles funcionales que incluyan funciones como *“recepción de pago de impuestos, confección y entrega de recibos, recepción y custodia de fondos, manipulación de valores y dinero”* son concordantes con las tareas de administración, percepción y fiscalización de tributos según lo dispuesto en el inciso e) del artículo 4 del Código Municipal y el artículo 99 del Código de Procedimientos Tributarios?

2.- Se encuentra el puesto de plataformista dentro de los presupuestos jurídicos que lo afectan legalmente al pago de prohibición?

3.- Es procedente reconocer el pago por concepto de prohibición al libre ejercicio de la profesión de los funcionarios municipales que cumplan con los requisitos profesionales necesarios para dicho reconocimiento, a saber, si el funcionario reúne los requisitos académicos que establece el artículo 1 de la Ley N° 5667 de 1975 y sus reformas y tiene la formación académica afín con el cargo que desempeñe, según el Decreto Ejecutivo N° 22614 de 1993 (Reglamento para el pago de compensación económica por concepto de prohibición) y que ejerzan las funciones del proceso de Plataforma de Servicios en las municipalidades?”

2

Cabe mencionar, que como parte de la consulta se adjuntó el oficio n° MVV-DL-OF-35-2017, el cual contiene el criterio legal vertido por la Coordinación de Servicios Jurídicos de dicha municipalidad.

I**CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General se encuentra regulado, en el artículo 29 de la Ley Orgánica n° 7428 del 7 de setiembre de 1994, en el cual se establece que el órgano contralor ejerce la potestad consultiva en el ámbito de sus competencias, de manera que atiende las consultas que al efecto le dirijan los órganos parlamentarios, los diputados de la República, los sujetos pasivos y los sujetos privados no contemplados en el inciso b) del artículo 4, de la indicada ley.

En ese sentido, en el artículo 8 del Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República n° R-DC-197-2011 de las 8:00 horas del 13 de diciembre de 2011 se establecen, las condiciones que rigen el trámite y atención de las consultas que lleguen a presentarse. Concretamente, en sus incisos 1) y 2) se indica lo siguiente:

“Artículo 8º- Requisitos para la presentación de las consultas.

Las consultas que ingresen para su atención conforme al artículo 29 de la Ley No. 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 (...).”

De la normativa anterior se desprende, que las consultas deben estar referidas a materias propias de la competencia natural de la Contraloría General vinculada con la vigilancia de la Hacienda Pública y sus distintos componentes, así como el requisito de que las mismas sean planteadas de forma general y no particular, esto con el objetivo de evitar que se someta al órgano contralor la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante.

Dicho proceder obedece a la naturaleza misma del proceso consultivo, el cual no se ha establecido con la finalidad de sustituir a las Administraciones Públicas en la toma de las decisiones que les corresponden en el ámbito de sus competencias, amén de evitar el riesgo que genera la emisión de un criterio sobre la base de supuestos fácticos y jurídicos que no se conocen a plenitud como para emitir un pronunciamiento suficientemente informado.

3

Bajo esta inteligencia, la potestad consultiva no puede (ni debe) verse como un medio por el cual la Contraloría General sustituye a las Administraciones Públicas en el manejo de situaciones concretas que les corresponde dilucidar, la resolución de conflictos internos que se puedan generar entre los diferentes órganos en el seno de la entidad consultante y, menos aún, la validación o confirmación de conductas previamente adoptadas por la Administración.

Ahora bien, lo anterior no impide emitir un criterio vinculante respecto a consultas relacionadas con el ámbito competencial de la Contraloría General, máxime cuando se trate de temas abordados previamente en el ejercicio de su potestad consultiva, esto en el entendido que se trata de consideraciones que se esbozan desde una perspectiva general y no respecto a una situación específica e individualizada, y que se plantean con el afán de orientar a los consultantes en la toma de sus decisiones.

II CRITERIO DEL DESPACHO

En primer término se consulta, si perfiles funcionales que incluyan funciones tales como la *"recepción de pago de impuestos, confección y entrega de recibos, recepción y custodia de fondos, manipulación de valores y dinero"*, encuadran en la regulación dispuesta en los artículos 4 del Código Municipal y 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Sobre el particular, esta Contraloría omite pronunciarse en torno al extremo planteado, ya que dicha definición no solo desborda el ámbito natural de competencias del órgano contralor, sino que se enmarca dentro de atribuciones propias de esa corporación municipal, a la cual le corresponde determinar si el listado al que se hace referencia corresponde con lo establecido en el artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

En segundo lugar se consulta si el cargo de plataformista se encuentra cubierto por la figura de la prohibición al ejercicio de profesiones liberales, aspecto en torno al cual el órgano contralor procede a formular algunas consideraciones generales atinentes a la prohibición establecida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, esto sin entrar a pronunciarse en cuanto a si el cargo antes relacionado está cubierto –o no– por la restricción de interés.

En primer lugar interesa señalar, que el régimen de prohibición es una restricción impuesta por ley a quienes ocupan determinados cargos públicos, consistente en impedirles el ejercicio liberal de profesiones. Al ser inherente al cargo, la prohibición es ineludible e irrenunciable y con ella se busca evitar que la interacción del funcionario en el

ámbito privado, ponga en riesgo la atención de sus funciones o potencie el surgimiento de conflictos de intereses reales o potenciales.¹

Así las cosas, dado que la sujeción al régimen de prohibición consiste en una limitación a una libertad fundamental, no es posible extenderla o generalizarla a cargos que no están contemplados en la ley, pues 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 expresa.²

Ahora bien, la aplicación de la prohibición materializada en el pago de la compensación económica respectiva requiere el cumplimiento simultáneo de tres requisitos, los cuales constituyen presupuestos necesarios de validez de los reconocimientos que lleguen a darse. Estos requisitos son el funcional, el académico y el profesional.

En primer lugar, el requisito *funcional* que consiste en estar nombrado en un cargo público sujeto legalmente a prohibición y, en ese sentido, pueden mencionarse entre otras la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley N° 8 del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas), la Ley de Compensación Económica por pago de prohibición (Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975), la Ley General de Control Interno (Ley N° 8292 del 31 de julio de 2001), la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004) y el Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Ley N° 4755 del 3 de mayo de 1971), en las cuales se incluye un listado –a veces determinado o bien determinable- de puestos públicos sujetos a la restricción de interés.

Como segundo requisito se encuentra el *académico*, en el sentido que la persona debe poseer un grado académico que la acredite como profesional en determinada área del conocimiento, lo cual debe valorarse en cada caso en particular pues de cada disciplina depende, cuál es el grado académico necesario para ser considerado profesional. Esto último es especialmente importante, ya que no es válido generalizar la licenciatura como grado académico mínimo exigible en todos los casos, toda vez que existen profesiones para cuyo ejercicio liberal basta la obtención de un grado de bachiller.

Aparejado a lo anterior, es importante resaltar que el grado académico que se ostente debe tenerse en relación con una profesión susceptible de ser ejercida de manera liberal, ya que si la profesión que se trate no encaja a ese concepto, el reconocimiento de la prohibición no será posible.

Cabe mencionar, que esas profesiones se definen como aquellas susceptibles de ser ejercidas en el mercado de servicios, caracterizadas comúnmente por no existir una

1Al respecto pueden consultarse los oficios de este órgano contralor n° 3459-2016 (DJ-314) del 10 de marzo del 2016, n° 755-2012 (DJ-66) del 27 de enero de 2012, n° 4583-2011 (DAGJ-559) del 24 de mayo de 2011, y n° 10455-2008 (DAGJ-1333) del 8 de octubre de 2008, y los dictámenes de la Procuraduría General de la República n° C-270-2013 del 29 de noviembre del 2013, y n° C-147-2011 del 29 de junio del 2011.

2Oficio n° 1605-2017 (DJ-0164) del 08 de febrero de 2017.

relación de dependencia entre el profesional y su clientela. Entre los aspectos esenciales de las mismas se requiere, la libertad de juicio del profesional que implica autonomía e independencia en la aplicación de sus conocimientos especializados –acorde con su leal saber y entender- y la existencia de una relación de confianza con el cliente, con una responsabilidad personal derivada de la misma.³

Finalmente, el requisito *profesional* que consiste en la aptitud legal para poder ejercer una profesión calificable –según ya se indicó- como liberal, lo cual incluye desde luego la incorporación profesional cuando así corresponda según el caso. Esto último se subraya con especial énfasis, ya que al igual y como sucede con el grado académico, la incorporación a un colegio profesional tampoco puede generalizarse como requisito obligatorio en todos los casos, habida cuenta que existen profesiones en las cuales la colegiatura no es obligatoria y otras que no cuentan siquiera con un colegio profesional.

Ahora bien en lo que aquí interesa importa destacar, que en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios se establece un régimen de prohibición a quienes ocupen cargos dentro de la Administración Tributaria, impidiéndoles desempeñar en el ámbito privado actividades relativas a la materia tributaria y, así evitar, el surgimiento de eventuales conflictos de intereses actuales o potenciales. En cuanto a este régimen de prohibición aplicado al sector municipal, este órgano contralor indicó en el oficio n° 1605-2017 (DJ-0164) del 8 de febrero de 2017 lo siguiente:

“(...) Por su parte, cuando nos referimos al reconocimiento del pago de prohibición establecido en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios y la Ley de Compensación Económica sobre el Salario Base de Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, la Administración debe tomar en cuenta que el reconocimiento de prohibición exige que las labores, atribuciones y responsabilidades del cargo respectivo **deben estar vinculadas directamente con el proceso tributario –en este caso el municipal-, sea con la determinación, fijación, control, fiscalización, –etc.-, de las obligaciones tributarias.** Lo anterior implica, que esa vinculación -además de directa- debe ser **habitual, permanente, regular y ordinaria**, examen que la Administración debe llevar a cabo en cada caso concreto, tomando en cuenta -amén de los requisitos señalados líneas atrás-, las atribuciones sustantivas y responsabilidades del servidor respectivo a la luz del manual descriptivo de puestos o bien, más allá de lo que en éste se establezca, a partir de las labores y tareas que el funcionario realice en la práctica.” (Resaltado no es del original)

Con apoyo en lo indicado hasta ahora y a fin de dar determinar si un cargo municipal se encuentra cobijado por la prohibición establecida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, debe verificar primero- en cada caso que

³Sobre el particular pueden consultarse las resoluciones de la Sala Constitucional n° 1390 del 31 de enero de 2007 y n° 18141 del 27 de noviembre de 2009.

6

se cumplan los requisitos señalados, es decir, el funcional, el académico, el profesional, amén de establecer si las labores que realiza el funcionario se encuentren vinculadas directamente con el proceso tributario, vinculación que -tal y como se indicó- debe ser habitual, permanente, regular y ordinaria, esto a la luz de lo establecido en el manual de puestos respectivo y en las tareas que el servidor realiza en la práctica.

No sobra advertir, que el reconocimiento de prohibición implica un acto de disposición de recursos públicos, de manera que esa Administración debe ser especialmente en verificar, que los funcionarios a los que se les paga actualmente y a los que se les llegue a reconocer, cumplen a cabalidad con los requisitos necesarios para tal efecto garantizando así la conformidad plena de los pagos con el bloque de legalidad.

Finalmente, le recordamos la importancia de registrarse y utilizar el sistema de la potestad consultiva, de manera que podamos brindarle un servicio más oportuno y eficiente en la atención de su gestión. El mismo lo encuentra en nuestro sitio web www.cgr.go.cr

En los términos anteriores dejamos atendida su gestión.

Atentamente,

Lic. Jaínse Marín Jiménez
Gerente Asociado



DVM/JMJ
NI: 24950
G: 2017003132-1