

Revista de Derecho de la

# Hacienda Pública



ISSN: 2215-3624

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA



Estudios —

Crónicas —

Consultas Relevantes —

Jurisprudencia relevante —

Vol I. 2013



# Consejo Editorial

Revista de Derecho de la Hacienda Pública  
Contraloría General de la República

**Consejo Editorial:**

Sylvia Solís Mora  
Manuel Martínez Sequeira  
Germán Brenes Roselló  
Navil Campos Paniagua  
Luis Diego Ramírez González  
Roberto Rodríguez Araica

**Director de la Revista:**

Roberto Rodríguez Araica

**Asistente:**

Valeria Corrales Rojas

**Revisión Filológica**

Olga Patricia Arce Cascante

**Correspondencia**

Contraloría General de la República  
San José, Costa Rica.

**Teléfono:**

25018368

**Fax:**

22965713

**Correo electrónico:**

[revista.juridica@cgr.go.cr](mailto:revista.juridica@cgr.go.cr)

**Sitio Web:**

<http://revista.cgr.go.cr/>

- a. Revista de Derecho de la Hacienda Pública /
- b. Contraloría General de la República.
- c.
- d. –Vol. 1. (2013)–. San José Costa Rica
- e.
- f. Semestral
- g. ISSN-2215-3624

# Índice

---

## **Editorial** **Presentación**

### **Estudios**

La potestad de realizar auditorías como pilar fundamental de la labor que realiza la Contraloría General de la República en su deber de fiscalizar la Hacienda Pública ..... 2

La potestad de aprobación de presupuestos públicos por parte de la Contraloría General de la República, régimen jurídico vigente ..... 21

Apuntes conceptuales sobre el recurso de objeción ante la Contraloría General de la República ..... 36

Consideraciones básicas sobre la contratación directa autorizada por la Contraloría General de la República ..... 48

Procedimiento de atención de denuncias ante la Contraloría General de la República ..... 61

La legitimación procesal de la Contraloría General de la República: una herramienta para la tutela objetiva de la Hacienda Pública ..... 72

La tutela penal de los deberes de la función pública por parte de la Contraloría General de la República ..... 90

La potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República ..... 100

Potestad consultiva de la Contraloría General de la República ..... 122

### **Crónicas**

Los límites de la autonomía universitaria frente al régimen de control y fiscalización de la Hacienda Pública ..... 139

Consideraciones relevantes sobre el reconocimiento de prohibición al ejercicio de profesiones liberales ..... 141

Recuperación del Dominio Segunda con relación al pago de anualidades a los Alcaldes Municipales ..... 143

# Índice

---

Resoluciones de la Sala Segunda con relación al pago de anualidades a los Alcaldes Municipales .....	145
------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## **Consultas relevantes**

Consulta sobre la potestad de la Auditoría Interna de requerir expedientes de funcionarios municipales, para efectos de desarrollar una investigación, de frente a la Ley de Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, Ley No. 8968 .....	148
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Aplicación del régimen de prohibiciones de los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, para el caso de una persona jurídica en la que figura como apoderado el director de un centro hospitalario, en las contrataciones que promueva un centro hospitalario distinto al que dirige el funcionario alcanzado por la prohibición .....	149
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Aclaración sobre las competencias de la CGR en materia de fiscalización superior, del Ministerio de Hacienda como rector del Sistema de Administración Financiera de la República y del Ministerio de Planificación Nacional, en su condición de rector del Sistema de Planificación Nacional.....	150
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Sobre la aplicación del artículo 131 inciso i) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.....	151
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Donación de bienes a asociaciones de desarrollo integral por parte de las Municipalidades.....	152
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Arrendamiento de instalaciones del Estadio Nacional como actividad ordinaria y obligaciones de la seguridad social .....	153
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Consulta sobre el uso de vehículo discrecional, según el título VII de la Ley N° 9078 “Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial” .....	154
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Contratación de servicios profesionales en Derecho para el Concejo Municipal .....	155
------------------------------------------------------------------------------------	-----

Análisis de varios aspectos de relevancia sobre los Comités Cantonales de Deportes y Recreación .....	156
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

# Índice

---

Consulta sobre el pago de salario escolar a los funcionarios municipales,  
dispuesto por Convención Colectiva y la procedencia del pago a los  
funcionarios que no se encuentran cobijados por la norma convencional;  
finalmente consulta sobre la procedencia del pago al Alcalde Municipal ..... 157

Aplicación de Ley de Control Interno a Fideicomisos ..... 158

## **Jurisprudencia relevante**

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ..... 160

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ..... 161

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ..... 161

Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ..... 162



# Editorial

---

La capacidad de la sociedad para reflexionar, evaluar e innovar su pensamiento es el camino más directo hacia el desarrollo pleno del ser humano como individuo y como colectividad. La ciencia jurídica y en especial el derecho de la hacienda pública no escapan a ese deber de cuestionamiento continuo al que debe someterse cada una de las ideas que orientan el accionar de la administración pública, bajo la premisa absoluta de que un ordenamiento jurídico que no se construya teniendo como eje central la dignidad humana y el bien común, constituye un retroceso a las conquistas que en materia de derechos humanos se han consolidado desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. La Contraloría General de la República como órgano de control ha entendido que en la actual sociedad del conocimiento la democratización de la información es el mecanismo más eficaz para lograr cambios en las personas, que como prestatarias o beneficiarias de los servicios públicos son quienes mejor pueden coadyuvar en la definición de un Estado moderno que brinde oportunidades para el desarrollo pleno de sus habitantes. El proyecto de emitir una revista especializada en temas de carácter jurídico por parte de la Contraloría General de la República es un aporte que valoramos necesario para impulsar esa reflexión profunda y objetiva del derecho de la hacienda pública, cuya meta es que se consolide como un foro de discusión en el que los diferentes actores de la sociedad, públicos o privados, puedan expresar sus propuestas para el mejoramiento de nuestras instituciones jurídicas, en un ambiente constructivo y de profundo respeto a las personas y sus ideas. Confiamos en que la información que se incorpora en este primer volumen y en los siguientes sirva de insumo para todos aquellos que de una u otra forma participan en la toma de decisiones en el marco de nuestro Estado Social Democrático de Derecho. Deseamos que para los lectores de esta nueva herramienta informativa, sus páginas sean fuente de inspiración para asumir su papel como líderes de una Costa Rica que pide de sus ciudadanos el mayor esfuerzo para hacer de nuestro país un lugar mejor.

*Marta Ez Acosta*  
*Marta Acosta Zúñiga*  
Contralora General de la República

# Presentación

---

Tengo el honor de presentar la primera publicación de la Revista de Derecho de la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República, en la que distinguidos funcionarios de esta Institución se asocian al acontecimiento con sus trabajos doctrinarios. Esta iniciativa viene a constituir un paso más para cimentar la labor de investigación y la reflexión jurídica en nuestro medio. Del mismo modo, aprovechar los medios tecnológicos, destacando que su modelo es totalmente digital.

No se puede desconocer que la Contraloría General de la República, como órgano de relevancia constitucional, por medio de sus construcciones jurídicas ha venido dando aportes a los operadores del sector público, así como a la comunidad en general, en concreto lo relacionado al ejercicio del Derecho Público, principalmente con la finalidad de tutelar de forma objetiva la Hacienda Pública y la búsqueda de la correcta utilización de los fondos públicos.

Su labor docente, científica y asesora, ha sido realmente extraordinaria, tanto en su rol de órgano de control y fiscalización, así como fuente de consulta de sus resoluciones, que constituyen un valioso insumo y precedente administrativo para las decisiones que deben tomar las diferentes Administraciones Públicas, con el fin de satisfacer de manera oportuna y eficiente las necesidades de la colectividad.

Con esta herramienta se busca brindar orientación conceptual y parámetros de referencia útiles para los órganos y entes públicos, las auditorías internas, y la ciudadanía en general, en especial, para dotar a los gestores en la toma de decisiones de material moderno, apropiado y suficiente para que cumplan sus funciones de manera eficaz y eficiente, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Como instrumento de expresión de ideas y de información, es importante destacar que también pretende despertar el interés por escribir sobre temas asociados al Derecho de la Hacienda Pública.

Tomando en cuenta la abundante producción jurídica, la revista contiene una serie de secciones para facilitar la ubicación y análisis de los temas que invitamos a reflexión. La misma se encuentra dividida básicamente en cinco apartados: estudios, crónicas, consultas relevantes, jurisprudencia relevante y actualidad jurídica. La primera sección, ESTUDIOS, se trata de artículos de investigación de índole jurídica que se amparen a la temática del régimen de la Hacienda Pública y del Derecho Público en general. En el segundo apartado, CRÓNICAS, se incorporarán comentarios y análisis de sentencias del ámbito judicial relevantes. En la sección de CONSULTAS RELEVANTES, se divulgarán los pronunciamientos jurídicos más trascendentales esgrimidos por el órgano contralor. Finalmente, en

el segmento de JURISPRUDENCIA RELEVANTE, se hará una reseña de las resoluciones judiciales más importantes asociadas a la materia de la Hacienda Pública.

Abrimos este ejemplar, en la sección de ESTUDIOS, con el artículo denominado “La potestad de realizar auditorías como pilar fundamental de la labor que realiza la Contraloría General de la República en su deber de fiscalizar la Hacienda Pública.”, elaborado por la M.P.A. Jennifer Isabel Arroyo Chacón. En un segundo artículo, escrito por la Licda. Marcela Aragón Sandoval, encontramos el tema sobre la potestad de aprobación de presupuestos públicos y su régimen jurídico. Siguiendo el orden de exposición, el Lic. Elard Ortega Pérez, presenta un estudio en el campo de la contratación administrativa, titulado: apuntes conceptuales sobre el recurso de objeción. El cuarto artículo, también dentro de esta misma rama, es de la Licda. María Jesús Induni Vizcaíno, acerca de las consideraciones básicas sobre la contratación directa. El quinto artículo, escrito por el Lic. Carlos Manuel González Barrantes, está dedicado al procedimiento de atención de denuncias que son interpuestas ante este órgano de fiscalización. El sexto artículo expone sobre una de las herramientas para la tutela objetiva de la Hacienda Pública, como lo es la legitimación procesal del órgano contralor, realizado por los funcionarios Francella Navarro Moya, Isabel Rubí Fallas y Jesús González Hidalgo. El Lic. Juan Manuel Jiménez Silva, presenta el séptimo ensayo, en el que desarrolla la tutela penal de los deberes de la función pública. Por su parte, los licenciados Roberto Rodríguez Araica e Iván Quesada Rodríguez, examinan en el artículo octavo, la potestad sancionatoria que ostenta esta entidad fiscalizadora superior en sus diferentes dimensiones, responsabilidad disciplinaria y civil. Por último, el noveno estudio, se encuentra el aporte de la Licda. Rosita Pérez Matamoros, en el que se refiere a la potestad consultiva, esto es, sobre la posibilidad que tiene la Contraloría General de pronunciarse de manera general e interpretar la normativa atinente al ordenamiento jurídico que regula la Hacienda Pública.

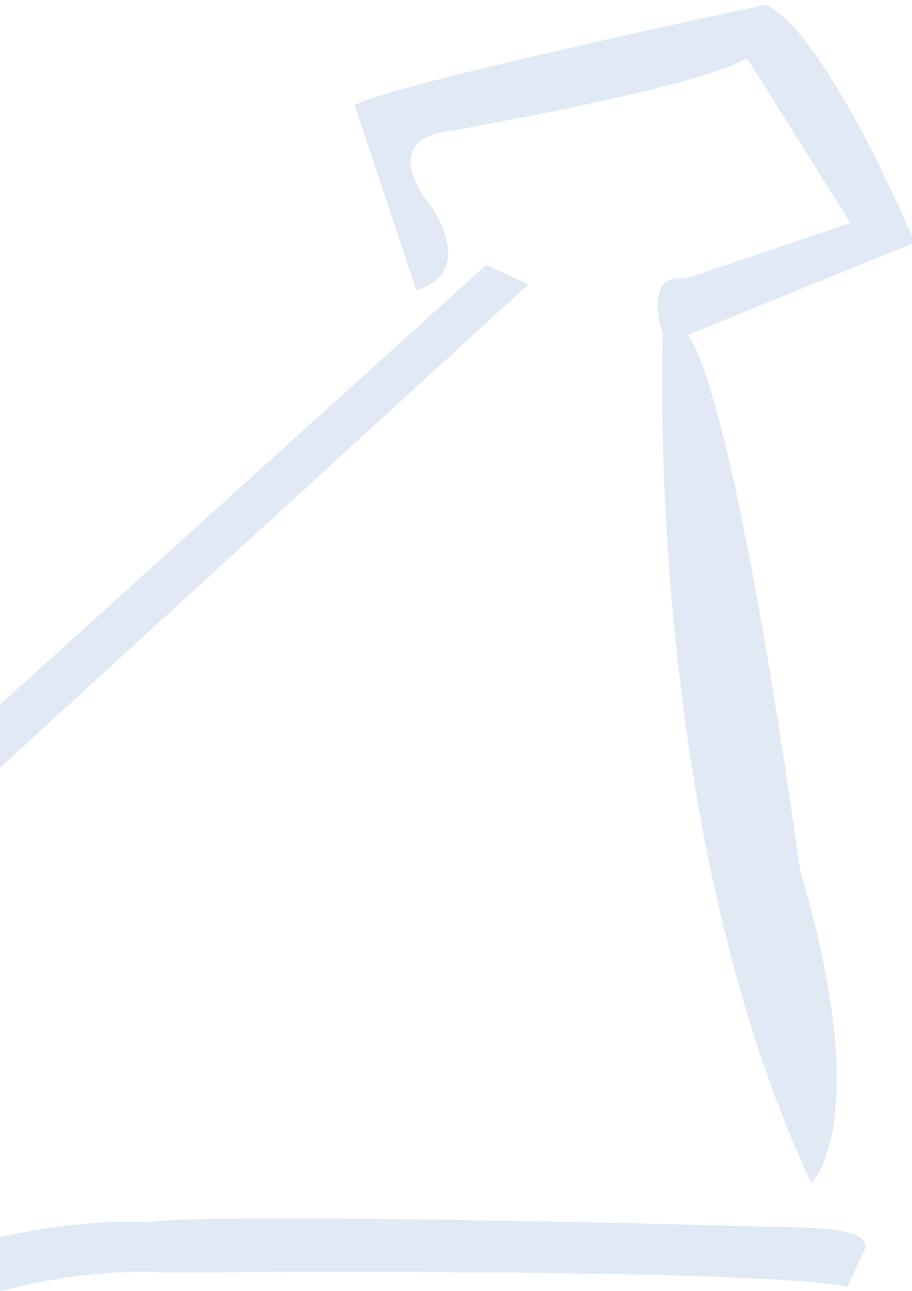
Me permito concluir expresando el deseo de que en los próximos números continuemos reflejando las distintas perspectivas y dimensiones dentro de la materia del Derecho de la Hacienda Pública.



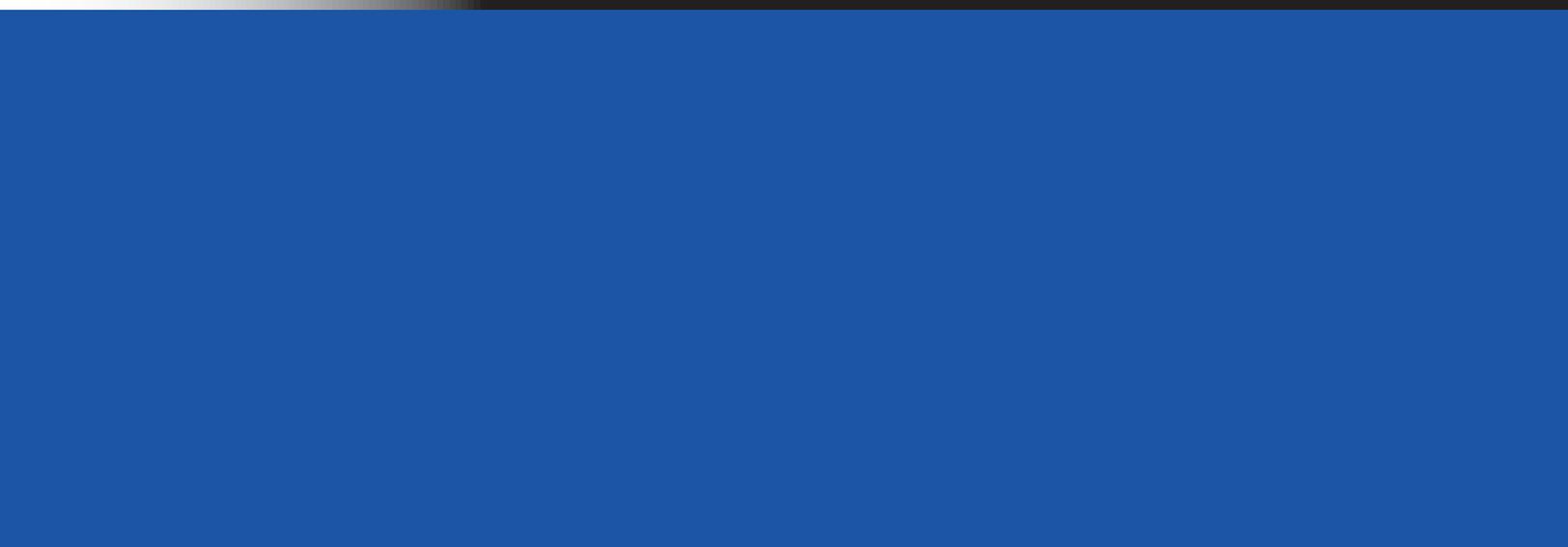
---

*Luis Diego Ramírez González*  
Gerente División Jurídica





**Estudios**



# La potestad de realizar auditorías como pilar fundamental de la labor que realiza la Contraloría General de la República en su deber de fiscalizar la Hacienda Pública

## Sumario

1. Marco jurídico que regula la potestad de realizar auditorías. 2. Alcances y limitaciones del ejercicio de la auditoría. a) Tipos de auditoría. b) Objetivo de las normas que regulan el proceso de auditoría. 3. Responsabilidad de la administración activa. 4. Conclusiones.

M.P.A Jennifer Isabel Arroyo  
Chacón <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Abogada, Contadora Pública Autorizada (auditora) y Administradora Pública, Master en Administración Pública con énfasis en Gestión Pública de la Universidad de Costa Rica. Fiscalizadora de la Contraloría General de la República.

## Introducción

Las Entidades de Fiscalización Posterior (EFS) poseen diversas potestades y funciones, que pueden concordar total o parcialmente entre sí, tales como la potestad de refrendar contratos, la potestad sancionatoria, las potestades jurisdiccionales, potestad de atender denuncias, representación jurisdiccional y similares, en donde existe mucha diversidad y legislación nacional específica. No obstante, la potestad común a todas las EFS es la de realizar auditorías; incluso, podría afirmarse que una institución se puede considerar EFS solo si dentro de las potestades que posee está incluida la de realizar auditorías.

Dada la importancia que posee el ejercicio de dicha potestad, se han emitido normas técnicas que la regulan, con el ánimo de homologar conceptos, diseñar procedimientos objetivos y establecer parámetros de control de calidad. Estas normas han sido diseñadas por organismos internacionales, líderes en la materia, como la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI).

Igualmente, nuestro país posee una serie de normas jurídicas, tanto constitucionales como legales, que regula la potestad de la Contraloría General de la República de realizar auditorías sobre los sujetos pasivos de su fiscalización.

Se debe considerar la necesidad de vinculación entre la normativa nacional e internacional aplicable a la materia y que el contenido de dichas normas, si bien respeta las particularidades propias del país, tampoco puede incluir variaciones significativas que desvirtúen el concepto que se pretende aplicar en el ámbito internacional.

De tal manera, que el objetivo del presente documento es explicar las normas técnicas y jurídicas que regulan la potestad que posee la Contraloría General de la República como EFS de realizar auditorías, en los ámbitos nacional e internacional, así como los alcances y limitaciones de la auditoría como mecanismo de control posterior.

### **I. Marco jurídico que regula la potestad de realizar auditorías**

El ejercicio de la potestad de realizar auditorías por parte de la Contraloría General de la República como EFS se enmarca dentro de un marco normativo amplio, que se sustenta no solo en normas nacionales, sino también en normativa técnica internacional, emitida a través de organismos internacionales conformados por los representantes de las distintas EFS. Sin ser estas normas de carácter jurídico, constituyen buenas prácticas internacionales que rigen la materia.

De tal manera, que las buenas prácticas internacionales inciden en la normativa nacional, por lo cual resulta necesario explicar ambos sistemas de regulación:

**a. Normas técnicas internacionales**

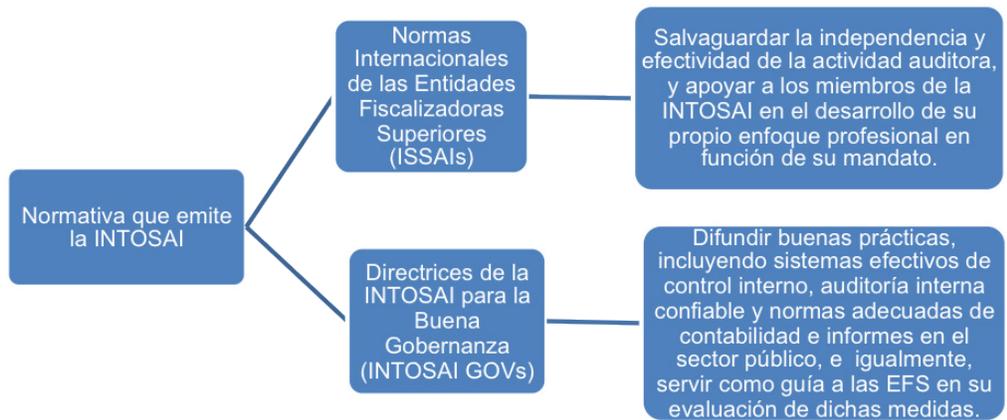
**i. INTOSAI**

Dentro de los organismos internacionales más importantes para las EFS, se encuentra la INTOSAI, que es un organismo autónomo, independiente y apolítico. Es una organización no gubernamental con un estatus especial con el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC).

Dentro de sus objetivos se encuentra proporcionar un marco institucional para la transferencia y el aumento de conocimientos para mejorar en el nivel mundial la fiscalización pública superior y, por lo tanto, fortalecer la posición, la competencia y el prestigio de las distintas EFS en sus respectivos países.

En cumplimiento de dicha función, emite dos tipos de normas profesionales: las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) y las Directrices de la INTOSAI para la Buena Gobernanza (INTOSAI GOV).

**Grafico 1. Normas profesionales que emite la INTOSAI.**



**Fuente:** Creación propia con datos de la página oficial de la INTOSAI.

Resulta pertinente jerarquizar los diferentes instrumentos que componen los dos tipos de normativa técnica citada. Dentro de las normas profesionales que componen las ISSAI, existen cuatro niveles de jerarquía, dentro de los cuales están los siguientes instrumentos:

<b>Cuadro. 1. Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI)</b>		
<b>I. Principios fundamentales</b>	ISSAI. 1 - La Declaración de Lima.	Define las líneas básicas de auditoría que deberán implementarse en todos los países, en aspectos como: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Finalidad y tipos de control.</li> <li>• Independencia de las EFS y de sus miembros.</li> <li>• Relación con Parlamento, Gobierno y Administración.</li> <li>• Facultades de las EFS.</li> <li>• Métodos de control, personal de control, intercambio internacional de experiencias.</li> <li>• Rendición de informes.</li> <li>• Competencias de control de las EFS.</li> </ul>
<b>II. Requisitos previos para el funcionamiento de las EFS(s)</b>	ISSAI 10 - Declaración de México sobre Independencia de las EFS.	Desarrolla ocho principios de la independencia de EFS, como requisitos esenciales para la correcta fiscalización del sector público.
	ISSAI 11 - Pautas básicas y buenas prácticas de la INTOSAI relacionadas con la independencia de las EFS.	Las pautas básicas deben servir como fuente de buenas prácticas y como posibilidad para compartir medios, a fin de mejorar la independencia de las EFS.
	ISSAI 20 - Principios de transparencia y rendición de cuentas.	Contiene principios para ayudar a las EFS a dar ejemplos a través de sus propias prácticas y gobierno en su función auditora
	ISSAI 21 - Principios de transparencia y responsabilidad - Principios y buenas prácticas.	Contiene ejemplos de buenas prácticas para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de las EFS.
	ISSAI 30 - Código de Ética.	Contiene una descripción detallada de los valores y principios por los cuales debe regirse principalmente la labor de los auditores.
	ISSAI 40 - Control de calidad para la EFS.	El propósito de este documento es asistir a las EFS a establecer y mantener un sistema apropiado de control de calidad que cubra todo el trabajo que estas entidades realizan, que abarca el mandato y las circunstancias de trabajo de las EFS.
<b>III. Principios Fundamentales de Auditoría</b>	ISSAI 100 - Postulados Básicos de la Fiscalización Pública	Ofrecer una orientación a los miembros de la INTOSAI para la realización de auditorías financieras de entidades públicas.

<b>Cuadro. 1. Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI)</b>		
<b>III. Principios fundamentales de auditoría</b>	ISSAI 100 - Postulados básicos de la fiscalización pública.	Ofrecer una orientación a los miembros de la INTOSAI para la realización de auditorías financieras de entidades públicas.
	ISSAI 200 – Normas Generales de Fiscalización Pública y Normas sobre los Derechos y el Comportamiento de los Auditores.	Describen las cualificaciones necesarias y exigidas para que los auditores y las entidades fiscalizadoras realicen sus funciones de fiscalización e informen de manera adecuada y eficaz.
	ISSAI 300 - Normas de Procedimiento en la Fiscalización Pública.	El propósito de estas normas es establecer los criterios o sistemas generales que el auditor debe seguir para lograr que sus actuaciones sean objetivas, sistemáticas y equilibradas y para conseguir su objetivo.
	ISSAI 400 - Normas para la Elaboración de los Informes en la Fiscalización Pública.	Constituye un instrumento de asistencia para la elaboración de informes o la formación de la opinión. Estas normas son exclusivamente una guía que ayude, y no reemplace, el prudente criterio del auditor, en la formación de su opinión o informe.
<b>IV. Directrices de auditoría</b>	Directrices Generales de Auditoría.	El objetivo principal de las directrices de auditoría financiera de la INTOSAI es ofrecer una orientación a los miembros para la realización de auditorías financieras de entidades públicas. Estas directrices se desarrollan en los siguientes puntos: <ul style="list-style-type: none"> <li>• ISSAI 1000-2999 Directrices de auditoría financiera.</li> <li>• ISSAI 3000-3999 Directrices de auditoría de desempeño.</li> <li>• ISSAI 4000-4999 Directrices de auditoría de conformidad.</li> </ul>
	Directrices de auditorías - Directrices sobre temas específicos.	Estas directrices desarrollan temas específicos sobre auditorías particulares que desempeñan las EFS, las cuales se desarrollan en los siguientes puntos: <ul style="list-style-type: none"> <li>• ISSAI 5000-5099 Directrices de auditoría de las instituciones internacionales.</li> <li>• ISSAI 5100-5199 Directrices de auditoría ambiental.</li> <li>• ISSAI 5200-5299 Directrices de auditoría de la privatización.</li> <li>• ISSAI 5300-5399 Directrices de auditoría de TI.</li> <li>• ISSAI 5400-5499 Directrices de auditoría de la deuda pública.</li> <li>• ISSAI 5600 -5699 Guía para revisiones entre pares.</li> </ul>

**Fuente:** Creación propia con datos de la página oficial de la INTOSAI.

Nótese que la normativa profesional citada se centra principalmente en el ejercicio de la auditoría y en los distintos tipos de auditoría que existen, dado que la INTOSAI reconoce que la razón de ser de una EFS es precisamente este ejercicio sobre sus sujetos pasivos.

A partir de lo anterior, se puede afirmar que la potestad de realizar auditorías es el pilar fundamental de las EFS y, de allí la importancia de los esfuerzos realizados por este organismo internacional para regular esta actividad adecuadamente. Así lo ha reconocido de manera expresa la Declaración de Lima<sup>1</sup> cuando dice:

**Art. 4. Control formal y control de las realizaciones:**

1. La tarea tradicional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores es el control de la legalidad y regularidad de las operaciones.
2. A este tipo de control, que sigue manteniendo su importancia y trascendencia, se une un control orientado hacia la rentabilidad, utilidad, economicidad y eficiencia de las operaciones estatales, que no solo abarca a cada operación sino a la actividad total de la administración, incluyendo su organización y los sistemas administrativos.
3. Los objetivos de control a que tienen que aspirar las Entidades Fiscalizadoras Superiores, legalidad, regularidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones, tienen básicamente la misma importancia; no obstante, la Entidad Fiscalizadora Superior tiene la facultad de determinar, en cada caso concreto, a cuál de estos aspectos debe darse prioridad.

Por su parte, las INTOSAI GOV contienen dos normas profesionales de gran relevancia, como son las siguientes:

<b>Cuadro 2. Directrices de la INTOSAI para la Buena Gobernanza (INTOSAI GOV)</b>	
INTOSAI GOV 9100 - Guía para las normas de control interno del sector público.	Define un marco recomendado para el control interno en el sector público y presenta una base para que este control pueda ser evaluado. El anticipo puede ser aplicado a todos los aspectos operacionales de una organización.
INTOSAI GOV 9110 - Directrices referentes a los informes sobre la eficacia de los controles internos: experiencias de las EFS en la implantación y la evaluación de los controles internos.	Las Directrices para las Normas de Control Interno de la INTOSAI definen una estructura de control interno. Los capítulos II y III de las directrices presentan las normas específicas de la INTOSAI y reflejan los puntos de vista de los miembros para su implementación. El capítulo IV resume las estructuras de un control interno sólido.

**Fuente:** Creación propia con datos de la página oficial de la INTOSAI.

Si bien las normas antes emitidas no corresponden a tratados o normas internacionales, conciernen a buenas prácticas internacionales que fungen como parámetros que orientan el trabajo de la Contraloría General de Costa Rica, como EFS y como miembro activo de la INTOSAI.

<sup>1</sup> INTOSAI 1977. Declaración de Lima.

## **II. OLACEFS**

La INTOSAI posee diferentes grupos regionales de trabajo. Costa Rica forma parte de la OLACEFS.

La OLACEFS es un organismo internacional, autónomo, independiente, apolítico y de carácter permanente, que nace en 1963 como una manera de responder a la necesidad de un foro superior para intercambiar ideas y experiencias relacionadas con la fiscalización y el control gubernamental, así como al fomento de las relaciones de cooperación y desarrollo entre las EFS latinoamericanas y del Caribe.

Dentro de las principales funciones que desempeña esta organización se encuentran:

- Investigación científica.
- Fomento de educación y conocimientos especiales.
- Asistencia, coordinación y asesoramiento profesional para las EFS de América Latina y del Caribe (ALC).

Está integrado por los tres comités de trabajo siguientes: Comité de Capacitación Regional (CCR), Comité Especial de Revisión de la Carta Constitutiva y Reglamentos (CER) y Comité de Investigaciones Técnico Científicas (CITEC).

Trabaja a través de comisiones, en las que se pueden citar: Comisión Técnica Especial de Ética Pública, Probidad Administrativa y Transparencia (CEPAT), Comisión Técnica Especial de Medio Ambiente (COMTEMA), Comisión de Evaluación del Desempeño de las EFS e Indicadores de Rendimiento (CEDEIR), Comisión Técnica de Rendición de Cuentas (CTRC), Comisión de las Tecnologías de Información y Comunicaciones de la OLACEFS (CTIC) y la Comisión de Participación Ciudadana.

En el tema de organismos internacionales, a la Contraloría General de la República de Costa Rica le aplica en primer lugar la normativa de INTOSAI y, en segundo nivel, la OLACEFS.

### **b. Normas nacionales**

El primer instrumento jurídico al cual se debe hacer referencia cuando analizamos el marco jurídico nacional y que regula la potestad de realizar auditorías es la Constitución Política. En el artículo 183 se constituye la Contraloría General de la República, con el órgano fiscalizador de la Hacienda Pública, en concordancia con el numeral 184, donde se establecen sus funciones.

Ahora bien, la Constitución Política también posee otras normas que, sin hacer referencia expresa al órgano contralor, establecen el deber de la administración pública de trabajar bajo los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y rendición de cuentas. Entre dichos artículos, se mencionan los numerales 1, 9, 11 y 140 constitucionales.

De la lectura en conjunto de los artículos citados, se puede extraer el deber de la administración de actuar de manera eficaz, eficiente, bajo parámetros de economía, en forma transparente y bajo el deber de rendir cuentas a la ciudadanía, junto con la potestad de la Contraloría General de la República de verificar que las actuaciones de la administración pública se ajusten a ello.

Ese elemento es de reconocimiento mundial, por lo que merece citar lo expuesto por la Comisión Técnica de Rendición de Cuentas de la OLACEFS, en el marco de la XVII Asamblea general de esa organización celebrada en el 2007:

Las Entidades de Fiscalización Superior (EFS) juegan un papel fundamental en la construcción del conocimiento ciudadano de lo que los gobernantes han hecho con el mandato que la sociedad les dio para la efectiva utilización de los fondos públicos, además de la legitimación de la acción pública. Por esta vía se sustenta la confianza ciudadana en sus representantes y delegados, como una de las principales características de las democracias contemporáneas. Para que el proceso de rendir cuentas funcione de manera óptima, se debe contar con ciertas condiciones necesarias, tales como un sistema integrado de rendición de cuentas, el desarrollo de instrumentos y sistemas de información y un marco legal que permita informar sobre el cumplimiento y sancionar los incumplimientos, teniendo en cuenta que la información y la justificación pública de los actos y decisiones estatales se convierten en la materia prima sin la cual no es posible la rendición de cuentas. (...) obliga a los funcionarios públicos a administrar de mejor forma los recursos limitados. Explicar su uso y los resultados obtenidos es un aspecto esencial para el régimen democrático, la confianza en la institucionalidad pública y el estado de derecho de los países de la región. (...) Schedler (1999) establece además que la rendición de cuentas es un fenómeno que si bien en un principio consistía en la rendición de las cuentas del gobierno, como los gastos, los ingresos y sus estados contables y financieros, ya eso no es suficiente y ahora se requiere además que se brinden las explicaciones necesarias a la ciudadanía y sus diferentes instituciones y organizaciones sobre qué es lo que han hecho los gobernantes con los fondos públicos y si los han gastado apropiadamente.<sup>2</sup>

Estos principios se desarrollan en leyes específicas, tal es el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en cuyo artículo 21 se establece la potestad del órgano contralor de realizar auditorías.

Artículo 21. Potestad de realizar auditorías: La Contraloría General de la República podrá realizar auditorías financieras, operativas y de carácter especial en los sujetos pasivos.

Dentro del ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República podrá acordar con las entidades fiscalizadoras superiores de otros países, la

---

<sup>2</sup> Comisión Técnica de Rendición de Cuentas. 2007. Hacia la declaración de principios de rendición de cuentas. (Santo Domingo, República Dominicana: OLACEFS).

realización de auditorías individuales o conjuntas, en uno o en varios de ellos, con las salvedades que imponga cada legislación.<sup>3</sup>

De esta manera, el ordenamiento jurídico reconoce de forma expresa la potestad de la Contraloría General de realizar auditorías a los sujetos bajo sus potestades de control.

Ahora bien, esta potestad carecería de eficacia, si no estuviera acompañada del carácter “vinculante” de las disposiciones que emita en sus informes, para lo cual resulta de especial relevancia el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Orgánica, en donde se le consagra como órgano rector del ordenamiento, y otorga carácter vinculante a las disposiciones que emita en ejercicio de ese poder de rectoría. Al respecto, dicho párrafo textualmente dice: “Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan”.<sup>4</sup>

Igualmente, el artículo 17 reviste una importancia especial, pues establece la potestad de control de eficiencia sobre los sujetos pasivos; asimismo, otros numerales desarrollan distintas potestades importantes para este órgano contralor como: Fiscalización presupuestaria (art. 18), potestad de aprobar actos o contratos (art. 20), potestad de investigación (art. 22), potestad reglamentaria (art. 23), potestad de dirección en materia de fiscalización (art. 24), potestad sobre control de ingresos y exoneraciones (art. 25), potestad sobre auditorías internas (art. 26), potestad consultiva (art. 29), potestad de informar y asesorar (art. 31) junto con otras potestades y facultades (art. 37).

Todas estas potestades en su conjunto le permiten a la Contraloría General de la República ejercer su función de fiscalizar la Hacienda Pública.

Se destaca también la Ley General de Control Interno, la cual le otorga un carácter jurídico a una materia que es más bien técnica, como es el Sistema Institucional de Control Interno. Dentro de los aciertos de esta norma, se establece jurídicamente la obligación de toda institución pública de contar con un adecuado Sistema Institucional de Control Interno (art. 7), cuyo responsable es el jerarca y los titulares subordinados (art. 10). Asimismo, regula aspectos técnicos vinculados con los componentes de control interno: ambiente de control (art. 13), valoración de riesgos (art. 14), actividades de control (art. 15), sistemas de información (art. 16) y seguimiento de sistema de control interno (art. 17).

En este punto, se debe aclarar que la determinación de los componentes del Sistema de Control Interno, así como su contenido, no corresponden a una potestad discrecional de esta Contraloría General o del legislador, sino que responde a lo establecido por la INTOSAI – organización que agrupa a casi todas las EFS del mundo, como se indicó anteriormente– en el documento denominado INTOSAI GOV 9100 - Guía para las Normas de Control Interno del Sector Público.

<sup>3</sup> Asamblea Legislativa. 1994. Ley Nro. 7428 denominada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, (San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente).

<sup>4</sup> Asamblea Legislativa. 1994. Ley Nro. 7428.

De tal manera, esta normativa responde a criterios técnicos establecidos internacionalmente, que resultan aplicables a todas las EFS que forman parte de INTOSAI, de allí que no puedan ser objeto de variación de forma antojadiza ni por terceros, ni por la Contraloría General, dado que, como se señaló en el apartado anterior, existe toda una normativa de rango internacional que define y regula las principales funciones que ejecutan las EFS.

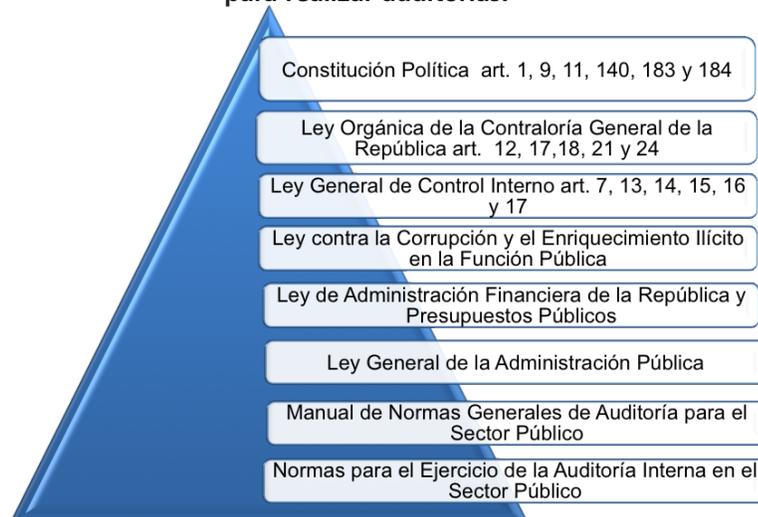
Con base en los principios de transparencia, rendición de cuentas y control de eficiencia en la gestión pública, se emite la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, la cual junto con la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, constituyen el marco legal de la obligación de la administración activa de gestionar el servicio público bajo estos principios, y la potestad del órgano contralor de verificarlo. Todo lo anterior se ha determinado de acuerdo con el modelo establecido en nuestro país en la Ley General de la Administración Pública.

Finalmente, con menor rango jerárquico, pero de gran importancia técnica, se cuenta con el Manual de Normas Generales de Auditoría para el Sector Público, emitidas por la Contraloría General de la República de Costa Rica mediante la Resolución R-CO-94-2006 del 8 de diciembre del 2006 y las Normas para el Ejercicio de la Auditoría Interna en el Sector Público, emitidas mediante Resolución R-DC-119-2009 del 16 de diciembre del 2009, que corresponde al marco normativo de carácter técnico que aplica tanto a la CGR, como a las auditorías internas en Costa Rica.

Igualmente se debe reiterar que dichas normas se fundamentan tanto en las leyes vigentes en el país, como en las buenas prácticas internacionales emitidas por INTOSAI y, por ende, deben guardar una estricta concordancia con dicha normativa.

Una especie de “pirámide de las normas” aplicable a la potestad de realizar auditorías de parte de la Contraloría General de la República de Costa Rica, quedaría de la siguiente manera:

**Gráfico 2. Pirámide de las normas aplicable a la potestad de la CGR para realizar auditorías.**



Fuente: Creación propia.

## 2. Alcances y limitaciones del ejercicio de la auditoría

### a. Tipos de auditoría

En primer lugar, se debe empezar por definir ¿qué es auditoría?, y más importante ¿cuál es el objetivo de la auditoría? Para tratar de responder a estas inquietudes, se puede señalar que la auditoría es el examen objetivo, sistémico y profesional de la gestión de una entidad, ejecutada de acuerdo con normas técnicas que velan por la objetividad, independencia y calidad de dicho trabajo, y cuya finalidad es señalar, de manera oportuna, las desviaciones realizadas por la administración activa, de tal modo, que puedan adoptarse las medidas correctivas que se consideren pertinentes.

Ahora bien, el término de auditoría está íntimamente vinculado con otro instituto más amplio, que es la fiscalización posterior, donde precisamente la auditoría es una de sus manifestaciones:

La fiscalización posterior se refiere al control externo propio de las Entidades de Fiscalización Superior, respecto de la conformidad de la gestión o resultados del sujeto pasivo fiscalizado con los principios establecidos en el marco jurídico, jurisprudencial, técnico y doctrinal. Dicha fiscalización es posterior en el sentido de que se lleva a cabo después de la realización de las operaciones que ejecuta el sujeto fiscalizado.<sup>5</sup>

Por su parte, la doctrina ha identificado cuatro atribuciones que integran la función fiscalizadora ex post, que son:

1. La comprobación de que se han respetado las normas jurídicas en que se traduce la legislación presupuestaria; 2. la comprobación de la contabilidad pública, en la medida en que permite obtener, de forma periódica, información sobre cómo se gestionan en todo momento los recursos públicos; 3. la comprobación del uso eficaz de los recursos públicos a partir del análisis de las finalidades y objetivos que se consiguen y si estos son razonables en función de las necesidades públicas a las cuales se han destinado; y 4. la comprobación del uso eficiente de los recursos públicos, a partir del análisis de la relación entre bienes y servicios que se obtienen y los recursos invertidos.<sup>6</sup>

En este punto, es necesario destacar que la auditoría no es un fin en sí mismo, sino que más bien es un medio que permite alcanzar objetivos públicos más importantes, mediante el cual la Entidad de Fiscalización Superior genera valor público; es decir, contribuye a la mejora de la gestión pública.

---

<sup>5</sup> Contraloría General de la República. 2011. Manual General de Fiscalización Integral (San José, Costa Rica: Contraloría General de la República), 26

<sup>6</sup> Canales Aliende, JM. 2001. Los retos y problemas actuales de la evaluación del sector público y el nuevo papel de las Entidades Fiscalizadoras Superiores. En F. Vallés Vives, Tesis Doctoral presentada para optar por el título de Doctor en Derecho (Barcelona, España: Universitat Autònoma de Barcela), 239.

Este papel de la auditoría como un medio para generar valor público, y no cómo un fin en sí misma, ha sido señalada de manera expresa en el punto 1 de la Declaración de Lima, cuando dice:

Art. 1 Finalidad del control. La institución del control es inmanente a la economía financiera pública. El control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro.<sup>7</sup>

Asimismo, existen diferentes tipos de auditorías que pueden ejercer las Entidades de Fiscalización Superior, que se clasifican en tres grandes grupos, los cuales se encuentran regulados por el INTOSAI en los niveles nacional e internacional.

Esta vinculación entre la normativa nacional y las buenas prácticas internacionales, se refleja al revisar las definiciones dadas por ambos instrumentos, que si bien pueden tener algunas diferencias, mantienen el mismo espíritu, el mismo objetivo, tal como se muestra en el Cuadro 3.

<b>Cuadro 3. Auditoría operativa o auditoría de rendimiento</b>
<b>Manual de Normas Generales de Auditoría para el Sector Público</b>
La auditoría operativa es el examen objetivo, sistemático y profesional de evidencias, realizado con el fin de evaluar en forma independiente el desempeño de una entidad, programa o actividad, a efecto de mejorar la eficacia, eficiencia y economía en el manejo de los recursos públicos, para coadyuvar en la toma de decisiones por parte de los responsables de adoptar acciones correctivas.
<b>ISSAI 3000: Normas y directrices para la auditoría del rendimiento basadas en las Normas de Auditoría y la experiencia práctica de la INTOSAI</b>
La auditoría o fiscalización operacional o de gestión significa auditoría de economía, de eficiencia y de eficacia, y comprende: a) El control de la economía de las actividades administrativas, de acuerdo con principios y prácticas administrativas razonables y con las directrices señaladas. b) El control de la eficiencia en la utilización de los recursos humanos, financieros y de cualquier otro tipo, junto con el examen de los sistemas de información, de las medidas de rendimiento y control, y de los procedimientos seguidos por las entidades fiscalizadas para corregir las deficiencias encontradas. c) El control de la eficacia con que se han llevado a cabo los objetivos de la entidad fiscalizada y de los resultados alcanzados en relación con los pretendidos.

<sup>7</sup> INTOSAI. 1977. Declaración de Lima.

<b>Cuadro 3. Auditoría operativa o auditoría de rendimiento</b>	
<b>Auditoría financiera</b>	
<b>Manual de Normas Generales de Auditoría para el Sector Público</b>	
<p>La auditoría financiera comprende la auditoría de estados financieros que tiene por objetivo emitir un dictamen independiente sobre la razonabilidad de los estados financieros de la entidad auditada, de conformidad con el marco normativo aplicable.</p> <p>Otros objetivos de las auditorías financieras, con distintos niveles de seguridad y distintos alcances de trabajo, pueden incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) La presentación de informes especiales para elementos, cuentas o partidas específicas de un estado financiero.</li> <li>b) La revisión de información financiera intermedia.</li> <li>c) El análisis de otros aspectos específicos relacionados con la información financiera.</li> </ul>	
<b>ISSAI 1003 denominada directriz de auditoría financiera glosario de términos de las directrices de auditoría financiera de la INTOSAI</b>	
<p>Evaluación independiente, reflejada en una opinión de garantías razonables, de que la situación financiera presentada por una entidad, así como los resultados y la utilización de los recursos, se presentan fielmente de acuerdo con el marco de información financiera.</p>	
<b>Auditoría de carácter especial o de regularidad</b>	
<b>Manual de Normas Generales de Auditoría para el Sector Público</b>	
<p>La auditoría de carácter especial comprende aquellos estudios independientes encaminados al examen de aspectos específicos, de orden contable, financiero, presupuestario, administrativo, económico, jurídico, y operaciones de otra naturaleza ligadas al manejo de fondos públicos y que son originados por denuncias, por el estudio de irregularidades determinadas al ejecutar auditorías operativas o financieras, y por aquellos asuntos planificados que no se enmarcan en los propósitos de esas auditorías.</p>	
<b>ISSAI 100 denominado Postulados Básicos de la Fiscalización Pública</b>	
<p>La auditoría de regularidad comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) La certificación de las cuentas rendidas por las entidades obligadas a ello, que incluye el examen y evaluación de los asientos contables y la expresión de la opinión que merezcan las cuentas y los estados financieros.</li> <li>a) La certificación de la cuenta general del Estado.</li> <li>a) La fiscalización de los sistemas y de las operaciones financieras, así como la valoración del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.</li> <li>a) La fiscalización de los sistemas de control y de auditoría internos.</li> <li>a) La fiscalización de la probidad y corrección de las decisiones administrativas adoptadas en el seno de la entidad fiscalizada.</li> <li>a) El informe acerca de cualquier otra cuestión surgida como consecuencia de la fiscalización o relacionada con ella y que la EFS considere que deba ser puesta de manifiesto.</li> </ul>	

**Fuente:** Creación propia con datos de la página oficial de la INTOSAI.

Resulta importante aclarar que los distintos tipos de auditorías y su contenido si bien son regulados a lo interno de los países con normativa propia de las EFS, que se ajusta a las necesidades de cada uno, siempre deben guardar una estrecha vinculación con los parámetros internacionales, con el fin de poder unificar criterios y, por así decirlo, que las EFS hablen un mismo idioma.

Asimismo, en cada uno de estos tipos de auditoría se revisa la legalidad, la eficiencia, eficacia y economía del actuar de la administración que se fiscaliza. No obstante, esta revisión se ejecuta desde la perspectiva del tipo de auditoría de que se trata. La auditoría financiera revisa estos principios desde una óptica distinta de la utilizada por la auditoría operativa. Pese a ello, dichos elementos siempre son objeto de examen por parte del auditor.

## **b. Objetivo de las normas que regulan el proceso de auditoría**

Como se ha venido desarrollando en el presente documento, existen múltiples normas jurídicas y técnicas que regulan el proceso de auditoría, las cuales incluso se han incrementado en los últimos años para responder a las nuevas necesidades de la ciudadanía y a las nuevas funciones atribuidas a las EFS. Para atender los nuevos requerimientos que se le formulan, se empiezan a ejecutar otros tipos de auditorías especiales como: auditoría ambiental, auditoría de TI, auditoría de la deuda pública, revisiones entre pares, entre otras.

Dentro de los objetivos que persigue esta normativa, está el de garantizar la objetividad de la etapa de examen, de tal manera que se arrojen hallazgos sustentados en procedimientos técnicos y jurídicos adecuados, que permitan evidenciar las deficiencias de la administración fiscalizada. Así se pueden emitir disposiciones pertinentes en procura de implementar las acciones tendientes a corregir la situación identificada.

En este punto, se reitera la importancia del carácter vinculante de las disposiciones que emite la Contraloría General de la República en sus informes de fiscalización, dado que ello les otorga fuerza, y constituyen el medio idóneo para velar por que las deficiencias identificadas que lesionan la Hacienda Pública sean efectivamente corregidas.

El constituyente optó por otorgarle a la Contraloría General de la República la potestad de fiscalizar la Hacienda Pública, lo cual fue respaldado por el legislador cuando al aprobar su ley de creación le otorgó carácter vinculante a las disposiciones que se emitan, con el fin de establecer seguridad jurídica y paz social. Con ello responde a las necesidades de la sociedad, de su cultura e idiosincrasia –y no un mero capricho del legislador– con miras al remozamiento de los principios de rendición de cuentas y evaluación de resultados, ampliamente analizados a lo largo de este documento. Esto ha sido objeto de revisión constitucional, donde la propia Sala Constitucional brindado su respaldo como se indica a continuación:

Para la Sala, lo contrario es lo cierto en sentido de que en este caso nada impide a la contraloría imponerle al instituto accionante obligaciones concretas de hacer, tal y como lo hace respecto de cualquier otro de los demás órganos supervisados por ella, pues en ese sentido –si bien existen grados de autonomía, ellos se repite– no operan a nivel de la actividad de control, respecto de la cual, constitucionalmente, todos los entes y órganos controlados soportan esencialmente el mismo régimen jurídico de sometimiento. Es por ello que no existe ningún acto exorbitante de sus funciones por parte de la Contraloría al disponer mandatos de hacer tanto al Presidente de la Asamblea General Representativa como a este último órgano público y no se lesiona con tales órdenes, la autonomía del instituto accionante pues constitucionalmente no surge de esta última ninguna condición especial que les asegure un control

atenuado o bien un trato diferente respecto de las competencias de la Contraloría.<sup>8</sup>

De tal manera, que la facultad de la CGR para emitir disposiciones vinculantes, es no solo un mecanismo de control de legalidad, sino que también un instrumento con el cual se puede emitir control de eficiencia y eficacia, y procurar que las administraciones públicas corrijan las deficiencias detectadas en los estudios de auditoría.

### **3. Responsabilidad de la administración activa**

En este punto es necesario enfatizar que la Contraloría General ejerce funciones de control y no de administración activa; es decir, el órgano contralor examina, verifica y evalúa lo actuado por la Administración y la eventual existencia de posibles desviaciones. Por ende, se requiere de forma indispensable que la actuación administrativa se haya ejecutado o desarrollado, de ahí que las disposiciones resultantes que se dirijan a la entidad fiscalizada tengan en principio un carácter correctivo y estén sustentadas en el propio ordenamiento jurídico que la Administración debía observar.

Por lo tanto, se debe analizar la responsabilidad de la administración activa de cumplir con los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y rendición de cuentas.

Aunque escuchar sobre estos principios es relativamente nuevo, el ideal de un funcionario público al servicio de la ciudadanía se encuentra plasmado desde 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, cuando en el artículo 14, se decía:

Artículo 14. Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración.<sup>9</sup>

Desde esta fecha, se imponía el derecho de los ciudadanos de velar, directamente o a través de terceros, por el buen actuar del Estado.

Ahora bien, en nuestro entorno, la primera norma de referencia se encuentra en el artículo 11 de la Constitución Política, cuando dice:

Artículo 11. Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La administración pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control

<sup>8</sup> Sala Constitucional. 2012. Voto n. 9215-2012 (San José, Costa Rica: Poder Judicial).

<sup>9</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. 1789. Francia.

de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.<sup>10</sup>

Este principio se desarrolla en el numeral 113 de la Ley General de la Administración Pública, cuando dice:

Artículo 113. **1.** El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

**2.** El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

**3.** En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.<sup>11</sup>

Las normas transcritas deben leerse en conjunto con el deber de probidad de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que textualmente señala:

Artículo 3º. Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público.

Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.<sup>12</sup>

Igualmente existen otras normas en el ordenamiento jurídico que imponen la obligación del administrador público de actuar de acuerdo con estos principios y, si bien es deber de la Contraloría General de la República realizar estudios de auditoría, debe recordarse que la Ley General de Control Interno señala claramente que la responsabilidad por mantener un adecuado sistema de control interno institucional recae en el jerarca y titular subordinado.

---

<sup>10</sup> Asamblea Legislativa. 1949. Constitución Política (San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente).

<sup>11</sup> Asamblea Legislativa. 1978. Ley Nro. 6227 denominada Ley General de la Administración Pública (San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente).

<sup>12</sup> Asamblea Legislativa. 2004. Ley 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente).

Artículo 10. Responsabilidad por el sistema de control interno. Será responsabilidad del jerarca y del titular subordinado establecer, mantener, perfeccionar y evaluar el sistema de control interno institucional. Asimismo, será responsabilidad de la administración activa realizar las acciones necesarias para garantizar su efectivo funcionamiento.<sup>13</sup>

Lo anterior resulta básico pues, si bien es potestad y mandato del órgano contralor ejercer auditorías sobre sus sujetos pasivos, para identificar las deficiencias que su gestión pudiera tener, esta no sustituye el deber de la Administración de realizar su labor de manera adecuada, autoevaluarse continuamente e implementar acciones de mejora que le permitan optimizar el servicio público que presta. Esto es fundamental para comprender el alcance y limitaciones de las disposiciones que emite el órgano contralor. Si bien su carácter vinculante es una de las principales fortalezas para garantizar que se corrijan los hallazgos de una auditoría, también se debe tener presente que no es competencia ni tampoco podría dicho órgano decirle a la Administración la manera exacta en la que debe actuar o los mecanismos idóneos para atender la deficiencia detectada.

Se debe tener presente, en primer orden, que la responsabilidad de administrar es de la institución pública y no del órgano contralor y, en segundo, que la administración es la que conoce mejor el contexto en el que opera, posee los conocimientos técnicos y es la que puede válidamente determinar las acciones concretas para atender una situación específica.

De tal manera, el papel del órgano contralor es evidenciar las posibles deficiencias que posea la administración y que estén afectando la Hacienda Pública, a través de los hallazgos de la auditoría. Posteriormente, mediante sus disposiciones vinculantes, debe exigir que se implementen medidas para corregirlas. Sin embargo, es resorte exclusivo de la administración activa definir cuáles van a ser las acciones concretas que podrían resolver mejor la situación presentada.

En ocasiones se desconocen los alcances de la auditoría y se le imponen al órgano contralor responsabilidades que no le corresponden y que son propias de la gestión pública, inherentes al administrador público. Erróneamente también se considera que el órgano contralor no puede encausar a la Administración para que establezca las acciones concretas a las que siempre ha estado obligado a implementar, como principal responsable de su gestión.

---

**13** Asamblea Legislativa. 2002. Ley 8292 denominada Ley General de Control Interno (San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente).

#### **4. Conclusiones**

La principal conclusión que se puede derivar del presente documento es que la potestad de realizar auditorías es el pilar fundamental de la labor que realiza la Contraloría General de la República como EFS. La auditoría corresponde a la función que identifica y le otorga ese carácter de EFS, donde se podrían compartir otras funciones. Se puede afirmar que toda EFS ejerce funciones de auditoría.

Podría afirmarse que la frase que se escucha entre los pasillos del órgano contralor de que la "auditoría es el corazón de la Contraloría General" posee efectivamente un respaldo técnico y jurídico.

Dada la relevancia de la función de auditoría, posee un importante marco regulatorio tanto desde lo técnico como desde la perspectiva jurídica. En el ámbito técnico, se cuenta con buenas prácticas internacionales, que procuran homologar conceptos, garantizar la objetividad y establecer un nivel de calidad vinculado con el impacto de los resultados que arroja un estudio de auditoría realizado por una EFS sobre una institución pública. Por su parte, en el ámbito jurídico se cuenta con el respaldo constitucional y un cuadro jurídico compuesto por importantes leyes que regulan esta actividad.

En el ámbito nacional, esta potestad posee fundamentación constitucional y legal y su ejecución se realiza bajo normas técnicas adecuadas emitidas por la propia Contraloría, pero en concordancia con lo dispuesto por la INTOSAI y la OLACEFS.

Se recalca que la auditoría no es un fin en sí mismo, sino un medio por el cual la EFS crea valor público y contribuye a la mejora de los servicios y actividades públicas. Siempre se tiene presente que es responsabilidad exclusiva de la administración activa determinar los medios técnicamente adecuados para ejercer sus funciones públicas.

## Referencias

Asamblea Legislativa. 1949. Constitución Política (San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente).

Canales Aliende, José Manuel. 2001. Los retos y problemas actuales de la evaluación del sector público y el nuevo papel de las Entidades Fiscalizadoras Superiores. En F. Vallés Vives, Tesis Doctoral, Derecho. Barcelona, España: Universitat Autònoma de Barcela.

Comisión Técnica de Rendición de Cuentas. 2007. Hacia la declaración de principios de rendición de cuentas. (Santo Domingo, República Dominicana: OLACEFS

Contraloría General de la República. 2011. Manual General de Fiscalización Integral . San José, Costa Rica: Contraloría General de la República.

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. 1789. Francia.

INTOSAI (Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores). 1977. Declaración de Lima.

Ley 6227. 1978. Ley General de la Administración Pública. (San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente).

Ley 7428. 1994. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Ley 8292. 2002. Ley General de Control Interno. (San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente).

Ley 8422. 2004. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. (San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente).

Sala Constitucional. 2012. Voto n. 9215-2012. San José, Costa Rica: Poder Judicial.

# La potestad de aprobación de presupuestos públicos por parte de la Contraloría General de la República, régimen jurídico vigente

## Sumario

1. Consideraciones iniciales. 2. Aprobación de presupuestos públicos en el contexto de las EFS. 3. La aprobación presupuestaria a cargo de la CGR en el ordenamiento jurídico costarricense. 3.1 Marco constitucional. 3.2 Marco legal. 4. Marco de actuación normativo y técnico en materia presupuestaria. 5. Alcance del control que ejecuta la CGR en la aprobación presupuestaria. 6. Conclusiones.

Licda. Marcela Aragón  
Sandoval<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho. Asistente Técnico de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República.

## Introducción

El presupuesto público es una exigencia que el ordenamiento jurídico costarricense establece, en esencia, a las entidades públicas. Por su relevancia como herramienta de asignación de los escasos recursos públicos para las múltiples necesidades colectivas, se ha establecido el requisito de aprobación de dichos presupuestos como un mecanismo de control.

Esa función se otorga a la Asamblea Legislativa para la Administración Central, los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, y a la Contraloría General de la República (CGR), en principio para el sector descentralizado, aunque el legislador ordinario ha ido ampliando su ámbito.

El presente artículo tiene como objetivo analizar la diferencia que existe entre la aprobación interna a cargo del jerarca institucional y la aprobación externa que realiza la CGR, a partir de la especial naturaleza de la CGR, de lo propuesto por el constituyente y del tipo de control que ejerce.

Por otro lado, interesa mencionar el marco jurídico básico asociado a la aprobación presupuestaria a cargo de la CGR y cómo el legislador ordinario con el tiempo ha venido ampliando el radio de acción de la CGR, al incluir otro tipo de sujetos públicos y privados, negocios jurídicos y órganos, distintos a los establecidos en las normas constitucionales que le asignan la competencia aprobatoria a la CGR.

## Consideraciones iniciales

Para referirse a la potestad de aprobación de presupuestos por parte de la Contraloría General de la República (CGR), es necesario mencionar dos aspectos fundamentales. El primero se relaciona con lo que se entiende por un presupuesto público, su relevancia en la gestión pública y para el control en sus diversas manifestaciones: interno, externo, ciudadano, político y hacendario. El segundo aspecto está vinculado con el momento en que interviene la CGR para ejecutar su competencia aprobatoria.

En relación con el primer punto, cabe indicar que al presupuesto público se le concibe como la expresión financiera del plan, lo que implica una estrecha vinculación entre los aspectos financieros y los planes institucionales de corto, mediano y largo plazo, así como con la planificación sectorial y nacional según corresponda. Los presupuestos públicos no corresponden a una simple lista de gastos, sino a un instrumento de gestión administrativa encaminado a la consecución del interés general.<sup>1</sup>

Esta concepción ha sido reconocida por la Sala Constitucional en por lo menos uno de sus fallos, en el sentido que el concepto de presupuesto ha evolucionado de un documento

---

<sup>1</sup> Atchabahian señala en relación con este tema que “El presupuesto es una fase de la planificación. Mientras el plan es la reunión de todos los programas relativos a la marcha de la sociedad, el presupuesto financiero es el programa que dirige la actividad del gobierno en materia de gastos y recursos públicos... El presupuesto no tiene solo la finalidad de hacer frente a los gastos del Estado; también busca el nexo entre la actividad financiera de la administración y los programas generales de desarrollo” (Atchabahian 1996, 139).

jurídico contable, a un instrumento técnico organizador de la economía del Estado; con ello, se consolida su función de plan y control.<sup>2</sup>

En línea con lo anterior, el presupuesto como instrumento para una gestión más eficiente, eficaz y económica, expresa la toma de decisiones acerca del probable curso de los gastos e ingresos de la administración pública en un lapso determinado (mecanismo de previsión), lo que implica la racionalización y la priorización del uso de recursos escasos ante múltiples demandas<sup>3</sup>. Por ende, se instituye en mecanismo de planificación, dirección y control tanto interno de la propia administración, como externo político, ciudadano y hacendario.<sup>4</sup>

Así, en los presupuestos públicos se ha de manifestar la programación del trabajo por realizar, la compatibilización entre objetivos y metas, la utilización eficiente de los recursos para alcanzarlos y la información apropiada que permita medir sus resultados, todo ello, con miras a dar cumplimiento a los fines y objetivos que persiguen las entidades públicas y a las funciones que la Constitución Política y las leyes les encomiendan.<sup>5</sup>

Más concretamente, el presupuesto rige durante un ejercicio económico que comprende del 1° de enero al 31 de diciembre, e incluye el presupuesto inicial (o presupuesto ordinario) y sus variaciones, entendidas estas como los presupuestos extraordinarios y las modificaciones presupuestarias.<sup>6</sup>

Ahora bien, el presupuesto público es el resultado de un “proceso presupuestario o ciclo presupuestario, que consiste en un conjunto de fases continuas, dinámicas, participativas y flexibles, mediante el cual se formula, aprueba, ejecuta, controla y evalúa la gestión institucional, en sus dimensiones físicas y financieras, de conformidad con el bloque de legalidad”.<sup>7</sup>

---

**2** Sala Constitucional, voto 0760-92, de las 15:15 horas del 11 de marzo de 1992.

**3** Instituto de Estudios Fiscales. Manual de Hacienda Pública (Madrid, España: Escuela de la Hacienda Pública, 1995).

**4** Cárdenas y Nápoles, Raúl. Presupuestos teoría y práctica (México: McGraw-Hill Interamericana, 2002).

**5** Las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público (N-1-2012-DC-DFOE), en una visión sistémica con el subsistema de presupuesto institucional regulan la indispensable vinculación de la planificación con el presupuesto. En ese sentido, el numeral 2.1.4 dispone:

Vinculación con la planificación institucional. El subsistema de presupuesto debe sustentarse en la planificación institucional para que responda adecuadamente al cumplimiento de sus objetivos y contribuya a la gestión de la institución de frente a las demandas sociales en su campo de acción.

Los programas que conforman el presupuesto institucional, deben reflejar fielmente las metas, objetivos e indicadores contemplados en la planificación anual y está debidamente vinculada con la planificación de mediano y largo plazo, en concordancia con el plan nacional de desarrollo y con los planes sectoriales y regionales en los que participa la institución. Tratándose del sector municipal, debe existir la debida vinculación con el plan de desarrollo local, plan de desarrollo municipal y el programa de gobierno del alcalde o alcaldesa.

El subsistema de presupuesto debe brindar los insumos necesarios para retroalimentar la planificación institucional, aportando los elementos que requieran el jerarca y los titulares subordinados, según su ámbito de competencia, para revisar, evaluar y ajustar periódicamente las premisas que sustentan los planes institucionales y su vinculación con el presupuesto.

**6** A pesar del límite de la anualidad que por disposición constitucional está establecido (artículo 176), las entidades públicas deben considerar las proyecciones plurianuales de la gestión financiera que realice la entidad, con la finalidad de vincular el aporte anual de la ejecución del presupuesto al logro de los resultados definidos en la planificación de mediano y largo plazo y la estabilidad financiera institucional. Al respecto, puede consultarse la norma 2.2.5 de las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público (N-1-2012-DC-DFOE).

**7** Norma 3.1 de las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público (N-1-2012-DC-DFOE).

Generalmente la entidad pública ejecuta cada una de las fases o etapas del proceso presupuestario.<sup>8</sup> En la etapa de aprobación, como parte del ciclo, la autoridad competente de la administración activa finaliza dicha fase con la aprobación del documento presupuestario –presupuesto inicial, presupuestos extraordinarios y modificaciones presupuestarias– lo que se ha denominado aprobación interna. Sin embargo, adicionalmente algunos de estos documentos presupuestarios pueden estar afectos a la aprobación externa.

Ahora bien, de acuerdo con lo indicado, interesa destacar que la potestad de aprobación presupuestaria por parte de la CGR se ubica en un momento determinado de dicho ciclo presupuestario, específicamente en la etapa de aprobación, como un control externo a la administración. Lo anterior se puede resumir en el siguiente gráfico:



## 2. Aprobación de presupuestos públicos en el contexto de las EFS

En el ámbito latinoamericano, la tónica en materia de presupuestos públicos ha sido que el presupuesto sea formulado por el Poder Ejecutivo y aprobado por los parlamentos, cuando se trata del Gobierno Central. En el sector descentralizado, sin embargo, existe una gama de tratamientos para la aprobación del presupuesto, que va desde recaer en la misma entidad en cabeza del jerarca<sup>9</sup>, en el Poder Ejecutivo a través del Ministro del ramo<sup>10</sup> o incluso en el parlamento.<sup>11</sup>

De acuerdo con lo anterior, la formulación y particularmente la aprobación de presupuestos por lo general están a cargo de órganos parlamentarios o de órganos pertenecientes a la propia administración activa y, por excepción, a cargo de EFS.

Enmarcada la aprobación de presupuestos por parte de una EFS como un control previo externo, pues se lleva a cabo antes de las operaciones financieras o administrativas<sup>12</sup>, se debe indicar lo que dispone, de la Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización,

<sup>8</sup> En el caso del presupuesto de la República, en la etapa de formulación interviene el Poder Ejecutivo, específicamente la Dirección de Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda, órgano especializado en materia presupuestaria que por disposición del artículo 177 de la Constitución Política tiene ese encargo. Posteriormente la Asamblea Legislativa realiza la aprobación del presupuesto. Tratándose del resto de entidades y órganos públicos, el ciclo presupuestario lo ejecuta en su totalidad la propia entidad y la mayoría están sometidos a aprobación externa.

<sup>9</sup> Perú, Venezuela, México y Guatemala.

<sup>10</sup> Argentina, Chile, Guatemala y Ecuador.

<sup>11</sup> Panamá y El Salvador.

<sup>12</sup> Contraloría General de la República. "Fortalecimiento del control y gestión presupuestaria en el Gobierno de la República". En Memoria Anual 2012.

de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI, por sus siglas en inglés)<sup>13</sup>. En el artículo 2 de esta Declaración, referente al *control previo y control posterior*, se hace énfasis en que la fiscalización posterior es una función inalienable de las EFS y se reconoce en su inciso 4 que la “situación legal, las circunstancias y necesidades de cada país determinan si una entidad fiscalizadora superior ejerce un control previo”.

En congruencia con la Declaración de Lima, en Costa Rica la normativa constitucional, las especiales circunstancias y necesidades del modelo que ideó el constituyente originario de 1949, le atribuyen a la CGR la aprobación de los presupuestos de las instituciones autónomas. Esta competencia posteriormente se amplía al ámbito legal para otros sujetos públicos y privados, tal y como más adelante se detallará.

Así, la competencia de aprobar presupuestos tiene la particularidad en nuestro medio de ser compartida por la CGR y la Asamblea Legislativa. Esta última aprueba los presupuestos correspondientes a la Administración Central, los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias<sup>14</sup> y órganos auxiliares.

### **3. La aprobación presupuestaria a cargo de la CGR en el ordenamiento jurídico costarricense**

**3.1 Marco constitucional.** De conformidad con el artículo 183 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República se crea como un órgano de rango constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública. Está dotado de absoluta independencia funcional y administrativa, como se indica en el citado numeral:

Artículo 183.- La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.

Como parte de sus atribuciones, el artículo 184 constitucional contempla en su inciso 2), entre otras, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas. Igualmente, el artículo 175 de la Constitución Política dispone que las municipalidades requieren de la aprobación de la CGR para entrar en vigencia. Las referidas normas por su orden rezan:

Artículo 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría:

...2) Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas...

---

**13** INTOSAI (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores). Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización (1977).

**14** Excepto los órganos desconcentrados, programas, unidades ejecutoras, cuentas especiales y fondos con presupuesto propio que corresponde su aprobación a la CGR, de acuerdo con un parámetro cuantitativo definido normativamente.

Artículo 175.- Las Municipalidades dictarán sus presupuestos ordinarios o extraordinarios, los cuales necesitarán para entrar en vigencia, la aprobación de la Contraloría General...

Originalmente dicha competencia se atribuye a la CGR en virtud de constituirse en un órgano técnico independiente de rango constitucional, que podía encargarse de la aprobación de los presupuestos de las entidades autónomas que se creaban en la nueva constitución, bajo un modelo de descentralización que pretendía dotar al Estado de mayor eficiencia en la prestación de actividades especializadas, con la ventaja, según el constituyente, de evitar la injerencia política del Poder Ejecutivo en dichas entidades.<sup>15</sup>

**3.2 Marco legal.** Posteriormente en diferentes leyes se reitera la competencia constitucional y se amplía el rango de acción en la aprobación de presupuestos a cargo de la CGR, a partir de lo que disponen los artículos 5 y 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR), Ley 7428, el artículo 14 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos<sup>16</sup> (LAFRPP), Ley 8131, así como otras normas de leyes especiales, tales como el artículo 34 de la Ley sobre el Desarrollo de la Comunidad, DINADECO<sup>17</sup> (Ley 3859).

En tal sentido, los numerales 5 y 18 preceptúan:

Artículo 5. Control sobre fondos y actividades privados.

Todo otorgamiento de beneficios patrimoniales, gratuito o sin contraprestación alguna, y toda liberación de obligaciones, por los componentes de la Hacienda Pública, en favor de un sujeto privado, deberán darse por ley o de acuerdo con una ley, de conformidad con los principios constitucionales...

Cuando se otorgue el beneficio de una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuita o sin contraprestación alguna, la entidad privada deberá administrarla en una cuenta corriente separada, en cualquiera de los bancos estatales; además llevará registros de su empleo, independientes de los que corresponden a otros fondos de su propiedad o administración. Asimismo, someterá a la aprobación de la Contraloría General de la República, el presupuesto correspondiente al beneficio concedido.

Artículo 18.-Fiscalización presupuestaria.

Corresponde a la Contraloría General de la República examinar para su aprobación o improbación, total o parcial, los presupuestos de los entes referidos en el artículo 184 de la Constitución Política, así como los del resto de la

<sup>15</sup> Contraloría General de la República. "La Contraloría General y su instrumental de control: aportes al debate actual". En Memoria Anual 2008, 24.

<sup>16</sup> Igualmente, existen otras normas en leyes especiales que reiteran la competencia constitucional o legal de aprobación de presupuestos que posee la CGR, tales como el Código Municipal (artículo 97), Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (Ley 8660, artículo, 34 inciso 1), Ley Reguladora del Mercado de Seguros (Ley 8653, artículo 7, bis inciso i), entre otras.

<sup>17</sup> Dirección Nacional de Desarrollo Comunal.

Administración descentralizada, las instituciones semiautónomas y las empresas públicas. Los entes públicos no estatales deberán cumplir con tal requisito cuando una ley especial así lo exija. (...)

Los órganos, las unidades ejecutoras, los fondos, los programas y las cuentas que administren recursos de manera independiente, igualmente deberán cumplir con lo dispuesto por este artículo. La Contraloría General de la República determinará, mediante resolución razonada para estos casos, los presupuestos que por su monto se excluyan de este trámite. (...)

(Así reformado por el inciso d) del artículo 126 de la Ley N° 8131 de 18 de setiembre del 2001, Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos).

Por su parte, el artículo 14 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos indica:

Artículo 14.- Sistemas de contabilidad.

Los entes establecidos en el artículo 1 no podrán constituir fideicomisos con fondos provenientes del erario de no existir una ley especial que los autorice. Dicha ley regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso. (...) dichos contratos de fideicomiso serán de refrendo obligado por parte de la Contraloría General de la República, la cual, para todos los efectos y en acatamiento del mandato constitucional, deberá fiscalizar el uso correcto de los dineros, aprobar los presupuestos de ingresos y egresos, así como emitir las directrices atinentes a procurar un manejo sano de ellos.

Por último, el artículo 34 de la Ley sobre el Desarrollo de la Comunidad dispone:

Artículo 34.- Siempre que en los presupuestos de las asociaciones figuren fondos provenientes de subvenciones, donaciones o contribuciones de cualquier clase, provenientes del Estado, de las instituciones autónomas o de las municipalidades, ellos requerirán además, la aprobación de la Contraloría General de la República.

Del recuento de las citadas normas, se aprecia la amplitud de la competencia de la CGR. Desde el punto de vista subjetivo, abarca entidades públicas: autónomas, semiautónomas, empresas públicas y algunos entes públicos no estatales; sujetos privados en lo que respecta a los beneficios gratuitos o sin ninguna contraprestación que reciban para financiar actividades privadas de interés público o que por disposición legal deban someter presupuesto a la aprobación de la CGR, También incluye a órganos, unidades ejecutoras, fondos, programas y cuentas que administren recursos de manera independiente, así como a relaciones negociales, tales como los fideicomisos, lo que resulta aún más particular dentro del ordenamiento jurídico vigente.

A modo de resumen, en el siguiente cuadro se presentan las principales normas que establecen la competencia de aprobación de presupuestos a cargo de la CGR:

Norma	Artículo	Detalle
Constitución Política	175	Aprobación presupuestaria a municipalidades.
	184.2	Aprobación presupuestaria a entidades autónomas.
LOCGR 7428	5	Aprobación de presupuestos de sujetos privados en relación con beneficios gratuitos o sin ninguna contraprestación, que reciban para financiar actividades privadas de interés público.
	18	Aprobación de presupuestos de instituciones públicas: autónomas, semiautónomas, empresas públicas y entes públicos no estatales que por disposición legal así se establezca.
LAFRPP 8131	14	Aprobación de presupuestos de fideicomisos que constituyan los sujetos afectos a la LAFRPP.
Ley de DINADECO 3859	34	Aprobación de subvenciones, donaciones o contribuciones que las asociaciones de desarrollo comunal reciban de entidades públicas.
Otras leyes especiales que reiteran la competencia de aprobación de presupuestos de entidades públicas, tales como: Código Municipal (7494) Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones 8660 Ley Reguladora del Mercado de Seguros 8653	97, 34.1) y 7 bis.i)	Aprobación presupuestaria a municipalidades y de otras instituciones públicas.

Una de las consecuencias del modelo imperante es que la CGR aprueba cerca de dos terceras partes del gasto público total, mientras que la Asamblea Legislativa aprueba en el presupuesto de la República tan solo un tercio.<sup>18</sup> Este esquema que aunque puede parecer atípico dentro de la tendencia latinoamericana, tiene su base, como se mencionó en párrafos precedentes,

**18** Contraloría General de la República. "Fortalecimiento del control y gestión presupuestaria en el Gobierno de la República". En Memoria Anual 2012, 12. La CGR indica que corresponde a la CGR aprobar el presupuesto de aproximadamente 200 instituciones, órganos y entes públicos, 49 entes privados y 23 fideicomisos, para un monto total de 11,5 billones de colones para el ejercicio económico del 2012. Esto corresponde al 66% de la suma total, no consolidada, de los presupuestos públicos de gastos, correspondiéndole a la Asamblea Legislativa aprobar el 33% restante, el cual ascendió a 5,71 billones de colones para el mismo ejercicio.

en un modelo de Estado cuyas líneas sentó el constituyente originario, para evitar la intromisión política en el cumplimiento de los fines y objetivos encargados a esas entidades.

No obstante, es claro que en los últimos sesenta y cinco años, el sector descentralizado ha crecido en número y complejidad funcional. Se ha enfrentado a algunos fenómenos de orden económico, social, político y tecnológico que han impactado y transformado la sociedad costarricense, lo que necesariamente implica un replanteamiento y evaluación en la materia de presupuestos públicos y, en lo particular, en la aprobación presupuestaria que ejecute la CGR, máxime que el presupuesto se constituye, entre otros, en una herramienta de gestión, rendición de cuentas y control.

Como parte de los cambios legales más significativos de las últimas dos décadas, que inciden de manera directa o indirecta con la materia presupuestaria, se ubican la Ley de Planificación Nacional (5525), la nueva Ley Orgánica de la CGR (1994), la nueva Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (2001), la Ley General de Control Interno (2002) y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (2004).

Por un lado, dichas normativas asientan y delimitan los ámbitos de responsabilidad entre el control interno, mediante el cual el gestor público es el principal responsable de la gestión administrativa y el control a cargo de la CGR como control externo superior. Por otro lado, establecen mecanismos tendentes a un uso eficiente y racional de los recursos públicos.<sup>19</sup>

#### **4. Marco de actuación normativo y técnico en materia presupuestaria**

Para el ejercicio concreto de la competencia de aprobación presupuestaria, la CGR se apoya en la legislación vigente en materia presupuestaria mencionada, además de la normativa técnica que, al amparo de la potestad normativa que le dota su Ley Orgánica, ha dictado con carácter vinculante a los sujetos pasivos de este tipo de control.<sup>20</sup>

Del recuento de normas que establecen la competencia de la CGR en la aprobación de presupuestos, que se detalló en el apartado anterior, se puede derivar la existencia de por lo menos tres categorías: a) entidades y órganos; b) unidades ejecutoras, fondos, programas y cuentas que administren recursos de manera independiente, pertenecientes al sector público; y c) entidades o sujetos privados y fideicomisos. Todas ellas son de distinta naturaleza e intensidad.

Si se trata de entidades públicas, el presupuesto resultante reflejará toda su gestión, en contraposición del presupuesto que elabore un sujeto privado, que se limita al beneficio concedido. De igual manera, se reflejará en el caso de un presupuesto relacionado con un

---

<sup>19</sup> Contraloría, Fortalecimiento del control y gestión presupuestaria, 12. En relación con varias de las normas citadas, se señala que estas normas han tenido como propósito el establecimiento de mecanismos que permitan un uso eficiente y racional de los recursos públicos, con lo que se redimensiona el rol de la planificación nacional y su relación con los presupuestos públicos (Art. 4 de la LAFRPP), así como el sometimiento por parte de las instituciones públicas a los procesos de control, evaluación y de rendición de cuentas.

<sup>20</sup> Esta facultad de emitir normativa se relaciona con el marco de sus competencias básicas y varía a través de los años el enfoque, conforme la administración pública ha evolucionado.

fideicomiso o con fondos, cuentas y programas donde no se refleja una integralidad de las actividades públicas.

La normativa técnica emitida por la CGR recoge esa distinta naturaleza de cada una de estas categorías, de ahí que un primer aspecto por considerar es que se encuentran claramente separadas, según se trate de sujetos públicos o de sujetos privados.

En relación con los sujetos públicos, órganos, unidades ejecutoras, fondos, programas y cuentas que administren recursos de manera independiente, así como fideicomisos, se ubican:

- La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (artículo 18).
- La Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (artículos 4, 5, 6, 53, entre otros) y según las entidades que se encuentren bajo el ámbito total o parcial de esa Ley.
- Las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público (NTPP), dirigidas a todas las entidades públicas que están obligadas a presentar presupuesto ante la CGR para su aprobación.
- Las normas técnicas básicas que regulan el sistema de administración financiera de la Caja Costarricense de Seguro Social, universidades estatales, municipalidades y otras entidades de carácter municipal y bancos públicos, grupo originalmente excluido de la Ley 8131.

Si se trata de los órganos, unidades ejecutoras, fondos, programas y cuentas que administren recursos de manera independiente, de acuerdo con el artículo 18 párrafo tercero, la CGR está facultada para determinar, mediante resolución razonada para estos casos, los presupuestos que por su monto se excluyan de este trámite. Esta determinación se encuentra regulada en la norma 2.4.7 inciso c) de las NTPP, pues requieren la aprobación externa de la CGR, cuando el monto del presupuesto inicial en colones sea igual o superior al equivalente de 4 700 000 unidades de desarrollo,<sup>21</sup> según el procedimiento establecido en la norma 4.2.8.

Con respecto a los presupuestos de sujetos privados, además de lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de la CGR, se cuenta con la circular 14300 (DFOE-189-2001) que contiene regulaciones para todos aquellos sujetos privados que por disposición legal deban presentar presupuesto para la aprobación de la CGR, así como con los lineamientos generales sobre el nivel de aprobación del presupuesto de los sujetos privados (L-1-2005-CO-DFOE) y el reglamento sobre variaciones al presupuesto de los sujetos privados (R-CO-67-2006).

Como se indicó antes, una particularidad de este tipo de presupuestos es que están directamente relacionados con el beneficio económico concedido y no con toda la gestión del sujeto privado, lo que implica que el ámbito de acción, los requisitos y procedimientos

---

**21** La norma 1.1 de las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público, define “unidad de desarrollo” como la “unidad de medida de referencia a una cantidad de colones, cuyo valor se ve determinado por las variaciones en el Índice de Precios al Consumidor (IPC). Fue creada por medio del Decreto Ejecutivo n.º 22085-HMEIC publicado en La Gaceta n.º 67 del 7 de abril de 1993 y sus reformas y su actualización la realiza y publica mensualmente la superintendencia general de valores”.

resulten un tanto diferentes. A modo de ejemplo, le resultan aplicables los principios de administración financiera.

Para este tipo de sujetos, la CGR también ha establecido un parámetro cuantitativo que define cuáles de estos presupuestos deben presentarse de forma obligatoria para su aprobación, situación que se da cuando en un determinado año, el sujeto privado cuente con ingresos de origen público por un monto superior a las US\$150 733, según el punto 1 de la circular 14300.

Además de la restante normativa legal aplicable a los sujetos pasivos de la aprobación presupuestaria de la CGR, en planificación y administración financiera, se encuentran las directrices generales a los sujetos pasivos de la Contraloría General para el adecuado registro y validación de información en el sistema de información sobre planes y presupuestos (SIPP) (D-1-2010-DC-DFOE).

Dicho sistema es una herramienta que además de integrar la información presupuestaria de los sujetos pasivos sometidos a la aprobación presupuestaria externa, fomenta los principios de transparencia y rendición de cuentas. También se constituye en una fuente actualizada y confiable de información sobre los presupuestos de las instituciones (inicial, extraordinario y modificaciones) y que sirve como insumo para los procesos de fiscalización.<sup>22</sup>

## **5. Alcance del control que ejecuta la CGR en la aprobación presupuestaria**

La aprobación presupuestaria que ejecuta la CGR como órgano constitucional de naturaleza técnica corresponde a un control externo. Desde esta perspectiva, se diferencia del control que realiza la propia entidad descentralizada en la aprobación interna como parte del ciclo presupuestario propio de la gestión administrativa a su cargo.<sup>23</sup>

Dicho jerarca ejerce las potestades de dirección y decisión en la asignación de los recursos públicos de la entidad. Para ello considera las orientaciones, los objetivos y las metas establecidas en la planificación de corto, mediano y largo plazo, así como la disponibilidad de los recursos financieros que se estiman. Es decir, realiza un ejercicio de conveniencia y oportunidad en la asignación de los recursos. Adicionalmente le corresponde observar lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo anterior, son las propias entidades las competentes para emitir, promulgar o dictar sus presupuestos institucionales como culminación de las etapas de formulación y aprobación, actividades que son puramente de carácter administrativo, al igual que las

---

<sup>22</sup> Parte considerativa de la Resolución R-CO-62 de las 8:00 horas del 27 de junio del 2005, del Despacho de la Contraloría General de la República, publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 131 del 7 de julio del 2005.

<sup>23</sup> También se diferencia del control que ejerce la Asamblea Legislativa en la aprobación del Presupuesto de la República, órgano político que tiene amplias potestades, incluso para modificar lo propuesto, por razones de conveniencia y oportunidad, y cuya manifestación se materializa en una Ley.

restantes etapas del ciclo presupuestario: ejecución, control y evaluación. Consecuentemente, es de su entera responsabilidad la forma como se emprendan dichas actividades y observar en todo momento el ordenamiento jurídico que le resulte aplicable a la entidad respectiva.

Por otra parte, la aprobación interna se manifiesta como un acto administrativo sujeto a los requisitos formales y sustanciales que impone el ordenamiento jurídico administrativo. Se presume válido y su eficacia puede corresponder a un órgano externo. En ese sentido, conforme al artículo 145 incisos 2 y 4 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6220), los efectos del acto administrativo pueden estar sujetos a requisito de eficacia fijado por el ordenamiento jurídico y, en tanto este no se dé, aquel no es eficaz ni puede ejecutarse.

En nuestro medio, según se comentó con antelación, el requisito de aprobación externa de los presupuestos de las entidades descentralizadas, en sentido amplio, tiene su fundamento en diversas normas constitucionales y legales, aunado a que el presupuesto ordinario o inicial rige a partir del 1° de enero del año correspondiente a su ejecución.

Así pues, la aprobación externa de los presupuestos es un tipo de control de carácter externo superior y se constituye en un requisito de eficacia. Ambos aspectos marcan los límites y alcance en el ejercicio del control a cargo de la CGR.

Desde el punto de vista doctrinario, para Jinesta Lobo<sup>24</sup> la aprobación se refiere a lo siguiente:

Se trata de un acto administrativo de control que se produce con posterioridad al acto aprobado. La aprobación, a diferencia de la autorización, opera *ex post* o *a posteriori* del acto definitivo que es válido y perfecto, por lo que constituye un requisito de eficacia del acto aprobado. (...) La aprobación, supone que el acto administrativo aprobado alcanzó su plena perfección y formación pero que todavía no es eficaz por falta de un control confirmativo de su legalidad. (...) La aprobación es una *conditio iuris* para la eficacia del acto administrativo aprobado, es necesaria para producir efectos jurídicos, pero no los produce por sí misma. La aprobación no constituye el acto, sino solo remueve obstáculos para que este una vez formado y perfecto, despliegue su eficacia. (...) Tampoco debe confundirse la aprobación con un acto complejo, dado que existen dos voluntades consecutivas con el fin de producir un efecto jurídico inmediato, son dos actos sucesivos y distintos.

En la aprobación presupuestaria, la CGR no forma parte de la voluntad administrativa de la entidad controlada, sino que se pronuncia con respecto a un acto administrativo presuntamente válido y perfecto para otorgarle su eficacia. Por ende, no adopta decisiones de conveniencia u oportunidad propias de la administración activa, y particularmente del jerarca institucional al aprobar internamente el presupuesto que posteriormente se somete a conocimiento de la CGR.

El tipo de control que se ejerce está supeditado a la naturaleza del órgano que lo ejecuta –órgano externo de control superior– así establecido en las mismas normas constitucionales,

<sup>24</sup> Jinesta Lobo, Ernesto. 2007. Tratado de derecho administrativo (Biblioteca Jurídica Diké), 627-628.

al señalar que la CGR examinará, aprobará o improbará los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas (artículo 184, inciso 2) y que los presupuestos de las municipalidades necesitarán la aprobación de la CGR para entrar en vigencia (artículo 175).

La CGR realiza con la aprobación presupuestaria un control de legalidad y técnico, de conformidad con el artículo 18 de su Ley Orgánica, que al efecto dispone:

...La Contraloría General de la República fiscalizará que los presupuestos sean formulados y presentados para cada ejercicio, de conformidad con las disposiciones legales y técnicas.

...Cuando se trate de programas o proyectos cuya ejecución se extienda más allá de dicho período, la entidad que formule el presupuesto deberá demostrar, a satisfacción de la Contraloría General de la República, que dispondrá de la financiación complementaria para terminar el programa y el proyecto respectivo.

En la aprobación externa, se analiza que el presupuesto institucional cumpla sustancial y razonablemente los aspectos de legalidad y técnicos propios de un documento presupuestario. De acuerdo con el resultado de dicha revisión, se emite un acto razonado mediante el cual dicho presupuesto institucional se aprueba de forma total o parcial, o se imprueba en su totalidad<sup>25</sup>.

Adicionalmente, los presupuestos iniciales y los extraordinarios están sometidos a la aprobación de la CGR, mientras que las modificaciones presupuestarias adquieren su eficacia con la aprobación interna de la respectiva entidad.

En cuanto a los niveles de detalle de la aprobación externa, si se trata de ingresos, le corresponde al nivel de detalle del clasificador vigente; en el caso de los gastos, al nivel de partida de los programas presupuestarios y del resumen institucional. En este último supuesto, la aprobación interna debe darse con el mismo nivel de detalle de los clasificadores presupuestarios vigentes.<sup>26</sup>

Desde el punto de vista de los ingresos, el presupuesto es un acto de mera previsión o cálculo contable, en tanto que los egresos se configuran como autorización del gasto, limitación de la cantidad por gastar y de fijación del destino que se da a los créditos aprobados. En esta medida, es importante aclarar que, no por el hecho de que un gasto se encuentre presupuestado, implica que desde esa aprobación se genere la obligación de la eventual erogación, pues ello estará supeditado a la ejecución del gasto, momento en que de igual manera la administración activa debe verificar su correspondencia con el bloque de legalidad.

Finalmente, debe mencionarse que en virtud de las diferencias que se han indicado, en cuanto al tipo de control que se ejerce en la aprobación interna y en la aprobación externa, las NTPP puntualizan en la norma 4.2.13 los aspectos por revisar en la aprobación externa, enfocada fundamentalmente a la aplicación sustancial y razonable de los elementos consignados en dichas normas que son propios del documento presupuestario, por ejemplo,

<sup>25</sup> Normas Técnicas sobre Presupuesto Público, norma 4.2.6.

<sup>26</sup> Normas Técnicas sobre Presupuesto Público, normas 4.2.5, 4.2.6 y 4.2.7.

que los programas presupuestarios reflejen las metas, objetivos e indicadores derivados de la planificación, contenido del presupuesto y sus respectivas justificaciones de gasto, presupuesto por programas, forma y contenido de categorías programáticas, entre otros, además de la atención por parte de los sujetos fiscalizados de las disposiciones contenidas en el bloque de legalidad, cuyo incumplimiento implique la improbación total o parcial del documento o su devolución sin trámite.

## Conclusiones

El ordenamiento jurídico costarricense ha privilegiado a la CGR en el establecimiento del control previo, vía aprobación presupuestaria, bajo un modelo del Estado. Tanto la Constitución Política como la leyes ordinarias han venido ampliando el ámbito de acción de la CGR en la aprobación de presupuesto, no solo de entidades públicas, sino también de sujetos privados, fideicomisos y en general de órganos.

Además de las regulaciones legales existentes, a la Ley Orgánica de la CGR se le ha dotado una potestad que le permite emitir la normativa técnica necesaria para el mejor cumplimiento de sus competencias, lo cual genera una mayor evolución de su contenido y enfoque de acuerdo con los tiempos actuales.

La aprobación presupuestaria a cargo de la CGR corresponde a un tipo de control de carácter superior externo, de legalidad y técnico, que se constituye en un requisito de eficacia. Se pronuncia en relación con un acto administrativo presuntamente válido y perfecto adoptado por el jerarca de entidad respectiva. Con dicho acto, la administración activa ha efectuado un ejercicio de conveniencia y oportunidad sobre la asignación de los recursos públicos.

Debido a la amplitud del tema y al crecimiento del sector *público costarricense*, es necesario en próximas entregas abordar la evolución y redimensionamiento que ha ejecutado la CGR en materia presupuestaria, así como el proceso de simplificación e integración normativa producto de la evolución que ha tenido la materia presupuestaria en los últimos años, la incorporación de la tecnología en la obtención y procesamiento de la información financiera y el replanteamiento del control político y ciudadano. Todos estos cambios se han generado como respuesta a las transformaciones que han tenido las instituciones, tanto desde el punto de vista organizacional, como de las actividades públicas que ejecutan.

## Referencias

Atchabahian, Adolfo. 1996. Régimen jurídico de la gestión y del control de la hacienda pública. Buenos Aires, Argentina: Dìpalma.

Cárdenas y Nápoles, Raúl. 2002. Presupuestos teoría y práctica. México: McGraw-Hill Interamericana.

Contraloría General de la República. 2008. "La Contraloría General y su instrumental de control: aportes al debate actual". En Memoria Anual 2008.

\_\_\_\_\_. 2012. "Fortalecimiento del control y gestión presupuestaria en el Gobierno de la República". En Memoria Anual 2012

\_\_\_\_\_. Normas Técnicas sobre Presupuesto Público. Publicado en Diario Oficial La Gaceta n.º 64 del 29 de abril del 2012.

\_\_\_\_\_. Resolución R-CO-62 de las 8:00 horas del 27 de junio del 2005, del Despacho de la Contralora General de la República, publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 131 del 7 de julio del 2005.

Instituto de Estudios Fiscales. 1995. Manual de Hacienda Pública. Tomo I. Madrid, España: Escuela de la Hacienda Pública.

INTOSAI (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores). 1977. Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización.

Jinesta Lobo, Ernesto. 2007. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Parte general. Biblioteca Jurídica Díké.

Ley 7428. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 210, del 04 de noviembre de 1994.

Ley 8131. Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 198, del 16 de octubre del 2001.

# Apuntes conceptuales sobre el recurso de objeción ante la Contraloría General de la República

## Sumario

1. Concepto y finalidad. a) Limitación indebida a la participación. b) Objetante coadyuva a la depuración cartelaria. c) Recurso pone a prueba la fundamentación del cartel. 2. Cláusulas impugnables. 3. Tipos de procedimiento, plazos y competencia. 4. ¿Quiénes pueden ser objetados? 5. Legitimación para interponerlo. 6. Fundamentación del recurso. 7. Entre la libre competencia y el interés público: un control de legalidad.

Elard Gonzalo Ortega Pérez<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Gerente Asociado de la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

## Introducción

Las compras públicas son relevantes no solo para el cumplimiento de cometidos y fines de la Administración, sino porque tienen una enorme repercusión en la actividad económica de un país y desde luego en la dinámica de quienes contratan con el Estado. Por ello los eventuales contratistas muestran sumo interés en la definición de las reglas de los concursos públicos.

La participación de los potenciales oferentes en la discusión de reglas de compra resulta válida, debido a que la estructuración de un cartel podría impedir su participación en el concurso, pese a que resulte la opción más beneficiosa para el interés público. Por lo tanto, esa participación debe ser un ejercicio regulado y en un determinado momento, lo cual se ha dejado previsto en nuestro ordenamiento jurídico antes de la apertura de ofertas.

En este artículo, se hace referencia al recurso de objeción y la lectura que se ha hecho primordialmente en la Contraloría General de la República. Se abarcan de forma general los aspectos más relevantes, como la legitimación, la fundamentación, el objeto del recurso y su funcionamiento.

### 1. Concepto y finalidad

Los artículos 81 a 83 de la Ley de Contratación Administrativa y del 170 al 173 del Reglamento a esa Ley regulan la posibilidad de impugnar los carteles de los procedimientos de licitación pública y licitación abreviada, con la finalidad de discutir cláusulas que impidan injustificadamente la participación o bien que resulten contrarias al ordenamiento jurídico. De esa forma, la posibilidad de objetar carteles se ha asociado tradicionalmente a la discusión de reglas que podrían transgredir los principios de libre competencia, pero ciertamente debe entenderse en una dimensión más compleja que la mera limitación de un oferente para participar de frente al objeto contractual o el perfil del oferente.

En esencia, el recurso de objeción es parte de los controles previos que existen en nuestro país en materia de contratación administrativa y que ha sido encomendado por el legislador a la Contraloría General de la República en el caso de licitaciones públicas y a la propia administración en las licitaciones abreviadas. Este breve análisis se refiere a las competencias de la primera, en el conocimiento de la objeción al cartel y a la forma en que en su condición de jerarca impropio aborda estos cuestionamientos a los carteles.

Sobre la finalidad del recurso de objeción, la Contraloría General ha identificado tradicionalmente tres líneas de orientación del recurso, las cuales se presentan a continuación:

- a. **Limitación indebida de la participación.** La primera de ellas se relaciona comúnmente con la remoción injustificada de cláusulas que limitan la participación, lo que significa que el recurso pretende remover una cláusula cartelaria que sin el debido sustento impide la participación a un potencial oferente. Desde luego, en este supuesto, el énfasis se hace desde la óptica de la libre competencia y de la imposibilidad de que se vaya a considerar una oferta que podría atender el interés público.

Esta lectura de la finalidad del recurso se reafirma cuando el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa exige, como parte de la fundamentación, que se demuestre que el bien o servicio que ofrece el recurrente pueda satisfacer las necesidades de la Administración. En consecuencia, la finalidad sería la eliminación de una cláusula que sin la suficiente motivación deja por fuera del concurso a una oferta que podría ser beneficiosa al interés público.

- b. Objetante coadyuva a la depuración cartelaria.** Una segunda línea sobre la finalidad del recurso es la identificación del objetante como una especie de coadyuvante en la mejora del clausulado cartelario. Claro que la relación a la coadyuvancia no se comprende en su sentido procesal, sino que atiende más bien ese interés de que la Administración mejore las cláusulas cartelarias para ajustarlas al ordenamiento jurídico, lo cual complementa la discusión de la libre participación expuesta en el punto anterior. En esta línea, entonces, podría ser admisible la discusión de aspectos que no necesariamente implican una limitación de la participación, pues en estos casos resulta un instrumento en manos de los eventuales interesados para colaborar con la Administración contratante en la definición de las reglas para la selección de la mejor oferta para la atención del interés público<sup>1</sup>.

En esta línea, algunos autores como Jinesta Lobo señalan que el recurso tiene una finalidad preventiva y de saneamiento para evitar que nulidades existentes desde un principio repercutan luego en la adjudicación; todo en aras de la mejor satisfacción del interés público<sup>2</sup>. Desde esa óptica, los recurrentes pueden alegar aspectos que podrían generar eventuales nulidades o mejorar las regulaciones cartelarias frente a la necesidad de la Administración.

- c. Recurso pone a prueba la fundamentación del cartel.** En una tercera línea, podría decirse que un buen ejercicio recursivo con la prueba suficiente persigue poner a prueba la fundamentación que tiene la Administración para una determinada regla cartelaria. De esa forma, la presunción de validez del cartel es factible de ser desvirtuada, con lo cual se explicita la necesidad de que la promovente del concurso cuente con los estudios y análisis para justificar un determinado requerimiento, pero sobre todo que permita apreciar que en dicho parámetro subyace la mejor atención del fin público.

Se ha externado el criterio de que el recurso pretende la remoción de cláusulas injustificadas de la participación, reconociendo el ejercicio fundamentado que desvirtúa la presunción de validez del cartel como acto administrativo. De esa forma, la pretensión del potencial oferente debe ser la eliminación o modificación de la cláusula, en tanto no tiene una justificación ajustada a la sana discrecionalidad de la Administración y dentro de los límites de las reglas de lógica, técnica y los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (Artículo 16 LGAP de aplicación supletoria). Por ello efectivamente el recurso constituye un instrumento

<sup>1</sup> Ernesto Jinesta Lobo, Tratado de Derecho Administrativo: Contratación Administrativa (San José: Guayacán, 2010), Tomo IV, 289.

<sup>2</sup> Jinesta, "Tratado de Derecho Administrativo", 289.

que permite depurar el pliego cartelario, pero en el entendido de que esas cláusulas que impiden la participación de forma no motivada en la necesidad administrativa repercuten en la satisfacción del interés público y lesionan los principios de libre concurrencia y eficiencia.

La tesis que reconoce en la objeción la posibilidad de venir a mejorar las reglas cartelarias encuentra sustento únicamente en supuestos de cláusulas que pueden significar futuras nulidades del procedimiento y, en consecuencia, de la adjudicación. Así pues, no son factibles aquellos supuestos donde los objetantes hacen uso del recurso para simplemente mejorar el cartel según lo que estimen más conveniente, porque con ese afán de mejora no limitativo fácilmente se puede pervertir la vía recursiva para que los potenciales oferentes ajusten las reglas cartelarias a sus posibilidades de mercado o sus estrategias de participación y dejen en segundo plano el interés público.

## **2. Cláusulas impugnables**

Las cláusulas cartelarias susceptibles de ser impugnadas corresponden a todas aquellas que constituyan una limitación arbitraria o injustificada o bien que resulten contrarias al ordenamiento jurídico. Por tal motivo, usualmente se impugnarán las cláusulas de admisibilidad que definan el objeto contractual o el perfil de oferente que pretenda contratar la Administración.

No obstante, también se ha reconocido en varias oportunidades la posibilidad de impugnar el sistema de evaluación, cuando se estima que sus factores sean intrascendentes, desproporcionados o carentes de metodología (aplicabilidad). En ese sentido, debe recordarse que el sistema de evaluación no limita en sí mismo la participación, sino que simplemente no asigna un puntaje a quien no posea la ventaja comparativa que hace la diferencia entre las ofertas que cumplieron el requisito de admisibilidad.

Tampoco es viable la impugnación de cláusulas cartelarias que cuestionen la conveniencia de ponderar un determinado aspecto, con base en el argumento de que resulta más acertado o ajustado al interés público. La administración es la que define en cada caso cómo se puede medir de mejor forma la idoneidad del adjudicatario, conforme a sus necesidades. Por lo tanto, si un determinado ente u órgano está interesado en una entrega más acelerada de un suministro y por ello pondera el plazo de entrega como aspecto de evaluación, no podría un potencial oferente venir a señalarle que es mejor ponderar la experiencia porque resulta más relevante.

## **3. Tipos de procedimiento, plazos y competencia**

La Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento regulan el recurso de objeción tanto para los procedimientos ordinarios de licitación pública, como para los de licitación abreviada<sup>3</sup>. En el caso de la licitación pública, le compete conocer a la Contraloría General de la República, mientras que en la licitación abreviada le corresponde a la Administración promovente; para ambos casos, el plazo es de diez días hábiles.

---

<sup>3</sup> Artículos 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

En los dos casos anteriores, se ha dispuesto su interposición dentro del tercio del plazo contabilizado a partir del día de la publicación de la invitación a participar y la fecha de la apertura (incluida esta). De esa forma, se asocia el plazo de interposición con la complejidad también del objeto contractual, si se considera que el plazo de recepción debería estructurarse precisamente con la suficiente razonabilidad para que puedan preparar las ofertas, lo que refleja entonces el nivel de complejidad del objeto contractual.

Como se puede apreciar, los plazos de interposición y resolución del recurso resultan plazos perentorios, en virtud de la celeridad que debe privar en los procesos de contratación y la oportunidad en la atención de las necesidades públicas. Sin embargo, el plazo tan corto representa un abordaje muy específico y concreto, pese a que su conocimiento debería ser tal vez más amplio por el momento en que se encuentra el procedimiento, sobre lo cual se hace referencia más adelante.

#### 4. ¿Quiénes pueden ser objetados?

El recurso de objeción aplica en los supuestos del artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa y del artículo 1 de su Reglamento, por lo que además de los entes y órganos a los que se aplican los procedimientos ordinarios antes referidos, también resultaría viable la interposición del recurso de objeción al cartel. Desde luego, debe recordarse la normativa especial que rige al Instituto Costarricense de Electricidad y sus empresas (Ley 8660), así como a la Junta Administrativa de Servicios Eléctricos de Cartago, las regulaciones especiales que tiene el Instituto Nacional de Seguros para las compras reguladas en el artículo 9 de la Ley del Instituto Nacional de Seguros (reformado por el artículo 51 de la Ley 8653) y las compras de medicamentos según la Ley 6914<sup>4</sup>.

De igual forma, a los sujetos que se rigen por los principios de contratación administrativa independientemente de su naturaleza, les sería aplicable el recurso de objeción en sus compras, en virtud del principio de control de asidero constitucional. En esta misma línea, debe hacerse una especial referencia al caso de los fideicomisos que ha promovido la Administración Pública, en donde independientemente de las circunstancias que pueda significar el patrimonio afectado a un fin, no se pierde de vista que se ha puesto en administración fondos o derechos de uso sobre bienes públicos, con lo cual también le se aplica el recurso de objeción. Sobre esto, la Contraloría General de la República ha indicado:

---

<sup>4</sup> Contraloría General de la República, Resolución R-DCA-386-2008 de las 8:00 horas del 1° de agosto del 2008. "Como se puede observar, la Sala Constitucional definió que esta Contraloría tiene competencia para resolver recursos de apelación, interpuestos en contra de los actos de adjudicación en los concursos promovidos por la CCSS al amparo de la Ley 6914, siempre y cuando la suma adjudicada supere el límite económico fijado para las instituciones públicas que se ubiquen en el Estrato A, como lo es el caso de la CCSS, en donde la apelación procede a partir de la suma de ₡152 000 000, de conformidad con lo resuelto en la R-CO-7-2008, dictada por el Despacho de la señora Contralora General de la República, a las 8 horas del 15 de febrero de 2008, y publicada en La Gaceta 44 del 3 de marzo de 2008. Como corolario de lo anterior, debe tomarse en cuenta que el recurso de objeción se encuentra inmerso dentro del régimen recursivo de la materia de contratación administrativa y, siguiendo los lineamientos trazados por la Sala Constitucional en el voto supracitado, es viable afirmar que sobre las decisiones que se adopten en esta materia de adquisición de medicamentos por parte de la Administración la Contraloría General también tiene competencia para conocer y resolver recursos de objeción, que se interpongan en contra del cartel de los concursos que promueva la CCSS al tenor de la Ley 6914, siempre y cuando la estimación que haya hecho la CCSS para la compra promovida alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública establecido en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa..."

Ahora bien, en lo que respecta a la actividad contractual desplegada por el fiduciario, se ha señalado que no está sujeta a los procedimientos de la Ley de Contratación Administrativa pero sí a los principios generales que rigen la contratación administrativa, y ello en razón de la naturaleza pública que ostentan los recursos fideicometidos. / En el presente caso, en razón de la norma especial que faculta al CONAVI para suscribir fideicomisos, la ejecución contractual de dichos fideicomisos se regirá por los principios de contratación administrativa y no por los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, y como parte de la sujeción a los principios se encuentra el control jerárquico impropio por parte de esta Contraloría General, que ha sido dispuesto por la Sala Constitucional, en razón del origen público de los fondos con que se financien total o parcialmente sus contrataciones y del origen constitucional de nuestras facultades de control y fiscalización. La tramitación de las objeciones o apelaciones, cuando en razón del monto correspondiera a la Contraloría General, se tramitaría de acuerdo con los procedimientos fijados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.<sup>5</sup>

## 5. Legitimación para interponerlo

El Artículo 82 de la Ley de Contratación Administrativa y el 170 de su Reglamento contemplan un elenco de sujetos legitimados para interponer el recurso, dentro de los cuales se encuentran desde luego los potenciales oferentes o sus representantes. Al respecto, debe considerarse que la acreditación de la condición de potencial oferente no requiere de un amplio nivel de desarrollo o demostración en cuanto a su actividad o giro comercial y el objeto de la contratación, pues se encuentra cobijado por los principios de buena fe, libre concurrencia y eficiencia. Por ello rara vez se aprecia un rechazo de plano del recurso por no acreditar la legitimación como potencial oferente, pese a que en muchas ocasiones algunas administraciones parecieran concentrarse más en ese punto que en atender la defensa de las cláusulas objetadas, las cuales se supone que están debidamente fundamentadas.

Por lo demás, la finalidad que tiene el recurso demanda una lectura abierta de la instancia competente que garantice el cometido fundamental del recurso y se enmarque en una lectura *pro actione* que beneficie el interés público. Se parte de que quien viene a impugnar no lo hace mediante una técnica dilatoria, sino que mantiene un interés cierto y de buena fe en atender la necesidad de la Administración, lo cual permitirá contar con mayores ofertas para seleccionar la más idónea.

A su vez, el legislador dispuso la posibilidad de impugnar para aquellas entidades legalmente constituidas, con el fin de para velar por los intereses de la comunidad donde va a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos. Sobre esta misma línea, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa ha dibujado más claramente la legitimación también para las agrupaciones en las que el objeto de la contratación repercute en el núcleo de intereses que representan<sup>6</sup>. Por su parte, ya la Contraloría General había admitido con anterioridad a la reforma reglamentaria, la posibilidad de que los colegios profesionales pudieran objetar los

<sup>5</sup> Contraloría General de la República, Oficio 357 del 19 de enero de 2012. Igual solución se ha aplicado en el referendo de los fideicomisos de FONATEL y Estadio Nacional entre otros.

<sup>6</sup> Artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

carteles en los que sus agremiados tuvieran interés en la medida en que se afectara esos intereses corporativos.

Algunos autores nacionales, como Ronald Hidalgo, han cuestionado el esquema de legitimación que rigen en materia de recurso de objeción al cartel, al señalar lo siguiente:

Los recursos administrativos en materia de contratación administrativa –como la objeción al cartel– se han diseñado bajo la premisa de la protección a intereses legítimos sustantivos. Sin embargo, la distancia que separa un interés legítimo de un derecho subjetivo tiende a disiparse si partimos de la existencia de un derecho –o como quiera que se le llame– a participar en los procesos de selección del contratista del Estado, esto es, el derecho a ser oferente y a ser evaluado con igualdad. (...). La fórmula potencial oferente = legitimado para objetar, se rompe como la regla general por seguir, por la protección que tienen los intereses difusos o colectivos. La posibilidad de objetar el cartel no está enlazada a la condición de poder suministrar el bien o servicio que se busca.<sup>7</sup>

Como en efecto señala el autor, en la actualidad la normativa no contempla la protección de los intereses difusos, de forma tal que se construya una defensa de aquellos intereses. No obstante, en una ocasión se le permitió a un diputado impugnar un cartel con base en la lectura de intereses de la comunidad estudiantil y el adecuado manejo de fondos públicos<sup>8</sup>, con lo cual la Contraloría General podría estar migrando a una valoración de la legitimación en una dimensión más amplia que la prevista por el legislador, pero que podría enmarcarse dentro de la lógica de la legitimación abierta que contempla el Código Procesal Contencioso Administrativo. Desde esta óptica, debe repensarse la tesis tradicional de la legitimación, pese a la norma expresa que construye la legitimación no solo con la Ley de Contratación Administrativa, sino que se articula con las regulaciones constitucionales y legales vigentes.

Pareciera que en la discusión de una tesis abierta de legitimación debe tenerse presente indiscutiblemente el impacto que esto pudiera significar para el trámite de impugnación y la atención oportuna de las necesidades públicas. Por otro lado, tampoco se trata de cerrar las posibilidades de impugnación del cartel, pero sí de reservarlas al mejor cumplimiento de los fines públicos, en la medida en que el recurso tiene un sentido y una razón de ser en primer término, que es permitir la participación frente a condiciones injustificadas que limiten la

<sup>7</sup> Ronald Hidalgo Cuadra. La formación del cartel en las licitaciones: el significado del recurso de objeción para la libre competencia, en Apuntes de derecho administrativo: homenaje al Dr. Jorge Romero (San José: ISOLMA, 2009), Tomo II, 392 - 393.

<sup>8</sup> Resolución R-DCA-254-2009 de las 12:00 horas del 28 de mayo de 2009. «Bajo ese cuadro fáctico, resulta procedente rechazar las argumentaciones del MEP en el sentido de que no se han presentado recursos de objeción en contra del cartel de esta contratación por parte de los posibles oferentes que pudieron sentir afectados sus intereses, precisamente porque tenemos el presente recurso que pretende velar por los intereses de la comunidad estudiantil, en concordancia con un adecuado manejo de los fondos públicos. Es importante señalar que se interpreta por parte de esta División que la referencia textual de que “toda entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde se vaya a ejecutar la contratación o sobre la cual surta sus efectos”, debe entenderse en lo que corresponde al recurso de objeción, de una forma amplia, pues es claro que se está en una fase donde se procura construir el cartel más adecuado para satisfacer el interés público, por lo que, siendo el diputado un representante de los ciudadanos, resulta admisible la posición de que este se constituye en un sujeto protector de parte o la totalidad de la sociedad, unido a que en la especie se trata de una tutela de la hacienda pública. Así las cosas, en el presente caso el recurrente ostenta legitimación, por cuanto con su recurso pretende defender intereses que atañen a la colectividad nacional (estudiantil), de marcado interés general, como lo es el adecuado manejo de los fondos públicos».

participación y permitir las mejores posibilidades para la Administración en la selección de la oferta más conveniente (principios de libre concurrencia y eficiencia).

## 6. Fundamentación del recurso

Como se reconoce tradicionalmente en materia procesal, la carga de la prueba la tiene quien afirma y, en consecuencia, recae sobre quien pretende objetar el cartel del concurso y desvirtuar su ajuste al ordenamiento jurídico. De esa forma, le corresponde al recurrente aportar todos los elementos de juicio y prueba que acrediten la necesidad de remover o modificar una determinada cláusula cartelaria.

El Artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa regula la fundamentación del recurso. Para ello requiere la identificación de las infracciones precisas al cartel y que se haga la debida fundamentación, lo que implica que se acompañe la prueba que se estime conveniente. De esa forma, es fundamental que el objetante no solo identifique la cláusula cartelaria, sino que también señale por qué se limita injustificadamente la participación, y cómo se lesionan los principios y el ordenamiento en general. Como puede verse, no basta que un objetante señale que no le resulta factible participar en el concurso. La norma reglamentaria le exige que desarrolle las razones por las cuáles no es posible participar y cuáles normas o principios se ven lesionados con la cláusula cuestionada<sup>9</sup>.

Esta regulación se complementa necesariamente cuando se indica: “debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración”. De esa forma, la fundamentación del recurso requiere no solo que se demuestre que la cláusula resulte limitativa, sino que además

---

<sup>9</sup> Contraloría General de la República, Resolución R-DCA-101-2007. “...Sin embargo, partiendo de que se trata de un ejercicio razonado y fundamentado tendiente a desvirtuar un alejamiento de los principios de contratación administrativa, los potenciales oferentes interesados en su modificación, deben ser claros y contundentes en cuanto a un esfuerzo argumental y probatorio que, con toda claridad, demuestre la actuación arbitraria de la Administración; ejercicio que encuentra un sustento adicional en los fines a los que podría, eventualmente, servir cada una de las posiciones en controversia: un fin particular frente a uno colectivo. En otros términos, el recurso de objeción al cartel no tiene una naturaleza de mera tutela a los intereses particulares de un determinado oferente, aspecto que lo trasciende, sino que dicho recurso tiene una clara intencionalidad de colaboración entre el oferente potencial y la Administración, de tal manera que las gestiones que aquel presente no se limitan a velar por un interés particular, sino que han de ser consideradas y desarrolladas como un medio de remoción de aquellas condiciones que se apartan del ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, se presume que las condiciones técnicas que la Administración incorpora a un cartel y que limitan la libre participación tienen un adecuado sustento y, por ende, son válidas, por lo que para poder removerlas el interesado debe demostrar con toda claridad y sustento lo contrario. Ello nos lleva a considerar que el recurso de objeción al cartel implica un esfuerzo por parte de quien lo gestiona, para desvirtuar la presunción de legalidad de una determinada condición, o en otras palabras, debe presentar una argumentación lógica, clara y concisa y, en la medida de lo posible, respaldada en criterios técnicos, todo con el fin de analizar si la restricción cuestionada tiene un adecuado sustento y que el producto que ofrecería el objetante, superada esa restricción, igualmente podría, desde el punto de vista técnico, satisfacer la necesidad, sin poner en riesgo a la colectividad; eso es lo que podría considerarse el recurso visto como un medio de colaboración con la Administración y, por ende apegado al interés público, trascendiendo el mero interés particular. Esa obligación de fundamentar sus recursos se desprende a nivel normativo del artículo 172, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, de modo que el recurso no puede consistir en una simple petición para que el cartel se modifique en aras de que un interesado coloque su producto, sino que el ejercicio, más bien, debe ser demostrar desde el punto de vista técnico que la restricción que impide que el producto se ajuste a lo solicitado no tiene ningún respaldo técnico y, por lo tanto, debe removerse. (...) Pero, no aporta un solo argumento técnico que acredite que tales condiciones resulten ser técnica y funcionalmente equivalentes. Además, alega que esas característica señaladas en el cartel, solo pueden ser cumplidas por un único oferente pero no aporta prueba de ello, ni menciona el nombre del potencial oferente, de frente al cual, en su criterio, se sesga el cartel.”

el objetante demuestre que en el caso de la contratación de bienes, servicios y obra, está en capacidad de atender la necesidad de la Administración con el objeto que cotizaría para efectos del concurso<sup>10</sup>. Desde esa óptica, poco sentido tendría que se ordenara la modificación de la cláusula cartelaria si quien la objeta no tiene la posibilidad de cotizar un objeto que permita atender de una forma equivalente la necesidad de pública.

Así pues, no es suficiente una buena argumentación para la remoción de la cláusula, sino que debe acreditarse cómo la posible modificación al cartel refleja la posibilidad no solamente de participar, sino de atender el fin público. De esta forma, se evita la discusión que muchos objetantes plantean para que el pliego de condiciones sea ajustado a sus posibilidades de negocio como estrategia para adjudicarse el concurso.

## **7. Entre la libre concurrencia y el interés público: un control de legalidad**

Como puede verse, el recurso de objeción tradicionalmente se ha entendido como un instrumento que permite la remoción de cláusulas del cartel que limitan la participación, pero lo cierto es que se convierte en un puente-garantía entre la protección a la libre concurrencia y el interés público, en la medida en que permite la discusión oportuna de las reglas del concurso con el justo equilibrio de la necesidad pública. Un acercamiento práctico de la figura permite reconocer el interés de los potenciales oferentes por lograr los ajustes que les permitan cotizar, pero ello solo es factible cuando quien objeta está realmente en capacidad de cumplir con el fin público de una forma equivalente a la que ha diseñado la Administración.

El interés público pesa en la actuación de la Administración que ha construido y estructurado un cartel que en principio atiende sus necesidades y que se presume válido. Sin embargo, también se considera en la discusión de una cláusula que limite la participación, porque necesariamente debe demostrarse que la impugnación permite la satisfacción del interés público, como se ha indicado.

Ciertamente el recurso es en un mecanismo a instancia de parte, pero se convierte en un poderoso aliado del interés público, pues parte de un ejercicio de buena fe del recurso que pretende mejorar y depurar las reglas que serán utilizadas en la selección de la oferta más idónea.

---

**10** Contraloría General de la República. Resolución R-DCA-092-2009 de las 9:00 horas del 26 de febrero de 2009. «...el gestionante se encuentra en la obligación de fundamentar sus alegatos, no basta simplemente con manifestar que los requisitos de admisibilidad y el sistema de evaluación le limitan su participación, sino que debe acreditar que ellos son factores que no aportan ninguna ventaja o provecho a la Administración, y que estos resultan arbitrarios. Al respecto, en la resolución R-DCA-577-2008 de 29 de octubre del 2008, se indicó: “De conformidad con lo anterior, este Despacho procederá a rechazar el recurso en cuyos extremos no se acrediten adecuadamente las razones por las cuales solicita la modificación del pliego cartelario. En ese sentido, no resulta suficiente con que el objetante motive su pretensión únicamente en que se permita la participación del equipo o sistema que pretende ofrecer. Contrariamente, debería incluirse una adecuada relación entre las modificaciones solicitadas, la documentación o prueba aportada y las violaciones imputadas al cartel. De manera tal, que no solo se demuestre la calidad y eficiencia del equipo o sistema que se pretende ofertar, sino que también se demuestre que cumple a cabalidad con los requerimientos y necesidades de la Administración a efectos de satisfacer el interés público”. Con base en las manifestaciones del disconforme se desprende que no existe fundamento suficiente que permita establecer que a la sociedad Técnica Universal de Costa Rica S.A. se le esté causando un perjuicio, en el tanto no demuestra la forma en que los aspectos recurridos del pliego cartelario le limitan su posible participación en el concurso o bien se presenten como una restricción económica y técnica tal y como lo aduce».

La verificación de los elementos requeridos por la normativa para utilizar el recurso constituye una vía de admisibilidad, la cual debe complementarse con el análisis de fondo al declarar o no con lugar la modificación pretendida. En el análisis de fondo, la discusión más compleja es el cómo atiende la Contraloría General los aspectos que se resuelven y sobre todo cómo en su condición de jerarca impropio discute aspectos sobre los que no ha construido el cartel como Administración activa.

En ese sentido, resulta insoslayable reconocer que un recurso fundamentado supone que se pase el filtro de la admisibilidad y obliga a la Administración a realizar un mejor desarrollo de las justificaciones para sostener determinada cláusula. No obstante, también significa que la Administración podría allanar la pretensión por estimar innecesario el requerimiento cuestionado, con lo cual habilita la posibilidad de participar. En este sencillo escenario (aceptación de la Administración), la Contraloría General debería proceder acogiendo el allanamiento, siempre que asienta que la Administración promotora es quien mejor conoce la forma de atender sus necesidades, salvo que exista una incongruencia entre ello y el ordenamiento jurídico.

Este último caso permite discutir aspectos que deben ser revisados por la Contraloría General. Esta hace una lectura más de legalidad y no dentro de la esfera de discrecionalidad de la Administración, que se supone ha actuado de forma planificada y debidamente sustentada al definir las reglas del concurso. De esa forma, las valoraciones de la Contraloría General no pueden definir cuál es la mejor forma de atender la necesidad o las cuestiones técnicas, sino que supone el reconocimiento de las prerrogativas de la Administración, pese a su condición de jerarca impropio y las sopesa con el ejercicio probatorio de quien impugna para confrontarlas con el ordenamiento jurídico<sup>11</sup>.

Ni siquiera en el ejercicio oportuno de las competencias derivadas del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la definición del órgano contralor podría abandonar la esfera de legalidad que como jerarca impropio se activa cuando se interpone el recurso. En ese sentido, de forma complementaria a las competencias desarrolladas en la Ley de Contratación Administrativa y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el Artículo 181 de la Ley General de la Administración Pública señala que: "El contralor no jerárquico podrá revisar solo la legalidad del acto y en virtud de recurso administrativo, y decidirá dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente, pero podrá aplicar una norma no invocada en el recurso."

De esta forma, en el análisis de un recurso de objeción en cuanto al fondo, el órgano contralor se decantará entre declarar o no con lugar, desde una lectura de legalidad y de revisión de la conformidad del clausulado impugnado en relación con el ordenamiento jurídico. Desde luego, el ejercicio de otras competencias derivadas de su Ley Orgánica no se encuentra limitado dentro de las pretensiones del recurso, pues en este caso actúa como garante de la Hacienda Pública. Por ello deben atenderse las modificaciones que se ordenen

<sup>11</sup> Sobre el particular, acertadamente Hidalgo Cuadra señala: "Determinar el contenido del pliego es una facultad discrecional y es posible ejercer un control de legalidad en el supuesto de que resulten infringidas reglas elementales de conveniencia o técnica, dentro del marco que el propio ordenamiento permite ese contralor de discrecionalidad, a saber, por la inobservancia de reglas básicas y elementales de ingeniería o de la ciencia médica. / La discrecionalidad puede ser controlada solo si se demuestra un ostensible error técnico o una clara irracionalidad en el cartel" (Hidalgo 2009, 404).

en ese contexto, aunque obedezcan a una potestad diferente en ese momento, no solo por ser un ejercicio oportuno, sino sobre todo porque dejar de modificar el pliego podría significar una lesión a la Hacienda Pública. Desde luego, ello puede materializarse en aspectos tan sencillos y poco frecuentes como la ausencia de metodología de un sistema de evaluación, hasta otros más complejos como la anulación de un cartel porque su objeto sea contrario al ordenamiento jurídico.

Entender estas prerrogativas y sus límites se convierte en un aspecto esencial de la vida jurídica y de los procesos de compra, en la medida en que la celeridad con que se deben atender las necesidades públicas demanda del órgano contralor la mayor oportunidad para el ejercicio de sus competencias, principalmente para atender el interés público en un momento en que la voluntad de la Administración de contratar se termina de conformar antes de que el cartel del concurso adquiera firmeza. El reto fundamental es permitir que mecanismos de impugnación como el recurso de objeción no sean obstáculos y demoras en la promoción de procedimientos, sino que los diferentes actores involucrados en su conocimiento (objetantes, administraciones y Contraloría General) entiendan sus verdaderos alcances en la satisfacción del interés público.

## Conclusiones

- a. El recurso de objeción pretende la remoción de cláusulas cartelarias que de forma injustificada limitan la participación, lo cual permitiría satisfacer los principios de eficiencia y libre concurrencia.
- b. La legitimación en el recurso estudiado, ha sido decantada por la Contraloría por hacer lecturas asociadas a los intereses colectivos.
- c. La fundamentación en la interposición de recursos requiere que se explique en qué se lesiona la participación, pero también que el recurrente explique cómo el bien o servicio que cotizaría satisface las necesidades de la Administración.
- d. El ejercicio recursivo se ejecuta a instancia de parte, pero ello no impide al órgano contralor -de forma oficiosa- remover o modificar cláusulas de aspectos no discutidos por el objetante.

## Referencias

Decreto Ejecutivo N.º 33411. Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, 02 de noviembre del 2006.

Hidalgo Cuadra, Ronald. 2009. La formación del cartel en las licitaciones: el significado del recurso de objeción para la libre competencia, en Apuntes de derecho administrativo: homenaje al Dr. Jorge Romero. Tomo II. San José: ISOLMA.

Jinesta Lobo, Ernesto. 2010. Tratado de Derecho Administrativo: Contratación Administrativa. San José: Guayacán.

Ley N.º 7494. Ley de Contratación Administrativa, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, 08 de junio, 1995.

Contraloría General de la República. Resolución R-DCA-101-200 de las 8:30 del ocho de marzo 2007.

\_\_\_\_\_. Resolución R-DCA-386-2008 de las 8:00 horas del 1º de agosto del 2008

\_\_\_\_\_. Resolución R-DCA-092-2009 de las 9:00 horas del 26 de febrero de 2009

\_\_\_\_\_. Resolución R-DCA-254-2009 de las 12:00 horas del 28 de mayo de 2009.

\_\_\_\_\_. Oficio 357 del 19 de enero de 2012.

# Consideraciones básicas sobre la contratación directa autorizada por la Contraloría General de la República

## Sumario

1. Aspectos preliminares sobre la autorización de contratación directa por parte de la Contraloría General de la República y su sustento normativo. 2. Algunos supuestos de contratación directa autorizada en materia de compras públicas. 3. Contratación directa autorizada al amparo del artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa. 4. Contenido de la solicitud. 5. Sobre el trámite de la gestión. 6. Análisis de la solicitud. 7. Sistemas alternativos de contratación. 8. Sobre responsabilidad de la Administración gestionante. 9. Distinción entre contratación directa “autorizada” y contratación directa “de escasa cuantía”.

María Jesús Induni Vizcaíno<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Máster en Derecho de la Contratación Pública, Universidad de Castilla-La Mancha. Fiscalizadora, Contraloría General de la República.

## Introducción

Como regla de principio, las contrataciones que se lleven a cabo con fondos públicos deben ajustarse al procedimiento ordinario establecido en razón del monto. Lo anterior ostenta incluso raigambre constitucional cuando el artículo 182 de la Constitución Política dispone:

Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

Sin embargo, ante el interés público que reviste la materia de compras públicas y las particularidades que presenta por el dinamismo propio de la materia, el legislador ha establecido normas de carácter legal, cuyo contenido es replicado a nivel reglamentario. Estas normas contemplan excepciones a la aplicación de los procedimientos ordinarios de contratación.

Desde esta óptica, se sustenta una serie de supuestos que requieren autorización de la Contraloría General de la República (CGR), entre ellos el artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), numeral que encuentra estricta relación con los artículos 138 y 139 del Reglamento a dicha Ley (RLCA).

### **1. Aspectos preliminares sobre la autorización de contratación directa por parte de la Contraloría General de la República y su sustento normativo**

Antes de analizar la aplicación de la figura, conviene indicar que las autorizaciones que otorga la CGR al amparo de las normas señaladas en el punto anterior, se dan en el ejercicio de la tutela administrativa que ejerce en sus relaciones con otros sujetos de derecho público, a quienes fiscaliza como parte de las competencias encomendadas al órgano contralor, en el marco del control previo de la Hacienda Pública<sup>1</sup>.

Asimismo, resulta oportuno recordar que la autorización consiste en un acto administrativo que permite prescindir de la aplicación de la regla general establecida en la norma, en este caso, constitucional, legal y reglamentaria: la prevalencia de los procedimientos concursales definidos en razón del monto de la respectiva contratación.

Además, se debe señalar que, con el otorgamiento de una autorización de esta naturaleza a determinada Administración, no se está ante una relación propiamente de jerarquía, sino del ejercicio de potestades de control que ostenta la CGR con respecto a otros sujetos de derecho público para que las contrataciones se apeguen a los procedimientos ordinarios. Esto se materializa en la autorización que se llegue a otorgar, dentro en el ejercicio de las labores de

---

<sup>1</sup> Artículos 30 y 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

control para el adecuado y eficiente uso de los fondos públicos, a través de la verificación del apego de los procedimientos de contratación a la normativa emitida para tal efecto.

En este orden de ideas, se visualiza la autorización de contratación directa como un mecanismo para garantizar que la Administración no aplique de manera infundada, ilegítima o arbitraria las excepciones que contempla la normativa especial que le permiten prescindir en situaciones, precisamente excepcionales, de procedimientos o formalidades.

De acuerdo con lo anterior y ante una relación de control intersubjetiva del manejo de fondos públicos, no está de más indicar que la autorización por parte del órgano contralor ha de ser previa, como lo indica la Ley General de la Administración Pública en su numeral 145: "Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa". Además, se posiciona como requisito de validez del acto que llegue a emitir el sujeto gestionante de la autorización.

Si se carece de la autorización del órgano contralor, se estaría obviando la aplicación de las formas y procedimientos previamente definidos para cada tipo de contratación en relación con el monto, con lo que existiría así un vicio en el procedimiento.<sup>2</sup>

Por lo demás, es necesario aclarar que en sentido estricto la contratación directa no implica en sí misma un procedimiento, dado que es factible otorgar una autorización de contratación directa dirigida a una persona física o jurídica en particular –para contratar directamente a un proveedor– o bien autorizar un procedimiento sustitutivo en el que medie concurso, lo cual puede denominarse "contratación directa concursada". Para efectos de la presente exposición, se utiliza el término contratación directa indistintamente de si refiere al primer o segundo supuesto.

## **2. Algunos supuestos de contratación directa autorizada en materia de compras públicas**

La normativa que regula la materia de compras públicas contiene varios supuestos de contratación directa que requieren la autorización por parte de la CGR a modo de habilitación para obviar el procedimiento ordinario que en principio correspondería.

En términos generales, conviene apuntar que entre ellos se encuentra la compra directa de inmuebles, con la cual se le faculta a la Administración adquirir de forma directa bienes inmuebles que por su naturaleza o circunstancias concurrentes no es posible o conveniente adquirirlos por licitación pública. Para ello se preceptúa, como requisito adicional al cumplimiento de ciertas condiciones o características que debe ostentar el inmueble, el contar con la autorización previa del órgano contralor, según los artículos 71 de la LCA, y 157 y 131 inciso j) del RLCA.

---

<sup>2</sup> Al respecto, el artículo 21 de la LCA y el 210 del RLCA prevén, como vicio grave y evidente en el trámite de una contratación, la omisión del procedimiento correspondiente o el recurrir a la aplicación de alguna excepción de manera ilegítima.

También se encuentra la facultad de recurrir a un procedimiento de urgencia, cuando la Administración se posicione en una situación cuya atención se haya calificado de urgente.<sup>3</sup> En este caso es factible prescindir de una o todas las formalidades de los procedimientos de contratación. Comprendida así la contratación directa, en la medida en que se descarta efectuar el concurso correspondiente y omitir formalidades, cada situación particular se define siempre que se atienda interés público en riesgo para evitar lesiones a este e impedir que se causen daños graves e irreparables a las personas o cosas.

Para utilizar tal mecanismo, se requiere la autorización previa de la CGR. Aunque el órgano contralor no se refiera a la solicitud, la falta de pronunciamiento no puede ser interpretada como aprobación de la gestión.<sup>4</sup>

Como otro supuesto de contratación directa autorizada por la CGR en el ordenamiento jurídico aplicable, en el artículo 9.9.2, capítulo 9 del texto del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA-DR) referido a procedimientos de contratación, se posibilita la aplicación de contratación directa, pese a que las adjudicaciones han de efectuarse en principio mediante procedimientos abiertos en caso de que por el monto resulte aplicable el artículo 9 del tratado. Tal aplicación se contempla en casos de ausencia de ofertas que cumplan con requisitos esenciales dispuestos en los documentos de contratación, para lo cual ha de observarse lo dispuesto en el artículo 30 de la LCA y 15 RLCA –variación de procedimiento infructuoso–, numerales que establecen la exigencia de que medie autorización de la CGR.<sup>5</sup>

A la vez, el mismo numeral contempla la posibilidad de proceder con una contratación directa en caso de ser estrictamente necesario por razones de urgencia, cuando resulte imposible obtener las mercancía o servicios a tiempo mediante los procedimientos de licitación abiertos, cuyo uso ocasionaría perjuicios graves a la entidad contratante. Así, en aplicación de la legislación interna, sería necesaria la autorización previa de la CGR, como se mencionó antes.

### **3. Contratación directa autorizada al amparo del artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa**

Si bien las anteriores habilitaciones corresponden a algunos supuestos de contratación directa autorizada en el ordenamiento jurídico, el abordaje del tema planteado implica enfocarse en el contenido del artículo 2 bis de la LCA, el cual se refiere a la exclusión de los procedimientos de concurso de la LCA con autorización de la CGR.

---

<sup>3</sup> Conviene distinguir entre la “autorización por urgencia” y las “situaciones imprevisibles” que contempla el artículo 131 inciso k) del RLCA. En este último numeral, se está ante uno de los supuestos de objetos de naturaleza o circunstancia concurrente incompatibles con el concurso que, para el caso particular, habilita a la propia Administración a contratar de manera directa bienes y servicios –sin mediar autorización de la Contraloría General– a fin de enfrentar situaciones totalmente imprevisibles que puedan afectar o amenacen la continuidad de servicios públicos esenciales.

<sup>4</sup> LCA, art. 80 y RLCA, art.132

<sup>5</sup> Según se expone en los Lineamientos Explicativos para la Administración Activa en la aplicación del capítulo 9 del CAFTA-DR, referidos a la contratación pública L-1-2011-DC-DCA emitidos por la Contraloría General, Resolución R-DC-54-2011 emitida por el Despacho Contralor a las 15:00 horas del 25 de abril del 2011 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta 119 de fecha 21 de junio del 2011.

Lo anterior se debe a que este tipo de procesos representa una cantidad considerable dentro del total de gestiones relacionadas con la materia de contratación administrativa que se tramitan en la institución. Para sustentar tal afirmación, considérese que en el 2012 se presentaron 432 solicitudes de contratación directa.<sup>6</sup>

Dicha cantidad resulta significativa al contrastarla con otros tipos de procesos que se entienden como los más relevantes en materia de compras, al tratarse de resolución de recursos de apelación, resolución de recursos de objeción y trámite de refrendo de contratos, los cuales alcanzaron para el mismo año la atención de 436, 402 y 570 gestiones, respectivamente.<sup>7</sup> Sobre esta línea, del total de ingresos del primer cuatrimestre de 2013, 222 procesos corresponden a apelaciones, 117 a recursos de objeción, 164 a refrendo de contratos y 135 solicitudes de autorización.<sup>8</sup>

Aun así, en la Memoria Anual 2012 emitida por la CGR, se concluyó que solo un 3% del total del presupuesto de bienes y servicios se tramitó por medio de contrataciones directas autorizadas, porcentaje que denota las características del procedimiento como alternativo y excepcional, máxime cuando se contrasta con el procedimiento de contratación directa, escasa cuantía. Este tipo de procedimiento es el más utilizado para la contratación de bienes y servicios, el cual representa un 67%<sup>9</sup> del total de los procedimientos de contratación tramitados.

Ahora bien, dicho lo anterior se procede a considerar el contenido del artículo 2 bis de la LCA que contempla tres supuestos. El primero de ellos se refiere a aquellos casos donde los bienes, obras o servicios, en razón de su gran complejidad o su carácter especializado, solo pueden obtenerse de un limitado número de proveedores o contratistas, de manera que por razones de economía y eficiencia no resulte adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios. En tal caso, se autoriza obviar el procedimiento ordinario y efectuar un concurso con los escasos proveedores que haya del bien o servicio.

Para la procedencia de una autorización amparada en este supuesto, es esencial la acreditación ante el órgano contralor de que en efecto son limitados los proveedores del bien o servicio en razón de la especialidad o complejidad del objeto y la improcedencia del procedimiento ordinario.

El segundo de estos supuestos se refiere a lo siguiente:

...casos en que la administración, habiendo adquirido ya equipo tecnológico, decida adquirir más productos del mismo contratista, por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los equipos tecnológicos que se estén utilizando, teniendo en cuenta si el contrato original satisfizo adecuadamente las necesidades de la administración adjudicadora, si el

<sup>6</sup> Cifra no contempla autorizaciones por urgencia y compra de inmuebles.

<sup>7</sup> Contraloría General de la República. Base de Datos Interna. División de Contratación Administrativa y Contraloría General de la República. Memoria Anual 2012, 187 y 188.

<sup>8</sup> Base de Datos Interna. Se excluyen modificaciones contractuales, cesiones, contrataciones de urgencia, compra de inmueble, prórrogas, entre otros tipos de autorización.

<sup>9</sup> Según se concluyó en la Memoria Anual 2012.

precio es razonable y, especialmente, si se descartó la existencia de mejores alternativas en el mercado.

La aplicación de este supuesto demanda el cumplimiento de una serie de requisitos, los cuales se presentan a continuación:

- Que los equipos para los cuales se busca compatibilidad sean los que están siendo utilizados, pues ya se habían adquirido previamente.
- Que el adquirir más productos se origine de la necesidad de asegurar su compatibilidad o por razones de normalización.
- Que se acredite la necesidad de realizar una contratación directa, para lo cual se deben aportar los respectivos estudios.
- Que el contrato mediante el cual se adquirió el equipo alcanzó satisfacer la necesidad de la administración.
- Que el precio sea razonable. Para ello, cualquier análisis de precios en comparación con otras alternativas debe efectuarse mediante consulta documentada a otros proveedores, lo cual debe constar en el expediente.
- Definir el plazo máximo planeado de dependencia con ese proveedor antes de realizar un nuevo proceso licitatorio.
- Que no existan mejores alternativas en el mercado, lo cual se enfatizado en la propia norma y se desarrolla en el artículo 139 del RLCA, donde se establece de manera preceptiva el aporte de estudios sobre la inexistencia de alternativas mejores en el mercado.

El tercer supuesto se refiere a otras actividades o casos específicos en los que se acrediten suficientes razones para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.

Este supuesto muestra una redacción amplia ante la imposibilidad de definir taxativamente la totalidad de supuestos en que podría posicionarse la Administración, lo que implica a su vez una apertura a la potestad otorgada al órgano contralor para analizar en cada situación particular las circunstancias y factores que inciden en la procedencia de obviar o no el procedimiento que por monto corresponde. Ello permite perfilar soluciones ajustadas a cada necesidad por constituir un análisis meramente casuístico, atendiendo a los parámetros señalados, a los principios de eficiencia y eficacia que permean la materia de compras públicas ante el dinamismo que exige y al interés público comprometido.

La citada disposición legal encuentra eco en el artículo 138 del RLCA, donde se autoriza la contratación directa o el uso de procedimientos sustitutivos a los ordinarios cuando existan razones suficientes para considerar que es la mejor forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general, o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos. También se debe solicitar una justificación detallada de las circunstancias por las cuales el procedimiento licitatorio no resulta apropiado o conveniente para la satisfacción del interés general, según se indica en el artículo 139 del RLCA.

De tal forma, la autorización procede cuando se acredita no solo que la contratación directa es la única forma de satisfacer o evitar daños al interés público, sino también que es la mejor o más apropiada forma de hacerlo, es decir, por razones de conveniencia.

#### 4. Contenido de la solicitud

La solicitud que se dirija a la Contraloría General con la finalidad de obtener la venia para proceder con una contratación directa al amparo del artículo 2bis LCA debe cumplir los siguientes requisitos:

- Ser suscrita por el jerarca de la entidad u órgano o por el funcionario competente. Para ello es necesario que quien suscriba la solicitud ostente la representación y capacidad suficientes.
- Contener una justificación detallada de las circunstancias que originan la aplicación de alguna de las excepciones y por las cuales la utilización del procedimiento licitatorio no resulta apropiado o conveniente para la satisfacción del interés general. Por ejemplo, si se trata de los incisos a) y b), cumplir con la acreditación de las circunstancias alegadas mediante los estudios respectivos y, para el inciso c), detallar las razones por las cuales el procedimiento ordinario que por monto corresponde no resulta apropiado o conveniente para la satisfacción del interés general y justificar por qué la contratación directa pretendida se visualiza como el medio idóneo para alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.
- Contener el detalle de la forma que se había previsto para seleccionar al contratista, con lo cual no se pretende conocer anticipadamente el contenido de las cláusulas del cartel del concurso si fuese una contratación directa concursada, lo cual en todo caso resulta improcedente y la Contraloría no se pronunciaría al respecto, sino visualizar de manera general los parámetros que se seguirían para seleccionar al contratista.
- El monto estimado del negocio, el cual sirve de referencia para determinar el procedimiento que en principio debía seguirse así como la procedencia de recursos de objeción al cartel y de apelación contra el acto de adjudicación o de declaratoria de desierto o infructuoso y del refrendo contralor, en razón de la cuantía.
- La especificación de la partida presupuestaria que ampara la erogación, lo cual se constata con la certificación de contenido presupuestario.
- Cronograma y responsable de las actividades hasta concluir la ejecución, lo cual no implica una proyección exhaustiva de cada etapa.

En caso de una contratación directa de obras, existen requisitos adicionales:

- Debe remitirse un cronograma comparativo donde se indiquen los plazos previstos en el caso de efectuar la obra mediante el procedimiento ordinario que corresponda y los de la contratación directa solicitada.
- Mostrar el estado del diseño de la obra.
- Indicar el personal idóneo con que disponga la entidad para la fiscalización del contratista.

- Señalar el grado de cumplimiento de autorizaciones especiales requeridas en el ordenamiento, con el fin de valorar la pertinencia de la autorización.

## 5. Sobre el trámite de la gestión

La Contraloría General cuenta con diez días hábiles para resolver la gestión, plazo que puede ser interrumpido con requerimientos de información adicional, con los cuales se previene aportar documentos, ampliar justificaciones brindadas por la Administración, solicitar aclaraciones sobre algún extremo de la solicitud, completar requisitos, entre otros.

Todo lo anterior se advierte con la finalidad de conocer con mayor amplitud las circunstancias en que se posiciona la Administración frente a la necesidad que requiere solventar con la contratación y, de este modo, contar con los insumos suficientes para emitir un criterio ajustado a los requisitos puntuales, sobre todo para lograr la satisfacción del interés público a través de una solución jurídicamente sustentada.

## 6. Análisis de la solicitud

Ahora bien, la autorización debe brindarse mediante resolución motivada, por lo que la labor de la CGR se centra en analizar y determinar que en efecto las razones incoadas por la Administración ameritan la inobservancia del procedimiento en principio aplicable por no resultar la vía idónea para satisfacer el interés público y aplicar un régimen de excepción.

Esto se efectúa en ejercicio de las funciones de fiscalización superior de la Hacienda Pública del órgano contralor, que implica el análisis circunscrito a las regulaciones y supuestos que señalan las normas, el interés público en juego y las razones que la propia Administración hace de su conocimiento, como concedora de la situación, posibilidades y limitaciones.

Ello impregna al análisis un casuismo que implica que la procedencia o no de la autorización esté necesariamente amparada en las razones presentadas por la Administración en la solicitud y que estas razones se ajusten a la normativa especial. Por lo tanto, se está ante materia reglada que incluye un amplio ejercicio valorativo de las circunstancias expuestas por el gestionante.

Por consiguiente, ante la autorización de una contratación directa, la CGR no emite criterio sobre el objeto contractual, sino únicamente sobre la procedencia de la aplicación de un régimen de excepción, como fue dicho, aspecto que resulta de especial consideración. Por lo tanto, es responsabilidad exclusiva de la Administración determinar la idoneidad del contratista, la justificación y determinación de la solución técnica, la propia definición del objeto, así como la razonabilidad del precio por pagar.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> En tal sentido, la Sala Constitucional, en el voto 2001-02660 de las 15:24 horas del 4 de abril del 2001, dispuso lo siguiente: "En efecto, nótese que la formación de la voluntad administrativa, así como la planificación que ello conlleva en sus distintas etapas recae bajo la responsabilidad de la Administración. Es esta la que identifica y determina la necesidad de contratar, la disponibilidad presupuestaria y la imposibilidad de seguir un procedimiento concursal. Es en el ámbito de la administración activa en el donde se valoran los criterios de oportunidad y conveniencia que pueden intervenir en la contratación de que se trate. Tan es así que la solicitud que se plantea ante la Contraloría para su aprobación debe contener una justificación detallada de las circunstancias que provocan que la utilización de los procedimientos ordinarios no sea conveniente, y debe detallar la forma en que se tiene previsto

Como se indicó en párrafos anteriores, la procedencia de la autorización se encuentra ligada indefectiblemente al interés público. Se parte de que la finalidad de los contratos administrativos es la satisfacción de dicho interés y que el cumplimiento de las formas no se da por sí mismo, sino en función de la adecuada y oportuna satisfacción del interés público sustentado en el bloque de legalidad y consecuente con una realidad dinámica en la que se presentan infinitas variables, que el ordenamiento jurídico no puede ignorar.

En caso de otorgarse la autorización, puede darse de manera concursada con indicación del número de potenciales oferentes para garantizar el concurso o de manera directa. En ambos supuestos, si bien se atenúan ciertos principios como el de publicidad y se prescinde del procedimiento o algunas formalidades, siempre han de cumplirse determinados requisitos esenciales, como por ejemplo el acto de adjudicación.

Asimismo, la atenuación de formalidades no implica el irrespeto a los derechos y obligaciones de las partes ni obviar la aplicación del régimen de prohibiciones y sanciones establecido en la LCA. Sobre el particular, la Sala Constitucional en el voto 6754-98<sup>11</sup> señaló:

...la actividad contractual administrativa excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, deberá adaptarse en todos sus extremos a los principios generales, los requisitos previos, los derechos y obligaciones de las partes, los controles y el régimen de prohibiciones y sanciones previstos en la Ley de Contratación Administrativa.

En otro orden de ideas, en el oficio de autorización debe especificarse la vía recursiva que proceda en tales casos. Por ejemplo, si procede o no recurso contra el cartel y si el recurso debe ser presentado ante la Administración o la CGR, si procede o no recurso contra el acto de adjudicación o que se declare desierto o infructuoso el procedimiento y si se presenta ante la Administración. Para ello se pueden establecer los plazos y formalidades del recurso de revocatoria –artículos 185 RLCA y siguientes– o que la Contraloría General se reserve el conocimiento del recurso y se establezca, por ejemplo, que resultan aplicables los plazos de la licitación abreviada, tanto para interponer el recurso como para resolver.

En todo caso, la determinación de los plazos aplicables al procedimiento o trámite respectivo se hace frente a la necesidad, considerando, por ejemplo, si la autorización se funda en razones de oportunidad o conveniencia, en razón del tiempo con que cuenta la Administración para satisfacer su requerimiento.

Asimismo, se define si la contratación debe ser formalizada mediante contrato y el trámite al que debe ser sometido para adquirir eficacia (aprobación interna o refrendo contralor), de conformidad con la facultad concedida a este órgano contralor en los numerales 3 y 17 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.<sup>12</sup>

---

seleccionar al contratista (...). De lo anterior se desprende que en esos casos la Contraloría no tiene la iniciativa, no determina la necesidad ni la oportunidad de los criterios con que se pretende hacerle frente a esta, de ahí que no pueda decirse que está ejerciendo una coadministración”.

<sup>11</sup> Resolución 6754-98 emitida por la Sala Constitucional a las 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998.

<sup>12</sup> Resolución R-CO-44-2007 emitida por el Despacho de la Contraloría General a las 9:00 horas del 11 de octubre del 2007, modificada mediante resolución emitida por el Despacho Contralor, R-DC-31-2012 de las 13:00 horas del 7 de marzo del 2012.

Por su parte, el artículo 139 faculta a la CGR para que establezca condiciones tendientes a la mejor satisfacción del interés público y a un manejo adecuado de la contratación autorizada. Estas condiciones operan a modo de consideraciones para que sean asumidas por la Administración gestionante. Como parte de ellas, se encuentran las siguientes:

- a. La delimitación del objeto sobre el cual se autoriza la contratación, así como el monto estimado, sin detrimento de la aplicación, según sea el caso, del artículo 14 del RLCA.
- b. Contenido presupuestario suficiente y disponible para atender las erogaciones que se deriven de la autorización, así como la procedencia de los fondos.
- c. La elaboración de un expediente administrativo en donde consten actuaciones para una eventual fiscalización posterior.
- d. Acreditación de que el contratista y los subcontratistas, según corresponda, se encuentran al día en el pago de sus obligaciones obrero patronales con la Caja Costarricense de Seguro Social de conformidad con el artículo 74 de la Ley Constitutiva de tal entidad.
- e. La verificación del cumplimiento de las obligaciones previstas por el artículo 22 de la Ley 5662, en cuanto encontrarse al día con el pago de lo correspondiente a FODESAF.
- f. Verificación de que el contratista se encuentra al día con el pago de los impuestos nacionales.
- g. Verificación y acreditación del cumplimiento del régimen de prohibiciones dispuesto en la LCA por parte del contratista, y que no se encuentre inhabilitado o imposibilitado para contratar con la Administración.
- h. Establecimiento de mecanismos de control.
- i. Las modificaciones en fase de ejecución contractual, incluso aumentos y disminuciones, se rigen únicamente por lo dispuesto en los artículos 12 de la LCA y 200 de su Reglamento.
- j. Por ser un procedimiento excepcional autorizado sobre la base de una situación particular que enfrenta la Administración, no es viable aplicar una nueva contratación al amparo del artículo 12 bis de la LCA y 201 del RLCA.

Finalmente, se definen responsables para verificar las consideraciones tendientes a alcanzar la adecuada satisfacción del interés público esbozadas por el órgano contralor en el oficio de autorización, con la advertencia de que en caso de que tal seguimiento no recaiga dentro del ámbito de las competencias del funcionario señalado, es deber de este último instruir o comunicar a las dependencias que correspondan.

## **7. Sistemas alternativos de contratación**

El numeral 138 RLCA brinda la posibilidad de que el órgano contralor autorice sistemas de precalificación alternativos a los procedimientos ordinarios, cuando sea recomendable por la naturaleza o frecuencia del objeto. Para ello, en la solicitud que remita la Administración, deben indicarse por lo menos las razones por las cuales se deba considerar que la propuesta es la mejor opción de satisfacer el interés general, así como el plazo razonable de vigencia del sistema, la forma en que se seleccionará a los contratistas, el régimen recursivo que procedería, formas de pago, entre otras.

Lo que se analiza es el ajuste a los principios que rigen la materia de contratación. Se espera, además, que exista derecho a recurrir y que tal potestad sea adecuadamente regulada, como la misma forma de seleccionar al contratista, la publicidad de los actos, mecanismos de control, entre otros. La autorización versa sobre un sistema en el que la propia Administración formula las reglas específicas para el procedimiento sustitutivo, del cual se derivarán las eventuales contrataciones.

Vale advertir que con la autorización de un mecanismo o sistema alternativo de contratación no se valida o emite de ningún modo un reglamento en ejercicio de la potestad reglamentaria que ostenta la CGR para dictar normas y directrices para el ejercicio de las funciones asignadas constitucionalmente.<sup>13</sup>

La prórroga del uso de estos sistemas es posible en la medida en que se acredite ante la CGR que permanecen las razones que justificaron su autorización original y por supuesto que no haya transcurrido el plazo señalado, ya que por tratarse de una prórroga del sistema, debe estar vigente.

## **8. Sobre responsabilidad de la Administración gestionante**

Además los “condicionamientos” o consideraciones que brinda el órgano contralor para el adecuado manejo de la autorización, cuya constatación es responsabilidad de la entidad gestionante, existen otras responsabilidades que deben ser asumidas por la Administración en el marco de la solicitud de contratación directa.

Sobre el particular, el artículo 138 RLCA señala que, en caso de que la solicitud de autorización se haya originado por una evidente falta de planificación que dé lugar a un desabastecimiento de bienes o en una tardanza en la disponibilidad del servicio requerido que comprometa la continuidad del servicio público, esta solicitud debe indicar de forma expresa las medidas correctivas y disciplinarias que hayan sido adoptadas o se piensen adoptar.

Adicionalmente, la Administración es responsable por los resultados de la contratación y, en caso de que ocurra, por la calificación errónea de las circunstancias que pudieran servir de justificación en la solicitud para exceptuar la aplicación de los procedimientos de contratación que en principio debían ser tramitados. Esto obedece a que la autorización no exonera del compromiso que debe asumir la Administración por las decisiones que toma en ejercicio de su discrecionalidad.

## **9. Distinción entre contratación directa “autorizada” y contratación directa “de escasa cuantía”**

Como un aspecto adicional, conviene distinguir entre la autorización de contratación directa autorizada y la contratación directa conocida como de escasa cuantía. Si bien ambas responden a exclusiones de la aplicación de procedimientos ordinarios, esta última corresponde a un supuesto de *excepción* de los procedimientos de concurso dispuestos en el artículo 2 de la LCA, mientras que la contratación directa autorizada es una exención –

<sup>13</sup> Artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

previa autorización– del procedimiento ordinario al posicionarse en un supuesto específico (Artículo 2 bis LCA).

Así pues, la contratación directa de escasa cuantía es una exclusión expresa por parte del legislador, en razón de los montos no tan significativos para los que aplica, en lo que a impacto para la Hacienda Pública se refiere. Además, según lo dispone la propia ley en su artículo 2 inciso h), se trata de actividad que por su escasa cuantía no conviene que sea sometida a los procedimientos ordinarios de concurso.

Sin embargo, si bien se trata de materia excluida de los procedimientos ordinarios por resultar inviables, esto no significa que no se le pueda aplicar ningún procedimiento, sino que deben seguirse parámetros definidos, donde se destaca la existencia previa de las bases de la contratación. En el artículo 136 del RLCA, se establecen plazos mínimos y formalidades del procedimiento.

La contratación directa por escasa cuantía no se visualiza como una contratación directa dirigida a un proveedor en particular, sino que prevé la existencia de un concurso entre oferentes que están facultados a prestar el servicio o suplir el bien mediante las reglas y parámetros definidos por la Administración al amparo de lo regulado en las citadas normas. Se diferencia de la contratación directa autorizada, con la cual se pueden obviar formalidades y ajustar el procedimiento a las circunstancias de carácter excepcional que enfrenta la Administración. Incluso se puede autorizar la contratación directamente con un proveedor específico y obviar el concurso.

## **Conclusión**

De los aspectos generales enunciados, se desprende la existencia de varios tipos de contratación directa, en la que puede mediar o no autorización de la Contraloría General de la República.

Se destaca la posibilidad de obviar el procedimiento ordinario que por monto corresponde en casos excepcionales, de allí la relevancia que ostenta la autorización de contratación directa dentro de la normativa especial que rige la materia de compras públicas. Se contempla como un mecanismo que responde a las necesidades de la Administración dentro de una realidad que vive y que prevalece sobre la forma. De esta manera, se logra dar continuidad a muchas situaciones que pueden presentarse en la dinámica de la contratación pública.

## Referencias

Contraloría General de la República. Base de Datos Interna. División de Contratación Administrativa.

\_\_\_\_\_. Memoria Anual 2012.

\_\_\_\_\_. Resolución R-DC-54-2011 de las 15:00 horas del 25 de abril del 2011.

\_\_\_\_\_. Resolución R-CO-44-2007 de las 9:00 horas del 11 de octubre del 2007. Modificada mediante Resolución R-DC-31-2012 de las 13:00 horas del 7 de marzo del 2012.

Decreto Ejecutivo 33411. Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, publicada en el Diario Oficial La Gaceta n° 210, 02 de noviembre del 2006.

Ley 7494. Ley de Contratación Administrativa, publicada en el Diario Oficial La Gaceta n° 110, 08 de junio, 1995.

Ley 7428. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, publicada en el Diario Oficial La Gaceta n° 210, 04 de noviembre, 1994

Sala Constitucional. Resolución 6754-98 de las 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998.

\_\_\_\_\_. Resolución 2001-02660 de las 15:24 horas del 4 de abril del 2001.

# Procedimiento de atención de denuncias ante la Contraloría General de la República

## Sumario

1. Introducción. 2. La denuncia como medio de control ciudadano. 3. Fundamento jurídico -normativo del procedimiento de atención de denuncias ante la Contraloría General de la República. 4. Procedimiento de atención de denuncias ante la Contraloría General de la República. 5. Labor del Área de Denuncias e Investigaciones de la Contraloría General de la República. 6. La denuncia anónima, el deber de guardar la confidencialidad sobre la identidad del denunciante, la documentación y otras evidencias de las investigaciones. 7. Conclusiones.

Carlos Manuel  
González Barrantes<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado / Fiscalizador. Área de Denuncias e Investigaciones. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.

## 1. Introducción

En el presente documento se aborda el tema de la atención de denuncias en la Contraloría General de la República. Para ello inicialmente se presenta una breve reseña sobre el papel de la denuncia en las sociedades actuales, pues en la actualidad constituye uno de los principales instrumentos con que cuenta el Estado para promover la participación y el control ciudadano con respecto al desempeño de la función pública.

Asimismo, se profundiza en torno al fundamento jurídico-normativo del procedimiento y la potestad para la atención de denuncias ante la Contraloría General de la República. Se destacan las principales normas que orientan el accionar, las competencias, atribuciones, el ámbito de cobertura y los alcances del órgano contralor en materia de atención de denuncias. También se hace énfasis en el procedimiento para la atención de denuncias que se sigue en dicho órgano constitucional, el cual consta de una serie de etapas y requisitos particulares.

Por otra parte, se hace una breve referencia a la labor del Área de Denuncias e Investigaciones de la Contraloría General de la República, específicamente al trámite de atención de denuncias.

Finalmente se expone un apartado referente al desarrollo, tanto jurisprudencial como normativo, que se le ha dado al deber de guardar la confidencialidad sobre la identidad del denunciante, la documentación y otras evidencias de las investigaciones, así como a la facultad que se les concede a los ciudadanos de presentar denuncias anónimas. Como se indicará más adelante, estos aspectos se constituyen en "máximas" sobre tema de atención de denuncias.

## 2. La denuncia como medio de control ciudadano

La denuncia consiste en un medio utilizado por la Administración al alcance de los ciudadanos para poner en conocimiento hechos que se estiman irregulares o ilegales, con el objeto de instar el ejercicio de competencias normalmente disciplinarias o sancionatorias que ostentan los órganos públicos.

Sobre el particular, el autor Velásquez Leal define la denuncia ciudadana como la descripción de los hechos que muestran una irregularidad de los servicios públicos o ciudadanos vinculados al manejo y uso de los recursos y patrimonio del Estado.<sup>1</sup>

Si bien es cierto nuestras instituciones no cuentan con mecanismos expresos o directos que permitan a los ciudadanos sancionar directamente las acciones ilegales de la Administración Pública, el instrumento de la denuncia promueve y constituye uno de los mecanismos de la llamada participación ciudadana, en la esfera del control y fiscalización de políticas públicas (control ciudadano indirecto).

---

<sup>1</sup> Velásquez Leal. Promoción de participación ciudadana y transparencia (Honduras: Scancolor, 2008).

Lo anterior implica que la misma ciudadanía, en atención a los principios democráticos, interviene o forma parte de la actividad pública de manera indirecta y pone en conocimiento de las autoridades administrativas actuaciones que podrían contravenir el ordenamiento jurídico normativo y los principios éticos que se rigen en relación con el desempeño de la función pública.

La misma ciudadanía suministra los insumos para que la Administración active su aparato de control y fiscalización o, si procede, establezca las responsabilidades disciplinarias y pecuniarias correspondientes, con el fin de evitar un daño a los intereses estatales o establecer el respectivo resarcimiento en aquellos casos en que el daño fue consumado.

Nuestro ordenamiento admite la denuncia como un mecanismo de participación ciudadana. El artículo 3 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública señala que: "El derecho a la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción se fundamenta en el libre acceso a la información, en la educación, en la organización y en el poder ciudadano de denuncia".

Uno de los elementos o requisitos fundamentales del llamado control ciudadano es que la Administración cuente con una estructura o mecanismo de información institucional. Por ello es fundamental que exista un sistema orientado a proveer de información a la ciudadanía sobre temas como la gestión pública, normativa legal y aspectos generales sobre el accionar de las entidades públicas, información que debe estar al alcance de la ciudadanía para que esta cuente con los insumos necesarios que le permitan accionar la rendición de cuentas.

### **3. Fundamento jurídico-normativo del procedimiento de atención de denuncias ante la Contraloría General de la República**

El procedimiento de atención de denuncias ante la Contraloría General de la República tiene su fundamento en una serie de disposiciones normativas que, interpretadas de forma armónica, establecen el marco jurídico para su atención. A continuación se hace un breve recorrido sobre ese universo normativo, donde se cimienta este procedimiento.

Inicialmente hay que destacar que los artículos 183 y 184 de la Constitución Política instituyen a la Contraloría General de la República como un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública.

Interesa resaltar que en la V Sesión Ordinaria de la Asamblea General de la Organización Latinoamericana del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, celebrada en Lima, Perú en 1995, se resolvió promover el establecimiento de procedimientos específicos para la presentación y atención de denuncias provenientes de la ciudadanía, para facilitar una mejor programación de las actividades de control. Esto permite reforzar la relación de las entidades de fiscalización superior con la sociedad, lo cual se fundamenta en la identificación de objetivos comunes de anticorrupción.

Asimismo, mediante la Ley 7670 del 17 de abril de 1997, la Asamblea Legislativa aprobó en cada una de sus partes la Convención Interamericana Contra la Corrupción, firmada por Costa Rica en Caracas el 29 de marzo de 1996. En el artículo III de este cuerpo normativo,

se establece que los Estados partes se comprometen a aplicar medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer, como se menciona en los incisos siguientes:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas...
2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.
- (...)
8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

La Convención obliga a Costa Rica a la implementación de las medidas señaladas y a establecer mecanismos para la atención de denuncias ciudadanas que versen sobre temas de corrupción.

En el orden legislativo, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley 7428) constituye la norma que desarrolla y le da contenido a los supra citados numerales 183 y 184 constitucionales, para lo cual se establece el ámbito de competencias y atribuciones del órgano contralor, así como su organización y conformación.

De los párrafos que anteceden, se desprende cómo la Constitución Política establece de manera genérica que la Contraloría General de la República es el órgano rector en materia de vigilancia de la Hacienda Pública, precepto que pasa a desarrollar según la citada Ley 7428, mediante la cual se le conceden al órgano contralor una serie de competencias, atribuciones, potestades e instrumentos para el desempeño de sus funciones.

Además, los artículos 12 y 22 disponen que la Contraloría General es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superior, y le confieren la potestad de: "instruir sumarios administrativos o realizar investigaciones especiales de oficio o a requerimiento de cualquier interesado", cuando provenga de los órganos parlamentarios de la Asamblea Legislativa o cuando lo soliciten conjuntamente por lo menos cinco diputados. Precisamente en razón de esta potestad, se origina el instrumento de la denuncia como una herramienta que co-ayuda a la persecución de dichos fines de control y fiscalización. Además, viene a consagrarse en un mecanismo promotor por excelencia de la llamada participación ciudadana.

Por otra parte, el artículo 9 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito (Ley 8422) y el 26 de su Reglamento le concede a la Contraloría General de la República la potestad de determinar: "...los procedimientos para la atención, la admisibilidad y el trámite de las denuncias que se le presenten y que sean atinentes al ámbito de su competencia".

#### **4. Procedimiento de atención de denuncias ante la Contraloría General de la República**

En el ejercicio de las potestades conferidas a la Contraloría General, el órgano contralor emite los llamados “Lineamientos para la atención de denuncias planteadas ante la Contraloría General de la República”, mediante la Resolución R-CO-96-2005, publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 238 del 9 de diciembre del 2005. Esta norma tiene como objetivo regular e informar a las personas los requisitos que deben reunir las denuncias que se presentan ante la Contraloría General para que se proceda con su trámite respectivo.

En el artículo 4 de dicho cuerpo normativo se regula la atención de denuncias ante la Contraloría General de la República:

El Área de Denuncias y Declaraciones Juradas de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa<sup>2</sup> será la unidad de la Contraloría General encargada de valorar la admisibilidad de las denuncias presentadas ante este órgano contralor, conforme a lo establecido en estos Lineamientos.

El Área de Denuncias e Investigaciones, de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República es una oficina especializada del órgano contralor para la atención de denuncias en lo que se refiere al ámbito de competencia del órgano contralor. Sin embargo, esta circunstancia no constituye impedimento para que, en razón de la especialidad de la materia o bien por razones de oportunidad y conveniencia, cualquier otra área o división de la Contraloría General pueda atender denuncias e iniciar investigaciones preliminares sobre posibles hechos irregulares en el ejercicio de sus competencias.

La atención de denuncias en la Contraloría General de la República pasa inicialmente por una especie de filtro a la que se ha llamado etapa de “admisibilidad”, donde se analiza la procedencia de la denuncia, de conformidad con el ámbito de competencia que ostenta la Contraloría General para la atención de denuncias.

El numeral 2 de los lineamientos citados es el que se refiere al “ámbito de competencia” de la Contraloría General en materia de atención de denuncias, según se indica:

Ámbito de Competencia: la Contraloría General de la República dará trámite únicamente a aquellas denuncias que versen sobre posibles hechos irregulares o ilegales en relación con el uso y manejo de fondos públicos o que afecten la Hacienda Pública y lo regulado por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública n.º 8422.

Una vez superada la etapa de admisibilidad, la denuncia puede ser trasladada a la etapa de “investigación preliminar”, en la cual se pretende obtener la mayor cantidad de insumos para determinar la veracidad de los hechos denunciados. También se analizará con profundidad el surgimiento de posibles responsabilidades tanto civiles como disciplinarias. En caso de

---

<sup>2</sup> En la actualidad, se denomina Área de Denuncias e Investigaciones de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

estimarse que los hechos denunciados configuran algún tipo penal, se elaboraría la respectiva denuncia para ser trasladada al Ministerio Público.

El numeral 6 de ese mismo cuerpo normativo establece una serie de requisitos que deben reunir las denuncias para ser presentadas ante la Contraloría General de la República, los cuales se señalan a continuación:

- Los hechos denunciados deberán ser expuestos de forma clara, precisa y circunstanciada, con el detalle suficiente que permita realizar la investigación: el momento y lugar en que ocurrieron tales hechos y el sujeto que presuntamente los realizó.
- Se deberá señalar la posible situación irregular que afecta la Hacienda Pública por ser investigada.
- El denunciante deberá indicar cuál es su pretensión en relación con el hecho denunciado.

Sobre el particular, el instituto de la denuncia tiene una doble funcionalidad, ya que además de permitir el escrutinio público de las actuaciones u omisiones de los funcionarios públicos o aquellos que sin serlo administran fondos públicos, también genera auténticos insumos al ejercicio de las labores y atribuciones que se le han encargado a la entidad. Por ello es fundamental la verificación de una serie de requisitos, como los indicados en los lineamientos; de lo contrario, se dificultaría la implementación de acciones y gestiones investigativas por parte del ente contralor.

Esta Contraloría General se ha referido con especial énfasis a la necesidad de fundamentar razonablemente la denuncia, verbigracia, mediante oficio 5161 (DAGJ-1156) del 6 de mayo del 2005, como se transcribe a continuación:

...Ahora bien no obstante lo anterior, más que un requerimiento constituye una necesidad la presentación de denuncias razonablemente fundamentadas, y no comprensivas de simples manifestaciones que a veces no pasan de ser meras afirmaciones sin sustento alguno, respecto de las cuales se dificulta la implementación de acciones y gestiones investigativa.

En concordancia con lo anterior, en aplicación del numeral 8 de los lineamientos citados, la Contraloría General puede solicitarle una aclaración al denunciante, en caso de que lo estime necesario, por existir a su juicio una imprecisión en los hechos descritos por este. Para dichos efectos, se concederá un plazo no menor de 10 días hábiles para que complete o aclare la información o, de lo contrario, se archivará o desestimaré la gestión.

Como se indicó anteriormente, la Contraloría General podría trasladar la denuncia a las instancias competentes para realizar la investigación, ejercer el control y las potestades disciplinarias, según lo dispuesto en el ordinal 10 de los mencionados Lineamientos para la atención de denuncias planteadas ante la Contraloría General de la República. Además, en el artículo 11 de ese mismo cuerpo normativo, se señala que el ente contralor podrá darles seguimiento a las denuncias que remita a las diferentes instancias competentes, con el fin de que cumplan su obligación de atenderlas.

En concordancia con el artículo 14 de los supra citados Lineamientos para la atención de denuncias planteadas ante la Contraloría General de la República, el denunciante deberá indicar un medio idóneo para recibir notificaciones y para comunicarle cualquiera de las siguientes resoluciones que se adopten sobre su gestión:

- La decisión de desestimar la denuncia y de archivarla.
- La decisión de trasladar la gestión para su atención a lo interno de la Contraloría General, la Administración, la Auditoría Interna de la entidad involucrada, al órgano de control que corresponda o al Ministerio Público.
- El resultado final de la investigación que se realizó con motivo de su denuncia.

El numeral 25 bis del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito se refiere al régimen recursivo aplicable en materia de atención de denuncias: "Contra la resolución que dicta el rechazo, archivo o desestimación de la denuncia, cabrá, por parte del denunciante, los recursos de revocatoria y apelación, dentro del plazo de tres días hábiles siguientes a la comunicación ...". Aquí se hace referencia al régimen de impugnación establecido en la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227).

## **5. Labor del Área de Denuncias e Investigaciones de la Contraloría General de la República**

El Área de Denuncias e Investigaciones de la Contraloría General de la República tramita actualmente un promedio de 1000 denuncias por año. Al cierre de noviembre del 2012, se tramitaron 954 denuncias. Dicha labor dio como resultado la fiscalización de un total de 3 215 590 839,24 de fondos públicos, en razón de las investigaciones abordadas por dicha área de investigación<sup>3</sup>.

Son variados los productos finales que pueden ser emitidos por el Área de Denuncias e Investigaciones, de acuerdo con la particularidad de cada caso concreto, entre los que se pueden señalar:

- El traslado de la denuncia a una instancia con competencia para realizar la investigación y tomar las acciones pertinentes.
- El archivo o desestimación de la denuncia mediante un acto debidamente motivado y fundamentado.
- La elaboración de una relación de hechos o informe de investigación preliminar por responsabilidad, ya sea disciplinaria o pecuniaria, el cual puede ser remitido a las instancias que cuentan en cada caso particular con la potestad disciplinaria sobre los responsables o bien ante una dependencia de la misma Contraloría, a fin de que inicie un procedimiento disciplinario a los presuntos responsables.
- La redacción de una denuncia penal, la cual se remitiría al Ministerio Público para que este actúe de conformidad en el ejercicio de sus competencias.

---

<sup>3</sup> Información tomada de la base de datos de informática: "Sistema de Denuncias" de la Contraloría General de la República.

Por ende, la labor del Área de Denuncias e Investigaciones de la Contraloría General de la República constituye un claro ejemplo de la promoción de mecanismos de participación que el Estado costarricense procura incentivar en la población. Según se indicó en el apartado tercero del presente documento, el mismo artículo 3 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública señala el mecanismo de la denuncia como uno de los principales instrumentos para la promoción de la participación ciudadana.

## **6. La denuncia anónima, el deber de guardar la confidencialidad sobre la identidad del denunciante, la documentación y otras evidencias de las investigaciones**

Tanto con la presentación de una denuncia por imperativo legal como en la “etapa de investigación preliminar”, existe el deber de guardar la confidencialidad sobre la identidad del denunciante. La documentación y otras evidencias de las investigaciones serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. Las anteriores consideraciones se derivan de los ordinales 6 de la Ley General de Control Interno (Ley 8292) y 8 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley 8422).

Sobre este tema, la Procuraduría General de la República, mediante el dictamen C-368-2005 del 26 de octubre de 2005, en alusión al procedimiento de atención de denuncias indicó:

...Como se observa, la disposición se encuentra redactada de modo imperativo, ordena que cuando se presenta una denuncia, se guarde confidencialidad sobre la identidad del denunciante, sin ningún límite temporal; la información, documentación y otras evidencias de las investigaciones que se realizan, durante la formulación del informe respectivo y una vez notificado dicho informe, de la información contenida en el expediente del procedimiento administrativo, hasta que se dicte la resolución final, excepto para las partes involucradas respecto al último supuesto apuntado. // No prevé excepciones el numeral, en cuanto a la obligatoriedad de lo dispuesto en la norma, por lo que debe considerarse que no reconoce ningún margen de discrecionalidad para efectos de su acatamiento. Así las cosas, constituye un deber para los destinatarios de la norma, guardar la confidencialidad en los términos previstos por el artículo 6 de la Ley General de Control Interno...

En concordancia con lo anterior, el Oficio DFOE-DI-0784 (3362) del 5 de abril del 2013 señala:

...en lo que se conoce como “etapa de investigación preliminar” –proceso que efectúa esta área de investigación en la atención de denuncias– es imperativo guardar tanto la identidad del denunciante, como la confidencialidad de toda información, documentación u otras evidencias, con que se cuente para el desarrollo de la investigación; por consiguiente, esta Contraloría General en resguardo del deber de confidencialidad que priva en torno a las investigaciones que desarrolle, se encuentra imposibilitada para brindarle la información por

usted requerida en lo referente a las denuncias que se encuentran en el trámite señalado...

Está claro que la Contraloría General de la República no toma los nombres de ninguna persona como criterio de referencia para suministrar información sobre el trámite que sigue una denuncia, pues quebrantaría los derechos de protección y confidencialidad que cobijan a los ciudadanos que se acercan a esta institución en carácter de denunciantes.

Siempre con respecto de la confidencialidad de la documentación que sustenta la investigación, se ha manifestado de manera reiterada la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al indicar:

...Con base en esta norma, la Sala interpreta que existen, al menos, tres etapas en una investigación administrativa, cada una de las cuales se caracteriza por un grado distinto de acceso a la información. La primera se refiere al inicio de la denominada investigación preliminar, que puede comenzar con una denuncia, como en este caso, o con una actuación de oficio del Estado. Esta fase se relaciona con las primeras averiguaciones y pesquisas que realiza la Administración con el fin de determinar si en efecto hay mérito para iniciar un procedimiento administrativo formal. En este momento, la documentación recopilada y los dictámenes al efecto resultan confidenciales para cualquier persona en la medida que, por un lado, se deben garantizar los resultados de la investigación y, por otro lado, no existe certeza aún sobre la procedencia o no de lo denunciado...<sup>4</sup>

Por otra parte y como complemento al tema de la protección de la identidad del denunciante antes desarrollado, el artículo 9 de los Lineamientos para la atención de denuncias planteadas ante la Contraloría General de la República posibilita a los denunciantes la presentación de denuncias anónimas, siempre y cuando “aporten elementos de convicción suficientes y se encuentren soportadas en medios probatorios idóneos que permitan iniciar la investigación...”. En caso contrario, se procedería con el archivo de la denuncia.

Una línea similar sigue el numeral 13 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley 8422) al señalar que: “No se dará trámite a las denuncias que sean presentadas en forma anónima. En casos excepcionales podrá abrirse de oficio una investigación preliminar, cuando con esta se reciban elementos de prueba que den mérito para ello. En caso contrario, la autoridad respectiva dispondrá su archivo sin más trámite”.

Sin embargo, la posibilidad de presentar denuncias anónimas ante la Contraloría General y sus posibles efectos ha sido desarrollada por el ente contralor, mediante el Oficio 5161 (DAGJ-1156) del 6 de mayo del 2005, como se indica a continuación:

---

<sup>4</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 2377-2006 del 24 de febrero del 2006. En el mismo sentido, considérense las resoluciones 9153-2010 del 21 de mayo del 2010, la 21280-2010 del 22 de diciembre del 2010, la 1001-2011 del 28 de enero del 2011 y la 3905-2011 del 23 de marzo del 2011.

...Por último se somete a valoración de la Asamblea Legislativa, la eventual inclusión en la iniciativa en consulta de alguna regulación en torno a las denuncias anónimas, respecto de las cuales la experiencia ha demostrado que pueden aportar datos o informaciones sobre hechos irregulares que de otra forma no se conocerían o trascenderían, sin embargo su recepción y atención deben darse dentro de parámetros de razonabilidad...

## 7. Conclusiones

En el presente artículo se abordó el tema de la atención de denuncias en la Contraloría General de la República. A continuación se exponen las conclusiones generadas del análisis:

- La denuncia constituye actualmente uno de los principales instrumentos con que cuenta el Estado para promover la participación y el control ciudadano, respecto del desempeño de la función pública. Permite que este active su aparato de control y fiscalización o, bien, si procede, que se establezcan las responsabilidades disciplinarias y pecuniarias correspondientes.
- El procedimiento de atención de denuncias ante la Contraloría General de la República tiene su fundamento en una serie de disposiciones normativas que interpretadas de forma armónica establecen el marco jurídico rector en la materia. Se puede afirmar que la Constitución Política establece de manera genérica que la Contraloría General es el órgano rector en materia de vigilancia de la Hacienda Pública, precepto que pasa a desarrollar la Ley 7428, mediante la cual se le conceden al órgano contralor una serie de competencias, atribuciones, potestades e instrumentos para el desempeño de sus funciones.
- El mecanismo de la denuncia es utilizado y abordado por la Contraloría General de la República como parte de sus instrumentos para ejercer las actividades de control y fiscalización de la Hacienda Pública y constituye una herramienta fundamental para lograr sus fines.
- La Contraloría General de la República en el ejercicio de sus competencias ha establecido un procedimiento propio para la atención de denuncias, el cual se conforma de distintas etapas y de requisitos particulares. Este procedimiento instaura una serie de derechos y garantías, entre los cuales se destaca el deber de guardar la confidencialidad sobre la identidad del denunciante, la documentación y otras evidencias de las investigaciones.
- La labor del Área de Denuncias e Investigaciones de la Contraloría General de la República constituye un claro ejemplo de la promoción de mecanismos de control y participación ciudadana que el Estado costarricense procura incentivar en la población.

## Referencias

Contraloría General de la República. Resolución R-CO-96-2005, publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 238 del 9 de diciembre del 2005.

Convención Interamericana Contra la Corrupción, firmada por Costa Rica en Caracas, el 29 de marzo de 1996.

Ley 7428. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 210 del 04 de noviembre de 1994.

Ley 8422. Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito. Publicada en el diario Oficial La Gaceta n.º 212 del 29 de octubre del 2004.

Procuraduría General de la República. Dictamen C-368-2005 del 26 de octubre de 2005.  
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 2377-2006 del 24 de febrero del 2006.

\_\_\_\_. Resolución 9153-2010 del 21 de mayo del 2010.

\_\_\_\_. Resolución 21280-2010 del 22 de diciembre del 2010.

\_\_\_\_. Resolución 1001-2011 del 28 de enero del 2011.

\_\_\_\_. Resolución 3905-2011 del 23 de marzo del 2011.

Velásquez Leal. 2008. Promoción de participación ciudadana y transparencia. Tegucigalpa, Honduras: Scancolor.

# La legitimación procesal de la Contraloría General de la República: una herramienta para la tutela objetiva de la Hacienda Pública

## Sumario

Introducción. 1. Orientaciones generales. 2. La legitimación de CGR en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y civil de Hacienda y su importancia para la defensa de la Hacienda Pública. 3. La legitimación especial de la CGR ante la Jurisdicción Constitucional y la trascendencia de su participación en el control de constitucionalidad de las normas sobre aspectos atinentes a la Hacienda Pública. 4. La intervención contralora en los procesos laborales como parte del resguardo de los fondos públicos. 5. Conclusiones

Francella Navarro Moya,  
Isabel Rubí Fallas,  
Jesús González Hidalgo<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Funcionarios de la División Jurídica de la Contraloría General de la República

## Introducción

El presente artículo trata sobre el quehacer de la Contraloría General de la República (CGR) en el ámbito procesal, a través de su intervención directa en diversas instancias jurisdiccionales, principalmente, en las materias: contencioso administrativo, constitucional y laboral.

La participación del órgano contralor en los citados procesos se ha orientado a partir de su cometido primordial –constitucional y legal– que es la vigilancia de la Hacienda Pública, por lo que su legitimación procesal en esas sedes constituye una importante herramienta para el logro efectivo de sus fines.

Las habilitaciones procesales claramente reconocidas, junto a la experiencia acumulada y el enfoque litigioso de la Contraloría, son valores agregados de la fiscalización, que nutren los procesos de trabajo en los distintos ámbitos. Por ello es importante exponer en este primer número de la Revista Jurídica de la Contraloría General de la República la labor que se lleva a cabo en el ámbito procesal, con el fin de dar a conocer la relevancia de esta herramienta para la tutela objetiva de la Hacienda Pública, lo que se traduce en un mayor resguardo y defensa de los fondos públicos que administra el Estado y demás sujetos públicos y privados que participan de la gestión de los recursos del Estado.

Sirva también esta ocasión para abogar por un mayor fortalecimiento de los órganos y dependencias jurídicas que a lo interno de las administraciones públicas ejercen la representación judicial, de manera que el ejercicio de tales atribuciones procesales se adecue a las exigencias de un entorno vertiginosamente cambiante y cada vez más exigente para quienes tienen bajo su responsabilidad la importante tarea de defender ante el juez imparcial los intereses públicos, desde una perspectiva institucional.

### 1. Orientaciones generales

La Constitución define en sus artículos 1, 9, 11, 50 y 74 que el Estado costarricense es social y democrático de derecho. Esto quiere decir que lo social y el interés general sustentan toda la construcción constitucional, puesto que no solo son principios fundamentales, sino que, en última instancia, aparecen como la finalidad de todas las instituciones del aparato público –central y descentralizado– creadas en la Constitución. A estas se les denomina poderes constituidos, los cuales se encuentran sujetos a la supremacía constitucional.

El artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR) establece:

En el ejercicio de sus potestades, la Contraloría General de la República goza de absoluta independencia funcional y administrativa, respecto de cualquier Poder, entre un órgano público. Sus decisiones solamente se encuentran sometidas a la Constitución Política, a tratados y convenios internacionales y a la ley. El Contralor General de la República y el Subcontralor General de la República responden ante la Asamblea Legislativa por el cumplimiento de sus funciones.

Por otra parte, las actuaciones del órgano contralor no solo se encuentran ajustadas a los límites que le imponen razonablemente la Constitución, las leyes y los tratados internacionales, sino que además se ven sujetas a los controles jurisdiccionales que son propios e inherentes a la “función administrativa” de acuerdo con los numerales 10, 11, 48, 49 y 153 de la Constitución Política (entre otros), tanto por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, como de las Jurisdicciones Laboral y Constitucional, a partir de las distintas competencias materiales que ejercen dichas instancias jurisdiccionales.

Estos tribunales –valga decir, del más alto nivel– se encargarán de aplicar a la CGR todos los principios y normas que rigen por igual para la Administración Pública en un sentido amplio, eso sí, tomando en consideración la especial naturaleza de esta institución como un órgano de control y fiscalización superior, cuya función principal es la de ser vigilante de todos los sujetos públicos y privados que tienen potestades de percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir los recursos públicos.

Haciendo nuestro lo indicado por la Sala Constitucional en la Resolución 15786-2010 de las 9:13 horas del 24 de setiembre del 2010, “... no puede perderse de vista la máxima de que, ahí donde van los fondos públicos va el control, en este caso, el que ejerce la Contraloría General de la República...”

Sobre el particular y dada su similitud con el ordenamiento jurídico costarricense, se considera lo señalado por el tratadista argentino Roberto Dromi, en relación con las funciones que ejerce la Auditoría General de la Nación:

Esta función de control a cargo de la Auditoría puede efectuarse en cualquier momento del acto que se trate, atendiendo la amplitud de la expresión utilizada por el texto constitucional al señalar que abarca “toda la actividad de la Administración”, “cualquiera fuera su modalidad de organización”. De ahí que, dada la variedad de situaciones y en orden a la eficacia del control, este puede requerirse en forma anterior, concomitante, simultánea o posterior. (...) La actividad de control de la Auditoría es abarcativa de toda la Administración Pública centralizada y descentralizada, (...) la Administración centralizada del Poder Ejecutivo; la descentralizada, las entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades anónimas y mixtas, donde el Estado tenga participación significativa e incluso donde existan fondos públicos derivados aún bajo forma de subsidio.<sup>1</sup>

Ahora bien, desde la óptica del sistema de control que desarrolla nuestro ordenamiento jurídico, la función de la CGR es subsidiaria a la que desarrollan los propios sujetos pasivos de la fiscalización, como primeros responsables y obligados a la protección de patrimonio público en todas sus manifestaciones, así como a la implementación de los controles que se estimen necesarios para su efectiva vigilancia.

En ese sentido, la función primaria de protección del patrimonio público corresponde a los diferentes entes y órganos de la Administración, de acuerdo con el principio de legalidad, la

<sup>1</sup> Dromi, Roberto. Derecho administrativo (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997), 755- 756.

separación de funciones y competencias establecidas para cada efecto. Por su parte, la CGR se encargará de ejercer una función de vigilancia oportuna, objetiva, imparcial, neutral, apolítica y, por supuesto, apegada al principio de legalidad sobre las actuaciones y omisiones y demás incidencias o conductas administrativas –en un sentido amplio– que afectan de manera directa o incluso amenazan o colocan bajo situación de riesgo el control y manejo efectivo de los recursos públicos.

Así las cosas, a partir de su misión constitucional y el desarrollo que de dichos postulados ha efectuado el legislador ordinario, se establece a la CGR como el órgano rector del Sistema de Fiscalización y Control Superior de la Hacienda Pública<sup>2</sup>, que es definido en el numeral 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el cual comprende: "...el conjunto de normas que regulan la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivadas de esa fiscalización o necesarios para esta". De acuerdo con el artículo 11 del mismo cuerpo normativo, tiene por fin: "...garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley."

Para cumplir con la garantía de imparcialidad, fundamental para el desarrollo de sus funciones, se le ha dotado a la Contraloría General de una serie de herramientas indispensables para el ejercicio inmediato y directo de sus competencias fiscalizadoras. En virtud de ello, se le han conferido prerrogativas y potestades –no exclusivas ni excluyentes de las de otros órganos y entes del Estado– para actuar de manera directa en procura de la protección y defensa de la Hacienda Pública, a través de diversos medios. Uno de ellos es la legitimación procesal para acudir a las instancias jurisdiccionales competentes para dilucidar diversas situaciones de índole constitucional y legal, que atañen a los asuntos que conoce el órgano contralor.

En ese sentido, la Contraloría General de la República es una parte de todo el sistema integrado de frenos y contrapesos, que es propio de la división de Poderes e integra el concepto de Estado de Derecho, para todo lo que se relaciona con la vigilancia activa y, por supuesto, coordinada de los recursos públicos. Es auxiliar de la Asamblea Legislativa y colabora con esta para la protección de los intereses generales.

Ahora bien, este particular rol que desempeña el órgano contralor, en este caso frente a la intervención procesal en diversas instancias jurisdiccionales, le impone una visión integral sobre su participación importante de destacar, pues constituye el norte fundamental de todas sus actuaciones, a saber: la tutela objetiva de la Hacienda Pública.

Asimismo, institucionalmente presenta una doble condición: por un lado, ejerce la función sustancial o de control externo en relación directa con el ejercicio pleno de sus competencias constitucionales y legales como vigilante de la Hacienda Pública; por otra parte, abarca las tareas normales que corresponden a toda administración activa, como lo son la contratación de bienes y servicios, mantenimiento y construcción de instalaciones propias, administración

---

<sup>2</sup> La Hacienda Pública se encuentra constituida por los componentes dispuestos en los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley 7428).

de personal, entre otras, que conlleva eventualmente el ejercicio de la actividad procesal aludida. Sin embargo, en este artículo, interesa primordialmente abarcar la primera.

El órgano contralor ejerce la función sustancial como administración de control en uso de los mecanismos que establece el ordenamiento jurídico, tanto en sede administrativa como jurisdiccional. Por supuesto, como parte de la Administración Pública, emisora de conductas administrativas, sus actos se encuentran sujetos a los controles –tanto internos como externos– que establece el bloque de juridicidad.

Como se detalla más adelante, por ello la legitimación procesal activa en sede jurisdiccional, en todas y cada una de sus manifestaciones posibles, constituye una herramienta primordial de control y fiscalización de la mayor relevancia, para el ejercicio pleno y directo de las competencias contraloras.

Desde luego, se destaca la condición que ostenta la CGR como entidad de fiscalización superior (EFS), que cumple con una importante función de control ciudadano. Sobre el particular, la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) indica:

La democracia, como las sociedades y la humanidad mismas, está inmersa en un proceso de cambio tecnológico acelerado. La información, cada vez más, se constituye en un patrimonio fundamental del ciudadano universal, en tanto que los espacios tradicionales de secrecía y discrecionalidad con las que actuaban los gobiernos de todo tipo se han reducido considerablemente, pese a los múltiples esfuerzos de algunos grupos y partidos en el poder por mantener la opacidad en su beneficio. (...) Crece la convicción de que, bajo cualquier forma de gobierno, los asuntos públicos son asuntos de todos, en virtud de que la gestión que se realiza de ellos condiciona los actos de la vida cotidiana y, lo que es más importante, comprometen el futuro de las nuevas generaciones. (...) En este contexto, las exigencias de la ciudadanía y de la sociedad organizada han convertido a la rendición de cuentas y a la fiscalización superior en temas centrales de la organización, funcionamiento y gobernabilidad de los estados contemporáneos.<sup>3</sup>

De tal suerte, en aras de hacer frente a las exigencias ciudadanas, las EFS se ven obligadas a asumir una serie de retos, con el fin de afrontar las constantes y aceleradas variables que sufre la sociedad en virtud de los innumerables avances que se generan por efecto directo de los cambios tecnológicos.

En ese contexto, las EFS requieren contar de una manera directa, con las herramientas necesarias que les permitan hacer efectivas sus competencias de fiscalización y control en el manejo de sus recursos públicos, y en beneficio de los intereses generales de una manera independiente de otros agentes públicos y privados.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> AFS. La independencia de las entidades de fiscalización superior: Declaraciones y principios (México, Zapata Diseñadores, 2009), 5.

<sup>4</sup> Esto sin perjuicio de la participación necesaria de todos los actores públicos y privados que se encuentran legitimados para ejercer una tutela directa de los fondos públicos en cumplimiento de las funciones que les son

En el mismo sentido, las EFS y otros órganos de control (administrativos y jurisdiccionales) se han visto compelidos a la autocontención y a una imposibilidad implícita que nace desde la misma base de la organización política y jurídica, la cual establece, de acuerdo con el principio de división de poderes o separación de funciones, que cada organismo del Estado tiene sus atribuciones y competencias y, por lo menos en regla de principio, los órganos de control no deben interferir o entorpecer las decisiones que tomadas por los demás poderes constituidos. Es decir, deben evitar la coadministración y la incursión deliberada en el ámbito propio de las competencias de la administración activa.

Así las cosas, la legitimación en sede jurisdiccional en sus dos vertientes (activa y pasiva) es un instrumento de control que cumple con una doble garantía para el ciudadano. Por un lado, permite revisar la regularidad legal y constitucional de las gestiones del órgano contralor como parte integral de la Administración Pública (legitimación pasiva).<sup>5</sup> Por otro, faculta a este órgano para hacer un uso inmediato de la capacidad de accionar tanto respecto de sujetos públicos como privados en los distintos procesos jurisdiccionales, como una herramienta independiente, efectiva y directa de fiscalización en estrados judiciales (legitimación activa), todo esto en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales.

Desde esta óptica, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha indicado que el buen manejo de los fondos públicos constituye un derecho fundamental de carácter difuso, por cuanto su protección atañe a la colectividad nacional, con lo cual se establece una legitimación amplia, tanto en sede constitucional, como contencioso administrativa y otras materias, según lo indicado en los artículos 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 10.1.c) del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA). El fin es que las personas físicas o jurídicas puedan impugnar y reclamar la ilegalidad o inconstitucionalidad de las conductas administrativas que se relacionan con la tutela efectiva de los recursos públicos.<sup>6</sup>

De acuerdo con dicha perspectiva jurídica, reforzada con algunas normas procesales que expresamente reconocen legitimación a esta Contraloría General, surge la disposición interna de contar con un área de trabajo enfocada en la atención de los procesos judiciales, donde participe la Contraloría General. De esta forma, se estructura en la División Jurídica la organización que brinda soporte a esta función sustantiva.

Lo anterior resulta patente a partir de vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo, que entró a regir el 1° de enero del 2008. Así la institución emprende una serie de esfuerzos para atender de manera pronta y efectiva los nuevos retos que plantea un cambio profundo en la ideología –hasta ese momento rígida– sobre el desarrollo de los procesos judiciales, de cara al ejercicio inmediato de las potestades de fiscalización ante los estrados judiciales para la defensa de la Hacienda Pública.

---

encomendadas.

**5** La CGR puede ser demanda tanto por sujetos privados como por la misma Administración Pública en ejercicio de sus competencias. Ejemplo de esto son algunos procesos contencioso administrativos y acciones de inconstitucionalidad planteadas por algunas Municipalidades y por Universidades Públicas.

**6** Puede consultarse la Resolución de la Sala Constitucional 1145-2007 de las 15:22 del 30 de enero del 2007, entre otras.

De tal suerte, la División Jurídica y en general todas las dependencias de la CGR se reorganizarían para capacitarse en la aplicación de los novedosos planteamientos procesales que incorpora el CPCA. De esta forma se podrán atender las nuevas demandas que depara una Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda más democrática, ágil y efectiva, que permita tutelar las situaciones jurídicas de los administrados, pero también las relaciones interadministrativas y demás aspectos de la función administrativa del Estado.

Dichos avances procesales fueron basados en la inclusión de los principios de la oralidad en el proceso judicial y en el replanteamiento del ejercicio de derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva o el control jurisdiccional de frente al ejercicio de las potestades de la Administración Pública (artículos 11, 39, 41, 49 y 153, entre otros, de la Constitución Política).

Con este propósito, desde su seno, se reorganizó y reestructuró a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda para efectos de operar sobre cuatro plataformas o ejes centrales que se señalan brevemente:

1. **Un control universal y plenario de la función administrativa**, en el que ninguna conducta de la Administración Pública se encuentra exenta del control jurisdiccional.
2. **Sujeción del Estado al bloque de juridicidad** y, por consiguiente, al principio de legalidad, tanto en su vertiente negativa que le prohíbe hacer lo que no le está expresamente permitido, como positiva por medio de la cual se compele a las distintas instituciones al ejercicio conforme y efectivo de las competencias que les son consustanciales.
3. **Replanteamiento de la división de Poderes (separación de funciones)**, por medio de la cual, entre otras manifestaciones, los jueces se ven empoderados para efectos de hacer cumplir sus resoluciones firmes.
4. **Tutela judicial efectiva** como derecho humano de acceso a la tutela jurisdiccional para efectos de dirimir las controversias que derivan de las relaciones jurídico administrativas (artículos 11, 39, 41, 49 y 153 de la Constitución Política).

Esta ideología se enfocará en un sistema permanente de rendición de cuentas relacionado con la satisfacción efectiva del interés público y, en consecuencia, al beneficio del ser humano como el objetivo último del control jurisdiccional. Por lo tanto, se pensó en una jurisdicción abierta, que sin perder de vista las garantías procesales básicas, fuese más expedita, económica, igualitaria, democrática, accesible, ágil, oportuna y humana, cuyo terreno fértil constituya la base del ejercicio pleno y consiente de los derechos fundamentales, principalmente, la tutela judicial efectiva en todas sus manifestaciones posibles.<sup>7</sup>

Ante la normativa que entró en vigencia en el 2008, se acentuó la necesidad de un cambio general, en la mentalidad de todos los actores públicos y privados, que se interrelacionan de una manera directa en el desarrollo de los procesos jurisdiccionales.

---

<sup>7</sup> Control plenario de la función administrativa por medio de instrumentos legales, como la tutela cautelar, ejercicio de los recursos, la ejecución efectiva de las resoluciones judiciales, entre otros.

De tal suerte, en ejercicio de su competencia constitucional,<sup>8</sup> la CGR se verá clara y directamente legitimada por disposición expresa de la Constitución y la ley para plantear todas aquellas pretensiones en sede jurisdiccional, que le permitan ejercer una tutela objetiva de la Hacienda Pública en su condición de órgano de control externo.

## **2. La legitimación de la CGR en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda y su importancia para la defensa de la Hacienda Pública**

La vigilancia de la Hacienda Pública se encuentra encomendada, según mandato constitucional de los artículos 183 y 184, a la Contraloría General de la República como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa. Ejerciendo la función de control como componente esencial de la gestión del Estado, garantiza a la colectividad un interés que demanda transparencia y uso adecuado en la administración de los fondos públicos. Asimismo, dicha función de vigilancia trasciende a todo sujeto de derecho privado en tanto administre o custodie fondos públicos en virtud de cualquier título que los habilite para ese efecto.

Ahora bien, no solo el constituyente le dotó de potestades, sino que el legislador, a partir del ejercicio de su función constitucional, le reconoce a la CGR una serie de mecanismos eficaces por medio de los cuales se desarrollarán su competencias, con el propósito de que se le facilite ese control en diversos niveles. El fin último es combatir la existencia de irregularidades –tanto por acción como por omisión– en el ejercicio de las potestades públicas cuando de una u otra forma se atente contra la adecuada tutela de la Hacienda Pública y, por consiguiente, se perjudique o coloque en una situación de riesgo el interés general que deriva de la necesidad de un adecuado y eficiente uso y disposición del erario.

Sobre el particular, refiere la doctrina más calificada:

...es inevitable pormenorizar las distintas hipótesis a favor de la legitimación procesal de la Contraloría General de la República a la luz de la nueva legislación. En efecto, en primer término tenemos la legitimación activa de la Contraloría en materia de Hacienda Pública, a fin de asegurar o restablecer la legalidad ante conductas sujetas a su fiscalización o tutela. De esa manera, entonces, se retoma el precepto constitucional (artículo 183) a favor de la vigilancia de la Hacienda Pública. Esta misma dimensión permite ligar necesariamente la legitimación activa de la Contraloría con la posible coadyuvancia de esta, en la misma defensa,

---

<sup>8</sup> La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se refiere a la naturaleza de la CGR en los siguientes términos: “VII. De previo a cualquier análisis procede efectuar algunas precisiones. La CGR es un Órgano Constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública. En el ejercicio de sus potestades goza de absoluta independencia funcional y administrativa, respecto de cualquier poder, ente u órgano público. / Sus decisiones solamente se encuentran sometidas a la Constitución Política, a Tratados o Convenios Internacionales y a la Ley. Ejerce su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública y los criterios que emite, en el ámbito de su competencia, son vinculantes para los sujetos pasivos sometidos a su control o fiscalización (al respecto pueden verse los preceptos 1, 2y 4 de su Ley Orgánica). Aunado a lo anterior, tal y como señala la recurrente, en aquellos procesos que tengan por objeto una conducta administrativa sometida a su control, se considera parte demandada conjuntamente con el ente fiscalizado, en los términos previstos en el artículo 12 inciso 5) punto b) del CPCA”. (Sala Primera, Resolución 1527-F-S1-2011 de las 8:55 horas del 15 de diciembre de 2011).

cuando no lo haga como parte principal, sino como parte accesoria o refleja en un determinado proceso donde existen partes principales en conflicto. (...) Tal coadyuvancia hace suponer, entonces, la doble dimensión legitimante, sea la coadyuvancia activa o sea la pasiva, según sean las pretensiones de las partes principales en relación con la defensa de la Hacienda Pública. En síntesis parcial, tenemos dos claras manifestaciones de la legitimación: de un lado, la legitimación para ser parte demandante y, del otro lado, la legitimación para ser coadyuvante activa o pasiva en relación con un determinado proceso y las pretensiones de las partes, todo para la salvaguardia de la Hacienda Pública, como derivación necesaria y refleja de la normativa constitucional.<sup>9</sup>

- **Legitimación activa para accionar directamente y con independencia de los sujetos fiscalizados**

En este marco, se atribuye a la Contraloría General de la República una legitimación procesal objetiva para accionar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, con potestades que implican la solicitud de revisión ante el orden jurisdiccional de todas las manifestaciones de la función administrativa en un sentido amplio.<sup>10</sup> También tiene la posibilidad de solicitar medidas cautelares tendientes a la protección de los recursos públicos y, en general, formular pretensiones de acuerdo con la amplia gama de posibilidades que se recogen en el Código Procesal Contencioso Administrativo.

Así lo ha reconocido el Tribunal Contencioso Administrativo, en diferentes procesos planteados por la CGR. Como ejemplo se cita la Resolución 3609-2010 de las 16:00 horas del 23 de setiembre del 2010:

La actora cuenta con suficiente legitimación activa para participar en este proceso a la luz del artículo 10 inciso 3) del Código Procesal Contencioso Administrativo. Ello por cuanto se trata de la defensa y tutela de bienes que componen la Hacienda Pública, según lo disponen los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ya que estamos en presencia de la recuperación y tutela de un bien de dominio público. Además, se encuentra debidamente representada de conformidad con los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> González Camacho, Óscar, et al. El nuevo proceso contencioso administrativo (San José: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2006), 108.

<sup>10</sup> Lo anterior se da sin perjuicio de las facultades que el ordenamiento jurídico también confiere al órgano contralor para la revisión y eventualmente declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, que advierta en los actos o contratos administrativos de los sujetos pasivos, de acuerdo con los numerales 28 de la LOCGR y 173 de la LGAP.

<sup>11</sup> En igual sentido, se observa la resolución oral de las 13: 30 del 28 de junio de 2013 emitida en el desarrollo de la Audiencia Preliminar del proceso con expediente n.º 11-6191-1027-CA\_ en la que el Juez Tramitador resolvió lo siguiente: "En ese sentido, es claro que el constituyente le otorga competencia a la Contraloría para efectos de que –y posteriormente– a través de la Constitución Política, cuando establece la fiscalización de la Hacienda Pública por parte de la Contraloría General de la República, y posteriormente el legislador a través del Código Procesal Contencioso Administrativo le legitima para que accione jurisdiccionalmente en tutela de sus intereses públicos en aras de vigilar por el recto uso de la Hacienda Pública.

En otro orden de ideas, con base en el artículo 153 del Código de rito, el órgano contralor tiene la posibilidad de interponer, en cualquier tiempo un recurso de casación en interés del ordenamiento jurídico ante la Sala Primera, cuando las sentencias firmes que producen cosa juzgada material, dictadas por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda o el Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, se estimen violatorias del ordenamiento jurídico. Lo descrito en esta norma constituye un remedio para aquellos casos donde las resoluciones de los diferentes tribunales producen cosa juzgada material aun cuando no fueron conocidas por la Sala Primera (por medio de un recurso de casación). En estos supuestos, se le otorga una legitimación institucional directa a la CGR para solicitar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico que regula el uso eficiente de los recursos.

Interesa resaltar que la legitimación de la CGR en la actualidad no se encuentra circunscrita o limitada al ejercicio de una posición procesal preestablecida o al uso exclusivo de algunas pretensiones predeterminadas, tal como se entendía el papel de la CGR en la derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.<sup>12</sup>

En la actualidad, haciendo valer su misión constitucional, el Órgano Contralor puede activar cualquier remedio jurisdiccional, con el fin de garantizar, asegurar o restablecer la legalidad de las conductas administrativas, y así permitir que se reconozcan aquellas pretensiones estipuladas en el numeral 42 del CPCA, sin perjuicio de otras que no se hayan contemplado expresamente en ese artículo, y de aquellos extremos que los pronunciamientos judiciales estimen oportunos, según lo indica el artículo 122 de ese cuerpo normativo, en el cual se establecen amplios poderes oficiosos a los jueces contencioso administrativos para cumplir con el bloque de juridicidad. A partir de lo anterior, se produce no solo un reconocimiento de la condición procesal de la CGR, sino además un reforzamiento y expansión positiva de las potestades de fiscalización de la Contraloría General de la República, en aras de satisfacer su función contralora en beneficio de la colectividad.

Así pues, la legitimación del órgano contralor ante los estrados judiciales, más que tratarse de una disposición institucional, su participación objetiva, libre e independiente, responde al cumplimiento de su función última de rango constitucional y, por consiguiente, a un interés de carácter colectivo, como lo es el buen uso, manejo, administración, custodia, inversión de los fondos que se encuentran dispuestos para el beneficio de la Nación. En este sentido, la legitimación se extiende desde las primeras etapas del proceso, hasta la plena ejecución de las pretensiones reconocidas en él, como manifestación de una justicia plena para una sociedad moderna que demanda una adecuada y efectiva rendición de cuentas por parte de sus instituciones.

De tal suerte, la Contraloría ha mantenido un papel proactivo, haciendo uso de sus facultades y, a la vez, defendiendo los intereses públicos en procura de una adecuada vigilancia de la Hacienda Pública. Para ello utiliza múltiples remedios que se encuentran dispuestos en la normativa procesal.<sup>13</sup>

---

**12** Sobre el particular se pueden consultar los artículos 9 inciso b), 10 incisos 1.c) y 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 3667 del 12 de marzo de 1966 (Derogada por la Ley 8508 del 28 de abril del 2006).

**13** "Nueva Justicia Administrativa Mecanismo Célere y Cumplido para la Protección de Situaciones Jurídicas

Asimismo, tal como fue referido, el órgano contralor cuenta con la facultad de apersonarse –en cualquier estadio procesal– como coadyuvante activo o pasivo en los procesos que así lo ameriten en procura del logro de los cometidos ya señalados, sin constituir parte principal, o bien, intervenir como *amicus curiae*, con el fin de prestar auxilio técnico al ejercicio de la función jurisdiccional.

Ahora bien, sin temor a dudas, se puede hablar de una participación independiente aun de frente al instituto de la coadyuvancia, ya que como se ha indicado, no se ha entendido como una legitimación limitada a coadyuvar en la pretensión de la Administración Pública demandada o actora, sino con miras a constituirse en un actor preponderante, de frente a la función jurisdiccional. Lo anterior se debe a que el interés de las partes –incluido el de la propia Administración demandada– pueden no ser compatibles con una tutela apropiada de los fondos públicos.<sup>14</sup>

En ese sentido, se estima que la coadyuvancia objetiva que puede ejercer la CGR para hacer valer una tutela objetiva de la Hacienda Pública, no debe ser entendida en los términos tradicionales de este instituto procesal, es decir, estar asociada o atada de una manera estricta a los intereses de una u otra parte en el proceso.

En el caso del órgano contralor, si bien es posible que coincidan algunos intereses de las partes, también es factible que estos no sean del todo concurrentes (total o parcialmente), sin que esa situación pueda afectar la participación independiente del órgano contralor en el proceso, ya que esta institución vela y coadyuva para lograr la satisfacción del interés general, no siempre coincidente con los intereses institucionales o privados que se discuten en el desarrollo de los procesos judiciales.

---

Sustanciales de los Administrados. ...ante la promulgación del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 24 de abril de 2006) y su entrada en vigencia a partir del 1° de enero de 2008, ha quedado patente que ahora los justiciables cuentan con una jurisdicción contencioso-administrativa plenaria y universal, sumamente expedita y célere por los diversos mecanismos procesales que incorpora al ordenamiento jurídico esa legislación, tales como el acortamiento de los plazos para realizar los diversos actos procesales, la amplitud de la legitimación, las medidas cautelares, el *numerus apertus* de las pretensiones deducibles, la oralidad –y sus subprincipios concentración, intermediación y celeridad–, la única instancia con recurso de apelación en situaciones expresamente tasadas, la conciliación intra-procesal, el proceso unificado, el proceso de trámite preferente o “amparo de legalidad”, los procesos de puro derecho, las nuevas medidas de ejecución (multas coercitivas, ejecución sustitutiva o comisarial, embargo de bienes del dominio fiscal y algunos del dominio público), los amplios poderes del cuerpo de jueces de ejecución, la extensión y adaptación de los efectos de la jurisprudencia a terceros y la flexibilidad del recurso de casación. Todos esos institutos procesales novedosos tienen por fin y propósito manifiesto alcanzar la economía procesal, la celeridad, la prontitud y la protección efectiva o cumplida de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados, todo con garantía de derechos fundamentales básicos como el debido proceso, la defensa y el contradictorio. En suma, la nueva jurisdicción contencioso-administrativa es un cauce idóneo, por sus nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud para el amparo y protección efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados en las que se requiera recabar prueba o definir algunas cuestiones de legalidad ordinaria...” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 141 A-S1-2010 de las 9:39 horas del 28 de enero del 2010, por medio de la cual se cita la sentencia 18553-2008 de las 14:33 horas del 17 de diciembre del 2008 de la Sala Constitucional).

**14** Hidalgo Cuadra, Ronald. La fiscalización superior de la hacienda pública como garantía de los habitantes. Estudio basado en la conferencia impartida en el “Seminario sobre la protección jurídica de los habitantes.” Organizado por la Defensoría de los Habitantes del 24 al 28 de agosto de 1998.

- **Legitimación pasiva conjunta (no subordinada)**

El inciso 5) del artículo 12 del CPCA, referido a la legitimación pasiva, indica que se considerará parte demandada a la Contraloría General de la República: a) conjuntamente con el Estado, cuando el proceso tenga por objeto la conducta administrativa de aquella, relacionada con el ejercicio de su competencia constitucional y legal; y b) conjuntamente con el ente fiscalizado, cuando el proceso tenga por objeto una conducta administrativa sometida a su control, en el ejercicio de sus potestades de fiscalización o tutela superior de la Hacienda Pública.

Sin embargo, dicha legitimación procesal es conjunta, más no subordinada, ya que por disposición de los artículos 183 y 184 inciso 5) de la Constitución Política de la República de Costa Rica, y el 1 y 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se impone la independencia funcional y administrativa que posee la Contraloría en el ejercicio de las atribuciones que esa Constitución y las leyes le asignen. Es decir, la participación del órgano contralor no se encuentra supeditada a la posición de defensa que asuma el Estado o los demás entes, órganos y otros sujetos fiscalizados.

Como ejemplo, el numeral 18 del CPCA establece una garantía de independencia e imparcialidad cuando indica: "Quienes actúen como demandados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de este Código, o como coadyuvantes, con excepción de la Contraloría General de la República, podrán litigar unidos y bajo una misma representación y dirección, siempre que sus posiciones no sean contradictorias" (el subrayado no corresponde al original).

Ahora bien, la condición pasiva de la CGR debe ser analizada de una manera cuidadosa en cada proceso para integrar la litis consorcio pasiva necesaria. Es claro que las funciones constitucionales y legales de la CGR abarcan un complejo espectro de conductas fiscalizables. Sin embargo, esto no implica –a juicio de este órgano– que se le deba llamar en calidad de parte demandada en todos aquellos procesos donde una norma del ordenamiento jurídico establece una competencia abstracta o genérica de fiscalización o que de una manera indirecta se haya dado una participación de este órgano en relación con una conducta cuestionada.

El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda señala lo siguiente: "Hará falta en cada caso, que se impute y constate la existencia de conductas administrativas al órgano contralor, que sean cuestionadas por haber afectado la situación jurídica de quien acude como actor, pues si se interpreta su responsabilidad en un sentido amplio, terminaría siendo parte en todos los procesos contra el Estado en los cuales, el tema del control o efecto de la hacienda pública resulte relevante".<sup>15</sup>

La participación de la CGR en un proceso contencioso administrativo, en calidad de litis consorte necesario, no debería depender de que el ordenamiento jurídico le asigne en general una determinada función de vigilancia (que ya de por sí desarrolla conforme el

<sup>15</sup> Resolución 153-A-TC-2009 de las 11:35 horas del 6 de agosto de 2009 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ejerció en ese tiempo esta función, de conformidad con lo dispuesto en el Transitorio I del CPCA.

numeral 183 de la Constitución Política) o si las partes consideran necesario demandar al órgano Contralor, sino de la conexión o ligamen de la conducta administrativa cuestionada con la actuación de la CGR, en tanto guarde un ligamen o conexidad necesarios con las pretensiones que son objeto del proceso.

- **La participación de la Contraloría en procesos contencioso administrativos**

Se destaca la intervención de la Contraloría General en los procesos contencioso-administrativos, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo<sup>16</sup> (2008). Esto ha generado un amplio circulante en la cantidad de procesos atendidos, en la vertiente pasiva, pero fundamentalmente se produce un empoderamiento para hacer valer los intereses institucionales desde una posición activa, la cual se potencia con la implementación de esta reforma procesal.

En tal sentido, en el plano pasivo se han defendido las conductas de los diversos procesos de fiscalización que lleva a cabo el órgano contralor en el ejercicio de sus diversas competencias y se han planteado demandas directas contra distintos sujetos públicos y privados en el ejercicio de la legitimación activa, para la tutela de la Hacienda Pública.

El órgano contralor ha hecho un uso efectivo de su legitimación activa para interponer diferentes procesos jurisdiccionales, impugnando de manera independiente y directa distintas conductas administrativas. El propósito ha sido lograr la anulación total o parcial de actos o contratos, el reconocimiento o restablecimiento de situaciones jurídicas, la declaratoria de desconformidad con el ordenamiento jurídico, condena, modificación o adaptación de conductas administrativas –activas u omisivas– de los sujetos pasivos sometidos a su control y fiscalización, con el fin de que se ajusten al ordenamiento jurídico, entre otras.

Desde esta perspectiva, se han llevado a la sede judicial temas relevantes para la Hacienda Pública, como son: la recuperación y protección de bienes del dominio público (patrimonio natural del Estado, parques públicos, zona marítimo terrestre, entre otros), así como aspectos referidos a la responsabilidad de los funcionarios y sujetos públicos y privados, el control interno, control presupuestario, reconocimientos salariales irregulares, recuperación de fondos públicos y otros extremos de responsabilidad patrimonial, entre otros.

Asimismo, se ha logrado declarar la nulidad absoluta de diferentes actos y contratos administrativos contrarios al interés público, para lo cual se ha utilizado el instituto de la conciliación como remedio alternativo para la solución de los conflictos.<sup>17</sup> Esta figura constituye un mecanismo procesal célere, oportuno e idóneo que les otorga a las partes el

---

<sup>16</sup> Se debe señalar que con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 3667 que sería derogada con la entrada en vigencia del nuevo CPCA), se otorgaba una capacidad procesal y legitimación –se podría decir limitadas– a la CGR, en los términos dispuestos en los numerales 9.b), 10.1.c), 10.4 y 11.2.b) de ese cuerpo normativo.

<sup>17</sup> Se trata de un mecanismo de resolución alterna de conflictos establecido en la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley 7727) y contemplado en el Código Procesal Contencioso Administrativo (artículos 72 al 81). Presenta un carácter no adversarial y autocompositivo, implica una convergencia de voluntades, a fin de llegar a un acuerdo –total o parcial– entre las partes acerca de la relación jurídico-procesal que sustenta el proceso.

derecho de audiencia y defensa propios del debido proceso, a la vez que permite el acceso a una justicia pronta y cumplida, con el auxilio de jueces especializados, que observan y garantizan la legalidad de los acuerdos alcanzados.

### **3. La legitimación especial de la CGR ante la Jurisdicción Constitucional y la trascendencia de su participación en el control de constitucionalidad de las normas sobre aspectos atinentes a la Hacienda Pública**

La Ley de la Jurisdicción Constitucional en sus numerales 75 y 96 estableció una **legitimación directa para la CGR**, que trata del control de constitucionalidad de las leyes que se encuentran vigentes así como –de una manera previa– sobre proyectos de ley que podrían afectar la Hacienda Pública o incluso la función sustancial de la CGR como órgano de rango constitucional.

El artículo 75, párrafo tercero, le otorga al Contralor General de la República, al Procurador General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor de los Habitantes, la legitimación de carácter abstracto directa y necesaria para efectos de interponer acciones de inconstitucionalidad, sin necesidad de que exista una gestión jurisdiccional o administrativa previa, donde se discuta la regularidad constitucional de las normas cuestionadas.<sup>18</sup>

Por su parte, el numeral 96 de dicho cuerpo normativo faculta tanto a la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal Supremo de Elecciones o a la Contraloría General de la República para entablar consultas de constitucionalidad (en el ínterin del procedimiento legislativo y previo a la aprobación definitiva de la norma), cuando se trate de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos se estimen ignorados, mal interpretados o indebidamente aplicados los principios o normas relativos a sus competencias constitucionales.

En el ejercicio de esta legitimación activa en materia constitucional, el órgano contralor ha entablado acciones, en diferentes temas, tales como: reconocimiento de auxilio de cesantía, cálculo de extremos salariales, protecciones de bienes del dominio público, vulneración al principio de legalidad y otros en materia presupuestaria.

En otro orden de ideas, entre el período del 2007 a abril del 2013, la Contraloría fue parte pasiva en un total de 102 procesos tramitados ante la Sala Constitucional.<sup>19</sup> Entre estos

---

**18** Sobre esta legitimación de carácter institucional se refiere la Sala Constitucional "...el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes no necesitan de un asunto previo para interponer la acción (primer postulado). Sin embargo, se entiende que ello no es así en virtud de que el ejercicio de la acción, en cada uno de estos casos, presupone que el órgano del que se trate esté desarrollándose en el ejercicio de las competencias que le son propias y solo en esa medida, cada uno de ellos dispondría de la legitimación necesaria para presentar una acción" (Resolución 7730-2000 de las 14:47 horas del 30 de agosto del 2000).

**19** Merece especial mención, la acción planteada en contra del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por medio de la cual –con base en una resolución reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– diferentes personas cuestionaron las potestades de este órgano para efectos de aplicar la sanción de prohibición de ingreso y reingreso para el ejercicio de cargos de la Hacienda Pública a aquellos funcionarios o exfuncionarios que hubiesen cometido un delito o falta grave en contra de las normas que integran el sistema de fiscalización costarricense. No obstante, por medio de la Resolución 2013-4491 de las 16:00 horas del 03 de abril del 2013, la Sala Constitucional declaró sin lugar la acción, en tanto se estima que los actos administrativos de la CGR, en los cuales se establecen sanciones en sede administrativa pueden ser cuestionados y revisados

casos, se cuentan varias acciones de inconstitucionalidad por medio de las cuales se ataca de manera directa una serie de normas que sustentan las potestades sancionatorias que desarrolla el órgano contralor para establecer responsabilidad de carácter administrativo por aquellas conductas contrarias al ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública.<sup>20</sup>

Finalmente, cabe señalar que la CGR también ha sido parte en el desarrollo de **consultas de constitucionalidad**, de conformidad con el numeral en ejercicio de las atribuciones antes comentadas, y ha utilizado el **conflicto de competencias** ante la Sala Constitucional para dirimir diferencias con otros órganos constitucionales, particularmente el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), referido a temas del ejercicio de las potestades sancionatorias de la Contraloría.<sup>21</sup>

#### 4. La intervención contralora en los procesos laborales como parte del resguardo de los fondos públicos

La CGR ha venido ejerciendo igualmente una participación preponderante –en calidad de **coadyuvante**– en los procesos laborales donde la pretensión objeto de estos se encuentra regulada por la normativa jurídica relativa al control y fiscalización de la Hacienda Pública.

---

en todos sus extremos por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda como órgano jurisdiccional de un Poder Judicial independiente, en aplicación efectiva del numeral 49 de la Constitución Política. No obstante, si bien se conoce lo dispuesto en firme por la Sala, lo cierto es que dicha resolución aún no ha sido comunicada en su integralidad a las partes interesadas.

**20** Dicho ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública se encuentra compuesto por todas las normas que conforman el ordenamiento técnico-jurídico que regula la Hacienda Pública y, en especial –sin perjuicio de la aplicación de todo el marco de jurisdicción– se podría referir a las siguientes leyes, que establecen algunas competencias puntuales a la CGR, entre otras: Ley General de la Administración Pública, Ley de Contratación Administrativa, Ley General de Control Interno, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

**21** La Sala Constitucional en su Resolución 8920-2009 de las 14:54 horas del 27 de mayo de 2009 señaló: IV. Componente subjetivo y objetivo de la Hacienda Pública. En el considerando precedente se indicó que la “Hacienda Pública” es un concepto indeterminado cuya concreción le corresponde, entre otros, al legislador. Así, en lo referente al alcance subjetivo del concepto, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en su numeral 4º, indica que ese órgano ejerce su competencia “(...) sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública” –sujetos pasivos de su control o fiscalización–, con lo cual incluye a todo ente u órgano público y empresas públicas extendiéndose, incluso, a sujetos de Derecho privado cuando administren, custodien fondos públicos o reciban transferencias públicas (artículo 8º, párrafo 3º, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). En lo tocante a la vertiente objetiva de la Hacienda Pública el artículo 8º de la supracitada, ley estatuye que “(...) estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos (...) (la cursiva no es del original). Adicionalmente, el artículo 10º, párrafo 1º, del pluricitado texto legal dispone que el ordenamiento de control y fiscalización superior comprende, entre otros aspectos, “(...) el conjunto de normas que regulan (...) los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para este” (la cursiva no es del original). Bajo esta inteligencia, si las normas jurídicas y financieras relativas a la contratación administrativa, los procedimientos, responsabilidades y sanciones de los funcionarios que en la gestión y disposición de los fondos públicos destinados cometen alguna irregularidad, forman parte integral de la Hacienda Pública, no cabe la menor duda que la Contraloría General de la República tiene una indeclinable e indiscutible competencia en la fiscalización y control de tales extremos, siendo que tales atribuciones lejos de quebrantar el Derecho de la Constitución lo actúan. (...) Un órgano de fiscalización de esa índole es de esencia de los regímenes representativos donde prevalezca y se respete el principio de división de poderes, con la atribución parlamentaria de ejercer dentro de la mayor amplitud el control de la gestión de la Hacienda Pública. Y ante la imposibilidad práctica de que el Congreso ejerza de manera directa ese control, pues resulta conveniente delegarlo en un órgano auxiliar, tal es el caso de la Contraloría General de la República.

Lo anterior encuentra sustento en los artículos 3, 35 y 36 de la LOCGR. Estas normas constituyen la base legal para otorgar al órgano contralor la facultad de actuar como coadyuvante activo o pasivo, en todos los procesos jurisdiccionales –incluidos los procesos planteados en la jurisdicción laboral–donde se pretenda la protección de los fondos públicos. Con ello se pretende tutelar de manera objetiva la protección del interés público y asegurar la legalidad de las actuaciones u omisiones de los sujetos pasivos sometidos a su fiscalización o tutela.

En lo que interesa, el numeral 35 supracitado establece la obligación de las instancias judiciales que conozcan de estos procesos de dar traslado a la Contraloría General, para que, si así lo estima procedente, pueda apersonarse como coadyuvante a fin de ejercer la legitimación procesal para la tutela objetiva de los fondos públicos sujetos a su fiscalización. Asimismo, la omisión de las autoridades judiciales de notificar al órgano contralor generaría un estado de indefensión, lo cual acarrearía la nulidad de todo lo actuado.<sup>22</sup> Sobre la legitimación de la CGR en la sede laboral, el Tribunal de Trabajo de Heredia señaló:

Con respecto a la intervención en este juicio de la Contraloría General de la República, la misma sí cuenta con legitimación para hacerlo como coadyuvante. En lo sustancial, se trata de fondos o dineros públicos los que se van a tomar para hacerle frente a los derechos que el actor pide se le reconozcan; y precisamente ese es el fundamento del numeral 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. O sea, para asegurar una tutela objetiva de la hacienda pública y los fondos públicos sujetos de fiscalización, se le concede a la Contraloría legitimación procesal para intervenir en los procesos donde estos estén en juego...<sup>23</sup>

En este punto, interesa resaltar que el objeto de los procesos laborales en los que ha participado la CGR ha versado sobre el reconocimiento irregular de componentes salariales, en perjuicio del uso eficiente, disposición y administración de cuantiosos fondos municipales pertenecientes a la Hacienda Pública regulados por la normativa ius-publicista.

En el desarrollo de estos casos, una gran cantidad de alcaldes y exalcaldes demandaron a varias municipalidades, con el fin de que se les hiciera un reconocimiento retroactivo por concepto de anualidades que –por disposición de ley– no son reconocidas por el ordenamiento jurídico. En estos casos, se logró modificar de manera favorable para el interés público un

---

**22** Al respecto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia señaló en la Resolución 115 de las 11:42 horas del 20 de enero del 2010 lo siguiente: “III. De conformidad con el artículo 559 del Código de Trabajo, en esta materia, a la Sala le está vedado el conocimiento de la corrección o reposición de trámite procesales. Sin embargo, como se observan violaciones graves al debido proceso y al derecho fundamental de defensa en juicio, como lo fue la omisión del Juzgado de Trabajo de Heredia de conocer del recurso de apelación, así como de la nulidad alegada por la Contraloría General de la República, según se puede observar del folio 389 al 417, que por lo demás, ni siquiera está agregado el escrito original al expediente, omisión que generó un estado de total y absoluta indefensión de esa parte. Por esa razón, en ejercicio de las potestades de ordenación e instrucción que otorgan los artículos 97 y 98 del Código Procesal Civil, se estima anularse todo lo actuado y resuelto, a partir de la resolución del Juzgado de Trabajo de Heredia dictada a las trece horas y doce minutos del veinticinco de agosto del dos mil nueve (folio 134); todo con el fin de restituir al coadyuvante Contraloría General de la República en su derecho de defensa (artículos 155, 194 y 197 del Código Procesal Civil, aplicables en materia de laboral por disposición del numeral 452 del Código de Trabajo)”. (Se agregó el destacado).

**23** Resolución del Tribunal de Trabajo de Heredia 177-01-13 de las 8:00 horas del 19 de julio de 2013.

criterio jurisdiccional, emitido originalmente por la Sala Segunda, por medio del cual se reconoció –en un principio– el pago de estos beneficios salariales, aun cuando estos resultaren improcedentes, contrarios al principio de legalidad y a una sana administración del erario.

De tal suerte, la fiscalización de la CGR no se limita ni agota en la sede contencioso-administrativa o constitucional, sino que se refuerza y sustenta en la **sede laboral**, con resultados satisfactorios respecto de la tutela de los fondos sujetos a su control.

## 5. Conclusiones

- La legitimación procesal de la CGR, especialmente en su vertiente activa, en la sede jurisdiccional constituye una herramienta fundamental, indispensable y necesaria para el cumplimiento de la misión y visión institucional en cumplimiento de las competencias constitucionales y legales otorgadas al órgano contralor en su condición de **vigilante de la Hacienda Pública**.
- Dicha legitimación ha sido reconocida de manera expresa por el legislador en diversos cuerpos normativos como: Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, y Código Procesal Contencioso Administrativo. Así también, se ha reconocido en la jurisprudencia emanada por los Tribunales de Justicia, cuando se ha debatido ese aspecto en los procesos donde participa la CGR.
- El uso de esta herramienta por parte del órgano contralor en los últimos años ha contribuido de manera importante en la fiscalización, por cuanto ha permitido llevar a la sede judicial temas de gran relevancia para los cometidos de la CGR y obtener antecedentes y resultados que favorecen la tutela de los fondos públicos.
- La independencia contralora, garantizada a nivel constitucional y legal, ha servido como parámetro para el planteamiento objetivo de algunos temas sensibles en la Administración Pública, con el fin de atacar ciertos paradigmas y promover un cambio en la gestión pública con miras al fortalecimiento de las administraciones como responsables primarias del control efectivo y eficiente de los recursos que manejan.
- Temas como la responsabilidad administrativa, las contrataciones del Estado, el manejo presupuestario de los recursos públicos, la tutela del dominio público y otros, han servido como punta de lanza para el ejercicio adecuado y óptimo de las atribuciones procesales que el legislador ha encomendado a este órgano contralor, y que deberán continuar su desarrollo en los años venideros, siempre con el norte claramente marcado por nuestra función institucional esencial: la tutela objetiva de la Hacienda Pública.

## Referencias

AFS (Auditoría Superior de la Federación Mexicana). 2009. La independencia de las entidades de fiscalización superior: Declaraciones y principios.

Dromi, Roberto. 1997. Derecho administrativo. 6ta ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

González Camacho, Ó., Manrique Jiménez Meza, Ernesto Jinesta Lobo, y Aldo Milano Sánchez. 2006. El nuevo proceso contencioso administrativo. San José: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial.

Ley 8508. Código Procesal Contencioso Administrativo. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 120 del 22 de junio del 2006.

Ley 3667. Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Colección de Leyes y Decretos. Tomo 1, Semestre 1, Año 1966.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1145-2007 de las 15:22 del 30 de enero del 2007.

\_\_\_\_. Resolución 15786-2010 de las 9:13 horas del 24 de setiembre del 2010.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1527-F-S1-2011 de las 8:55 horas del 15 de diciembre de 2011.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 115 de las 11:42 horas del 20 de enero del 2010

Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución 153-A-TC-2009 de las 11:35 horas del 6 de agosto de 2009

Tribunal Contencioso Administrativo. Resolución 3609-2010 de las 16:00 horas del 23 de setiembre de 2010.

# La tutela penal de los deberes de la función pública por parte de la Contraloría General de la República

## Sumario

Introducción. 1. Papel de la Contraloría General de la República frente a los delitos funcionales. 2. Legitimación de la Contraloría General para actuar en procesos penales. 3. El área penal de la División Jurídica de la CGR, compromisos y retos. 4. Conclusión.

Juan Manuel Jiménez Silva<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho, Master en Derecho Económico con énfasis en Comercio Internacional. Fiscalizador de la División Jurídica de la Contraloría General de la República

## Introducción

Para nadie es un secreto el repunte que ha tenido en la última década el tema de la lucha contra la corrupción en la función pública, que naturalmente va de la mano con la masificación de los medios de comunicación y la inmediatez en el acceso a la información, ambos impulsados por el contacto directo con la tecnología que tiene el común de la ciudadanía actualmente. Todo esto ha permitido la divulgación casi indiscriminada de acciones de funcionarios públicos que trasgreden los principios legales y la normativa vigente.

Los ejemplos de estas trasgresiones no son pocos y el descontento popular es cada vez más grande, lo que ha generado que la comunidad en general ejerza una especie de fiscalización y control popular que ha llevado a una mayor participación ciudadana en temas de lucha contra la corrupción. Es evidente que existe un mayor recelo ante la actuación de la Administración Pública en temas como la administración de la Hacienda Pública, el gasto de los recursos públicos y la debida inversión de los fondos para la satisfacción de las necesidades colectivas.

Las instituciones públicas de control no son ajenas a esta realidad. Su participación en temas de prevención, detección y sanción de la corrupción ha ido en un aumento progresivo, impulsado no solo por la puesta en conocimiento de estas irregularidades por parte de la prensa o del ciudadano común que denuncia la comisión de posibles delitos por parte de los funcionarios públicos, sino también por investigaciones realizadas por las mismas instituciones que permiten determinar una indebida actuación del funcionario público, que pudiera representarle la imposición de algún tipo de sanción administrativa, hasta una pena de prisión, por la gravedad de sus actuaciones.

Basta permearse un poco del entorno actual, ya sea por las labores desempeñadas o por el simple contacto con publicaciones realizadas por los medios de comunicación colectiva, para notar que cada vez se divulgan más casos de corrupción en la función pública. Este panorama ha influido también en la labor de los entes fiscalizadores y aplicadores del Derecho, que ha demandado la necesidad de una participación proactiva, inmediata y efectiva de los órganos de control como la Contraloría General de la República. Dichos órganos cuentan con las facultades necesarias otorgadas por ley para actuar en este tipo de procesos, sin dejar de lado la obligación general que recae sobre todo funcionario de presentar ante el Ministerio Público la denuncia respectiva de aquellos hechos que estime delictivos, según se establece en el artículo 281 del Código Procesal Penal vigente.

Esta potestad de control y fiscalización no es entonces exclusiva de órganos como la Contraloría General de la República, ya que como se ha indicado, las denuncias pueden venir de las más diversas fuentes, desde la denuncia interpuesta por el ciudadano común ante las instituciones de control por las vías legalmente establecidas, hasta las investigaciones de oficio, como del Ministerio Público, ante la *notitiacriminis* de un acto de corrupción sobre la cual tenga conocimiento. Estos mecanismos de control diversificado deben trabajar de forma armónica y conjunta en la lucha contra la corrupción, con el fin de reunir esfuerzos para una fiscalización eficiente y eficaz de la Hacienda Pública.

Esta mayor concienciación de la necesidad de ejercer control sobre el quehacer público y de la justa y debida inversión de los recursos del Estado ha sido asimilada por la Contraloría General de la República, la cual ha buscado responder a este requerimiento de divulgación y supervisión de las formas de disponer del erario, mediante los instrumentos otorgados por la Constitución Política y la ley. La finalidad ha sido no solo corroborar la legalidad de los actos administrativos, sino también, en el caso de que se trasgredan los principios rectores de la administración financiera, evitar un acto que resulte perjudicial para el interés público y, por ende, contrario a los intereses de la Administración Pública. Incluso, impulsa los procesos necesarios para sancionar los actos de los funcionarios que causaron esos perjuicios.

Si bien es más conocido por la población general la actividad sancionatoria que ejerce la Contraloría General de la República mediante la tramitación de procedimientos, lo cierto es que también hay una creciente participación del órgano contralor en procesos contencioso-administrativos y procesos penales. Esta última jurisdicción ha obligado a la institución a remozar procesos internos para la oportuna y debida atención de asuntos en ella radicados, en concordancia con esa creciente demanda de respuesta por parte de la ciudadanía sobre cuestionamientos en materia de gasto público.

Este remozamiento es paralelo a cambios externos que se han presentado en el ámbito nacional, singularmente, en materia de mecanismos de lucha contra la corrupción. De ahí surge la importancia de la implementación de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (2004) y la creación de la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción (2010) dentro del esquema del Ministerio Público. La Contraloría General ha querido aprovechar estos aspectos coyunturales en razón de sus funciones, para impulsar y participar activamente en procesos penales tendientes a la sanción de figuras delictivas funcionales muy particulares y novedosas.

Esta novedad demanda una labor de concienciación en los funcionarios públicos que podrían incurrir en estas delincuencias, así como la necesidad de impulsar procesos jurisdiccionales que coadyuven para que fiscales y jueces se decanten por una definición adecuada y diferenciada de estos delitos con respecto a la delincuencia común. Luego se podrán aplicar las medidas correctivas acordes con las necesidades actuales, en virtud de la evolución de las prácticas delictivas, proceso que de manera muy enfática está impulsando la Contraloría General, convencida de tener una herramienta idónea para evitar o minimizar acciones contrarias al uso efectivo y eficiente de los recursos públicos.

## **1. Papel de la Contraloría General de la República frente a los delitos funcionales**

De acuerdo con esta evolución, la Contraloría General de la República, que ya atendía denuncias con contenido penal y las ponía en conocimiento del Ministerio Público, toma ahora un rol más activo en este tipo de procesos, no solo encausando sus investigaciones para ponerlas en conocimiento de una fiscalía determinada, sino asumiendo dentro de sus facultades el proceso investigativo, la recopilación de prueba, la redacción e interposición de denuncias, la presentación de querrelas y acciones civiles resarcitorias, la solicitud y defensa en audiencia de medidas cautelares. En general, participa a lo largo de todo el proceso

penal, sin que esto signifique que deba asumir un rol que no le corresponde o que suplante el papel del Ministerio Público como titular de la acción penal.

La participación de la Contraloría General de la República en procesos penales se encuentra asignada al Área Penal de la División Jurídica. Esto reviste especial importancia, dado que esta División es la titular de la rectoría jurídica en el ámbito institucional (artículos 13, 17 y 19 bis del Reglamento Orgánico de la Contraloría General de la República). Dentro de la Contraloría y según se delimitó mediante la resolución del Despacho Contralor, n.º R-DC-05-2012 de las 15 horas del 20 de enero del 2012, que se refiere a las “Políticas de la Rectoría Jurídica en la Contraloría General de la República”, la rectoría jurídica se ha conceptualizado como “la facultad y capacidad de los abogados de la Contraloría General de la República para dirigir, gestionar y asesorar jurídicamente en los procesos institucionales, con el propósito de que toda la actividad que ejerce la institución se desarrolle de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente”.

Esta rectoría se manifiesta en materia penal, entre otras cosas, con el establecimiento de pautas para el enfoque jurídico de los casos, lo que permite encausar los procesos desde su inicio mediante la coordinación de las investigaciones con las distintas áreas. Asimismo, una vez definida la existencia de un probable delito, se produce el correspondiente encausamiento hacia un proceso penal.

La rectoría jurídica en materia penal se encuentra respaldada y complementada, a su vez, por disposiciones internas de la Contraloría General de la República que vinieron a establecer el marco básico para la coordinación de los diversos procesos institucionales vinculados con esta materia.

Un aspecto relevante regulado por las disposiciones indicadas se refiere a la forma como debe reaccionar la institución cuando cualquier funcionario de la Contraloría General, indistintamente de la división o el área a la cual pertenezca, sea puesto en conocimiento de un hecho que pueda ser encausado dentro de un proceso penal, circunstancia que debe ser decidida en conjunto con los funcionarios del Área Penal, quienes en todo caso son los responsables para acudir a estrados judiciales con la noticia del eventual crimen que se estime que se haya cometido.

La institución cuenta con estas herramientas, cuyo sustento se encuentra en la independencia funcional y administrativa de la cual goza por mandato constitucional. Está facultada para emitir la normativa que estime necesaria para organizar el ejercicio de sus competencias de fiscalización, con el propósito de lograr el idóneo cumplimiento de los objetivos institucionales y desarrollo efectivo de los procesos en los que participa (artículo 31 del Reglamento Orgánico de la Contraloría General de la República).

Ahora bien, en materia penal se ha realizado un énfasis especial en la participación, coordinación y cooperación que realizará la Contraloría General de la República con otros órganos, entes o instituciones vinculados al proceso penal. El propósito es garantizar una acción articulada interna y externa de la Contraloría General de la República en materia de prevención, detección y sanción de delitos en el ejercicio de la función pública, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico que regula esa materia.

En el marco de sus funciones de control y fiscalización de la Hacienda Pública, la Contraloría General de la República naturalmente requiere de la coparticipación de otras instituciones de control, tales como: el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República y el Instituto Costarricense sobre Drogas. Esto no solo es necesario por la participación directa que pueda tener la Contraloría General en los procesos penales incoados, sino también, por ejemplo, por la tramitación en consultas y solicitudes de información que estas instituciones puedan requerir en el marco de las investigaciones de las que sean titulares.

En razón de la especialidad de la materia penal, el Despacho Contralor estimó importante que todo este tipo de coordinaciones con instituciones externas, que se estime que deben ser tramitadas en el ámbito penal, sean coordinadas con intervención del Área Penal de la División Jurídica, pues esa facultad de rectoría jurídica recae en esta División.

Frente a la necesaria relación entre las instituciones, que tienen como uno de sus pilares la lucha contra la corrupción, conviene referirse a la Comisión Interinstitucional para la Lucha Contra la Corrupción, creada con la firma de la "Carta de Intención entre la Contraloría General de la República, el Instituto Costarricense sobre Drogas, la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público para conformar una alianza estratégica para la lucha contra la corrupción". Este documento fue suscrito en el marco de celebración del IV Congreso Nacional de Gestión y Fiscalización de la Hacienda Pública, celebrado en la ciudad de San José, el 30 de junio del 2010.

Esta Comisión ha impulsado programas de interés nacional, como la participación en el proyecto de reforma a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, la celebración de talleres de capacitación dirigida a funcionarios públicos en temas de ética, probidad y delitos funcionales, sesiones de trabajo para definir políticas de lucha contra la corrupción, entre otros. El enfoque ha sido no solo la punición de los actos de corrupción, sino también el abordaje de temas de prevención y detección de la corrupción, mediante la promoción de la uniformidad de criterio en torno a conceptos relevantes, como los de probidad y ética en la función pública.

Entre las labores puntuales del Área Penal de la División Jurídica como titular de la rectoría jurídica y direccionamiento de los asuntos penales que atañen a la institución, le corresponde a esta Área representar a la Contraloría General de la República en los procesos penales donde participe o intervenga. Además, la encargada de elaborar y presentar las correspondientes denuncias penales, así como participar activamente en los distintos procesos judiciales incoados, luego la respectiva coordinación y colaboración en las investigaciones realizadas por las diferentes áreas de la Contraloría General.

Los procesos donde con mayor frecuencia participa la Contraloría General de la República se relacionan usualmente con los delitos de enriquecimiento ilícito, falsedad en la declaración jurada, administración o legislación en provecho propio, pago irregular de contratos administrativos (regulados en los artículos 45, 46, 48 y 51 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública), peculado y malversación, previstos en los artículos 354 y 356 del Código Penal.

Esta participación es de forma directa y activa en las diferentes etapas del proceso penal, desde la interposición de la denuncia, seguimiento y colaboración en la etapa de investigación, hasta la intervención en audiencias de medidas cautelares, audiencias preliminares, audiencias públicas o juicios, interposición de recursos, querellas y acciones civiles resarcitorias, todo en razón de ostentar su condición como parte de los procesos penales.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, según lo establece en su artículo 35, también permite la participación en los procesos litigiosos en calidad de coadyuvante o *amicus curiae*. Estas figuras en realidad posibilitan que la institución pueda colaborar con el respectivo proceso penal, singularmente, en el nivel técnico.

## **2. Legitimación de la Contraloría General para actuar en procesos penales**

Luego de presentar las formas como la Contraloría General de la República está organizada para la atención de actuaciones en materia penal, ahora se analizan las normas jurídicas que permiten esta participación del proceso penal.

Ya se mencionó el fundamento constitucional que tiene la Contraloría General de la República como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en el ejercicio del control y fiscalización de la Hacienda Pública. También se hizo referencia a la independencia funcional y administrativa de la cual goza (artículos 183 y 184 de la Constitución Política de la República de Costa Rica), lo cual permite no solo emitir normativa interna para su organización y funcionamiento, sino intervenir en asuntos que tengan relación con el gasto, distribución, inversión y disposición de la Hacienda Pública. Dicho mandato constitucional se desarrolla mediante normativa ordinaria, lo cual reafirma la legitimación de la institución para actuar en los procesos penales que tienen relación con su ámbito de competencias.

El espectro cubierto por el concepto de "fiscalización de la Hacienda Pública" ha sido dimensionado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual mediante la Resolución 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, aclaró, entre otras cosas, que a la Contraloría General le corresponde verificar la correcta utilización de los fondos públicos, así como la gestión jurídica y financiera realizada por los empleados públicos. Se estima, además, que la potestad de vigilancia de la Contraloría General sobre la Hacienda Pública va más allá del mero control de legalidad, pues su objetivo es garantizar la adecuada administración de los fondos públicos. Esto la legitima para intervenir y participar en cualquier procedimiento que verse sobre materia de responsabilidad de la Administración Pública. De igual manera lo estableció la Sala Constitucional mediante la Resolución 13926-06, de las 14:44 del veinte de setiembre del 2006.

Con base en ese origen constitucional de las facultades, atribuciones y deberes de la Contraloría General, se estima que, para el análisis de la normativa que da sustento a esa legitimación del órgano contralor, se debe continuar con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Este es el marco normativo específico que tiene la institución para su funcionamiento.

En su artículo 1, esta Ley retoma el parámetro constitucional al indicar que la Contraloría General es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública. Asimismo, en su artículo 8 desarrolla el concepto de Hacienda Pública, donde incluye los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo, y la responsabilidad de los funcionarios públicos. Por su parte, el artículo 9 de la indicada Ley define el concepto de fondos públicos como los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos.

Todo este marco normativo permite sustentar esa legitimación activa de la Contraloría General de la República para actuar en la jurisdicción penal, en procura de garantizar la correcta administración y disposición de los fondos públicos, tanto en los aspectos funcionales, patrimoniales o materiales, como en los financieros y jurídicos. Así cubre todos los posibles ámbitos de responsabilidad, a saber, civil, administrativa y penal.

Para el ejercicio de sus competencias en el ámbito jurisdiccional y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica, se le concede a la Contraloría General de la República la "legitimación procesal activa para la tutela objetiva de la Hacienda Pública o de los fondos públicos sujetos a su fiscalización, de acuerdo con las normas procesales vigentes, sin perjuicio de las facultades de que gozan para ese efecto la Procuraduría General de la República y cualesquiera otros entes u órganos públicos".

Tal y como se mencionó anteriormente, la Contraloría General de la República puede no solo ser parte en un proceso penal, en su calidad de denunciante, sino que cuenta con una gama de opciones que permiten su participación en dichos procesos. En este sentido, el artículo 35 antes referido le permite apersonarse a los procesos en condición de coadyuvante de la Administración Pública demandada, actora o como *amicus curiae*<sup>1</sup> en auxilio de la función jurisdiccional, según lo estime procedente y de acuerdo con el interés objetivo que persiga, en aquellos casos en que la pretensión objeto del proceso se encuentre regulada por la normativa jurídica relativa a la Hacienda Pública. Se le otorgan, además, las mismas garantías y facultades procesales asignadas por Ley a la Procuraduría General de la República, según establece claramente en su artículo 36.

En materia penal, esta legitimación genérica se ve complementada con lo dispuesto por el artículo 16 del Código Procesal Penal que faculta a la Contraloría General de la República para actuar de forma directa en los procesos penales, incluso sin estar subordinada a las actuaciones del Ministerio Público, en los delitos contra el ambiente, la zona marítimo-terrestre, la Hacienda Pública, los deberes de la función pública, los ilícitos tributarios y los contenidos en la Ley de Aduanas (Ley 7557 del 20 de octubre de 1995), la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995) y la Ley contra la

<sup>1</sup> Las dos primeras, naturalmente, con una participación más activa dentro del proceso como parte directa en el mismo, mientras que la tercera con una participación más tímida, si se quiere, al vérselo como un tercero ajeno a un litigio, que colabora dentro del proceso con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso, figura por cierto, no muy desarrollada a nivel de doctrina o jurisprudencia nacional.

Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito de la Función Pública (Ley 6872 del 17 de junio de 1983). De ahí surge que dicha legitimación encuentra contenido y fundamento en la concordancia de los artículos 16 del Código Procesal Penal y 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Este último fue reformado por el artículo 218, inciso 3) de la Ley 8508 del 28 de abril del 2006 (Código Procesal Contencioso Administrativo).

De esta correlación de normas jurídicas, se concluye que la Contraloría General de la República se encuentra plenamente legitimada para apersonarse en calidad de vigilante objetiva de la Hacienda Pública. Queda autorizada para hacer uso de las facultades previstas en los artículos 16, 37, 38, 70, 71, 75, 111 y 281, del Código Procesal Penal (entre otros). Esto le permite no solo apersonarse al proceso penal en todas sus manifestaciones e instancias, sino participar activamente como víctima, actor civil o querellante en delitos de acción pública, en relación con todos aquellos hechos que menoscaben o pongan en peligro la Hacienda Pública, todo ello sin perjuicio de las competencias otorgadas por ley a la Procuraduría General de la República, pero sin sujeción a esta, en virtud de la independencia funcional y de criterio que goza, en los términos ya expuestos.

Finalmente, en sus resoluciones 127-2000 de las 9:40 horas del 4 de febrero del 2000 y 685-2003 de las 15:00 horas del 12 de agosto del 2003, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido y ratificado la legitimación que ostenta el Órgano Contralor en materia penal y, más recientemente, esta misma Sala, mediante la sentencia 877-2011 de las 10:15 horas del 22 de julio del 2011, en lo pertinente, señaló:

Para proceder a analizar los aspectos cuestionados, debe partirse de lo dispuesto por la normativa nacional sobre el tema. De conformidad con el artículo 16 del Código Procesal Penal: "La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos. En los delitos contra... la hacienda pública, los deberes de la función pública... y los contenidos en la... Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos... la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público...". Por su parte el numeral 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone: "...La Contraloría General de la República tendrá legitimación procesal activa para la tutela objetiva de la Hacienda Pública o de los fondos públicos sujetos a su fiscalización, de acuerdo con las normas procesales vigentes, sin perjuicio de las facultades de que gozan para el efecto la Procuraduría General de la República y cualesquiera otros entes u órganos públicos...." Asimismo el ordinal 36 de este mismo cuerpo normativo señala: "...La Contraloría General de la República contará, en lo conducente, con las mismas garantías y facultades procesales, asignadas por ley a la Procuraduría General de la República. Finalmente, el artículo 75 del Código Procesal Penal destaca que la víctima puede provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, derecho que tendrá cualquier persona: "... Contra funcionarios públicos, que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos, cuando se trate

de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos....

### **3. El área penal de la División Jurídica de la CGR, compromisos y retos**

Como se ha señalado, se reconoce la legitimación de la Contraloría General de la República para interponer denuncias penales, apersonarse a procesos judiciales en curso y de manera amplia participar en ellos, tanto en el ámbito normativo como jurisprudencial.

Esta facultad ha sido asumida por la institución como un gran reto, debido a diferentes razones, entre las que se destacan:

- Las condiciones que experimenta la realidad nacional, principalmente por la creciente demanda ciudadana que reclama cada vez con mayor fervor y efectividad la actuación proba de funcionarios públicos y sujetos privados vinculados con la Hacienda Pública para en el uso idóneo de los recursos públicos.
- Los cambios internos en la organización y funcionamiento de la institución, que la han colocado en condiciones de asumir de manera eficiente y eficaz esta relevante competencia.
- La posibilidad que tiene la Contraloría General de participar de manera directa y activa en el proceso penal, con todas las implicaciones que esto entraña.

La institución ha comprendido que las condiciones están dadas, lo cual le impone una gran responsabilidad para mejorar continuamente su la capacidad de respuesta a los requerimientos ciudadanos, su posicionamiento como parte de los procesos penales y el convencimiento acerca de las virtudes que ofrecen las figuras delictivas funcionales. Indudablemente para su aplicación efectiva se requieren cambios sustanciales, en primer término, de cultura jurídica o esquema mental de quienes laboran en esta área de conocimiento, para aprovechar su especialidad y experiencia con otro tipo de delitos que pudieran resultar más familiares y evitar así la tendencia a concebir, conceptualizar o visualizar estos delitos especiales únicamente desde la perspectiva de figuras delictivas propias de la delincuencia común.

Es fundamental una lucha efectiva, pues cada vez más se enfrentan actividades delictivas más sofisticadas y complejas de desentrañar y sobre todo de sancionar.

Esta Contraloría también tiene una importante participación durante el proceso propiamente dicho. No cabe duda de que la especialidad de los delitos que con mayor frecuencia entra en contacto esta institución, por su ámbito de competencia, obliga a desarrollar una visión innovadora en la tramitación jurisdiccional, aunque está claro que de ninguna forma se promueven prácticas judiciales que vayan a afectar el debido proceso, singularmente, de los imputados ni se debiliten las garantías propias del proceso penal.

Todo esto implica naturalmente un proceso de adaptación, internalización y análisis para establecer estrategias que permitan dar respuesta efectiva, veraz y pronta a las necesidades de la colectividad.

## 4. Conclusión

Los lineamientos impulsados en los últimos tres años por el Despacho Contralor buscan una Contraloría General más impulsora y activa en lo que a procesos penales se refiere. Por tratarse de un proceso aún incipiente, el trabajo es mucho, por lo que es necesario contar con el compromiso continuo de los funcionarios de las diferentes áreas inmersas en las investigaciones de posibles comisiones de delitos y el planteamiento y seguimiento de las respectivas denuncias ante los órganos titulares de la acción penal.

## Referencias

Contraloría General de la República. Resolución R-DC-05-2012 de las 15 horas del 20 de enero del 2012.

Carta de Intención entre la Contraloría General de la República, el Instituto Costarricense sobre Drogas, la Procuraduría General de la Republica y el Ministerio Público para conformar una alianza estratégica para la lucha contra la corrupción. 2010.

Ley 8422. Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Ley 7594. Código Procesal Penal. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Ley 7428. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Ley 6815. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 998-98, de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998

\_\_\_\_. Resolución 13926-06, de las 14:44 del veinte de setiembre del 2006.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 127-2000 de las 9:40 horas del 4 de febrero del 2000.

\_\_\_\_. Resolución 685-2003 de las 15:00 horas del 12 de agosto del 2003.

\_\_\_\_. Resolución 877-2011 de las 10:15 horas del 22 de julio del 2011.

# La potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República

## Sumario

Introducción. 1. Régimen de responsabilidad del servidor de la Hacienda Pública. 2. Fundamento constitucional de la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República. 3. Diferencia entre la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República y la potestad disciplinaria del patrono. 4. La recomendación vinculante de sanciones administrativas. 5. La prohibición de ingreso y reingreso de la Hacienda Pública. 6. Conclusiones

Roberto Rodríguez Araica,  
Iván Quesada Rodríguez<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho y Master en Administración de Negocios con énfasis en Banca y Finanzas y Licenciado en Derecho y Master en Administración de Negocios con énfasis en Mercadeo, respectivamente.

## Introducción

El artículo 9 de la Constitución Política de la República de Costa Rica proclama el denominado principio de responsabilidad del Gobierno, originado en el mandato que recibe para que investido de la autoridad que le es otorgada, procure el bienestar general de los ciudadanos, tanto en su carácter individual como colectivo.

La función pública es el medio que utiliza la administración para ejercer ese mandato, cuya legitimidad descansa en el ajuste de la conducta al ordenamiento jurídico (principio de legalidad), así como en la prestación eficiente de un servicio público que satisfaga plenamente el interés general.

En la actualidad, no basta que la gestión pública se adecue a la legalidad formal, sino que se debe trascender a un concepto de legalidad material, donde se potencie el principio de eficiencia como elemento sustancial de la conducta administrativa, mediante la evaluación constante de los resultados que ofrece la administración.

El Estado de Derecho moderno exige el cumplimiento de los principios del “Buen Gobierno”, en el que la búsqueda del bienestar del ser humano constituye el fin último de la función pública. Quienes aspiran a un cargo de esta naturaleza deben comprender el papel meramente instrumental que desempeñan los mandatarios del pueblo y los servidores del interés general.

La realidad, sin embargo, enseña que en algunas ocasiones quienes juraron servir al pueblo se sirvieron de él, lo cual obliga al Estado a diseñar un modelo de protección del interés general, mediante la creación de órganos de control externo que vigilen la conducta administrativa, dentro de los cuales se encuentra la Contraloría General de la República.

En el presente estudio se analiza el papel de este órgano contralor en la depuración de responsabilidades administrativas por infracción al ordenamiento del sistema de fiscalización superior de la hacienda pública, su evolución y los retos futuros que se visualizan para erradicar o al menos disminuir la corrupción y la ineficiente gestión de los recursos públicos.

### 1. Régimen de responsabilidad del servidor de la Hacienda Pública

**a) Relación de sujeción especial.** Producto de la evolución que ha vivido el Estado costarricense y lo que la doctrina ha denominado como “la huida del derecho administrativo”, el manejo de fondos públicos se ha tornado cada vez más complejo, mediante la participación no solo de la administración pública, sino también de sujetos privados constituidos en las más diversas formas jurídicas, tales como asociaciones, fundaciones, sociedades, fideicomisos, organismos internacionales, órganos no gubernamentales, entre otros. En razón de su creciente participación en la administración del patrimonio público, estos han provocado la necesidad de reformar el ordenamiento jurídico en aras de ejercer un control fuerte de la legalidad y oportunidad de su conducta, de frente a la consecución del fin público perseguido.

Dentro de las reformas plasmadas en los últimos años, destacan los cambios operados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República con la promulgación de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, la cual modifica el

concepto de Hacienda Pública, que pasa de un criterio estrictamente subjetivo que entendía por tal la organización formada por los entes y órganos públicos encargados de la administración del patrimonio público, a un criterio objetivo donde los fondos públicos se determinan como el elemento esencial y definitorio del nuevo modelo.

La Hacienda Pública deja de ser un concepto limitado a la administración de recursos públicos en el ejercicio de la función administrativa y extiende su ámbito de aplicación a todas aquellas actividades que se vean nutridas parcial o totalmente con dichos fondos, sin importar el carácter público o privado de la conducta o el sujeto que la realice.

**b) Concepto de Hacienda Pública.** El artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dice:

La Hacienda Pública está constituida por los fondos públicos, las potestades para recibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos...

La norma utiliza un criterio objetivo para definir los alcances de la Hacienda Pública, para lo cual establece como eje central de su naturaleza jurídica, el concepto "fondos públicos". De este concepto se deriva el resto de los elementos que integran la definición, como potestades relacionadas con su manejo (recibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir), las normas jurídicas, administrativas y financieras que regulan dichas potestades (presupuesto, contratación administrativa, control interno y externo) y la responsabilidad originada en el ejercicio de esa función.

En términos sencillos, la Hacienda Pública está constituida por los fondos públicos y sus relaciones jurídicas, administrativas y financieras que, como se verá a continuación, pueden ser con sujetos de derecho público o privado, en tanto el criterio que distingue el concepto trasciende al sujeto y se ubica en el objeto, a saber los fondos públicos.

**c) Sujetos componentes de la Hacienda Pública.** Congruente con lo anterior, la definición de patrimonio público también sufre un cambio importante al incluir como sujetos componentes de la Hacienda Pública, además del Estado y los otros entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, los sujetos de derecho privado en tanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título. Se extiende así la relación especial que ostenta el servidor público con la Administración, a aquellos sujetos privados que, por cualquier título, realicen funciones de administración y custodia de dicho patrimonio.

Resulta clara la intención del legislador de que el control y fiscalización de los fondos trascienda la Administración Pública, en el sentido amplio del término, e incluya el ejercicio de actividades privadas financiadas con fondos de esa naturaleza, bajo el principio de que el traslado de recursos fuera del aparato estatal se justifica únicamente en la consecución de fines públicos en los cuales coadyuven sujetos privados y no para otorgar regalías o privilegios a estos últimos, contrarios al interés de la colectividad que confió esos recursos en la Administración.

Se ratifica así el concepto objetivo de la Hacienda Pública, determinada por la existencia de una relación especial que trasciende el sujeto (servidor público) y se afina en el objeto (fondos públicos), de manera que a todo aquel que establezca una relación jurídica con este tipo de recursos lo cobija el régimen de la Hacienda Pública, ya sea que se trate de una persona física o jurídica, privada o pública.

En el momento en que el sujeto privado asume la administración de fondos públicos, se incorpora dentro de sus obligaciones el deber de rendir cuentas y la responsabilidad por su gestión.

**d) Concepto de servidor de la Hacienda Pública.** Con base en el concepto de Hacienda Pública y de los sujetos que la componen, se puede afirmar que el servidor de la Hacienda Pública es aquella persona pública o privada que, en razón de las funciones que ejerce, ostenta potestades para recibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir fondos públicos.

La definición anterior amplía el concepto de servidor público de la Ley General de la Administración Pública, pues incluye a los servidores de sujetos privados que sean custodios o administradores, por cualquier título, de fondos y actividades públicos, los cuales asumen el deber de cumplir el fin asignado a los recursos que les son entregados, de evaluar sus resultados y de rendir cuentas, de la misma forma en que lo haría un servidor público, en los términos señalados en el artículo 11 de la Constitución Política, e incluso de responder por su conducta en caso de que se afecten los recursos que tienen en administración.

Dada la importancia de la función que ejercen en el manejo de los fondos públicos, la Constitución Política crea la Contraloría General de la República para vigilar la Hacienda Pública, para lo cual le otorga un conjunto de herramientas jurídicas entre las que destaca la potestad sancionatoria de los servidores de los sujetos pasivos de su fiscalización.

## **2. Fundamento constitucional de la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República**

Definir las competencias de un órgano constitucional como lo es la Contraloría General no es tarea fácil para la doctrina y la jurisprudencia costarricense. Sesenta años después de su creación existe un debate profundo sobre el alcance de las potestades que el Constituyente de 1949 le asignó al otorgarle la condición de auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública.

Mucho se puede debatir acerca de la evolución que ha vivido el modelo de control externo ejercido por el órgano contralor en las últimas décadas, desde la concepción más conservadora que limita su función a un control estrictamente de carácter administrativo-financiero, hasta aquellas más avanzadas que incluyen el control de eficiencia como parte de los cometidos de las entidades de fiscalización superior a nivel mundial.

No obstante, el presente estudio se enfoca al análisis de la potestad sancionatoria de la Contraloría General en la depuración de responsabilidades administrativas de los servidores

públicos, para lo cual se debe acudir al concepto base en el que descansa todo el andamiaje del modelo de control externo: la vigilancia de la Hacienda Pública.

La vigilancia de la Hacienda Pública es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción le ha correspondido definir al constituyente mediante una lista no exhaustiva de sus competencias en el artículo 184 de la Carta Magna, al legislador por disposición expresa del inciso quinto de dicho numeral y a la Sala Constitucional por medio de su jurisprudencia.

De acuerdo con el estudio de esas fuentes del derecho y en especial de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se puede conceptualizar el término "*vigilancia*" como la fiscalización, investigación, verificación, supervisión y control de los componentes de la Hacienda Pública, lo cual abarca funciones de prevención y detección de conductas que atenten contra esta, así como de su corrección y reparación para la tutela efectiva del interés público.

En el ámbito de la responsabilidad del servidor público, destaca el ordinal 10 de la Ley supra citada, cuyo texto señala que el ordenamiento de control y fiscalización superior comprende el conjunto de normas que, entre otros, regulan los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización.

En ese sentido, el modelo de control derivado de la Constitución Política sabiamente previó que la efectividad del control y fiscalización de la Hacienda Pública, política y socialmente costarricense requería de un órgano que contara con las herramientas jurídicas suficientes para tutelar en forma efectiva el correcto uso de los recursos públicos, dentro de las cuales incluyó la potestad sancionatoria.

Dicha conceptualización del modelo de control costarricense es ratificada por la Sala Constitucional al señalar que en el cumplimiento de sus competencias la Contraloría General de la República:

...tiene un poder-deber asignado, cual es el controlar la función desempeñada particularmente por estos funcionarios, de manera tal que la labor de investigación se constituye en una lógica consecuencia de esa labor de control y fiscalización de la Hacienda Pública, la cual debe llevar a cabo cuando exista mal uso o manejo de los bienes o valores del Estado.<sup>1</sup>

Es ahí donde estriba la fortaleza de una entidad de fiscalización superior, en su independencia funcional y de criterio, su potestad para hacer cumplir sus decisiones, recomendar la imposición de sanciones e imponer la prohibición de ingreso a quienes cometan violaciones contra la Hacienda Pública. Esta fortaleza no proviene de la condición de auxiliar de la Asamblea Legislativa –condición que en algunas ocasiones se confunde con subordinación– sino por sus competencias constitucionales de control y fiscalización para accionar directamente contra la corrupción y la mala gestión en la administración pública.

<sup>1</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 3607-94 de las 15:15 horas del 19 de julio de 1994.

Esta concepción de entidad de fiscalización superior es recogida por la Sala Constitucional al señalar lo siguiente:

En aras de hacer efectiva la competencia de vigilancia de la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República y, más concretamente, de las normas jurídicas y técnicas sobre la contratación administrativa, los procedimientos, responsabilidad y sanciones de los funcionarios públicos que intervengan en un eventual y presunto manejo irregular, indebido o impropio de los fondos públicos, su ley orgánica habilita o faculta, expresa e inequívocamente, a ese órgano para realizar auditorías (financieras, operativas o especiales) o incoar procedimientos o sumarios administrativos sobre los sujetos pasivos (órganos y entes públicos) y sus funcionarios o agentes públicos.<sup>2</sup>

De acuerdo con el texto transcrito, queda claro que la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República deriva de la competencia que le asignó la Constitución de 1949 para la vigilancia de la Hacienda Pública, la cual es desarrollada por el legislador ordinario, por disposición expresa del inciso 5 del artículo 184 de la Constitución Política.

La primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley 1252) del 23 de diciembre de 1950 ya disponía en su artículo 8 que, para el acertado cumplimiento de su objetivo y funciones, la Contraloría empleará todos los procedimientos lícitos que estime convenientes, entre los cuales se mencionaba la posibilidad de "...Instruir sumarias administrativas, solicitar a quien corresponda la suspensión de empleados y poner los responsables de desfalco o irregularidades graves a disposición de los Tribunales Comunes, directamente o por medio de la Procuraduría General de la República..."

Esta potestad se fortalece con la emisión de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1994 (artículo 68), la Ley General de Control Interno (artículo 42), la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (artículo 40) y la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (artículo 113), las cuales señalan como parte de las competencias de la Contraloría General de la República la recomendación vinculante de sanciones de carácter administrativo por infracciones al ordenamiento de control y fiscalización de la hacienda pública.

Dicho desarrollo legal derivado de la competencia constitucional en materia sancionatoria ha sido plenamente respaldado por la Sala Constitucional, la cual en el Voto 08493-2006 de las 14:43 horas del 14 de junio del 2006 advierte que cualquier reforma legal que pretenda limitar o eliminar esa potestad atentaría contra el ejercicio de la vigilancia de la Hacienda que por mandato constitucional le fue asignada a la Contraloría General.

---

<sup>2</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2199-2004 de las 12:59 horas del 27 de febrero de 2004.

### **3. Diferencia entre la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República y la potestad disciplinaria del patrono**

En complemento al análisis realizado en el apartado anterior, es importante recalcar que la competencia de la Contraloría General es de naturaleza jurídica distinta a la potestad disciplinaria que ostenta el patrono en virtud de la relación de empleo público con sus trabajadores.

El órgano contralor no tiene una relación de jerarquía con respecto a los servidores de los sujetos pasivos de su fiscalización y tampoco pretende sustituir al patrono en el ejercicio de la potestad disciplinaria que le otorga el artículo 102 inciso c) de la Ley General de la Administración Pública. La legitimación que ostenta el órgano contralor para recomendar sanciones descansa en el mandato constitucional de vigilancia de la Hacienda Pública.

Por ser la potestad sancionatoria de la Contraloría General de distinta naturaleza jurídica que la potestad disciplinaria del patrono, no resultan aplicables al procedimiento administrativo tramitado por el órgano contralor las normas contenidas en las convenciones colectivas institucionales. En estas se exige, por ejemplo, la participación de las juntas de relaciones laborales como requisito previo al dictado de la resolución final.

De igual manera, en el caso de los funcionarios cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, no es necesario instaurar la gestión de despido, aunque esta Contraloría General puede recomendar la imposición de una sanción administrativa (suspensión o despido) a cualquier servidor que haya infringido el ordenamiento de control y fiscalización de la Hacienda Pública, sin requerir autorización previa del Tribunal de Servicio Civil.

Por otra parte, si bien la Contraloría General tiene como competencia esencial la vigilancia de la Hacienda Pública, esta no exime a los jefes institucionales de ejercer su potestad disciplinaria frente a infracciones administrativas que lesionen dicho régimen. Se entiende que aunque tienen naturaleza jurídica distinta, ambos tienen el poder-deber de tutelar el uso correcto de los fondos públicos.

### **4. La recomendación vinculante de sanciones administrativas**

#### **a. Alcances generales**

El artículo 68 de su Ley Orgánica otorga a la Contraloría General de la República la potestad de ordenar y recomendar al órgano o autoridad administrativa competente la aplicación de la sanción correspondiente, cuando en el ejercicio de sus potestades determine que un servidor de los sujetos pasivos ha cometido infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización contemplado en esa Ley o ha provocado lesión a la Hacienda Pública.

Dicha potestad ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual se resume acertadamente en el Voto 13140-2003 de las 14:37 horas del 12 de

noviembre de 2003, que al conocer una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 68 indicó:

...la sala reitera las consideraciones dadas con anterioridad en su jurisprudencia, tanto en lo que respecta a la especial competencia, de orden constitucional, asignada a la Contraloría General de la República, como respecto de la facultad, no solo para iniciar procedimientos sancionatorios, sino inclusive, para dictar dictámenes vinculantes respecto de las sanciones a aplicar a los servidores de los sujetos de su fiscalización, de las cuales se pueden derivar las siguientes conclusiones: (...) b) que la facultad impugnada se concreta como consecuencia de la aplicación de un procedimiento administrativo ordinario sancionador, en el que se da pleno respeto y cumplimiento de las garantías del debido proceso, en el que el investigado puede ejercer de una forma efectiva su derecho de defensa, de manera que puede refutar los cargos que se le imputan, aportar la prueba que estime necesaria, acceder al expediente, formular los recursos que estime convenientes, y por supuesto, la motivación de todos los actos que se dicten; de manera que la potestad de emitir una recomendación vinculante, nace y se concreta, únicamente cuando la Contraloría tenga por acreditada la infracción de las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización (normas y principios constitucionales de la contratación administrativa y de la elaboración y ejecución del presupuesto, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y la Ley de Control Interno), o cuando constate una lesión a la Hacienda Pública; c) que la sanción no la aplica la Contraloría General de la República, sino el superior jerárquico del servidor incumpliente; quien, a su vez, puede formular una gestión de revisión (...) ante la Contraloría General de la República, en caso de no estar de acuerdo con la recomendación; (...) Por ello, la competencia impugnada, lejos de desbordar el ámbito natural de las funciones que la Constitución Política le otorga a la Contraloría General de la República, es congruente con ella, de manera que la pretensión de eliminar la facultad de la Contraloría General de la República para investigar y sancionar a los servidores públicos que administran fondos públicos, implicaría disminuir la competencia que por mandato constitucional se le reconoce a este órgano constitucional; lo cual, más bien atentaría contra la propia Constitución Política...

De las anteriores consideraciones se infiere con claridad que la Contraloría General de la República, como órgano de fiscalización superior, ostenta dentro de sus competencias la posibilidad de recomendar de forma vinculante a los sujetos pasivos de su fiscalización, la aplicación de una sanción proporcionada al mérito del asunto, previo cumplimiento del derecho de defensa y del debido proceso.

Dicha potestad no es ajena a los entes de fiscalización superior. El artículo 1 de la Carta Fundamental de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores señala que:

...El control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad

y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impida o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro...<sup>3</sup>

Ahora bien, una vez realizado el procedimiento administrativo en el que se garantice el derecho de defensa y el debido proceso, la Contraloría General emite una recomendación vinculante al sujeto pasivo. Posteriormente, el órgano competente para imponer la medida sancionatoria deberá cumplirla dentro del plazo que se conceda, salvo que, dentro del término de ocho días hábiles contados a partir de la comunicación del acto, se interponga una gestión de revisión, debidamente motivada y razonada por parte del jerarca del sujeto pasivo requerido.

Es importante no confundir la “gestión de revisión” con el “recurso extraordinario de revisión” regulado en el artículo 353 de la Ley General de la Administración Pública, pues los supuestos para uno u otro instituto son diferentes.

En este caso, una vez resuelta la gestión y de confirmarse la resolución correspondiente, deberá cumplirse sin demora con lo dispuesto en el pronunciamiento técnico jurídico final de la Contraloría, so pena de incurrir en el delito de desobediencia, sin perjuicio del régimen de prescripciones contemplado en esta Ley. El incumplimiento de la recomendación podría generar al funcionario responsabilidad administrativa en caso de demostrarse la existencia de dolo o culpa grave en su conducta.

## **b. Particularidades de la potestad para recomendar sanciones**

La competencia en estudio ha evolucionado significativamente en las últimas décadas por medio de la jurisprudencia constitucional y legal de los Tribunales de Justicia. Como algunos de los temas de mayor controversia, se destacan la recomendación de sanciones a funcionarios municipales de elección popular y el ejercicio de dicha potestad en el caso de servidores cobijados por la autonomía municipal y universitaria.

### **Regidores y alcaldes municipales**

El artículo 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República señala lo siguiente:

...Será causa para la cancelación de la respectiva credencial, la comisión de una falta grave por parte de un regidor o síndico, propietario o suplente, contra las normas del ordenamiento de fiscalización y control de la Hacienda Pública contemplado en esta Ley, y contra cualesquiera otras normas relativas a los fondos públicos; o al incurrir en alguno de los actos previstos en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, como generadoras

<sup>3</sup> Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores. 2012. Carta Fundamental de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. Artículo 1.

de responsabilidad administrativa.(...) Asimismo, será causal de cancelación de la credencial de regidor o de síndico, propietario o suplente, la condena penal firme por delitos contra la propiedad, contra la buena fe en los negocios y contra los deberes de la función pública, así como por los previstos en la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública...

En el caso de los Alcaldes, el artículo 18 del Código Municipal señala como motivo de cancelación de su credencial incurrir en alguna de las causales previstas en el artículo 73 antes transcrito.

En ese sentido, se debe recordar que dichos funcionarios no están inmunes ni existe obstáculo que les impida afrontar responsabilidades de índole administrativa, cuando incurran en actos contrarios a las normas que integran el ordenamiento de fiscalización y control de la Hacienda Pública.

Si bien la Constitución Política confiere a los entes municipales autonomía política y administrativa, esta no libera a sus jefes del respeto del deber de probidad y del cumplimiento de las normas de protección de la Hacienda Pública.

Por encontrarse los alcaldes y los regidores municipales ubicados dentro del ámbito de la competencia de esta Contraloría General para la depuración de responsabilidades administrativas, el órgano contralor puede recomendar sanciones administrativas contra estos funcionarios de elección popular, para lo cual Tribunal Supremo de Elecciones es el competente de su aplicación.

En la actualidad, se discute la aplicación de las sanciones de suspensión o amonestación contra alcaldes y regidores, toda vez que el Tribunal Supremo de Elecciones en diversas resoluciones ha indicado que su competencia abarca únicamente la cancelación de credenciales, al ser el único supuesto contemplado expresamente en la normativa. De este modo, considera que no se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico para suspender una credencial, pues esa competencia le corresponde al Concejo Municipal (resoluciones de las de las 11:50 horas del 27 de setiembre de 2011 y de las 13:35 horas del 5 de octubre de 2011). Nuestro criterio es que la potestad de suspender credenciales es una competencia genérica y originaria del Tribunal Supremo de Elecciones.

Además, hay que recordar que la fiscalización y control del manejo de los fondos públicos es fundamental en el desempeño de la función pública y es de interés público su correcto manejo, el cual se verifica inclusive sobre los presupuestos municipales y la actividad contractual de los gobiernos locales. Por lo tanto, no resultaría lógico excepcionar de ese control a los jefes municipales ni pertinente que esa investigación sea realizada en el seno municipal, por el carácter de esos funcionarios y la posición institucional que ocupan.

En síntesis, la Contraloría General de la República, en el ejercicio de sus competencias, puede recomendar al Tribunal Supremo de Elecciones sanciones contra los regidores y alcaldes municipales, previo procedimiento administrativo, cuando estos funcionarios de elección popular han vulnerado el ordenamiento jurídico de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública o cualquier otra norma relativa a los fondos públicos.

## Servidores municipales

La Sala Constitucional en la sentencia 5445-1999 de las 14:30 horas del 14 de julio de 1999, dispuso en un inicio que la determinación de la responsabilidad disciplinaria y civil de los funcionarios municipales era competencia exclusiva y excluyente de la propia Municipalidad, en virtud de la autonomía administrativa que gozan estas instituciones.

Por su carácter vinculante *erga omnes* de la jurisprudencia constitucional, el órgano contralor asumió dicha posición, la cual se puede ver reflejada en muchos de sus pronunciamientos, entre los que se puede mencionar la Resolución PA-013-2000 de las 10:00 horas del 17 de agosto del 2000, que en lo que interesa señala: "...Es legalmente imposible a este órgano contralor participar como órgano director en procedimientos administrativos en donde estén siendo investigados funcionarios municipales, pues es a los Gobiernos Locales los que, constitucionalmente, les corresponde determinar la verdad real de los hechos y de ser el caso sancionar civil y administrativamente, a sus empleados..."

En ese sentido se consideraba que la responsabilidad administrativa y civil de los funcionarios y empleados municipales, en razón de la autonomía administrativa que ostentan estas instituciones, debía ser determinada mediante la apertura de un procedimiento administrativo dentro de la Municipalidad, en el cual la Contraloría General podría tener participación únicamente como coadyuvante en virtud de las competencias constitucionales que le fueron conferidas en materia de fiscalización y control de la Hacienda Pública.

No obstante, producto de la instauración de nuevos procedimientos administrativos, la Sala Constitucional en la Resolución 15786-2010 de las 9:15 horas del 24 de setiembre del 2010 cambia la jurisprudencia y reconoce la competencia de la Contraloría General para tramitar procedimientos administrativos y recomendar de forma vinculante sanciones contra dichos funcionarios. Así pues, la autonomía municipal no excepciona a los servidores municipales de poder infringir las normas del ordenamiento de fiscalización superior, por lo que al igual que los jefes municipales, la Contraloría General tiene competencia para fiscalizar su actuación, recomendar sanciones e imponerles prohibiciones para el ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública a dichos servidores.

## Funcionarios universitarios

Tal y como se expuso en líneas anteriores, la función constitucional que el órgano contralor está llamado a desarrollar para la vigilancia de la Hacienda Pública, es transversal en todo el universo de entes, órganos y empresas públicas, incluso sujetos privados acorde con la ley, que manejen fondos públicos y sin que para ello sea óbice la existencia de autonomías o ámbitos funcionales especiales de competencias otorgadas en favor de determinadas entidades.

En ese sentido, la Sala Constitucional en la Resolución 15786 de las 9:13 horas del 24 de setiembre del 2010 es clara al señalar que "...no puede perderse de vista la máxima de que, ahí donde van los fondos públicos va el control, en este caso, el que ejerce la Contraloría General de la República...", de manera que la relación entre la autonomía universitaria, por una parte, y la observancia de las normas y principios aplicables a la Hacienda Pública y la

fiscalización de los fondos públicos que se trasladan a las universidades estatales, por otra, es de coexistencia y no de superposición entre una y otra.

Dicho de otra manera, se trata de una coexistencia originada en el hecho que las universidades estatales son parte de la Hacienda Pública, ya que a ellas se trasladan fondos públicos. Esta convivencia requiere de equilibrio, el cual sería incompatible con una presunta superposición, exclusión o invasión por parte de la Contraloría General.

No se trata de un agravio a la autonomía universitaria y al núcleo duro de las atribuciones y facultades de las universidades estatales. Las acciones de fiscalización de la Contraloría General y las recomendaciones vinculantes y disposiciones de acatamiento obligatorio que esta última gira, tienen por único fin garantizar a la ciudadanía la observancia plena de la normativa y principios que informan la Hacienda Pública y el buen uso de los fondos públicos que se trasladan a dichos centros de enseñanza, sea previniendo riesgos, ordenando, corrigiendo prácticas o conductas contrarias al buen uso de dichos recursos o, cuando así corresponda, dictando sanciones en el ámbito disciplinario o civil.

A esta altura conviene advertir que la Contraloría General reconoce plenamente la existencia de la autonomía universitaria en sus diversas vertientes. Incluso estima que esa esfera de autonomía constituye una herramienta necesaria que permite a las universidades públicas cumplir con el cometido constitucional y legal que les ha sido encomendado; sin embargo, no puede validar una tesis que llegue a plantear que dicha autonomía excluye y tiene la virtud de repeler por sí misma las acciones de fiscalización que el órgano contralor despliega con respecto a tales centros de educación superior, por ser estos entes pasivos de su fiscalización por integrar la Hacienda Pública.

En ese sentido, las acciones de fiscalización que ejerce la Contraloría General sobre las universidades públicas no tienen por finalidad bajo ningún punto de vista invadir o usurpar de manera indebida la autonomía universitaria. Antes que eso, lo que buscan es hacer efectiva la función constitucional del órgano contralor en la vigilancia de la Hacienda Pública. Desde esta inteligencia, se plantean las siguientes consideraciones.

La Sala Constitucional en la Resolución 16 de las 15:45 horas del 3 de enero de 1995 señaló lo siguiente:

...No hacemos frente a un atentado a la autonomía administrativa de las instituciones autónomas porque la relación aquí objetada entre la Contraloría General de la República y estas no corre entre administraciones activas, una de las cuales se inmiscuiría inconstitucionalmente en un ámbito propio de la otra. La Contraloría es administración no activa, fiscalizadora o vigilante. La interpretación del accionante, compartida en parte por la Procuraduría General de la República, parte de una premisa débil: asume que la autonomía administrativa es incompatible con órdenes en materia de personal como si entre la institución autónoma cuyo funcionario ha sido investigado y la Contraloría se estuviera estableciendo una relación de jerarquía, cuando lo que hay es un control de legalidad financiera de las actuaciones de un funcionario, una actividad materialmente jurisdiccional. Por lo demás, después de señalar

algunos cometidos de la Contraloría General de la República la Constitución Política nos remite a los deberes y atribuciones que “las leyes le asignen” (artículo 184, inciso 5). (...) Quedaría menguada la efectividad de esta disposición constitucional con relación al vasto mundo de las instituciones autónomas si se interpreta que el ordenamiento está inhibido de habilitar a la Contraloría para investigar malos manejos de fondos en esas instituciones y eventualmente exigir la sanción del responsable...

Vale reiterar que esta sujeción de las universidades públicas al ordenamiento jurídico sectorial de la Hacienda Pública, aplica en iguales términos para el resto de los entes y órganos públicos que manejan fondos públicos independientemente de su especialización funcional o grado de autonomía, pues tal y como lo ha señalado esta Contraloría General:

...la autonomía está prevista para que las universidades públicas desarrollen de manera independiente su cometido por medio de sus líneas de acción fundamentales –como son la docencia, la investigación y la extensión o acción social y cultural–, sin que esto implique que puedan abstraerse de las normas relativas al control de la Hacienda Pública, que constituyen un marco normativo especial en una materia que escapa al ámbito de la autonomía universitaria...<sup>4</sup>

En síntesis, debe existir un equilibrio entre los alcances de la autonomía universitaria y la sujeción de tales entidades al ordenamiento jurídico globalmente considerado, pues la exclusión de alguna de ellas rompería el balance necesario que implica su coexistencia.

## 5. La prohibición de ingreso y reintegro de la Hacienda Pública

### a. Alcances generales

Dentro de las potestades incorporadas y desarrolladas en su Ley Orgánica, se encuentra la prohibición de ingreso o reintegro a cargos de la Hacienda Pública, regulada en el artículo 72, la cual tiene relevancia constitucional y es de carácter administrativo. Esa norma es especial dado su aspecto instrumental para la tutela de la Hacienda Pública, máxime que es una competencia exclusiva y excluyente de la Contraloría General en cuanto a su aplicación. El artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República indica:

Artículo 72. Prohibición de ingreso o de reintegro del infractor. No podrá ser nombrado en un cargo de la Hacienda Pública quien haya cometido un delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización, contemplado en esta Ley o contra la propiedad o la buena fe de los negocios. La presente prohibición tendrá vigencia por un plazo que no será menor de dos años ni mayor de ocho años, a juicio de la Contraloría General de la República, la cual resolverá con vista de la prueba del caso. Asimismo regirá la prohibición, por igual plazo, en contra de ex servidores públicos que intenten reintegrarse a la Hacienda Pública, cuando hayan cometido un delito o falta grave como los

<sup>4</sup> Contraloría General de la República. Oficio 11107 (DJ-1782-2009) del 27 de octubre del 2009 dirigido al Instituto Tecnológico de Costa Rica.

mencionados en los numerales anteriores, aunque su relación de servicio anterior con la Hacienda Pública haya terminado sin responsabilidad de su parte. Además, se aplicará la prohibición aquí establecida contra el servidor público que haya sido despedido, por haber cometido un delito o falta grave como los ya citados. Al aplicar la prohibición anterior, la Contraloría fijará su duración dentro de los límites indicados y computará, en favor del afectado, el tiempo durante el cual haya permanecido fuera de la Hacienda Pública, después de su último cargo en ella. La acción para aplicar la prohibición aquí establecida prescribirá en un plazo de diez años, a partir de la comisión del delito o de la falta grave indicada en este artículo.

La norma transcrita contempla una prohibición de nombrar –desde la perspectiva del sujeto contratante– y un impedimento para ser nombrado en cargos de la Hacienda Pública –desde la perspectiva de quien aspira a ser contratado.

Del artículo se infiere que existen tres supuestos diferentes en los cuales la prohibición sería aplicable:

- El párrafo 1 establece una prohibición para ocupar cargos en la Hacienda Pública que cubija a cualquier persona que haya perpetuado un delito o una falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización<sup>5</sup>, contra la propiedad o la buena fe de los negocios.
- El párrafo 3 plasma una prohibición de reingreso al ex funcionario público que cometa alguno de los delitos contra la propiedad o la buena fe de los negocios o falta grave, independientemente de que la relación laboral anterior con la Administración haya terminado sin responsabilidad de su parte.
- Además, será aplicable al funcionario que haya sido despedido a raíz de la comisión de un delito o falta grave de los enunciados anteriores.

Esta prohibición solo aplica por una infracción directa; es decir, se niega la posibilidad de realizar aplicaciones extensivas, amplias o integradoras para los supuestos que no estén expresamente contemplados en el artículo 72. En vista de que los derechos fundamentales se encuentran cubiertos por el principio de reserva de ley, se impone la existencia de una ley formal que establezca los parámetros en los que procede aplicar la limitación. Así las cosas, no resulta procedente incluir dentro de los supuestos del artículo 72 la participación indirecta del funcionario, en los hechos eventualmente perjudiciales para la Hacienda Pública que fueron realizados por otros servidores públicos, para lo cual se debe realizar una interpretación restrictiva de la norma.

---

<sup>5</sup> Las normas que integran el sistema de fiscalización de la Hacienda Pública son la Ley General de Control Interno (Ley 8292 del 31 de julio de 2002), la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (Ley 8131 del 18 de septiembre de 2001), la Ley de Contratación Administrativa (Ley 7494 del 2 de mayo de 1995), la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley 8422 del 6 de octubre del 2004) y la normativa reglamentaria que las desarrolla.

La norma permite que se compruebe la existencia de una falta grave, se establezca la sanción administrativa (necesariamente el despido) y, en el mismo acto, se declare el impedimento que pesa sobre esa persona para ser nombrado en cargos de la Hacienda Pública.

Por otro lado, también puede ocurrir que una persona hubiese sido despedida por la comisión de un delito o una falta grave en contra de la Hacienda Pública y suceda que, posteriormente, se declare que sobre ella pesa el impedimento para ser nombrado en cargos de la Hacienda Pública. Por ejemplo, ante el caso de que un ex funcionario de la misma Administración Pública o de una empresa privada hubiese sido despedido por la comisión de faltas graves en la administración de fondos públicos, la Contraloría General de la República podría –luego de un debido proceso mediante el cual se constata la existencia de los presupuestos fácticos del artículo 72– declarar prohibición que tienen los poderes públicos de nombrar a esa persona en un cargo de la Hacienda Pública.

El artículo 72 no establece una sanción de inhabilitación como en ocasiones se le ha denominado, sino un impedimento que tiene la característica de tener el motivo reglado que le impuso el legislador en su presupuesto fáctico. Es decir, tiene el poder-deber de aplicar el impedimento ante la acreditación de cualquiera de los presupuestos, sea la condenatoria a una persona por la comisión de un delito o la declaratoria de falta grave común contra las normas que integran el sistema de fiscalización superior de la Hacienda Pública.

En consecuencia, la Contraloría General no puede ejercer ninguna facultad discrecional para valorar la conveniencia, oportunidad o necesidad de prohibir que se nombre o no a una persona que ha cometido delitos o faltas graves en contra del sistema de fiscalización en cargos de la Hacienda Pública. Tal y como se indicó, esto es una decisión que el legislador ordinario plasmó e hizo suya en el artículo 72.

En virtud de sus potestades, el órgano contralor procede a constatar la existencia de los presupuestos fácticos de la norma, sea: que la persona hubiere cometido delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización de la Hacienda Pública, contra la propiedad o la buena fe de los negocios, o que dicha persona hubiese sido despedida por la comisión de esos delitos o faltas graves.

Luego de que se constata ese presupuesto fáctico, la Contraloría General declara que es prohibido para los poderes públicos nombrar a esa persona en un cargo de la Hacienda Pública. Se insiste en que se está ante una actuación administrativa con un motivo reglado, impuesto por el propio legislador.

Ahora bien, el legislador decidió que dicha prohibición no sea permanente, sino que estuviera sometida a un lapso que no fuera ni inferior a dos años ni mayor a ocho. En consecuencia, lo único que la norma le posibilita al órgano contralor es graduar el lapso durante el cual estará vigente la prohibición previamente impuesta por mandato legal expreso, según las circunstancias particulares del caso concreto y siempre bajo los parámetros temporales que el legislador ordinario ya estableció.

Para declarar la existencia de esa prohibición, la Contraloría General realiza un procedimiento con todas las garantías del debido proceso, a fin de determinar si existió el presupuesto

fáctico dispuesto en la norma de interés, así como para obtener los elementos de juicio que le posibiliten formar criterio sobre el plazo del impedimento.

La competencia del órgano contralor es la de dictar la prohibición y no entrar a conocer el acto administrativo o sentencia penal que le da origen al procedimiento. Es decir, el órgano contralor no puede revisar una sentencia judicial que ha establecido la comisión del delito, ni puede en esa vía procesal cuestionar el fondo de un acto final dictado por la Administración en ejercicio de sus competencias y en el que ha determinado que se dio una falta grave.

La prohibición difiere de la sanción de inhabilitación que puede imponer un juez penal en ejercicio de su función jurisdiccional (artículos 50, inciso 1), 57, 58, 123bis, 203, 205, 341, 358 y 376 del Código Penal y 59 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. El artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no regula ningún tipo de sanción o condena –ni judicial ni administrativa– sino una de las muchas reglas y condiciones que el legislador –en el ejercicio de ese poder delegado por el pueblo– le ha dirigido a los poderes públicos como parte del marco que deben respetar, al ejercer su discrecionalidad al nombrar a las personas que ocupen cargos en las funciones públicas.

## **b. Bien jurídico tutelado**

La finalidad de este impedimento consiste en proteger la Hacienda Pública mediante el establecimiento de una causal de inelegibilidad derivada del artículo 192 de la Constitución Política, la cual es declarada en sede administrativa y no judicial, pues el sujeto no se considera moralmente idóneo para ejercer el cargo.

El principio de idoneidad comprobada regulado en el artículo 192 constitucional es de aplicación obligatoria para las personas que pretendan ejercer la función pública y es entendida esa idoneidad tanto en los aspectos técnicos, como los legales y morales.

Ahora bien, el impedimento de prohibición de ingreso o reingreso es una presunción de inidoneidad temporal de la persona que haya cometido delito o faltas graves contra el sistema de fiscalización, contra la propiedad o la buena fe de los negocios.

El artículo 72 procura que quienes accedan a cargos de la Hacienda Pública sean personas idóneas para administrar y disponer de fondos públicos. Dicha idoneidad se valora no solo respecto de aquellos que hayan cometido conductas antijurídicas desde la perspectiva del derecho penal, sino también que se consideran la juridicidad o antijuridicidad de sus actuaciones a la luz de las normas del derecho administrativo, en fin, el respeto que pueda tener una persona hacia el ordenamiento jurídico cuando se le va a encomendar la administración de fondos públicos. De ahí surge el vínculo de la prohibición con los principios constitucionales de gobierno responsable, rendición de cuentas, probidad e idoneidad en la función pública (artículos 9, 11, 191 y 192 de la Constitución Política).

Igualmente se pone en riesgo la legitimidad de todo el sistema electoral, cuando se permite que se postulen para cargos de elección popular personas que no tienen la idoneidad necesaria para administrar fondos públicos (dada las faltas graves –no solo penales– que han

cometido en contra del sistema de fiscalización de la Hacienda Pública). Esta legitimidad del sistema electoral es de gran importancia, y mucho más la prohibición, porque ese impedimento es el instrumento necesario para asegurar que los candidatos que se postulen sean idóneos, técnica y moralmente. De esta manera, la idoneidad técnica y moral de quienes se postulen para un cargo de elección popular resulta consustancial a la legitimidad del proceso electoral, entendida esta última como el convencimiento que brinda el propio sistema de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas para la sociedad.

### **c. Sujetos a los que se le puede aplicar el impedimento de prohibición**

Esta prohibición aplica para cargos de la Hacienda Pública, los cuales son tanto empleos públicos como privados que se encuentren vinculados a la custodia, administración, recaudación, inversión, presupuesto, gasto, fiscalización o disposición de fondos públicos. Estos cargos también se encuentran sujetos a la rendición de cuentas de su función.

Además de las anteriores actividades, existen otras que pueden ser consideradas auxiliares de la Administración, que encajan como cargos de Hacienda Pública expresados generalmente por medio de órganos técnicos. A pesar de que estos órganos carecen de potestad suficiente para emitir por sí solos actos dispositivos o generadores de derechos en relación con dichos fondos públicos, lo cierto es que actúan como asesores o evaluadores de ciertas condiciones fácticas o jurídicas (actos preparatorios) que sirven de fundamento para el dictado de los actos finales dispositivos, también participan de la gestión de los fondos públicos y tienen capacidad para incidir efectivamente en el órgano o funcionario que ostenta la capacidad especial para emitir el acto final, por medio del cual ejerce la potestad administrativa para disponer de dichos fondos. En consecuencia, esos funcionarios técnicos, conjuntamente con los servidores responsables, ejercen funciones de administración activa y, por lo tanto, entran también dentro de esa categoría de los servidores de la Hacienda Pública, porque la naturaleza y el contenido de sus funciones son parte del engranaje que constituye la administración de los fondos públicos.

La prohibición es aplicable independientemente de que el funcionario se encuentre en ese momento prestando o no sus servicios en la Administración Pública. En el supuesto de que el funcionario aún se encuentre ejerciendo su cargo en la Administración, la imposición del impedimento por sí solo implica el cese inmediato en sus funciones con los efectos propios del rompimiento de la relación de servicio sin responsabilidad patronal.

Dentro de sus alcances, esta prohibición contempla los recargos de funciones de los servidores públicos. Esto ocurre cuando se asigna a una persona, que ya tiene un puesto permanente, el ejercicio simultáneo de las tareas de otro puesto distinto. Si ese recargo involucra ejercer un puesto de Hacienda Pública, se aplica la prohibición. En consecuencia, se estaría violentando la prohibición impuesta con fundamento en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, si existe un cambio material y el funcionario sobre el que recae la prohibición asume en la práctica funciones adicionales o distintas a las de su cargo original, sea por un recargo, un traslado o un ascenso. Se le estaría vaciando al artículo su contenido esencial, porque el impedimento por inidoneidad que afecta a una persona, la imposibilita para asumir nuevas funciones en un cargo de la Hacienda Pública, justamente porque ya no

es moralmente idóneo para ello. Se entiende que no se le pueden confiar funciones relacionadas con la Hacienda Pública por el período en el que se fija la prohibición de idoneidad para ello.

Un recargo informal o formal, un traslado, un ascenso que implique que esa persona asuma nuevas responsabilidades, obviarían la presunción que pesa sobre dicho sujeto y que le impide asumir nuevas responsabilidades que pueden poner en peligro la sana administración de la Hacienda Pública.

Esta prohibición para ocupar un puesto no se aplica de forma general a cualquier cargo en la Administración Pública, sino solo para aquellos vinculados a la custodia, uso, disposición y administración de fondos públicos.

De igual forma, este impedimento de prohibición se aplica a un funcionario que está ejerciendo un cargo de elección popular, aun si se trata de la postulación y eventual ejercicio posterior de cargos públicos.

#### **d. Motivación de la prohibición**

Como todo acto administrativo, la resolución emitida como consecuencia de un procedimiento administrativo, donde se dicten disposiciones que limiten la esfera jurídica de derechos del investigado, debe estar motivada. Este es un elemento formal regulado en el artículo 136 de la LGAP.

La motivación se traduce en una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la respectiva Administración Pública al dictado o emanación del acto administrativo. El principio general es la obligación de motivar todos los actos administrativos, dado que esta dimana de la observancia y aplicación del principio de legalidad por parte de los entes y órganos públicos.

Además, la motivación es un elemento que debe estar presente en el momento de imponer el *quantum* de un impedimento y debe racionalizarse conforme con la sana crítica los hechos tenidos como probados en el procedimiento administrativo.

#### **e. Aplicación temporal del plazo de la prohibición**

Por otro lado, el artículo 72 en el párrafo quinto referente a la imposición de la prohibición de ingreso y reingreso a cargos de Hacienda Pública, establece lo siguiente: "Al aplicar la prohibición anterior, la Contraloría fijará su duración dentro de los límites indicados y computará, en favor del afectado, el tiempo durante el cual haya permanecido fuera de la Hacienda Pública, después de su último cargo en ella."

Existen posiciones diferentes sobre cómo debe computarse el plazo que es aplicable a esta prohibición. Se reitera que el artículo 72 establece tres supuestos por los cuales puede aplicarse la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública, por haber cometido un delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización o contra la propiedad o la buena fe de los negocios.

Ahora bien, luego del análisis de los mencionados supuestos, es necesario señalar lo siguiente:

- De conformidad con el párrafo primero, no es jurídicamente razonable computar, a favor de la persona declarada responsable administrativa o penalmente, el tiempo durante el cual haya permanecido fuera de la Hacienda Pública, porque nunca ha ejercido un cargo de esa naturaleza.
- Conforme con el párrafo tercero, no es jurídicamente razonable computar, a favor de la persona declarada responsable administrativa o penalmente, el tiempo durante el cual haya permanecido fuera de la Hacienda Pública, porque la terminación del nombramiento no es consecuencia de un despido, por lo que a ese momento no se ha declarado la responsabilidad del servidor y mucho menos se puede afirmar que este sea objeto de un impedimento, cuyos efectos negativos en su esfera jurídica deban ser reconocidos en el cómputo del plazo de la prohibición una vez declarada por la Contraloría General.
- La aplicación del párrafo quinto en los dos supuestos implicaría en la práctica una reducción injustificada del plazo de la prohibición, mediante el reconocimiento de un período en que la persona no ha tenido ninguna afectación por la comisión de la falta grave o el delito, lo cual iría no solo en detrimento de los mecanismos que el ordenamiento jurídico regula para proteger la hacienda pública, sino que además tornaría prácticamente inaplicable el impedimento de prohibición en casos en los que los años impuestos al infractor ya estén por expirar.

Hechas las consideraciones anteriores, resulta importante indicar, entonces, que la prohibición impuesta puede computarse de la siguiente manera:

- Puede computarse desde la fecha de la firma de la resolución del procedimiento administrativo incoado por la Contraloría General.
- Puede computarse desde la fecha de la firma de la resolución del procedimiento administrativo incoado por la Contraloría General. Sin embargo, en caso de que el afectado haya permanecido fuera de la Hacienda Pública, este plazo se computará en su favor siempre y cuando el cese de su relación con la Hacienda Pública haya sido por el despido por la comisión de una falta grave o delito en contra de las normas de fiscalización o por la comisión de un delito que violentara los bienes jurídicos de propiedad o buena fe en los negocios.

## **f. Prescripción**

En cuanto al régimen de prescripción del artículo 72 de la Ley Orgánica, el cual es especial y propio, se establece un plazo de 10 años a partir de la comisión de la falta o delito, más extenso que los cinco años que dispone el artículo 71 de la Ley Orgánica y, por supuesto, mucho más amplio que el plazo de un mes que para faltas meramente laborales regula el artículo 603 del Código de Trabajo. Por lo tanto, el legislador estableció un plazo de prescripción de la aplicación de la prohibición, a partir de la comisión del delito o falta grave, que no es ni inferior ni mayor al ahí establecido. Ese plazo está referido a un supuesto distinto a los demás plazos indicados en otros artículos y, por tal razón, no hay inseguridad

jurídica ni tampoco se lesionan los principios de razonabilidad, equidad, seguridad jurídica e igualdad.

## 6. Conclusiones

La Constitución Política de 1949 definió las bases del desarrollo costarricense de los últimos sesenta años, mediante la instauración de un modelo social, político y económico que tiene como objetivo mejorar las condiciones de la ciudadanía.

Como parte de esa visión, generada en el momento de perfilar el aparato estatal, se entendió que para garantizar el uso correcto de los recursos públicos y la prestación eficiente de los servicios se debía crear un órgano de control externo que tuviera la fuerza de la Constitución para velar por la Hacienda Pública.

Dicha tarea le fue encomendada a la Contraloría General de la República, que para el ejercicio de sus funciones, se le otorgó absoluta independencia funcional y administrativa, así como una serie de herramientas constitucionales entre las que se destaca la potestad sancionatoria administrativa. Esta potestad tiene como objetivo la tutela efectiva de los recursos públicos, mediante la recomendación vinculante de sanciones contra aquellos servidores que realicen actos de corrupción o de mala gestión de los recursos que les fueron dados en custodia. A estos se les podría imponer la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública como presunción de inidoneidad temporal para administrar los recursos de los costarricenses.

Dichas competencias han tenido una constante evolución desde sus primeras manifestaciones en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1950 hasta la promulgación del conjunto de normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización de la Hacienda Pública que incluye la Ley Orgánica de 1994, la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, la Ley General de Control Interno y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Esta evolución tiene como común denominador el fortalecimiento y la sistematización de la potestad sancionatoria por medio de la promulgación de dicho ordenamiento jurídico y gracias a la labor de la Sala Constitucional. Como fiel intérprete de la Carta Fundamental, ha sabido defender la visión de la Constitución de 1949 mediante la jurisprudencia que emite en el momento de resolver los recursos de amparo y las acciones de inconstitucionalidad incoados en el ejercicio de esta potestad.

Se debe reconocer que la intervención del Tribunal Constitucional en el resguardo de los derechos fundamentales de los costarricenses ha sido fundamental para el desarrollo de verdadera doctrina en relación con la potestad sancionatoria hacendaria, tal y como se trató de compilar en el presente estudio.

Mucho es el avance que se ha logrado a la fecha, pero mucho más el que falta por alcanzar en la lucha contra la corrupción y la mala gestión en la administración pública.

Son grandes los retos que se avecinan para la Contraloría General de la República en el ejercicio de esta potestad: la huida del derecho administrativo hacia nuevas figuras de derecho privado, la entrada en competencia de empresas públicas, la complejidad de la organización administrativa costarricense y la reducción de algunos reductos de impunidad que todavía se observan en el entorno nacional. Estos elementos constituyen nuevos desafíos que se deben afrontar, a fin de garantizarle a la sociedad costarricense la dura pero muy honrosa tarea de ser los vigilantes de la Hacienda Pública.

## Referencias

Asamblea Legislativa. 1949. Constitución Política. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Contraloría General de la República. Oficio 11107 (DJ-1782-2009) del 27 de octubre del 2009.

\_\_\_\_\_. Resolución PA-013-2000 de las 10:00 horas del 17 de agosto del 2000.

Ley 8292. Ley General de Control Interno. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Ley 8131. Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Ley 7494. Ley de Contratación Administrativa. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Ley 8422. Ley de Contratación Administrativa. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Ley 7428. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores. 2012. Carta Fundamental de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 16 de las 15:45 horas del 3 de enero de 1995.

\_\_\_\_\_. Resolución 5445-1999 de las 14:30 horas del 14 de julio de 1999.

\_\_\_\_\_. Resolución 15786 de las 9:13 horas del 24 de setiembre del 2010.

\_\_\_\_\_. Resolución 15786-2010 de las 9:15 horas del 24 de setiembre del 2010.

\_\_\_\_\_. Resolución 13140-2003 de las 14:37 horas del 12 de noviembre de 2003.

\_\_\_\_\_. Resolución 08493-2006 de las 14:43 horas del 14 de junio del 2006.

\_\_\_\_. Resolución 3607-94 de las 15:15 horas del 19 de julio de 1994.

\_\_\_\_. Resolución 2199-2004 de las 12:59 horas del 27 de febrero de 2004.

Tribunal Supremo de Elecciones. Resolución de las 11:50 horas del 27 de setiembre de 2011.

\_\_\_\_. Resolución de las 13:35 horas del 5 de octubre de 2011.

# Potestad consultiva de la Contraloría General de la República

## Sumario

Introducción. I. Competencias de la Contraloría General de la República y fundamentos de la potestad consultiva. II. Potestad consultiva y sus características. III. Evolución de la normativa que regula la materia consultiva. IV. Organización administrativa institucional. V. Iniciativa para la automatización del procedimiento consultivo.

Rosita Pérez Matamoros<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho, Master en Derecho Tributario. Fiscalizadora de la Contraloría General de la República.

## Introducción

La atención de consultas en la Contraloría General de la República ha estado presente de forma permanente al ejercer sus competencias de control y fiscalización de la Hacienda Pública.

En esta oportunidad, se ha efectuado un recuento de los fundamentos que inspiran la competencia consultiva de la Contraloría General, así como de sus alcances, mejoras normativas y organizacionales.

A continuación se presenta un breve repaso de las competencias constitucionales y legales del órgano contralor, para dar paso a la potestad consultiva, los principios y los supuestos en los que se ejerce, las iniciativas de normativa que la regulan y la organización administrativa dirigida a la automatización del procedimiento consultivo.

Para ello es fundamental comprender que estamos frente al desarrollo de un procedimiento administrativo que debe cumplir las reglas que el ordenamiento jurídico dispone y orientarse hacia la satisfacción de un servicio de interés público.

El presente artículo encuentra estructurado en cinco secciones: competencias de la Contraloría General de la República y fundamentos de la potestad consultiva, potestad consultiva y sus características, evolución de la normativa que regula su ejercicio, organización administrativa institucional e iniciativa para la automatización del procedimiento consultivo.

Se pretende, aunque de manera inicial, dar un aporte a la comunidad jurídica para el conocimiento de una competencia esencial, como es la consultiva, y con ello potenciar su ejercicio.

### **1. Competencias de la Contraloría General de la República y fundamentos de la potestad consultiva**

Cuando se hace referencia a la función consultiva entre órganos públicos, se evoca la labor de asesoría y dirección en una materia o área determinadas. Es usual encontrar relaciones de asesoría en la función pública, dada la especial competencia que ejercen las distintas entidades u órganos públicos<sup>1</sup>.

En el ámbito de la Administración Pública, el ejercicio de la función consultiva cumple una finalidad preventiva, de orientación y asesoría en el tema de formación de la voluntad administrativa. En el ámbito doctrinario, se ha reconocido el papel que ejercen los órganos consultivos de frente a la administración activa.

---

<sup>1</sup> En España, el Consejo de Estado cumple una función consultiva hacia el Gobierno y las comunidades autónomas. Sobre el régimen de los dictámenes del Consejo del Estado Español, puede consultarse a Gerardo García Álvarez. Función consultiva y procedimiento (régimen de los dictámenes del Consejo del Estado). (Valencia España: Tirant Lo Blanch, 1999).

...Los órganos activos necesitan, en muchas ocasiones, para llegar a una adecuada formación de la voluntad administrativa, el asesoramiento de otros órganos, especialmente capacitados para ello, por su estructura y por la preparación de sus elementos personales. Tales órganos son denominados consultivos y su labor la realizan mediante la emisión de dictámenes o informes, verbalmente o por escrito, de carácter jurídico o técnico.<sup>2</sup>

Los *órganos consultivos* se refieren a aquellos que desarrollan una función consultiva asesorando a los órganos activos, preparando así la acción de estos, facilitándoles elementos de juicio que sirvan de base para la formación de la voluntad del órgano llamado a actuar.<sup>3</sup>

Respecto de la etapa en la que se desarrolla la función consultiva por parte de los órganos consultivos, la Procuraduría General de la República ha señalado:

Asimismo, cabe señalar que la actividad de dichos órganos se desarrolla de manera previa a la decisión de la administración activa, pues si la decisión ya ha sido tomada sería inútil que el órgano consultivo emita su parecer. A la vez, tal actividad no se ejerce de oficio, sino que debe ser promovida por los órganos activos (Nota: Doctrinariamente se señala: "...la administración consultiva no emite su parecer en forma espontánea, vale decir, no actúa de oficio, sino siempre a pedido del órgano de la administración activa." (Diez, Manuel María, Derecho Administrativo, 167), y es de naturaleza interna, de suerte que en la formación del criterio técnico-jurídico no intervienen los interesados en el asunto que pende en el reparto administrativo correspondiente.<sup>4</sup>

La función consultiva como parte integrante del procedimiento administrativo corresponde a una fase previa del dictado del acto final. Los dictámenes que se emiten durante el procedimiento administrativo en el ejercicio de esta función se caracterizan por ser actos preparatorios que vienen a configurar dicho dictado; no tienen efectos jurídicos respecto del administrado, aunque sí integran la voluntad administrativa final.

"En punto a los dictámenes que carecen de efectos jurídicos inmediatos, al no extinguir o modificar una relación jurídica frente a terceros, pueden contener informes u opiniones técnico-jurídicas preparatorias de la decisión administrativa contenida en la manifestación objetiva de voluntad. Se traducen, como se verá infra, en una declaración de juicio que forma parte del procedimiento administrativo en curso para dictar el acto final."<sup>5</sup>

En el caso de los órganos consultivos externos a la Administración, el ejercicio de la función consultiva se caracteriza por ser una actividad orientadora que brinda un órgano o autoridad competente, en virtud de la solicitud de un sujeto consultante. Ordinariamente, se materializa

<sup>2</sup> Entrena Cuesta, Rafael. Curso de derecho administrativo. Tecnos S.A., 1988, 147, en Procuraduría General de la República. Dictamen C-257-2001 del 27 de setiembre del 2001.

<sup>3</sup> Renato Alessi. Instituciones de derecho administrativo. Tomo I. (Barcelona: Bosch, 1999), 128.

<sup>4</sup> Procuraduría General de la República, Dictamen C-231-99 de 19 de noviembre de 1999.

<sup>5</sup> Ernesto Jinesta Lobo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. (2009), 427.

mediante dictámenes, cuyos efectos jurídicos varían según lo dispone el ordenamiento jurídico<sup>6</sup> y, además, comparten la característica de dar fundamento a la formación de la voluntad administrativa en la materia de su competencia. En nuestro sistema institucional, tanto la Contraloría General de la República como la Procuraduría General de la República emiten criterios consultivos con efectos vinculantes por expresa disposición de sus leyes orgánicas.

Por lo tanto, la función consultiva que ejercen los órganos consultivos especializados adquiere una naturaleza jurídica particular que la constituye en una actividad preventiva y asesora sobre los temas propios de sus competencias, a partir de la solicitud que dirija un sujeto interesado.

La Contraloría General de la República es uno de estos casos, cuando de Hacienda Pública se trata, por ser este su ámbito competencial. Específicamente, el numeral 29 de su Ley Orgánica 7428 del 7 de setiembre de 1994, establece una potestad consultiva especializada en materia de Hacienda Pública, como manifestación del control constitucional sobre el uso de los fondos públicos.

Ahora bien, antes de hacer referencia a los alcances de la potestad consultiva del órgano contralor, es preciso repasar brevemente su quehacer y el objeto de sus competencias<sup>7</sup>.

La Hacienda Pública es indiscutiblemente un pilar económico del Estado para el desenvolvimiento de la actividad pública en función de los intereses nacionales, por lo que en el marco de nuestro estado social y democrático de derecho encuentra respaldo constitucional y legal.

Al efecto, la Constitución Política de 1949, en el título XIII sobre la Hacienda Pública Costarricense, presenta en sus regulaciones que la Contraloría General de la República es el órgano encargado de llevar a cabo la función de control de la Hacienda Pública y con ello se convierte en parte integrante del modelo institucional costarricense. En consecuencia, cuenta con una clara definición competencial en el ámbito constitucional.

En el numeral 183, se señala que la Contraloría General de la República es auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública y tiene para ello independencia funcional y administrativa para el desempeño de sus labores.

Por su parte, el numeral 184 constitucional establece funciones en materia presupuestaria, de refrendo de contratos, de asesoría a la Asamblea Legislativa, de fiscalización en general, así como todas aquellas que el legislador ordinario asigne. Reza dicho numeral:

---

<sup>6</sup> María José Trillo-Figueroa Molinuevo. La función consultiva hoy: su sentido y alcance Documento visible en <http://www.asambleamadrid.es/Resources/Ficheros/C7/Revista%20Asamblea/Revista%20Asamblea/R.18.%20Maria%20Jose%20Trillo%20Figueroa.pdf>

<sup>7</sup> Contraloría General de la República. Informe de Monitoreo del Entorno Institucional. Tomo II (2002). Breve análisis integral del marco normativo básico que determina el ejercicio de la función de control y fiscalización de la Hacienda Pública.

ARTÍCULO 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría:

- Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;
- No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría, ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;
- Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;
  - Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que este considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos;
  - Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;
  - Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen”.

Tal y como se reconoce en las normas señaladas, se trata de una función de control externo sobre el uso de los fondos públicos.

Luego de analizar el marco de competencias del órgano contralor, la Sala Constitucional ha reafirma el espíritu del constituyente. En ese sentido, en la sentencia número 2004-2199 del 27 de febrero del 2004 señala:

A tenor del ordinal 183 de la norma fundamental le compete a la Contraloría General de la República auxiliar a la Asamblea Legislativa “(...) en la vigilancia de la Hacienda Pública (...) con “(...) absoluta independencia y administración en el desempeño de sus labores”. La vigilancia de la Hacienda Pública es un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción corre por cuenta del propio constituyente –al definir, especificar y hacer un elenco no exhaustivo de sus competencias, tal y como ocurre en el ordinal 184 constitucional–, del legislador –dado que según se desprende del inciso 5 del artículo 184, sus competencias no son *numerus clausus*– y la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional a través de su tarea hermenéutica del Derecho de la Constitución. El concepto de vigilancia evoca, ineluctablemente, los de fiscalización, supervisión y control de todos los extremos y aspectos que comprenden la Hacienda Pública. No cabe la menor duda de que el constituyente originario erigió a la Contraloría General de la República en un órgano rector de fiscalización superior de todos los aspectos que atañen a la Hacienda Pública. Esa es su competencia genérica y originaria, de modo tal que cualquier desarrollo legislativo debe conformarse con esta para fortalecerla y extenderla en proporción con los fines propuestos y supuestos por el constituyente originario. Cualquier norma, disposición o interpretación que redunde en un

cercenamiento, limitación o desnaturalización de la competencia constitucional básica y fundamental de la Contraloría General de la República –“vigilancia de la Hacienda Pública”–, resulta per se inconstitucional.

Así también, según lo contempla el inciso 5) del artículo 184 constitucional, el legislador ordinario ejerce un papel preponderante en la delimitación de la esfera de competencias del órgano contralor, teniendo como límite el rol de control de la Hacienda Pública establecido en la Constitución<sup>8</sup>.

En el orden legal, se evoca primordialmente la Ley Orgánica de la Contraloría General n.º 7428, así como un elenco de leyes que configuran principalmente el ordenamiento de control y fiscalización superiores<sup>9</sup>. Particularmente, los artículos 4, 5, 6, 8 y 9 de la Ley Orgánica precisan el contenido de las competencias del órgano contralor en el orden subjetivo y objetivo<sup>10</sup>. De este modo, la Contraloría General ejerce sus funciones sobre los entes y órganos que integran la Hacienda Pública –sujetos pasivos de su control y fiscalización– en los casos de beneficios patrimoniales concedidos con fondos públicos. También ejerce el control sobre la Hacienda Pública, constituida por los fondos públicos, específicamente sobre el resto de las potestades de fiscalización para administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y determinar las normas jurídicas, administrativas y financieras relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Ahora bien, entre las potestades legales que ostenta la Contraloría General para el cumplimiento de sus fines, los artículos 17 y siguientes de su Ley Orgánica contemplan el control de eficiencia, la fiscalización presupuestaria, la aprobación de actos y contratos, realización de auditorías e investigaciones, la potestad reglamentaria, la dirección en materia de fiscalización, el control de ingresos y exoneraciones, la potestad sobre auditorías internas, la declaratoria de nulidad, **la potestad consultiva**, la asesoría a órganos parlamentarios, el control de ingresos, la contratación administrativa, la solución de conflictos financieros, la coadyuvancia, entre otras.

Por tales razones, se observe claramente que las potestades y atribuciones que ostenta la Contraloría General de la República, para el idóneo control de la Hacienda Pública, deben expresar el mandato constitucional de vigilar el uso efectivo de los fondos públicos.

<sup>8</sup> Al respecto en voto 5119-95 de las 20:39 horas del 13 de setiembre de 1995, la Sala Constitucional consideró lo siguiente: “V.- (...) Esa disposición –inciso 5 del artículo 184 de la Constitución– no puede interpretarse como una autorización dada al legislador para que agregue atribuciones que distraigan a la Contraloría de su función propia establecida en la Constitución, o la obstaculice con la asignación de otras extrañas por completo a su especialidad orgánica. El legislador no puede legítimamente desfigurar o distorsionar el diseño constitucional del órgano al punto de que este no se reconozca, suprimiéndole competencias constitucionales, asignándole otras propias de otros órganos o confiriéndole competencias que aunque no sean propias de otros órganos, transformen el diseño básico del órgano establecido en la Constitución. Lo que el legislador sí podría hacer es añadirle otras funciones compatibles o conexas con las que constitucionalmente le corresponden”.

<sup>9</sup> Con respecto a la esfera competencial de la Contraloría, adquieren particular relevancia la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos n.º 8131, la Ley General de Control Interno n.º 8292, la Ley contra la C y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública n.º 8422, el Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley 8508, entre las principales.

<sup>10</sup> Especial tratamiento por parte de la Sala Constitucional al interpretar las normas constitucionales y legales que atribuyen competencias a la Contraloría General de la República. Para ello puede consultarse el voto 2004-2199 de 27 de febrero de 2004 de la Sala Constitucional.

## 2. Potestad consultiva de la Contraloría General de la República. Sus características

El ejercicio de la competencia consultiva en el caso de las entidades de fiscalización superior, vigilantes del uso de los fondos públicos, adquiere mayor relevancia al impulsar un posicionamiento de la materia financiero-económica del Estado.

En el ejercicio de la función constitucional de control costarricense, una de las obligaciones que asume el órgano contralor es la atención de las consultas que dirijan en materia de sus competencias, los órganos parlamentarios, los diputados de la República, los sujetos pasivos de la fiscalización y los sujetos privados no contemplados en el inciso b) del artículo 4 de la Ley Orgánica, n.º 7428. Dicha potestad se encuentra reconocida de forma particular para la Contraloría General, en el artículo 29 de su Ley Orgánica, la cual se integra con los artículos 1, 10 y 11 del mismo cuerpo normativo que refieren a la designación de la Contraloría General como rector del sistema de fiscalización y a la finalidad del sistema de control y fiscalización superiores de la Hacienda Pública. Señalan dichos artículos:

ARTÍCULO 1.- NATURALEZA JURÍDICA Y ATRIBUCIÓN GENERAL. La Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley.

ARTÍCULO 10.- ORDENAMIENTO DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN SUPERIORES. El ordenamiento de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública comprende el conjunto de normas, que regulan la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para esta.

Este ordenamiento comprende también las normas que regulan la fiscalización sobre entes y órganos extranjeros y fondos y actividades privados, a los que se refiere esta Ley, como su norma fundamental, dentro del marco constitucional.

ARTÍCULO 11.- FINALIDAD DEL ORDENAMIENTO DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN SUPERIORES. Los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley.

ARTÍCULO 29.- POTESTAD CONSULTIVA. La Contraloría General de la República evacuará las consultas que le dirijan los órganos parlamentarios o cuando lo soliciten al menos cinco diputados, que actúen conjuntamente, y los sujetos pasivos.

Asimismo, podrá evacuar las consultas que le dirijan los sujetos privados no contemplados en el inciso b), del artículo 4. Tales consultas deberán ajustarse a las normas que, reglamentariamente, se establezcan para prever el buen uso de esta facultad.

Los dictámenes de la Contraloría General de la República, serán vinculantes e impugnables como tales, como si fueran actos administrativos definitivos, cuando en el ámbito de su competencia sean respuesta a los sujetos pasivos. La Contraloría comunicará sus actos y dictámenes a los sujetos pasivos y estos harán lo mismo con los administrados o terceros afectados por aquellos.

Los sujetos pasivos deberán comunicar los actos y dictámenes de la Contraloría, a los administrados interesados en ellos, dentro del octavo día posterior al recibo de la comunicación respectiva, por parte del órgano contralor, so pena de que el funcionario responsable de la omisión se haga acreedor a la sanción por desobediencia prevista en el Capítulo V de esta Ley.

La Contraloría General de la República excepcionalmente podrá comunicar a los interesados, de forma directa, categorías determinadas de actos, de conformidad con el reglamento respectivo.

De acuerdo con lo anterior, la función consultiva lleva a cabo una labor de análisis e interpretación del ordenamiento jurídico de control y fiscalización, con la finalidad de garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos. Esto se reafirma al señalar la función constitucional de control, cuya finalidad es vigilar el apego de la gestión administrativa al ordenamiento jurídico en materia de fondos públicos. En ese sentido, la competencia consultiva de la Hacienda Pública se orienta a dar cumplimiento al sistema de control y fiscalización de fondos públicos, así como a apoyar la toma de decisiones en la gestión de dichos fondos.

Como pilares de esta función de la Contraloría General, es imprescindible mencionar, aunque sea de manera general, los principios de nivel constitucional que permean esta actividad. A saber, legalidad, transparencia, eficacia y eficiencia de la gestión pública, rendición de cuentas y evaluación de resultados (artículo 11), seguridad jurídica (ya que dota de mayor certeza la aplicación del ordenamiento de control y fiscalización superiores). Asimismo, resultan inspiradores los principios de probidad del funcionario público (artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, n.º 8422), como los de informalismo, oralidad, oficiosidad.

### **Principales características de la potestad consultiva**

El artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República señala las condiciones subjetivas y objetivas de la potestad consultiva. En el primer caso, según se ha indicado, la Contraloría General ejerce sus competencias consultivas a instancia de:

- a. Órganos parlamentarios y diputados que requieren de la función auxiliar del órgano de control de la Hacienda Pública.
- b. Sujetos pasivos de su fiscalización: entre los que se destacan la administración pública –central y descentralizada– empresas públicas y sujetos privados que administran o custodian fondos públicos, auditorías internas.
- c. Sujetos privados no contemplados en el artículo 4, inciso b, de la ley Orgánica: entendidos aquellos que aunque no fungen como administradores o custodios

de fondos públicos a criterio de la Contraloría General tienen un vínculo directo y relevante con la Hacienda Pública.

Lo anterior determina la legitimación para tener acceso por vía consultiva a la Contraloría General, cuando se requiera de la definición de una posición jurídica en materia de Hacienda Pública. De ahí que dicha competencia consultiva tenga alcances distintos a un simple requerimiento de información.

Otra característica de función consultiva de la Contraloría General es la emisión de dictámenes, a saber, actos administrativos definitivos, cuyo efecto es vinculante, tal y como lo dispone el párrafo segundo, del numeral 29 supracitado: "Los dictámenes de la Contraloría General de la República serán vinculantes e impugnables como tales, como si fueran actos administrativos definitivos, cuando en el ámbito de su competencia sean respuesta a los sujetos pasivos."

En este sentido, la posición jurídica definida en un dictamen consultivo resulta de obligado acatamiento para el sujeto pasivo consultante, por lo que deberá incorporarla en las consideraciones de su decisión o del dictado de un acto administrativo determinado. Pese a que los gestionantes tienen la facultad de acudir a la Contraloría General de la República para obtener dichos criterios, cuando estos se emiten con carácter vinculante quedan sujetos a lo que en ellos se disponga.

Por ello, en virtud del efecto que contienen los dictámenes consultivos analizados, la ley obliga tanto a la Contraloría General como a los sujetos pasivos a comunicar dichos actos y dictámenes, en los siguientes: "La Contraloría comunicará sus actos y dictámenes a los sujetos pasivos y estos harán lo mismo con los administrados o terceros afectados por aquellos" (artículo 2, párrafo 4).

Ahora bien, en la misma línea expuesta, se exceptúa del efecto vinculante aquellos dictámenes del órgano contralor que responden a solicitudes de órganos parlamentarios o diputados de la República, dada su condición de auxiliar de la Asamblea Legislativa.

Con respecto a los temas sometidos a conocimiento y valoración de la Contraloría General, se han venido identificando grandes áreas, cuyos contenidos especifican la competencia consultiva; entre estas, se citan temas relacionados con administración financiera, bienes públicos, fondos públicos, hacienda pública, contratación administrativa, control interno, corrupción y enriquecimiento ilícito, régimen de incompatibilidades y prohibición, hacienda municipal, presupuestos públicos, principios de hacienda pública, régimen de responsabilidad de la Hacienda Pública, salarios e incentivos, tributos, precios públicos, entre otros.

Al ser tan amplio el concepto de Hacienda Pública y la gama de intereses que giran en torno a este, es preciso analizar en cada caso la competencia de la Contraloría. Así como hay situaciones que no admiten discusión, dada la relación directa con materia de fondos públicos, existen otras esferas en las que debe valorarse si se tiene o no competencia. Un ejemplo en el que se admitiría para análisis en sede consultiva es el siguiente: el régimen jurídico de dietas de miembros del Concejo municipal. Por el contrario, un ejemplo en el que la consulta no es atendible por la Contraloría General sería: revisar y validar el cálculo de las dietas de un miembro del Concejo Municipal.

Puede afirmarse entonces que la valoración de competencia en el nivel consultivo ha de atender el ámbito funcional de la Contraloría General, sin que se invadan competencias propias de la Administración o de otros órganos públicos consultivos. En este último caso, en ocasiones se requerirá coordinar el alcance de la participación de las diferentes instancias consultivas.

En torno a la delimitación de la competencia consultiva de Contraloría General, se acota a manera de ejemplo el análisis que realiza la Procuraduría General de la República durante el examen de admisibilidad de su función consultiva. En términos generales, se estima que en todos aquellos temas en los que se solicite la posición jurídica en materia de presupuesto, contratación o uso de fondos públicos, corresponde al órgano contralor según lo indicado por las disposiciones constitucionales y su ley orgánica.<sup>11</sup>

Finalmente, otra característica que distingue la potestad consultiva es la facultad de su reglamentación con apego a las facultades y atribuciones que detenta el órgano contralor para organizar el ejercicio de sus competencias. Según se verá con más detalle, la norma de mérito se ha apoyado con regulaciones de orden administrativo general que han venido a ordenar el ejercicio de la competencia consultiva.

### **3. Evolución de la normativa que regula la competencia consultiva**

Tal y como se mencionó, la Contraloría General tiene entre sus atribuciones la posibilidad de regular el ejercicio de sus competencias. La sede consultiva no ha sido una excepción, pues a lo largo de su existencia ha procurado establecer las reglas para la atención de consultas como parte de su ejercicio. A continuación se mencionan las dos últimas regulaciones, ya que se ubican en el período de los últimos trece años de experiencia en la tramitación de procedimientos consultivos: la circular sobre la atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, CO-529 de 26 de mayo de 2000, y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, R-DC-197-2011 de las ocho horas del 13 de diciembre del 2011.

Dichos instrumentos comparten la finalidad de ordenar la atención y tramitación de las consultas que ingresen a la Contraloría General en el tanto se refieran a su potestad consultiva. La circular CO-529 retoma un aspecto esencial de la competencia consultiva en cuanto a la admisibilidad de las consultas y refuerza lo indicado en la disposición legal de origen, artículo 29 citado. Por su parte, el Reglamento DC-197-2011, de reciente vigencia, evoluciona hacia un concepto más preciso de procedimiento administrativo consultivo en el que trasciende la enunciación de requisitos de atención y admisibilidad. Desde entonces, se perfilan los requisitos para admitir consultas.

Vista la evolución en el tratamiento de dicha competencia, en la actualidad el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, R-DC-197-2011 de las ocho horas de 13 de diciembre de 2011 regula con mayor detalle el

---

<sup>11</sup> Procuraduría General de la República. Entre muchos, consúltense los dictámenes C-339-2005 del 30 de setiembre del 2005 y C-053-2013 de 1° de abril del 2013.

régimen jurídico de la potestad consultiva, así como las distintas etapas del procedimiento consultivo, a saber: presentación y requisitos de admisibilidad de las consultas, análisis de la consulta, emisión de dictamen consultivo y comunicación del acto final.

Entre los aspectos relevantes reconocidos en la normativa de comentario se destaca la integración en el procedimiento administrativo de los sujetos que puedan tener un interés en el objeto consultado, figura que trae consigo la posibilidad de incorporar al análisis consultivo la posición jurídico-técnica de quienes se encuentren relacionados por razón de su competencia o la esfera jurídica de un sujeto privado legitimado para consultar.

En este sentido el artículo 12 del reglamento de consultas permite integrar como partes del procedimiento consultivo a los órganos o entes cuyo ámbito de competencia esté relacionado con la consulta, así como a sujetos privados cuya esfera jurídica se relacione con el objeto consultado y los efectos que se deriven del dictamen. Dicha figura atiende el interés de emitir un dictamen completo e informado por parte de la Contraloría General a través de la incorporación de otros sujetos interesados en el procedimiento consultivo.

La condición de parte en el procedimiento administrativo se adquiere desde el momento en que, contestada la audiencia, el sujeto público o privado se apersona y presenta su posición jurídico-técnica respecto del objeto consultado, la cual deberá ser analizada por el órgano contralor para la emisión del dictamen.

Un aspecto que cobra importancia es la distinción entre la solicitud de información al consultante u otras instancias públicas y privadas para hacer llegar insumos que complementen el análisis del tema y la audiencia que se otorga a sujetos públicos y privados para integrar el procedimiento administrativo. En el primer caso, se trata de una colaboración con la Contraloría General requerida por esta para informar el asunto sometido a su conocimiento. En el segundo supuesto, se trata de la invitación para participar en el procedimiento consultivo como parte interesada.

Entre otras novedades que incorpora el reglamento, se mencionan la posibilidad de requerir información del consultante u otras instancias públicas, el informalismo y oficiosidad durante la tramitación de la consulta, la posibilidad de incorporar la oralidad y la notificación de los actos dictados.

En cuanto al ámbito de la competencia consultiva y los efectos jurídicos de los dictámenes, el artículo 5 de dicho reglamento reconoce lo dispuesto en las disposiciones de la Ley Orgánica al señalar que "los dictámenes que se emitan con efectos vinculantes deberán tener relación con los componentes de la Hacienda Pública y en general con el ordenamiento de control y fiscalización de la Hacienda Pública."

Por su parte, el artículo 7 del mismo reglamento establece que los efectos vinculantes de los dictámenes consultivos se dirigen tanto a los sujetos consultantes como a quienes sean integrados al procedimiento consultivo, excepto los órganos parlamentarios y a los diputados de la República. Con ello se aclara en mayor medida la integración del procedimiento y los efectos jurídicos según el sujeto del que se trate.

Dichas normas reglamentarias vienen a complementar la disposición normativa que consagra el artículo 29 de la Ley Orgánica 7428, la cual establece de forma expresa los efectos vinculantes de los dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República en el ejercicio de su potestad consultiva. Dichos efectos son vinculantes para los sujetos pasivos consultantes, no así para los órganos legislativos ni para la Administración en general, dado que el dictamen atiende el objeto solicitado por un sujeto particular, quien rindió su posición jurídica y cumplió los requisitos formales establecidos para consultar.

Por otra parte, se refuerza el ámbito de la potestad consultiva de la Contraloría General al seguir el criterio de la materia relacionada con la competencia prevalente del órgano contralor. En este aspecto, es el control superior de la Hacienda Pública y lo atinente al tema del uso, naturaleza y alcances de fondos públicos lo que determina la participación de la Contraloría General como órgano consultivo especializado.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad de las consultas propias de la potestad consultiva, se establecen supuestos de fondo como la competencia de la Contraloría General, la interposición de la consulta por el jerarca u órgano superior de la administración pública, la no atención de situaciones particulares propias del ámbito de la gestión administrativa, la legitimación de sujetos privados vinculados con Hacienda Pública, los cuales determinan el ejercicio de la competencia consultiva.

Por otro lado, los supuestos de forma, como el criterio jurídico, la fundamentación del objeto consultado por el auditor interno, la firma de la consulta, la claridad del objeto de la consulta, entre otros, ordenan la presentación y calidad de las gestiones consultivas. En este último caso, procede la prevención para subsanar alguna omisión o defecto en los requisitos aludidos; de lo contrario, se archivaría la gestión.

Importante mencionar que la incorporación del criterio jurídico o técnico no se exige para auditores internos y órganos legislativos por ser estos órganos de control interno y de control político, respectivamente, y por ostentar una posición distinta a la administración activa.

Finalmente, es preciso comentar luego de más de un año desde la entrada en vigencia del Reglamento de consultas, se ha organizado de mejor manera el ejercicio de la potestad consultiva y se ha brindado una adecuada orientación a los sujetos consultantes sobre la forma como se accede al órgano contralor en sede consultiva.

#### **4. Organización administrativa de la función consultiva contralora**

Acorde con lo que se viene analizando, es necesario mencionar la organización administrativa institucional que atiende la función consultiva. Una característica de la competencia presentada en este artículo es la especialización por temas consultivos de acuerdo con el ámbito competencial de las unidades administrativas del órgano contralor. Así las consultas son atendidas por la División Jurídica, la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa y la División de Contratación Administrativa, cada una en su ámbito de actuación. Todas están a cargo de los procesos de fiscalización de la Hacienda Pública.

De acuerdo con dicha organización, se han instaurado mecanismos de coordinación y control internos mediante los cuales se analizan de manera conjunta los temas sometidos a análisis en esta sede. Uno de estos mecanismos es el comité de consultas institucional, el cual se integra con representación de todas las áreas que llevan a cabo la fiscalización en sus diferentes manifestaciones. Además de analizar preliminarmente aspectos de admisibilidad, dicho comité valora impacto, información de interés institucional, así como la definición de mecanismos de coordinación internos. Otros recursos que se utilizan son las sesiones conjuntas de trabajo con funcionarios de distintas áreas internas, el intercambio de información de interés para los asuntos consultivos, discusión de temas en foros de reflexión, entre otros. Como regla general, en estos espacios de discusión de casos consultivos, se procura brindar un servicio público de calidad y de forma oportuna.

Por su parte, la incorporación a nivel reglamentario de un plazo de atención de las consultas ha venido a formar parte de las acciones para contribuir con la eficiencia y oportunidad del procedimiento administrativo de cara a atender la necesidad de asesoría en materia de Hacienda Pública de los sujetos pasivos de la fiscalización y sujetos privados vinculados con la Hacienda Pública. En esta línea corresponde señalar que la definición de una condición temporal en la atención de las gestiones consultivas se realiza en el ejercicio de las atribuciones de organización por parte del órgano contralor de su potestad consultiva. Con respecto a esto, el artículo 14 del Reglamento para la atención y trámite de las consultas dirigidas a la Contraloría General de la República establece un plazo de 30 días hábiles para la atención de las solicitudes consultivas a partir de su ingreso a la institución, tomando en consideración que se encuentren cumplidos todos los requisitos establecidos para el análisis del objeto consultado.

Se puede afirmar, sin lugar a dudas, que la experiencia adquirida en los últimos años ha permitido a la Contraloría General desenvolverse en el ámbito consultivo de manera consistente, con miras a orientar a la administración pública, a las auditorías internas, a la Asamblea Legislativa y a los sujetos privados vinculados con fondos públicos en temas de Hacienda Pública. Se cumple así una finalidad preventiva en la gestión de fondos públicos en general, ya que la función consultiva permite apoyar en primer orden la toma de decisiones en gestión de fondos públicos, así como la labor de fiscalización de la Contraloría General en sus distintas manifestaciones. Los sujetos a quienes se dirigen los dictámenes consultivos tienen a su disposición el criterio vinculante del órgano superior, salvo excepciones, en las diferentes temáticas de Hacienda Pública para apoyar la gestión de fondos públicos.

Desde una perspectiva interna, es claro que la función consultiva debe proyectarse integralmente respecto de todas las potestades de fiscalización, de manera que los diferentes procedimientos utilizados cuenten con el fundamento jurídico-técnico necesario para apoyar sus actuaciones. Entre los beneficios de esta visión del procedimiento consultivo, se encuentran el adquirir una mayor legitimidad jurídica y coherencia en los criterios elaborados, así como la ventaja de analizar más reposadamente los diferentes temas sometidos a su valoración. Dicho lo anterior, la competencia consultiva se consolida como una expresión de la función de control constitucional integrada con el resto de las potestades de fiscalización de la Hacienda Pública.

En definitiva, se realiza el interés público que atiende la actividad consultiva de la Contraloría General, para cuyo ejercicio se informa de principios como el de legalidad, eficiencia, eficacia, informalismo, oralidad, oficiosidad y transparencia. Desde la visión de la Contraloría General, se potencia el valor del procedimiento administrativo consultivo, así como los esfuerzos que dinamizan su tramitación y accesibilidad.

## **5. Iniciativa de la Contraloría General hacia la automatización del procedimiento consultivo**

De acuerdo con señalado en apartados anteriores, el procedimiento consultivo incluye también la idea de un servicio público que debe darse con los más altos estándares de calidad y desarrollo, máxime que los cambios sociales, económicos y tecnológicos imponen nuevos estándares de servicio.

Actualmente, la Contraloría General se encuentra en un proceso de automatización del procedimiento consultivo con miras a la implementación del expediente electrónico. Como todo reto de modernidad, requiere un proceso gradual que utilice la tecnología como aliado, se apoye en los recursos disponibles, se proyecte con visión de eficiencia y, en gran medida, tome en cuenta las condiciones del usuario.

Dicha iniciativa se enmarca en las políticas de gobierno digital que promueven la creación de expedientes electrónicos, el uso de la firma digital y la sistematización de los procesos. Estas políticas han impulsado a otras instituciones del sector público a realizar esfuerzos para movilizarse hacia la automatización de los servicios y procesos. Este es el caso del Poder Judicial, que ya utiliza el sistema del expediente judicial en línea. Lo anterior supone grandes ventajas para el usuario, especialmente en temas como la accesibilidad, la inmediatez y el control y acceso a la información.

En el contexto institucional, dicha iniciativa responde al Plan Estratégico Institucional y al compromiso de apegarse a principios de eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, entre otros, así como a la política ambiental de reducción de papel. Ya se trabaja en automatizar el proceso de recepción, tramitación y consulta de los expedientes consultivos, de modo que se abandone gradualmente la impresión o el manejo de documentos físicos, se le facilite al usuario el acceso a la sede consultiva para evitar esfuerzos en el desplazamiento a las instalaciones de la Contraloría, se dinamice la atención de las consultas, y se contribuya a la eficiencia y transparencia del procedimiento consultivo. Asimismo, el uso de la firma digital ha empezado a integrarse a los esfuerzos por emitir documentos electrónicos y para las respectivas notificaciones.

Así pues, en la medida en que el proceso de automatización avanza, se suman logros al compromiso de la Contraloría General de ejercer sus competencias de manera eficiente y efectiva.

## Conclusiones

De las reflexiones presentadas en este artículo, en la función consultiva se destacan la labor de asesoría y de dirección en una materia o área determinadas.

En el ámbito de la Administración Pública, el ejercicio de la función consultiva cumple una finalidad preventiva, de orientación y asesoría para la formación de la voluntad administrativa.

En el caso de los órganos consultivos especializados, el ejercicio de la función consultiva se caracteriza por ser una actividad orientadora que brinda un órgano o autoridad de su competencia, en virtud de la solicitud de un sujeto consultante. La función consultiva que ejercen dichos órganos consultivos adquiere una naturaleza jurídica particular según la cual se constituye en una actividad preventiva y asesora sobre los temas en los que resulte competente.

La Contraloría General de la República, de acuerdo con el artículo 29 de su Ley Orgánica n°. 7428, ejerce potestad consultiva en el ámbito del control superior de la Hacienda Pública de acuerdo con su esquema competencial y como una manifestación del control constitucional sobre el uso de los fondos públicos.

El Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, R-DC-197-2011 de las ocho horas del 13 de diciembre de 2011, regula con mayor detalle el régimen jurídico de la potestad consultiva, así como las distintas etapas del procedimiento consultivo a saber: presentación y requisitos de admisibilidad de las consultas, análisis de la consulta, emisión de dictamen consultivo y comunicación del acto final.

Se consolidan los requisitos de admisibilidad de las consultas propias de la potestad consultiva como la competencia de la Contraloría General, la interposición de la consulta por el jerarca u órgano superior de la administración pública, la no atención de situaciones particulares propias del ámbito de la gestión administrativa, la legitimación de sujetos privados vinculados con Hacienda Pública, los cuales determinan el ejercicio de la competencia consultiva. Por otro lado, los supuestos de forma, como el criterio jurídico, la fundamentación del objeto consultado por el auditor interno, la firma de la consulta, la claridad del objeto de la consulta, entre otros, ordenan la presentación y calidad de las gestiones consultivas.

A partir de la reglamentación de la potestad consultiva de la Contraloría General de la República, se destaca la evolución hacia un concepto más preciso de procedimiento administrativo consultivo en el que trasciende la enunciación de requisitos de atención y admisibilidad.

La institución como órgano especializado en el campo de la Hacienda Pública desarrolla diversos esfuerzos por atender los requerimientos consultivos, entre los que se destacan cambios normativos adoptados, así como la iniciativa para automatizar la tramitación y consulta de los procedimientos administrativos consultivos. Esto ha permitido mayor eficiencia y efectividad en la función consultiva que realiza la Contraloría General de la República.

Ante todo, es preciso tener claro que la competencia consultiva debe consolidarse como una expresión de la función de control constitucional integrada con el resto de las potestades de fiscalización de la Hacienda Pública. Este es el reto que enfrenta diariamente el órgano contralor en el ejercicio de sus competencias.

## Referencias

Alessi, Renato. 1970. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Barcelona: Bosch.

Contraloría General de la República. 2002. Informe de Monitoreo del Entorno Institucional Tomo II. Breve análisis integral del marco normativo básico que determina el ejercicio de la función de control y fiscalización de la Hacienda Pública. Inédito.

García Álvarez, Gerardo. 1997. Función consultiva y procedimiento (régimen de los dictámenes del Consejo del Estado). España: Tirant Lo Blanch.

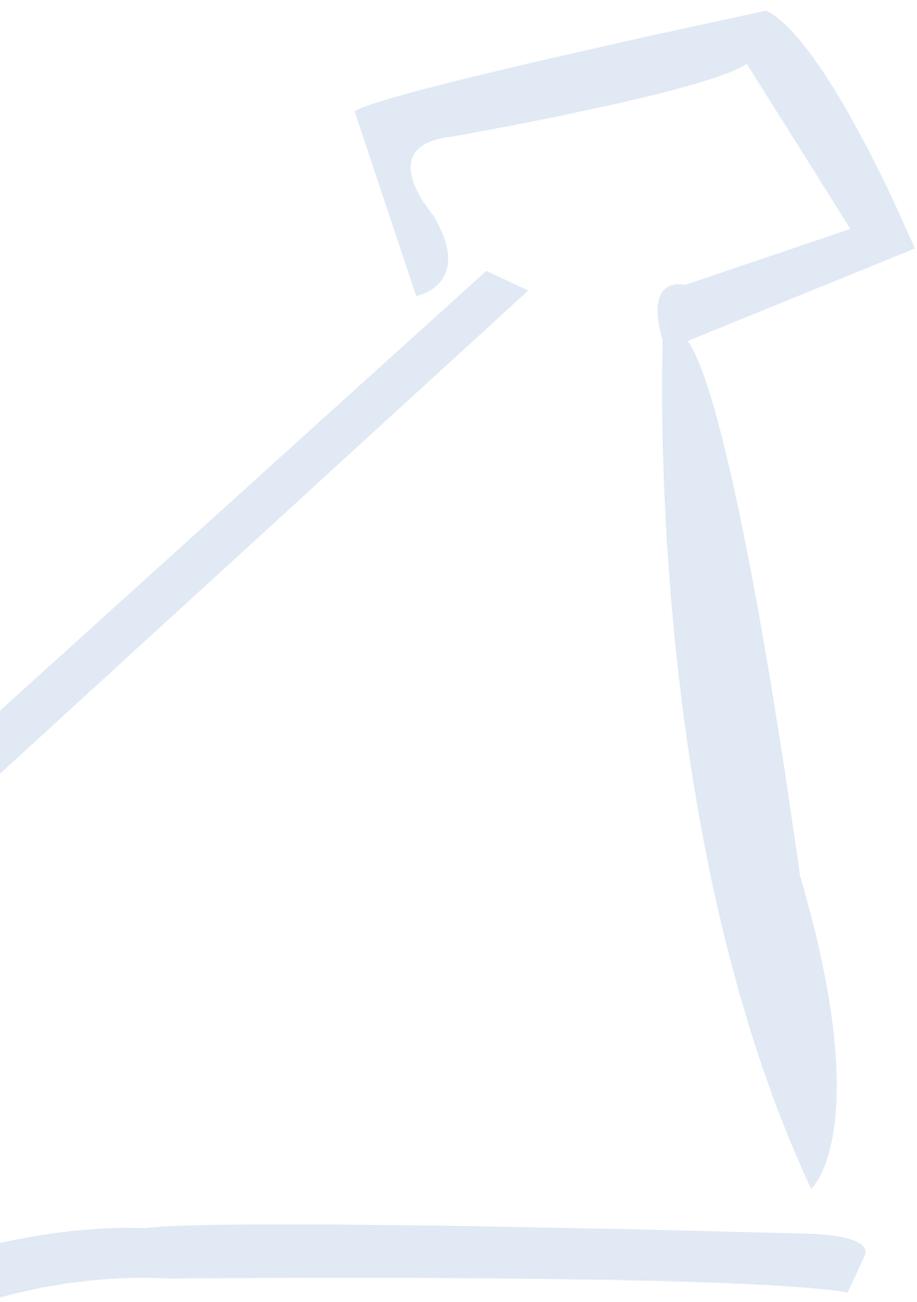
Jinesta Lobo, Ernesto. 2009. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. 2 ed.

Procuraduría General de la República. Dictamen C-231-99 de 19 de noviembre de 1999.

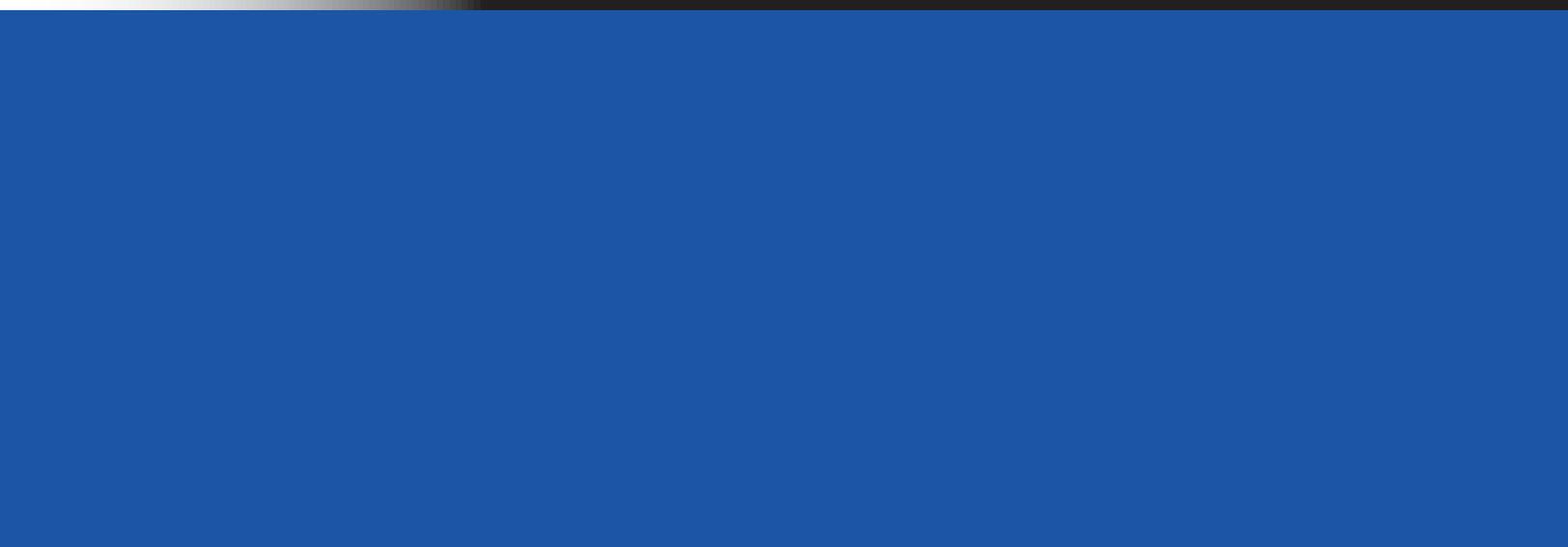
\_\_\_\_\_. Dictamen C-257-2001 del 27 de setiembre del 2001.

Trillo-Figueroa Molinuevo, María José. (s.f.). La función consultiva hoy: su sentido y alcance, <http://www.asambleamadrid.es/Resources/Ficheros/C7/Revista%20Asamblea/Revista%20Asamblea/R.18.%20Maria%20Jose%20Trillo%20Figueroa.pdf>





# **Crónicas**



## Los límites de la autonomía universitaria frente al régimen de control y fiscalización de la Hacienda Pública<sup>1</sup>

Como consecuencia del nombramiento del auditor interno por parte de la Universidad Estatal a Distancia –UNED–, por un plazo de 6 años, según lo que regulaba su estatuto interno, y contrario a lo que establecen la Ley General de Control Interno y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en cuanto regulan que el auditor interno se nombrará por un periodo indefinido, el órgano contralor interpuso un proceso de conocimiento en la sede contencioso administrativa, con el objeto de que se declararan las potestades de fiscalización de la Contraloría General de la República (CGR) sobre la UNED y se declararan contrarias al ordenamiento jurídico, con su consecuente anulación, las normas del Estatuto Orgánico de la UNED, que permitían el nombramiento del auditor interno por un plazo definido.

Mediante **resolución No. 858-F-51-2013 de las 9:15 horas del 11 de julio de 2013**, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia rechaza recurso de casación interpuesto por la UNED, confirmando la **resolución No. 265-2011-VI** de las 16:29 horas del 2 de diciembre de 2011, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección VI, la cual ratifica las potestades que en materia de Hacienda Pública ostenta la CGR con respecto a la UNED, así como también anula las normas y acuerdos de la UNED que permitían el nombramiento del auditor interno por un plazo de 6 años, por resultar contrario al ordenamiento de control y fiscalización.

Dentro de la resolución emitida por la Sala Primera, entre otros aspectos, se reitera que las universidades pese a su descentralización, forman parte de la estructura del Estado, no están exentas de las normas relativas a las materias de contratación administrativa, presupuestaria y control interno, entre otras.

A este respecto, la Sala Primera indica lo siguiente: *“De lo expuesto no es posible estimar que los centros de educación superior gozan de una autonomía absoluta. Como lo refiere la Sala Constitucional, su función se dirige a contribuir con el desarrollo nacional mediante el cultivo de la Investigación Científica, las artes y las letras. También, en la generación de críticas objetivas de la realidad (nacional e internacional) social, cultural, política y económica, así como en la formulación propuestas de soluciones. En consecuencia, para tales objetivos son constituidas y en estos extremos gozan de autonomía, de forma que como lo moldeó el constituyente en la Carta Magna, en dichas materias es que deben escapar a todo tipo de imposiciones que hagan nugatorio el cumplimiento de su principal quehacer. De ahí, pese a que las universidades poseen autonomía en los campos administrativo, político, organizativo y financiero, lo cierto es que, no por ello se encuentran exentas de las normas relativas a las materias de contratación administrativa, presupuestaria y control Interno, entre otras. Recuérdese, las universidades forman parte de la Administración Pública (entes descentralizados) por lo que deben someterse al ordenamiento jurídico en lo que les resulte aplicable, sobre todo en cuanto concierne a regulaciones que, como las de control Interno sobrepasan los ámbitos de competencias y funciones de tales entes públicos ya que tienden*

<sup>1</sup> Autor: Alexander Corella Chavarría. Licenciado en Derecho. Fiscalizador de la Contraloría General de la República.

*a la salvaguarda de la hacienda pública, cuya vigilancia le es atribuida constitucionalmente a la CGR en sus artículos 183 y 184.”*

De esta manera, resulta claro el criterio jurisdiccional en cuanto al sometimiento de los centros universitarios públicos al bloque de legalidad, en particular a las disposiciones que integran el ordenamiento de control y fiscalización de la Hacienda Pública. En igual sentido, la **sentencia No. 2012-9215 de las 14:30 horas del 17 de julio de 2012**, dictada por la Sala Constitucional, en virtud de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el rector del Instituto Tecnológico de Costa Rica, reconoce la coexistencia entre la autonomía universitaria y la fiscalización que lleva a cabo la CGR, al destacar que: *“...tales regímenes de autonomía apuntan al reconocimiento de grados mayores o menores de discreción para ciertos entes, pero no respecto del conjunto de las actividades administrativas en el que opera la Contraloría, sino -más bien- frente al Ejecutivo y en ocasiones al Legislativo, pues lo que buscan es una mayor flexibilidad para la programación de metas hacia el logro de sus fines y la asignación de medios y recursos que estimen apropiados para lograrlos”*.

En otro orden de ideas, la Sala Primera en su resolución ratifica lo resuelto por el Tribunal Contencioso, en cuanto dispone a la administración el inicio de investigaciones con el objeto de establecer eventuales responsabilidades por parte de los funcionarios de la UNED que desatendieron en su oportunidad lo indicado por la CGR en torno a la improcedencia de nombrar al auditor interno por un periodo determinado.

## Consideraciones relevantes sobre el reconocimiento de prohibición al ejercicio de profesiones liberales<sup>2</sup>

Mediante esta resolución, la Sala Primera rechazó un recurso de casación y, con ello confirmó, una sentencia de instancia en la cual se declaró sin lugar una demanda laboral relacionada, con el reconocimiento de prohibición al ejercicio de profesiones liberales al amparo de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Específicamente, por parte de un funcionario que desempeña un cargo de director de departamento en una entidad pública.

En esta resolución, la Sala Segunda formuló una serie de consideraciones generales atinentes a la figura de la prohibición, las cuales resultan por demás relevantes, habida cuenta de la poca rigurosidad que algunas Administraciones Públicas han tenido en punto a la aplicación de este instituto.

Se enfatizó, que la prohibición constituye una restricción a una libertad fundamental como es la libre elección al trabajo, siendo esa su verdadera naturaleza y no la de un medio para cerrar brechas salariales o, peor aún, para beneficiar indebidamente a un funcionario público. De su naturaleza surge una consecuencia directa, en el sentido que la aplicación de la figura debe darse en términos igualmente restrictivos, lo cual excluye interpretaciones amplias o procurar la extensión de la figura a cargos no cubiertos por el mismo.

Ligado a lo anterior y de manera conteste con resoluciones de la misma Sala Segunda y otros órganos jurisdiccionales, se reiteró que la prohibición es legal -y esa medida tiene un carácter impositivo- tanto para su establecimiento como para fijar el porcentaje de compensación por pagar- a los funcionarios alcanzados, siendo el legislador ordinario el que ha establecido de manera taxativa para quienes ocupan una serie de cargos públicos, la imposibilidad de ejercer de manera liberal las profesiones que posean.

De manera puntual, la Sala Segunda analizó los correctos alcances de la referencia legal a *los directores y subdirectores de departamento* establecida en el artículo 14 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, indicando que, con vista en las actas de discusión legislativa del entonces proyecto que luego se convirtió en ley de la República, la intención del legislador nunca fue plantear un pago extensivo o indiscriminado de prohibición a cualquier puesto de jefatura en la función pública. Antes que eso, dejó en claro que la referencia abarca única y exclusivamente a quienes ocupan un cargo de jefatura en las proveedurías del Sector Público.

Se trata entonces, de una resolución emitida por el máximo órgano jurisdiccional en materia laboral, la cual define y puntualiza los correctos alcances de la prohibición establecida en la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, emitida -vale señalar- en el marco de un proceso judicial en el que la Contraloría General se apersonó a fin de coadyuvar en la defensa de la entidad pública demandada.

---

<sup>2</sup> Autor: Jaínse Marín Jiménez. Licenciado en Derecho. Gerente Asociado de la Contraloría General de la República.

Por último, interesa apuntar que la Contraloría General se ha apersonado como parte actora o coadyuvante y algunas veces de oficio y otras a solicitud de los tribunales de la República, en varios procesos judiciales laborales, constitucionales y contenciosos-administrativos en los que se reclama el pago de prohibición, velando porque la aplicación de la figura se dé dentro del marco de legalidad y evitar así reconocimientos indebidos en perjuicio de la Hacienda Pública.

## Recuperación del Dominio Público: caso del Parque Recreativo del Norte<sup>3</sup>

En atención de una denuncia ciudadana, la Contraloría General de la República estableció un proceso Contencioso Administrativo que culminaría con la recuperación de un terreno público con un área aproximada 23.000 metros cuadrados, los cuales se encuentran ubicados en el corazón del cantón de Moravia, a escasos 100 metros del centro comercial Plaza Lincoln.

En su resolución No. **189-F-51-2011** de las 9:15 horas del 3 de marzo de 2011 la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar el recurso de casación presentado por la Asociación Pro Construcción del Parque Recreativo del Norte, confirmando la resolución **235-2010** de las 7:30 horas del 27 de enero de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda y Civil de Hacienda, Sección VI, que canceló la inscripción registral del terreno e instalaciones que son conocidas en la comunidad como "*PARQUE RECREATIVO DEL NORTE*" (terreno que fue inscrito a principios de los años 90 a nombre de una Asociación privada con el fin de crear una zona de esparcimiento para los vecinos del norte de la ciudad capital). El Tribunal *–entre otros aspectos–* ordenó al Instituto de Desarrollo Agrario (actualmente Instituto de Desarrollo Rural, INDER) inscribir el terreno a favor de la Municipalidad de Moravia, con el fin de que dicho ayuntamiento lo custodie y administre de conformidad con sus condiciones de parque público, accesible a la comunidad en general para el disfrute de todos los habitantes de manera pública y gratuita.

El Parque del Norte fue parte de un proyecto de interés público –en su momento avalado por la Asamblea Legislativa– tendiente a dotar a las comunidades del norte de la ciudad capital de un área para el disfrute de la naturaleza y el ejercicio de diferentes actividades recreativas y deportivas, lo cual motivó a que este terreno, que originalmente perteneció al IDA fuera donado por medio de una ley de la República a una Asociación con fines específicos, hace ya más de dos décadas, con el fin de gestionar la construcción y el mantenimiento de una serie de instalaciones públicas en cuenta un gimnasio, varias canchas multiuso, y extensos senderos cuya construcción se financió con partidas específicas provenientes del presupuesto de la República, no obstante, aun cuando la ley permitió su traspaso a un ente asociativo (en principio privado), de acuerdo con los citados criterios jurisdiccionales el parque mantiene una condición pública derivada de su naturaleza demanial, y las características de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad que son consustanciales a estos bienes. No obstante, a pesar de su naturaleza pública la Asociación se apropió del inmueble a título privativo y con el paso del tiempo lo alquiló a otros sujetos privados que a su vez restringieron el acceso de la comunidad en general.

En su resolución, la Sala Primera, desarrolla las condiciones propias de los bienes del dominio público, en especial su pertenencia a la Nación, su condición imprescriptible y el deber de custodia y administración que debe ejercer el Estado sobre estos, y como tal la imposibilidad de su desafectación para efectos privativos por las vías normales del derecho privado.

De tal suerte, el Parque del Norte retomó su finalidad pública en beneficio de los vecinos del cantón de Moravia y de la comunidad en general a efectos de constituirse en un derecho de

---

<sup>3</sup> Autor: Jesús González Hidalgo. Licenciado en Derecho. Fiscalizador de la Contraloría General de la República.

*-todos los habitantes-* ligado al disfrute de las condiciones que propician la existencia de un ambiente sano. En los términos dispuestos por la Sala Primera “...los parques constituyen bienes de dominio público cuya finalidad esencial al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política, es la de otorgar a las personas áreas verdes de esparcimiento, como una forma de garantizarles el disfrute de espacio que les permitan tener una buena calidad de vida y por ende, desarrollarse plenamente como seres humanos en libertad”.

## **Resoluciones de la Sala Segunda con relación al pago de anualidades a los Alcaldes Municipales<sup>4</sup>**

En lo que puede ser calificado como una línea jurisprudencial clara y categórica, la Sala Segunda ha tenido la oportunidad de analizar el tema del reconocimiento de anualidades a favor de los Alcaldes Municipales, arribando a la conclusión que dicho reconocimiento es abiertamente improcedente.

Las razones de esa improcedencia estriban, fundamentalmente, en las particularidades del cargo Alcalde Municipal y su régimen salarial especial, a partir de lo cual no es posible aplicar o extender a quienes ocupen dicho cargo beneficios contemplados para funcionarios y servidores con una relación de servicio de empleo público regular y permanente.

Las consideraciones formuladas por la Sala Segunda tienen, desde luego, un impacto directo en casos actuales o futuros en los que se discuta –sea en la vía administrativa o en sede judicial- el tema del reconocimiento de anualidades, sino también para todos los operadores del Derecho compelidos a verificar, que el reconocimiento de este rubro o incentivo salarial cuente en cada caso con un fundamento jurídico necesario y suficiente.

Esto último, es particularmente importante en un contexto de recursos públicos limitados, de un ordenamiento jurídico con regulaciones puntuales que deben ser acatadas en el tema que nos ocupa y, finalmente, un entorno en el que el accionar de los funcionarios públicos se encuentra sometido a una constante revisión y a controles formales e informales diversos.

Tomando como base los procesos judiciales que generaron esta línea jurisprudencial y otros en los que la Contraloría General también ha intervenido abogando por reconocimientos salariales apegados al bloque de legalidad, la realidad da cuenta de algunas Administraciones Públicas y funcionarios públicos que, por desconocimiento u otras razones, reconocen o toleran pagos a contrapelo de lo que establece el ordenamiento jurídico.

El sector municipal, sigue siendo un ámbito crítico en el tema de reconocimientos salariales poco o nada fundamentados. En el caso de los Alcaldes Municipales, tanto la jurisprudencia laboral, como la constitucional y la contencioso-administrativa, son contestes en advertir la existencia de un régimen salarial especial contenido en el artículo 20 del Código Municipal y la improcedencia de sumar a dicho régimen, otros incentivos o beneficios previstos para otro tipo de servidores con una relación de servicio diversa.

Sin duda, uno de los grandes retos en esta materia es que la existencia de este régimen salarial especial de los Alcaldes Municipales, logre permear en las decisiones de los propios Alcaldes, pero también de las restantes autoridades municipales y el accionar de las corporaciones municipales en términos generales.

---

<sup>4</sup> Autor: Jaínse Marín Jiménez. Licenciado en Derecho. Gerente Asociado de la Contraloría General de la República.

De lo anterior surge la necesidad que todos estos actores, asuman y hagan suyo el compromiso de verificar y garantizar que la remuneración salarial de los Alcaldes Municipales sea acorde con el bloque de legalidad y, en caso de determinar la existencia de algún reconocimiento indebido, promuevan de inmediato y sin dilación las acciones que en vía administrativa o en la sede judicial correspondan, a fin de reestablecer la legalidad y conseguir el reintegro de lo pagado ilegalmente en perjuicio de las arcas municipales.





# **Consultas Relevantes**



## **Consulta sobre la potestad de la Auditoría Interna de requerir expedientes de funcionarios municipales, para efectos de desarrollar una investigación, de frente a la Ley de Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, Ley No. 8968**

**Oficio N° 3472-2013 del 09 de abril, 2013**

**Emitido por División Jurídica de la Contraloría General de la República**

Para el adecuado abordaje de la consulta, se hizo referencia a aspectos generales de la Ley No. 8968, así como a la jurisprudencia constitucional reiterada sobre el acceso a los expedientes de personal de los servidores públicos, para concluir sobre las potestades de las auditorías internas en el acceso a dicha información.

Se indicó que, en términos generales, la *“Ley de Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales”*, Ley No. 8968, tiene como objetivo garantizar la protección del derecho fundamental de la autodeterminación informativa, de modo que los datos personales del ciudadano sean tratados de forma legítima y en respeto de sus derechos a la privacidad e intimidad. Para estos efectos, entre las herramientas dirigidas a dicha tutela, la ley dispone una clasificación de tales datos y de conformidad con ésta, la mayor protección ante el acceso que pudieran tener tanto personas privadas como públicas. No obstante lo anterior, también establece una serie de excepciones o limitaciones al derecho referido, por lo que para cada caso concreto, habrá de analizarse tanto la condición de la información requerida, como las excepciones establecidas y la normativa que según cada caso particular haya de ser aplicada.

Propiamente en cuanto al acceso a los expedientes de personal de los servidores públicos -usualmente bajo tutela de las oficinas de Recursos Humanos- se refirió que la Sala Constitucional ha emitido abundante jurisprudencia señalando que dichos expedientes contienen tanto información de acceso público como de acceso restringido o confidencial, de modo que dependerá entonces de cuál información se esté requiriendo, que ésta habrá de ser brindada o no.

Se concluyó en ese sentido, que las Auditorías Internas tienen garantizado el acceso a la información para efectos del ejercicio de sus competencias de conformidad con la Ley General de Control Interno, sin embargo, dicho acceso debe estar caracterizado por una adecuada comunicación del objeto del requerimiento hacia la Administración, así como por el apego al ordenamiento jurídico que disponga restricciones específicas para tales efectos.

## **Aplicación del régimen de prohibiciones de los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, para el caso de una persona jurídica en la que figura como apoderado el director de un centro hospitalario, en las contrataciones que promueva un centro hospitalario distinto al que dirige el funcionario alcanzado por la prohibición**

**Oficio N° 02723-2013 del 14 de marzo, 2013**

**Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.**

Como punto de partida, se señaló que dentro del ordenamiento jurídico costarricense el principio de libertad para contratar y el ejercicio de la libertad de empresa ostentan respaldo constitucional, de manera tal que como derechos fundamentales, solo pueden ser restringidos en los supuestos dictados por el artículo 28 constitucional, según el cual, éstos podrían limitarse, solo en el tanto su ejercicio dañe la moral social, el orden público, o los derechos iguales o superiores de terceros.

En relación con el régimen de prohibiciones previsto en la Ley de Contratación Administrativa, que se encuentra dirigido a restringir la posibilidad de participación en los procedimientos de contratación promovidos por el Estado, sus órganos e instituciones, se debe señalar que su objetivo primordial es el de garantizar la transparencia en las contrataciones públicas, evitando la participación de personas que por alguna condición específica, relacionada con el cargo que ocupan, su relación de parentesco con un funcionario cubierto por la prohibición o bien su relación con el procedimiento contractual en sus diferentes etapas, podrían ver comprometidos sus intereses particulares con respecto al interés público que busca satisfacer el procedimiento de contratación promovido.

En ese orden, estas limitaciones se configuran como reserva de ley, por lo que únicamente el legislador puede restringir, legítimamente, el contenido de la libertad contractual, siempre y cuando, el ejercicio de este derecho atente contra la moral, las buenas costumbres o los derechos superiores o iguales de terceros. A su vez, al restringir estos derechos, deberá en todo momento, respetar siempre la proporcionalidad entre la limitación impuesta y el bien jurídico tutelado.

En el oficio de referencia se aclara que si bien el inciso b) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa dispone que la prohibición para contratar que recae sobre los funcionarios que así se menciona, lo es con la propia institución para la cual prestan sus servicios, en el caso de los órganos desconcentrados ha sido criterio del órgano contralor, que la prohibición que les alcance a los funcionarios de dichos órganos desconcentrados, les aplica en relación con las contrataciones promovidas por parte del propio órgano y no así, en relación con la entidad a la cual se encuentran adscritos.

## **Aclaración sobre las competencias de la CGR en materia de fiscalización superior, del Ministerio de Hacienda como rector del Sistema de Administración Financiera de la República y del Ministerio de Planificación Nacional, en su condición de rector del Sistema de Planificación Nacional**

**Oficio N° 7838-2013 del 30 de julio del 2013**

**Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República**

En primer término, cabe indicar que conforme al modelo establecido por la Constitución Política vigente, el Gobierno de la República está constituido por tres Poderes distintos e independientes entre sí, el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, con atribuciones y competencias claramente establecidas por la misma Constitución como norma de mayor jerarquía. De dicha independencia se deriva el principio de separación de poderes o de separación de funciones, que actúa como límite entre los diversos Poderes.

En lo tocante a la CGR, por disposición expresa del artículo 183 constitucional, es un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa, que tiene como función primordial la fiscalización superior de la Hacienda Pública y que goza de absoluta independencia funcional y administrativa. Asimismo, en el artículo 184 se le establecen una serie de atribuciones, dentro de las cuales se destaca lo preceptuado en el inciso 2), en el sentido que a la CGR le corresponde aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación.

Adicionalmente, dichas funciones han sido ampliadas por el legislador ordinario, sin embargo, según lo ha manifestado por la Sala Constitucional, en ese ejercicio el legislador no puede agregarle a la CGR atribuciones que le distraigan de su función constitucional, le obstaculice con funciones extrañas a su especialidad orgánica, desfigurando o distorsionando su diseño constitucional, por ejemplo, al asignarle otras propias de otros órganos o sujetos.

De igual modo, tampoco sería viable la interpretación de normas existentes que impliquen en la especie el mismo efecto, pues con ello se irrespetaría la independencia que constitucionalmente se le otorgó al órgano contralor en su ámbito de acción. Por ende, es indispensable enfatizar, que la CGR como Entidad de Fiscalización Superior no ejecuta funciones de administración activa, sino de control, por lo que no sustituye a la administración, ni a otros Poderes en sus funciones o en la toma de sus decisiones.

En relación con la participación que le establece la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos a la CGR, lo es en todo momento, en respeto de su naturaleza de órgano de control externo, dado que las funciones a que se refiere la normativa están bajo la absoluta responsabilidad de los rectores de los diferentes Subsistemas de Administración Financiera o bien de la propia administración activa; de ahí que la CGR no es

la responsable de la elaboración ni emisión de normativa técnica propias del ejercicio de las competencias del Poder Ejecutivo. La participación de la CGR se circunscribe a colaborar y opinar sobre dichas propuestas; opinión que es vinculante en el tanto estén directamente relacionadas con sus competencias constitucionales y legales.

## **Sobre la aplicación del artículo 131 inciso i) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**

**Oficio N° 01778-2013 del 19 de febrero del 2013**

**Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República**

El oficio en cuestión hace alusión a la posibilidad que posee la Administración, para contratar de forma directa, servicios de entidades privadas cuando se evidencie una falta de ánimo de lucrar en la respectiva operación y una intención de ayuda desinteresada a la Administración.

Reviste de importancia señalar que el artículo 131 inciso i) establece una excepción a la regla de los concursos públicos, la cual presupone un acto liberal de despojo por parte de un particular en beneficio de la Administración. Dicha excepción, tiene como objetivo sustituir un concurso público en que algún potencial oferente objetivamente se vería beneficiado por las condiciones que ofrezca a la Administración, en aras de la satisfacción del interés público.

Se indica que en el momento en que la Administración llegue a determinar que las condiciones que justificaron la excepción no se encuentran presentes, el contrato no puede seguir surtiendo efectos jurídicos y la contratación se afectaría con una ineficacia sobrevinida. Por lo que, necesariamente la Administración debe verificar que se mantengan las condiciones propias de la naturaleza de dicha excepción, o por el contrario deberá dar por finalizada la relación contractual.

Adicionalmente, se debe señalar que en este tipo de contrataciones no deben haber prorrogas automáticas y que la Administración debe realizar una supervisión con el objeto de confirmar que las condiciones que dieron origen a la aplicación de la excepción se mantengan durante la ejecución.

## **Donación de bienes a asociaciones de desarrollo integral por parte de las Municipalidades**

**Oficio N° 3430-2013 del 09 de abril del 2013**

**Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República**

Con respecto al tema se indicó en el oficio que las municipalidades se encuentran debidamente autorizadas para efectuar la donación de bienes -muebles e inmuebles- cuando se trate de asociaciones constituidas con base en la Ley de Desarrollo Comunal, N.º 3859, sin que se requiera de ulterior autorización legislativa, salvo en los casos de bienes que están sujetos a un régimen especial o de dominio público, para cuya disposición y desafectación sí se requiere del trámite correspondiente por medio de ley especial.

En este sentido el numeral 62 del Código Municipal precisa el señalamiento del artículo 174 constitucional, indicando que: "La municipalidad podrá usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este código y la Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines. / Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías en favor de otras personas, solo serán posibles cuando las autorice expresamente una ley especial."

En el caso de donaciones a las asociaciones de desarrollo comunal, el requerimiento legal se cumple con la autorización incluida en el artículo 19 de la Ley N.º3859 -Ley de Desarrollo Comunal-, que tiene un carácter especial y constituye la norma jurídica que autoriza a las municipalidades en forma directa y clara para que, entre otros actos, realicen donaciones de bienes a las asociaciones de desarrollo comunal, sin que se distinga entre bienes muebles o inmuebles.

Bajo este entendido resulta factible que las municipalidades transfieran recursos a las Asociaciones de Desarrollo del Cantón, para lo cual deben suscribir el convenio respectivo, considerando siempre que la inversión de recursos sea para el beneficio de toda la comunidad y no de favorecimientos específicos, siendo la administración municipal responsable de establecer los mecanismos de control que resulten necesarios para verificar que dichos recursos sean usados para el fin que fueron transferidos.

## **Arrendamiento de instalaciones del Estadio Nacional como actividad ordinaria y obligaciones de la seguridad social**

**Oficio N° 4218-2013 del 2 de mayo del 2013**

### **Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República**

Resulta indudable que el arrendamiento de las instalaciones del Estadio Nacional se concibe como una de las actividades esenciales para su propia subsistencia, que incluso podría decirse también forman parte del sustrato mismo del contrato suscrito para su administración, dado que indudablemente este debe asegurar desde su origen, las fuentes de ingreso que generará.

Es claro que el arrendamiento que para diversas actividades se efectúa de esas instalaciones, guarda una relación directa con la prestación de un servicio último a los usuarios interesados, visto que justamente estas instalaciones por su propia naturaleza han quedado definidas precisamente para la realización de diversas actividades –principalmente deportivas aunque no excluyentes de otras-, y justamente esa relación que se estatuye con esos terceros interesados en su uso, a juicio del órgano contralor, resulta incompatible con los procedimientos ordinarios de concurso.

Lo anterior considerando también la propia naturaleza de la relación, la cual se inicia no por medio de un requerimiento expreso de la Administración interesada en arrendar las instalaciones, sino a la inversa, es decir, esta se da a petición de los interesados según la programación previamente establecida, por lo que no resultaría consecuente pensar en que cada vez que se solicite el uso de las instalaciones, esta deba ser sometida a un concurso para la determinación de otros interesados, toda vez que como se indicó, esta actividad se encuentra sujeta al requerimiento de una necesidad o un servicio que el interesado le formula a la administración del Estadio y no a la inversa.

Ahora bien, efectuada esta precisión, conviene establecer ahora, si los interesados en realizar el arrendamiento de las instalaciones del Estadio Nacional, deben acreditar de previo su condición respecto a las obligaciones con la seguridad social.

Se establece que si bien la exigencia de encontrarse al día ante la Seguridad Social, no debe constituirse como un requisito a exigir a los interesados en arrendar el Estadio, por no encontrarnos en presencia de una oferta formal dentro un procedimiento propio de contratación, ello no sustrae el deber de la Administración de verificar por sí misma el cumplimiento de esa condición, pues más allá de la inexistencia de actividad contractual en estos casos, las normas que exigen el deber general de encontrarse al día con la seguridad social, son de orden público e integrantes del bloque de legalidad, que con independencia de la naturaleza de la relación, la institución administradora como parte de las medidas de control interno, debe verificar.

## **Consulta sobre el uso de vehículo discrecional, según el título VII de la Ley N° 9078 “Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial”**

**Número de oficio: Oficio N° 03522 del 09 de abril, 2013**

**Emitido por División Jurídica de la Contraloría General de la República**

La consulta, planteada por la Auditoría Interna de PROCOMER, versó sobre dos aspectos puntuales; el primero de ellos cuestiona si a esa institución le resulta aplicable el Título VII de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial, Ley N° 9078. El segundo aspecto, consulta si es factible autorizar el uso de vehículos discrecionales y si existe distinción con el concepto de salario en especie.

Ante los extremos consultados, la Contraloría General se dio a la tarea de efectuar varias aclaraciones importantes sobre el tema. Como punto de partida, se indicó que, en términos generales, la Ley N° 9078 se considera una norma de orden público; esta característica conlleva el acatamiento obligatorio por parte de todas las Administraciones Públicas.

A partir de esa primera aclaración, se logró señalar que la normativa vigente sobre la clasificación y condiciones de uso de los vehículos de las Administraciones Públicas, reviste e impone el acatamiento obligatorio de sus límites y disposiciones, por lo que, en el caso de los vehículos de *uso discrecional* la lista del artículo 238 de cuerpo normativo indicado se debe considerar una lista de carácter taxativo.

Nótese que dicho numeral utiliza una redacción que permite identificar de forma expresa, específica, directa y puntual cuales serán aquellos funcionarios que, en virtud de la investidura de sus cargos, podrán utilizar vehículos de tipo discrecional, siempre que su uso esté ligado directamente con el cumplimiento de las obligaciones del cargo que ostentan estos funcionarios.

En ese mismo sentido, se efectuó una breve reseña sobre las limitaciones del uso de estos bienes; por cuanto, no se debe confundir el término “discrecionalidad” con aquel uso excesivo, arbitrario e irresponsable que se puede efectuar con estos vehículos. Se debe recordar que el objetivo de los vehículos de la administración, en términos generales, será facilitar el cumplimiento efectivo de las funciones de los colaboradores de las Administraciones Públicas.

Finalmente, en cuanto a la distinción del uso de estos vehículos y la distinción que existe con el concepto de “salario en especie”, el Órgano Contralor señala que dicho tema en concreto no es resorte de sus competencias legal y constitucionalmente atribuidas a la Contraloría General; sin embargo, en el oficio se incluyen algunas reseñas de criterios emitidos por la Procuraduría General de la República que abordan el tema y señalan que el uso de este tipo de vehículo no podrá considerarse como “salario en especie”, en virtud de la finalidad y naturaleza jurídica distinta que les reviste a cada concepto.

## **Contratación de servicios profesionales en Derecho para el Concejo Municipal**

**Oficio N° 4125-2013 del 29 de abril del 2013**

**Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República**

Resulta importante tener presente que los artículos 64 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), regulan la materia de contratación de servicios técnicos y profesionales. Se indica la distinción entre la contratación de servicios profesionales propiamente dicha, para solventar una necesidad concreta y ocasional de la Administración, de la contratación de servicios profesionales para suplir una necesidad continua o de carácter permanente.

Se indica además que la Administración debe determinar en cada caso ante qué escenario se encuentra. De igual manera, en atención al correcto uso de los recursos públicos, de previo a proceder a la contratación administrativa de tales servicios, deberán acreditarse las razones de inopia e idoneidad de personal, para proceder con la contratación, observando en todos los casos que no se dé el fraude de ley.

Ahora no se puede dejar de lado lo regulado en el artículo 131 inciso f) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que faculta la contratación directa de servicios profesionales en derecho, cuando corresponda atender de manera pronta e impostergable una gestión judicial, siempre que no se cuente con funcionarios idóneos.

Finalmente se analiza lo previsto en el artículo 118 del Código Municipal, el cual hace alusión a la contratación de personal de confianza en determinados casos.

## **Análisis de varios aspectos de relevancia sobre los Comités Cantonales de Deportes y Recreación**

**Oficio N° 08439 del 16 de agosto del 2013**

**Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República**

En el oficio en cuestión se analizan varios aspectos importantes, en relación con los Comités Cantonales de Deportes y Recreación. Con respecto a la naturaleza jurídica del jerarca de los diferentes Comités Cantonales de Deportes y Recreación, se indica que ésta ya fue definida por la Procuraduría General de la República desde el año 2001 con el Dictamen C-174-2001 del 19 de junio. Es a partir de dicha naturaleza jurídica que cada Municipalidad, en el respectivo reglamento de organización y funcionamiento que debe dictar según el artículo 169 del Código Municipal, deberá elaborar y aprobar la estructura con la que contará cada Comité Cantonal de Deporte y Recreación.

Ahora bien, pese a que el legislador creó una desconcentración funcional a cargo de los Comités Cantonales de Deporte y Recreación, las Municipalidades mantienen en general la dirección y control en la política de deporte y recreación del cantón así como la obligación y responsabilidad de velar por que el órgano desconcentrado –pero aún adscrito- cumpla cabalmente con la competencia entregada y pueda satisfacer efectivamente las necesidades –intereses y servicios- locales en ese ámbito.

En relación con la materia presupuestaria, se manifiesta en el oficio que los reglamentos de organización y funcionamiento para los Comités Cantonales de Deporte y Recreación que emiten las municipalidades, cuando regulan aspectos relativos a la materia presupuestaria deben guardar absoluta correspondencia con el marco legal establecido y las normas emitidas por la Contraloría General de la República, no siendo posible bajo ninguna circunstancia que se contemplen disposiciones contrarias a lo ya definido por el órgano contralor en las Normas Técnicas de comentario.

En resumen, los recursos administrados por el CCDR, están sujetos a la fiscalización de la auditoría interna de la municipalidad y por ende le resultan de aplicación las regulaciones sobre fiscalización contempladas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en la Ley General de Control Interno y en las Normas Técnicas Sobre Presupuesto Público N-1-2012-DC-DFOE.

## **Consulta sobre el pago de salario escolar a los funcionarios municipales, dispuesto por Convención Colectiva y la procedencia del pago a los funcionarios que no se encuentran cobijados por la norma convencional; finalmente consulta sobre la procedencia del pago al Alcalde Municipal**

**Número de oficio: Oficio N° 5164 del 29 de mayo, 2013**

**Emitido por la División Jurídica de la Contraloría General de la República**

La consulta versó sobre tres temas de especial relevancia; la aplicación del instituto de la negociación colectiva en el Sector Público, incluido el ámbito municipal; la naturaleza jurídica del salario escolar y su aplicación en el régimen municipal y los aumentos de sueldo de los funcionarios municipales.

Respecto de la aplicación del instituto de la negociación colectiva en el Sector Público, importa señalar que no es un tema pacífico, sino objeto de discusión en diferentes ámbitos, incluido el ámbito Municipal.

Dado lo anterior, el órgano contralor formuló una serie de consideraciones generales, amparadas en lo señalado de forma reiterada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia respecto de la determinación de los funcionarios del Sector Público, incluyendo los funcionarios municipales, que son o no sujetos activos en la aplicación de las convenciones colectivas, de acuerdo a si la naturaleza de las funciones que tiene a cargo están reguladas por el derecho público o por el derecho común.

Adicionalmente, destacó la necesidad de que la administración realice un examen de la norma convencional, en el sentido de determinar si está o no limitada por leyes de orden público y la necesidad de que la administración valore si dicha norma responde a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, economía y eficiencia en el manejo de fondos pertenecientes a la Hacienda Pública.

Tocante a la naturaleza jurídica del salario escolar y su aplicación en el régimen municipal, el órgano contralor, refiere a criterios esgrimidos desde el 2010 respecto del concepto de salario escolar y la aplicación de éste en el Sector Público y específicamente, la aplicación del referido componente salarial a los funcionarios municipales y la improcedencia del pago a los funcionarios que ocupan el cargo de Alcalde Municipal.

Finalmente, en cuanto a los aumentos de sueldo a los funcionarios municipales establecidos por Convención Colectiva, el órgano contralor llevó a cabo una serie de consideraciones en atención a que dichos aumentos no deben ir en detrimento de la prestación efectiva y eficiente de los servicios públicos que el gobierno local está llamado a satisfacer y los requisitos y estudios financieros respecto de los cuales deben basarse y justificarse dichos aumentos salariales.

## **Aplicación de Ley de Control Interno a Fideicomisos**

**Oficio N°1250-2013 del 05 de febrero del 2013**

**Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República**

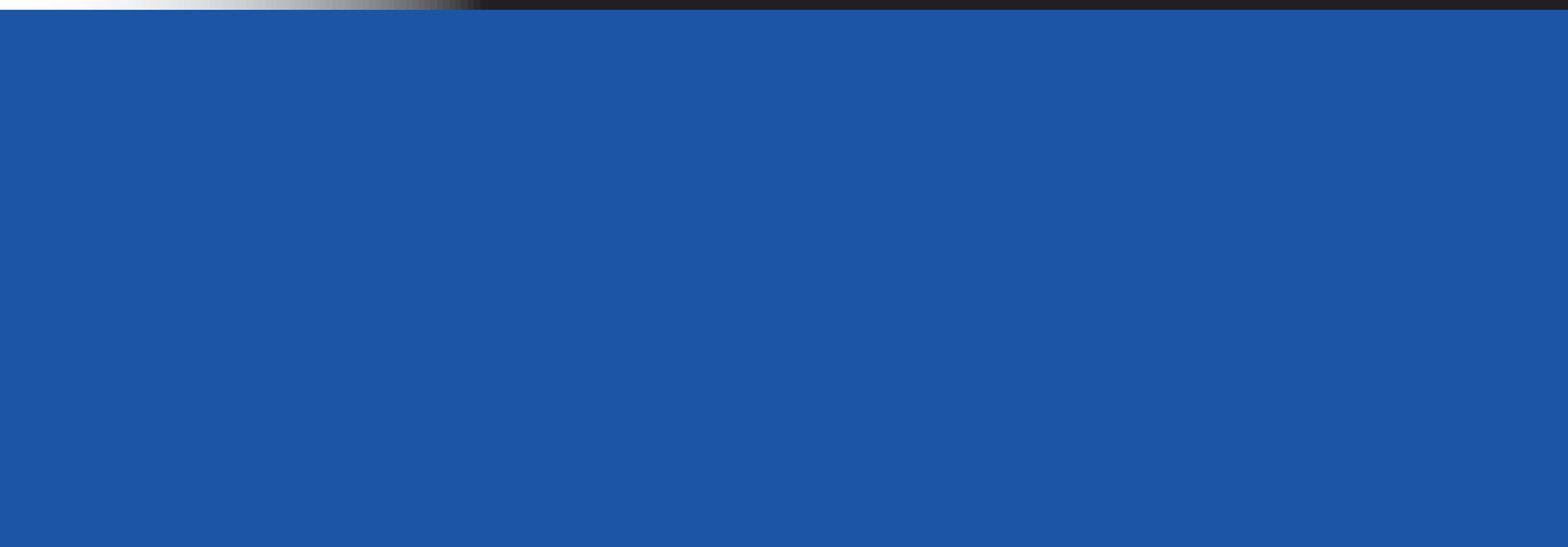
En el oficio se indica que al no constituirse el fideicomiso en cuestión como un sujeto de derecho, no puede considerarse bajo los presupuestos jurídicos contemplados, para el ámbito de aplicación, que dispone el numeral 4 de la Ley General de Control Interno. Sin embargo, cabe destacar, que al nutrirse un Fideicomiso de recursos públicos, las actuaciones de dichos agentes al amparo del contrato de fideicomiso, se encuentran tuteladas por el Derecho Público, bajo los esquemas de control que ejerzan como fideicomitente y fiduciario para dar seguimiento y asegurar que se cumplan los fines fideicometidos; por ende, no son ajenos a las obligaciones y deberes que impone a tales sujetos públicos la supracitada Ley General de Control Interno, n.º 8292

En ese orden de ideas, por ejemplo la referida Ley nro. 8292, señala a los jefes y los titulares subordinados de las instituciones fideicomitentes y de la entidad fiduciaria, la obligación de establecer, mantener y exigir un sistema de control completo, razonable y congruente para proteger el patrimonio público, dar confiabilidad a la información, garantizar la eficiencia y eficacia de las operaciones que se ejecuten y en general, asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico y técnico. Por su parte, considerando lo establecido en el Código de Comercio, en el contrato de fideicomiso específico que se analiza y las regulaciones de la Ley General de Control Interno, el fiduciario debe ejercer un control de la ejecución del fideicomiso y cumplir con la responsabilidad primaria e indiscutible de hacer buen uso de los bienes y derechos fideicometidos.

La Contraloría General ha señalado que siendo el Banco Fiduciario el que responde por el empleo de la propiedad fideicometida, éste deberá establecer los mecanismos de control necesarios, para que los fondos a su cargo sean utilizados en estricto apego a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y técnico al que se encuentran sometidos los fondos públicos fideicometidos, pues de lo contrario, podría colocarse en una situación de incumplimiento contractual, con las consecuentes responsabilidades civiles que ello implica, al responder por los daños y perjuicios que se produzcan ante una eventual negligencia en la salvaguarda de esos recursos. Asimismo, reafirma el inciso del artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que los bancos que pacten contratos de fideicomiso pueden convenir el establecimiento de controles, en cuanto al manejo de los fondos afectos al fideicomiso.



**Jurisprudencia**  
**Relevante**



# Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

Resolución n.º 1527-F-S1-2011. Materia Laboral. Auxilio de Cesantía.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 777-F-S1-2012. Contratación Administrativa. Competencia de la Contraloría para conocer recursos.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 151-F-S1-2013. Responsabilidad de funcionario público. Competencia de Contraloría.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 1088-F-21-2011. Patrimonio Natural del Estado. Derechos Subjetivos sobre terrenos con aptitud forestal. En el mismo sentido ver resoluciones n.º 1675-F-21-2011, 853-F-21-2011, 252-F-21-2011, 1070-F-21-2010. Todas del mismo despacho.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 000189-F-S1-2011. Bienes de Dominio Público. Recuperación de bienes destinados como área comunal. Afectación. Imprescriptibilidad. Congruencia de la sentencia.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 000401-F-S1-2010. Ejecución de acto administrativo firme y favorable. Legitimación para recurrir.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 000654-F-S1-2011. Aplicación en el tiempo de la ley procesal. Procedimiento de contratación administrativa. Retroactividad. Ultractividad. Disposiciones transitorias .Fase recursiva. Ley de Contratación Administrativa. Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones. Costas. Exoneración.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 000858-F-SI-2013. Competencias de la CGR. Autonomía Universitaria.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 000343-A-SI -2011. Recurso de Casación. Requisitos y procedencia.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 000823-F-SI-2012. Contratación administrativa. Incumplimiento y omisión del contratista.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 000501-F-S1-2013. Contratación administrativa. Recurso de Apelación. Legitimación procesal. Legitimación pasiva de la CGR.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 000597-F-S1-2013. Procedimiento de contratación administrativa. Acto de adjudicación. Sorteo para selección. Debida motivación acto final. Alcance sentencia constitucional. Notarios. Costas. Intereses.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 000208-A-SI-2013. Rechazo del recurso por informalidad.

[ver resolución](#)

## Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Resolución n.º 327-2012. Prohibición de ejercicio laboral de la profesión. Directores de departamento.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 698-2010. Alcaldes Municipales. Reconocimiento de anualidades. En el mismo sentido ver resoluciones n.º 884-2010, 885-2010, 942-2010, 1107-2010, todas del mismo despacho.

[ver resolución](#)

## Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Resolución n.º 2012-3267. Beneficios Laborales. Condiciones de otorgamiento.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 2012008889. Personalidad Jurídica Instrumental. Reserva de ley.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 2012009215. Fiscalización de la Hacienda Pública. La autonomía universitaria no excluye fiscalización.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 2013006871. Convenciones colectivas. Control de Constitucionalidad.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 2010-15786. Responsabilidad de funcionarios municipales Competencia de la Contraloría. En el mismo sentido ver resoluciones n.º 201020974, 2013010580. Todas del mismo despacho

[ver resolución](#)

Resolución n.º 2012008891. Pago de Extremos Laborales. Inconstitucionalidad de artículos de Convención colectiva que otorgaba extremos no salariales dentro del cálculo de los extremos laborales.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 2012-007212. Potestad Sancionatoria de la Contraloría General. Medidas Cautelares. Régimen de Incompatibilidades. Principio de Tipicidad Administrativa.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 2012010062. Procedimientos administrativos. Potestad para sancionar al Alcalde.

[ver resolución](#)

## Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda

Resolución n.º 186-2012-VI. Alcaldes municipales. Reconocimiento de Anualidades.

[ver resolución](#)

Resolución n.º 3783-2010. Pago de anualidades a los Alcaldes. Naturaleza jurídica.

[ver resolución](#)



Contraloría General de la República

---